



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

DESPIDO NULO Y PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y
PERJUICIOS

TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA

AUTORA
VERONICA ZEGARRA ZELADA

ASESORA
JOSÉ DIEGO HOPKINS ALFARO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN
DERECHO LABORAL

LIMA- PERÚ

2017

PÁGINA DEL JURADO

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

DEDICATORIA

A mi madre, por su amor incondicional y paciencia en días difíciles. A mis queridos hermanos para quienes hoy por hoy soy un ejemplo y motivo por el que tengo la obligación de dar lo mejor de mí.

AGRADECIMIENTOS

Por sobre todo a Dios.

A mis padres por brindarme una educación a base de su sacrificio y esfuerzo. A mis profesores, compañeros de estudios y asesores por ayudarme de forma desinteresada a lograr, mis objetivos profesionales.

DECLARACIÓN JURADA DE AUTENTICIDAD

Yo Verónica Zegarra Zelada con DNI 47057185, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, declaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado las normas internacionales de cita y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido auto plagiado; es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener grado o título profesional alguno.
4. Los datos presentados en los resultados son reales; no han sido falseados, duplicados ni copiados y por tanto los resultados que se presentan en la presente tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

En tal sentido de identificarse fraude plagio, auto plagio, piratería o falsificación asumo la responsabilidad y la consecuencias que de mi accionar deviene, sometiéndome a las disposiciones contenidas en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, Abril de 2017

Verónica Zegarra Zelada.
DNI N° 47057185

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

La presente investigación titulada **“El Despido Nulo y Pago de Indemnización por Daños y Perjuicios al Trabajador en el Distrito Judicial de Lima”**, que se pone a Vuestra tiene como objetivo principal demostrar que en el despido nulo lo que corresponde es el pago de indemnización por daños y perjuicios y no remuneraciones devengadas

Así, cumpliendo con el reglamento de grados y títulos de la universidad César Vallejo, la investigación se ha organizado de la siguiente manera: en la parte introductoria se consignan la aproximación temática, trabajos previos o antecedentes, teorías relacionadas o marco teórico y la formulación del problema; estableciendo en este, el problema de investigación, los objetivos y los supuestos jurídicos generales y específicos. En la segunda parte se abordara el marco metodológico en el que se sustenta el trabajo como una investigación desarrollada en el enfoque cualitativo, de tipo de estudio orientado a la comprensión a la luz del diseño de estudios de casos. Acto seguido se detallaran los resultados que permitirá arribar a las conclusiones y sugerencias, todo ello con los respaldos bibliográficos y de las evidencias contenidas en el anexo del presente trabajo de investigación.

Verónica Zegarra Zelada.

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

I. INTRODUCCIÓN

- 1.1 Realidad Problemática
- 1.2 Trabajos previos
- 1.3 Teorías relacionadas al tema
- 1.4 Formulación del problema
- 1.5 Justificación del estudio
- 1.6 Hipótesis
- 1.7 Objetivos

II. MÉTODO

- 2.1 Diseño de investigación
- 2.2 Categorías, operacionalización
- 2.3 Población y muestra
- 2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad
- 2.5 Métodos de análisis de datos
- 2.6 Aspectos éticos

III. RESULTADOS

IV. DISCUSIÓN

V. CONCLUSIONES

VI. RECOMENDACIONES

VII. REFERENCIAS

ANEXOS

- ✓ Instrumento
- ✓ Matriz
- ✓ Fichas de validación

RESUMEN

La presente investigación es de nivel explicativo, diseño no experimental de corte transversal, tiene como objetivo principal demostrar que en el despido nulo lo que corresponde es el pago de indemnización por daños y perjuicios y no remuneraciones devengadas

Se ha analizado lo expuesto por los autores que sirven de sustento a mi tesis para determinar que cuando se despide a un trabajador por causa ilegal y con violación a los derechos fundamentales se le ocasiona un daño económico, pero también moral, por lo que la indemnización debe ser establecida en razón al daño real.

Asimismo, existiendo a la fecha dos vías para reclamar un despido nulo, lo correcto es recurrir a la vía ordinaria donde en forma conjunta se reclamará la nulidad del despido y el pago de la indemnización correspondiente

El cumplimiento de los objetivos se logrará a través del uso de técnicas de investigación como son las entrevistas a magistrados y el análisis de resoluciones, con lo cual se demostrará que, ante el despido nulo, la vía procedimental es la ordinaria y que el mismo originara que al trabajador se le pague una indemnización que comprende el daño económico y el daño moral

Palabras claves: Despido nulo, indemnización por daños y perjuicios, vía procedimental

ABSTRACT

This research is explanatory level, no experimental cross-sectional design, whose main objective is to demonstrate that void dismissal is the corresponding payment of compensation for damages and no remuneration paid. We analyzed the arguments presented by the authors that sustain my thesis to determine when it dismisses an employee for illegal cause and violation of fundamental rights inflicts economic damage, but also moral, so that compensation must be established because the real damage.

In addition, to date there are two ways to claim a null dismissal, the right thing is to resort to the ordinary way where jointly the nullity of dismissal and payment of the compensation will be claimed.

Fulfilling the objectives will be achieved through the use of investigative techniques such as interviews with judges and analysis of resolutions, which will be shown that, given the null dismissal, procedural route is the ordinary and that it originated that the worker be paid compensation comprising the economic damage and moral damage.

Keywords: Dismissal null, compensation for damages, via procedural

INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática.

En nuestro país, la protección que recibe un trabajador despedido arbitrariamente es la indemnización tasada, es decir, la consecuencia no es reincorporarlo a su centro de labores sino pagarle una determinada suma de dinero por el daño causado. Por esto podemos afirmar que en nuestro país rige la denominada estabilidad impropia donde el empleador tendrá que asumir el pago de una indemnización y el trabajador no podrá retornar a su puesto de labores; sin embargo, esta situación tiene su excepción en el denominado despido nulo donde si podemos hablar de estabilidad absoluta.

Ante un despido que obedezca la afiliación del trabajador a un sindicato o participar en sus actividades, ser candidato a representar a los trabajadores o haber actuado en esa calidad, presentar queja o participar en un proceso contra el empleador ante autoridades competentes, a la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, condición económica o cualquier otra índole, el embarazo, por discapacidad o ser portador del sida, estableciéndose cualquier de esas causas, el efecto será la reposición del trabajador a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones devengadas (Por todo el tiempo que no realice actividad laboral).

La finalidad del despido nulo es lograr la reposición del trabajador a su puesto de labores además conforme a la ley el pago de las remuneraciones devengadas que corresponden al periodo no laborado y es en este extremo que encontramos dificultades de orden legal, pues si no hay labor efectiva no podría hablarse de remuneración, dado que la Constitución Política del Estado en su artículo 23º, proscribire el trabajo gratuito cuando indica que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”

Así, el punto inicial para la determinación del derecho fundamental a la remuneración en nuestra Constitución se manifiesta en el reconocimiento de su carácter retributivo, estableciendo de esta forma, una vinculación directa entre la remuneración y el servicio prestado, por lo tanto, habrá remuneración por servicio prestado, dado que es una contraprestación, esta posición es la que asume el Tribunal Constitucional de nuestro país, al resolver procesos de amparo sobre despido nulo, que en sus reiteradas sentencias ha indicado que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivo, por lo que entiende que mientras el trabajador se halla despedido no realiza labor efectiva y por tanto no le correspondería remuneración alguna, pues sin trabajo no hay pago y conforme al Tribunal por despido nulo le corresponde al trabajador el pago de una indemnización pero no remuneración, es decir la naturaleza de la remuneración devengada tiene carácter indemnizatoria

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante la Casación Nro. 8345-2013-La Libertad, entre otras resoluciones, reconoce el pago de las remuneraciones devengadas en casos de despidos nulos expresamente detallados en la ley y no en los casos definidos por el Tribunal Constitucional (despido por embarazo, afiliación sindical, discriminación y otros)

En consecuencia, si bien el ordenamiento legal establece que en caso de despido nulo se dispondrá el pago de las remuneraciones devengadas, el Tribunal Constitucional establece que dicho pago no puede constituir remuneraciones pues estas se pagan solo por trabajo efectivo, por lo que dicho pago correspondería a una indemnización, siendo necesario armonizar ello con la normatividad constitucional y legal

Establecer si en el despido nulo correspondería el pago de remuneraciones devengadas o el pago de una indemnización por

daños y perjuicios nos lleva al tema de elegir la vía procedimental puesto que a decir del Tribunal Constitucional, el trabajador tiene una doble protección; Una en la vía constitucional mediante una demanda de amparo y otra en la vía ordinaria ante el Juez Especializado en lo Laboral, situación que ha originado problemas, pues cuando culmina un proceso por despido nulo en la vía ordinaria el efecto es la reposición y el pago de las remuneraciones devengadas y cuando termina un proceso de amparo el efecto es también la reposición pero respecto de las remuneraciones devengadas, el tribunal estima que se trata de indemnización y deja a salvo el derecho del trabajador a accionar en la vía ordinaria, con lo que se perjudica al trabajador por el tiempo que le demandara obtener el pago respectivo.

El establecer el pago de remuneraciones devengadas en el despido nulo cuando se tramita el proceso en la vía ordinaria, es decir ante el Juzgado Especializado en lo Laboral, origina que se pague sin que exista labor efectiva, lo que contraviene la Constitución y la ley y esta situación debe ser corregida sin que ello afecte al trabajador; por otro lado, el seguir un proceso por despido nulo mediante una demanda de amparo tiene también dificultades dado que resolverán asuntos especializados jueces que no están debidamente capacitados en temas laborales y además, originaria que amparada la demanda, se disponga la reposición y se deje abierta la posibilidad del trabajador de demandar indemnización por daños y perjuicios en la vía ordinaria.

Estas dificultades que he advertido están originando resoluciones contradictorias entre el máximo intérprete de la Constitución y el Poder Judicial, por lo que considero necesario armonizar lo relacionado al despido nulo y que correspondería en lugar de las remuneraciones devengada, el pago de una indemnización por daños y perjuicios y que la vía procesal adecuada sería la especializada, es decir la laboral

Las discrepancias respecto de la naturaleza jurídica del pago que se debe hacer al trabajador por el periodo dejado de laborar en un

proceso por despido nulo, es decir, si constituye remuneración o indemnización está aún sin resolver, por ello, este trabajo es importante porque a través del mismo, daré soluciones al respecto para armonizar la ley al marco constitucional respecto de la naturaleza jurídica del pago al trabajador por el periodo que no laboro por culpa de su empleador, así también al proceso que se debería seguirse en caso de despido nulo

1.2. Trabajos Previos.

1.2.1. “La Evolución Del Daño Moral por Terminación Del Contrato De Trabajo en El Derecho Chileno” (2012 P.161)

Para el doctor Sergio Gamonal, Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Católica, Valparaíso - Chile, en su ensayo publicado en la Revista de Derecho de la mencionada universidad, en el año 2012, trata sobre la evolución del derecho chileno en materia de indemnización por daño moral debido al término de contrato; sostiene que se cabe la posibilidad que, aunado a las indemnizaciones legales tarifadas por antigüedad, el trabajador se haga merecedor a indemnizaciones extras. El mencionado autor en su ensayo analiza los casos en que se han adjuntado excepcionalmente indemnizaciones extras a las tarifadas en despidos abusivos. Además, estudia el daño moral en el nuevo despido atentatorio de derechos fundamentales, y verifica la existencia de una evolución desde un escenario doctrinario a uno legal, con indemnizaciones adicionales que dan cuenta del daño moral sufrido por el trabajador, concluyendo que el daño moral en materia laboral constituye un importante complemento excepcional a las indemnizaciones tarifadas contempladas por el legislador.

1.2.2. Hacia una Nueva Interpretación del Despido Sin Causa

Andrés Mauricio Castillo Lozano y Carlos Guillermo Vila Torres.

En un trabajo de investigación realizada en el Pontificia Universidad Laveriana Facultad de Ciencias Jurídicas Bogotá Colombia concluyen

que el despido sin causa no produce un daño en sí mismo considerado, es un error hablar de indemnización, por despido sin causa, en la medida que lo que hay en la legislación laboral es una recompensa por los servicios prestados para los trabajadores despedidos sin causa, y una fórmula de desestímulo para los empleadores en la utilización de esa figura. Lo que, si puede presentarse, es una serie de circunstancias alrededor del despido sin causa, que en un momento dado constituyan un perjuicio para el trabajador, que, por supuesto éste debe probar, y, en consecuencia, deberán ser indemnizadas por el empleador.

1.2.3. El daño moral en el contrato de Trabajo por Sergio Gamonal

Contreras (2007. P 175) trata los principales ámbitos del derecho del trabajo en los cuales tiene o puede tener cabida una indemnización por daño moral en sede laboral por la necesidad de proteger de modo preferente la personalidad del trabajador y las implicancias del daño moral causado en la ejecución del contrato de trabajo. El autor hace una reinterpretación del contrato de trabajo basada en la afectación de bienes personales del trabajador como causa de una indemnización por daño moral, es pues un enfoque original pero necesario respecto de la procedencia de una reparación integral del daño en sede laboral, ya que en esta vía a la fecha tenemos la indemnización tasada la que no tiene en cuenta el daño moral ocasionado al trabajador por acción del empleador.

1.2.4. El despido nulo en España por De Melissa de Bacco Perez. (2014)

La autora analiza los salarios de tramitación considerando que la naturaleza jurídica de estos no puede ser considerada como remuneraciones sino su naturaleza es indemnizatoria y esto está respaldado por las múltiples sentencias del Supremo Tribunal Español. Además, agrega que para establecer el monto de dicha indemnización

se debe tener en cuenta las remuneraciones dejadas de percibir por la extinción del contrato y además todo tipo de daños producidos.

1.2.5. El Despido nulo por discriminación en Venezuela.

Jeannette del Valle Fuentes. (2013) Considera que el despido nulo transgrede los derechos fundamentales de los trabajadores y que en caso comprobarse los mismos, se debería indemnizar al trabajador con un monto que no solo debe ser la tasada, es decir con un tope, sino que la indemnización debe comprender el daño realmente producido el trabajador

1.3 Teorías relacionadas al tema. -

1.3.1. El Despido

1.3.1.1. Concepto

Para Blancas Bustamante, (2002, Pág. 48) el despido es una de las causales de extinción de la relación laboral más trascendentes, cuyo origen reside en la voluntad del empleador.

El profesor Arce (2008. Pag.522) señala que “el despido es un acto unilateral y receptación que contiene la voluntad extintiva del empleador. Según la ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que debe ser comunicado por escrito.”

BAYLOS (2009. Pag.49) nos indica que “el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado -el no trabajo- en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales “

Alonso Olea (1981. Pag.559) lo concibe como “la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario”.

Grisolla (1999), considera que el despido es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresar la misma.

Para Rafaela Caldera (1960.pag.346) “La terminación por voluntad unilateral se llama despido cuando proviene del patrono;” por otro lado para Plá Rodríguez (1987. p.346) “El despido es un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo”; por su parte, Krotoshchin, (1987. P.128) señala que “El despido es la declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibido (no: aceptada) por ésta, que tiene por objeto la terminación del contrato.

Podemos notar que las definiciones sobre despido expuestas por los autores antes indicados coinciden en destacar que el mismo se da por la decisión o voluntad unilateral del empleador

Al respecto el Dr. BLANCAS (2008. p 46) señala: “coinciden en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cuál fuera ésta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora”

No podemos negar que la perdida injustificada del trabajo ocasionad en el trabajador una limitación económica que afecta su calidad de vida y además le causa un daño psicológico y moral, lo que tiene estrecha relación con la dignidad de la persona que protege nuestra norma constitucional, considerando que esta situación no solo debe verse como en la actualidad ocurre,

resarcida con el pago de una indemnización económica tasada y relacionada con las remuneraciones que viene a ser la compensación de sus ingresos económicos, pues esto significaría desconocer el daño originado

Así pues, el despido tiene su origen en un acto unilateral del empleador, acto voluntario mediante el cual resuelve el contrato de trabajo es decir le pone fin y esto evidentemente causa perjuicio al trabajador que de manera abrupta ve interrumpida la relación laboral.

1.3.1.2. Características del despido.

- Es un acto unilateral del empleador. Es decir, se da por voluntad del empleador sin que importe la voluntad del trabajador.
- Extingue el contrato de trabajo
- Es un acto recepticio, porque aplica desde el momento que el trabajador toma conocimiento del hecho, resulta eficaz desde el momento que llega a conocerlo el trabajador
- Es informal dado que puede darse en forma escrita, oral, por correo electrónico, mensaje de voz, etc. Debemos indicar que en el caso del despido con causa justa es necesario cumplir primero con la carta de imputación de cargos y luego la carta de despido.
- Es un acto constitutivo porque será el empleador quien extingue la relación laboral, no tiene que proponer a otra instancia el despido.

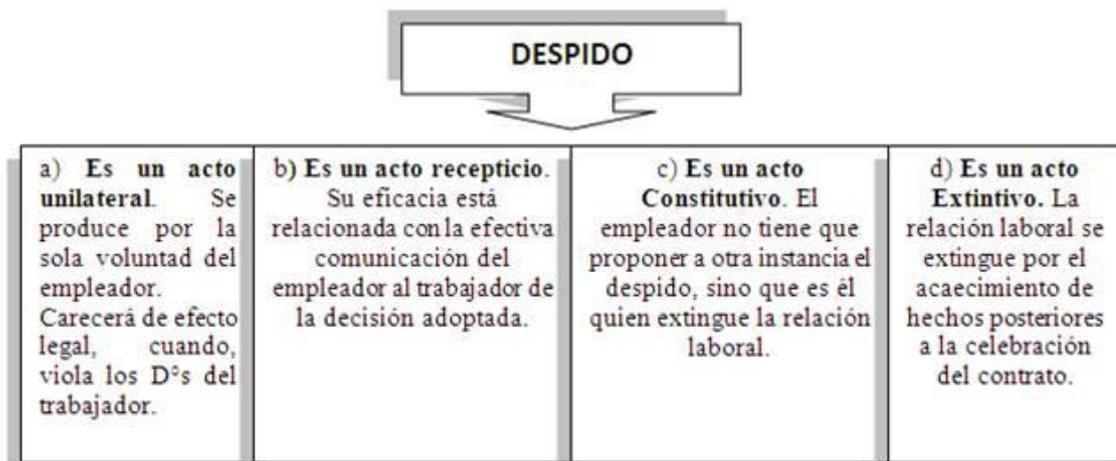
En consecuencia, el despido tendrá como actor principal la decisión unilateral del empleador y esta decisión producirá la extinción del contrato de trabajo.

La forma para que se presente el despido puede ser oral o escrita, por lo que sostenemos que en este extremo es informal, salvo cuando se trata de despido por causa en el cual es necesario observar la

formalidad de dar la carta de imputación de cargos y luego la carta de despido. El despido se materializará cuando el trabajador tome conocimiento del mismo, dejándose abierta la posibilidad que el trabajador pueda impugnar la decisión del empleador

La decisión unilateral del empleador podría originar el despido arbitrario, es decir aquel donde no se expresa causa o no poder probar la causa en juicio. En cualquiera de estas dos situaciones el trabajador tendrá derecho a una indemnización que no podrá superar las 12 remuneraciones, esta es la única forma de indemnización que establece la ley laboral para reparar el daño originado al trabajador por acción del empleador, no permitiéndose que retorne a su puesto de trabajo

Así pues, el despido de un trabajador puede ser con causa o sin ella (causado o incausado). El primero se producirá cuando se expresa causa justa contemplada en la ley y el segundo cuando no se exprese causa alguna



1.3.1.3. Causalidad del despido

Considerando que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, Martín Antonio (1991) considera que la tendencia de las legislaciones

laborales es limitar la facultad del empleador de despedir a sus dependientes como mecanismo de protección a éstos. Por ello ante la posibilidad de que ésta se ejercida en forma arbitraria y discrecional, se ha introducido la exigencia de que aquel se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecerá de validez y eficacia. (p.537).

Para el Dr. Alonso Olea (1995) es menester agregar que el despido es “una institución causal” (p. 392), en cuanto solo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida que se configure una “causa justa” que habilite el ejercicio de la misma.

Así, ante al despido que no se funde en una causa justa el ordenamiento jurídico lo catalogará como ilegítimo y antijurídico y como consecuencia decretara la ineficacia o nulidad del despido, con la consiguiente readmisión del trabajador despedido; o bien con sanciones, configuradas como indemnizaciones compensatorias o punitivas en beneficio del trabajador.

Es así, que como consecuencia del reconocimiento del despido como una institución causal se plantea necesariamente la cuestión de establecer y definir de manera clara cuáles son las causas que pueden justificarlo, es decir aquellos supuestos de hecho que al producirse facultan al empleador para extinguir válidamente el contrato de trabajo.

Aplicando las reglas generales sobre los contratos con obligaciones recíprocas al contrato de trabajo, uno de los motivos del despido se constituye en torno a la idea de la resolución por incumplimiento, en virtud de la cual el incumpliendo por parte del trabajador de sus deberes faculta al empleador a resolver el contrato de trabajo. Respecto a esta misma clase de hechos, pero desde un enfoque jurídico diferente, se ha afirmado que el despido basado en el incumplimiento del trabajador se explica según Montoya “a través de

la técnica del poder disciplinario del empresario” (p. 448) y en opinión de Martín Valverde constituye “una sanción laboral, la más grave de la que puede imponer el empresario”. (p. 539)

La antes mencionada causa pese a ser la más importante y frecuente, no es la única pues las legislaciones nacionales e, incluso, las normas internacionales de trabajo han realizado una enumeración de las causas justas que comprende diversos supuestos de hecho.

A partir del estudio de distintos ordenamientos estatales, Plá considera que hay tres clases de motivos en los que pueden encuadrarse las causas justificativas del despido: las relacionadas con la conducta del trabajador, las relacionadas con la persona de éste y, finalmente, las relacionadas con la empresa (p. 119).

Por su parte, el convenio N° 158 de la Organización Interamericana del Trabajo, sobre La Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, menciona, en su Art. 4, las causas justificadas relacionadas:

- Con la conducta del trabajador (referidas a los incumplimientos o faltas a sus deberes laborales).
- Con la capacidad del trabajador; y
- Basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

En el ordenamiento español, según Montoya Melgar, se presenta el siguiente cuadro de causas de despido:

- Despidos por incumplimiento culpable y grave del trabajador (despidos disciplinarios).
- Despidos por circunstancias objetivas (defectos no culpables de aptitud del trabajador y necesidades de funcionamiento de la empresa).

- Despidos por causas económicas o tecnológicas (despedidos por crisis).
- Despidos por fuerza mayor.

El siempre tener la afirmación de la causalidad como elemento característico del despido en los ordenamientos laborales, no debe entenderse como la anulación o derogación de la libre voluntad que posee el empleador de realizar el acto extintivo del contrato, pues los diferentes tipos de causas enumeradas no operan per se, en forma automática, provocando por su sola existencia la extinción de la relación de trabajo, sino que actúan como supuestos habilitantes o legitimadores para que dicha voluntad se manifieste mediante el despido del trabajador. Pero, desde luego, nada obsta para que, en presencia de una causa justa, el empleador se abstenga de efectuar el despido, tal como lo reconoce la LPCL (art. 33) al señalar que el empleador puede “remitir u olvidar la falta, según su criterio”.

Puede, por ello, a modo de conclusión, sostenerse que ante la presencia de una causa justa de despido, cualquiera que esta sea, es siempre la voluntad del empleador la que decide la extinción de la relación laboral, fundada en dicha causa, toda vez que al margen de ella, es decir fuera del ámbito de la causalidad, dicha voluntad carecerá de legitimidad y eficacia.

1.3.1.4. El Despido según nuestra norma laboral - Decreto Legislativo 728

En nuestro ordenamiento Jurídico, esto , la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), Decreto Legislativo N° 728, algunos especialistas del tema consideran que el despido como extinción de la relación laboral está regulado en forma tuitiva para proteger al trabajador, pues es éste el que está en desventaja frente al poder del empleador; sin embargo consideramos que esta protección es relativa dado que únicamente se ofrece al trabajador afectado la posibilidad de

percibir una indemnización tasada y no la reincorporación a sus labores, salvo el caso del despido nulo .

a. Clases de despidos.

➤ **Despido arbitrario:**

Es un despido abusivo y por lo tanto es ilegítimo, a pesar que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce efectos extintivos, es decir el empleador incurre en este tipo de despido abusivo y lo que le corresponde al trabajador es únicamente cobrar el pago de indemnización por despido arbitrario. En este despido se pone en evidencia el poder del empleador de extinguir la relación laboral sin motivo válido y compensar económicamente al trabajador. Es pues un actuar abusivo del empleador que la propia ley permite, permitiéndose en este caso concreto que se abuse del poder económico y que se abuse del derecho a pesar que nuestra norma constitucional prohíbe tal situación.

El despido será arbitrario porque no se expresó causa que motiva el mismo o también a pesar de expresarse causa de despido, la misma no puede ser probada en juicio. En cualquier de las dos situaciones el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño ocasionado y ésta es tasada y que tiene relación con el tiempo de servicios, pero con un tope de hasta 12 remuneraciones. Le corresponderá por cada año de servicios el equivalente a un sueldo y medio por cada año hasta un máximo de 12 remuneraciones. En el caso de los trabajadores contratados la situación es igual pero lo que varía es que por cada mes de servicios aplicara unas remuneraciones (Remuneración y media) hasta las 12 remuneraciones

En consecuencia, existen dos tipos de despido arbitrario:

- **El que es arbitrario porque no se ha expresado causa alguna (ad nutum o incausado) y, aparece** esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del TC del 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N° 1124-2001-AA/TC). Se produce el denominado despido incausado o ad nutum, que algunos autores lo catalogan también como improcedente o inmotivado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

- **El que es arbitrario porque habiéndose alegado causa justa, ésta no ha podido ser demostrada judicialmente,** con el único efecto reparatorio para ambos, el de una indemnización.

➤ **Despido nulo:**

Es un despido ilícito dado que contraviene la ley. En el despido arbitrario no se expresaba causa o no se podría probar la causa alegada pero en el despido nulo lo que ocurre es que el despido obedece a una causa establecida en la ley que implica una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y como ciudadano

Las determinaciones de estas causas se encuentran en el artículo 29º del Decreto Supremo No.003-97-TR.

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que

configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25;

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

f) Se despide al trabajador por razones de ser portador del VIH-SIDA y

g) Se despide al trabajador por razones de discapacidad.

Es así que, un despido es nulo cuando la causa o razón determinante, es manifiestamente contraria al ordenamiento legal, ya sea de carácter discriminatorio o de reacción, constituyendo en el fondo una grave violación de derechos fundamentales del trabajador. La gravedad de los mismos genera que declarada judicialmente la nulidad del despido, a diferencia de lo que sucede en caso de despido arbitrario, el trabajador logra su reposición en el empleo que venía desempeñando.

Para accionar por la nulidad de despido, es requisito previo que cuando menos uno de los supuestos mencionados sea invocado y acreditado por el trabajador. El plazo para presentar la demanda de 30 días naturales contados desde que se produjo el despido y que no está sujeto a interrupción o pacto alguno que lo enerve.

Dicho plazo sólo se suspenderá frente a la imposibilidad material del trabajador para accionar ante un tribunal peruano, por encontrarse

aquél fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o cuando no funcione el Poder Judicial.

La excepción a esta regla la constituye el supuesto de despido nulo por razón de embarazo, en el cual existe la presunción de que el despido tuvo como causa el embarazo, si el empleador no acredita la existencia de causa justa de despido.

El despido nulo se trata de una innovación que introdujo la LPCL, no contemplada por la legislación anterior sobre la materia. Debido a la causa que origina el despido, se trata de actos manifiestamente contrarios al Ordenamiento Jurídico. Y que a la vez estos actos hacen que se vulneren derechos fundamentales que asiste a todo trabajador.

En esencia se trata de la extinción del vínculo laboral por parte del empleador motivado por causas subjetivas y discriminatorias.

➤ **Despido Indirecto:**

Actos de hostilidad.

Son actos u omisiones realizados por el empleador o sus representantes que molestan o incomodan al trabajador. Como tales constituyen faltas del empleador, y tienen como objetivo, normalmente, la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos su fin es obtener algún favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su moral, dignidad, economía, etc.

Actos de hostilidad equiparables al despido.

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas por el empleador.
Artículo 30° inciso a. LPCL.

- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
Esta falta es aquélla dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición. Artículo 30° inciso b. LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97) y artículo 49°, D.S. N° 001 -96-TR (26.01.96).
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio. Esta falta es aquélla que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y se configura siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador. Artículo 30° inciso c. LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97) y artículo 50°, D.S. N°001-96-TR (26.01.96).
- d) La Inobservancia de medidas de higiene y seguridad, que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador. Artículo 30° inciso d. LPCL.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia. Artículo 30° inciso e. LPCL.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Artículo 30° inciso f. LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97). g) Los actos contra la moral, y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. Artículo 30° inciso g. LPCL.
- g) La negativa injustificada del empleador de otorgar la licencia laboral por adopción. Artículo 7°, Ley N° 27409 (25.01.2001)

➤ **Despido justificado o despido legal.**

Es la facultad que tiene el empleador de despedir al trabajador por haber incurrido éste en causa establecida en la ley y estas causas pueden estar relacionadas con la conducta o con la capacidad del trabajador.

Este despido debe seguir un procedimiento preestablecido y si no se cumple puede darse el caso que, a pesar de la existencia de la falta cometida por el trabajador, el despido sea arbitrario

Se debe cursar una carta de imputación de cargos o preaviso para que el trabajador se defienda de los hechos que se le imputan o pueda demostrar su capacidad. Una formalidad esencial a cumplir es que se curse la carta de imputación de cargos por escrito y otorgándole el plazo de ley

➤ **Procedimiento del despido legal.**

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis (6) días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla, le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite. En el procedimiento debe observarse el principio de inmediatez.

Principio de inmediatez.

El principio de inmediatez, como contenido del derecho al debido proceso, constituye un límite a la facultad sancionadora o poder disciplinario del empleador y se sustenta en el principio de seguridad jurídica. En virtud de este principio debe haber siempre un plazo inmediato y razonable entre el momento en que el empleador conoce o comprueba la existencia de la falta cometida por algún trabajador y el momento en que se inicia el procedimiento y se le impone la sanción de despido.

En caso de que no medie un plazo inmediato y razonable entre el momento del conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, es decir, cuando exista un período prolongado e irrazonable, en virtud del principio de inmediatez, se entenderá que el empleador: a) ha condonado u olvidado la falta grave, y b) ha tomado la decisión tácita de mantener vigente la relación laboral.

Es importante señalar que el principio de inmediatez, está contemplado en el Art. 31° de la LPCL, y en la Recomendación N° 166 de la Organización Internacional del Trabajo sobre "la terminación de la relación laboral". Así, en el numeral 10 de este instrumento se señala que "se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un periodo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta".

Al amparo de esta norma internacional se ha afirmado que "el principio de inmediatez se constituye como el límite temporal a la facultad del empleador para sancionar al trabajador por la

comisión de una falta; se trata de la demarcación de dos periodos: uno, el más cercano a la falta, en el cual el empleador se encuentra habilitado para sancionar a su trabajador y, otro, el que le sigue al primero, en el cual el empleador pierde la potestad para sancionar al trabajador legítimamente, pues su inacción determina el olvido de los hechos imputados" .

1.3.1.5. El Despido según el Tribunal Constitucional Peruano

a) Despido Nulo

Respecto del despido nulo, será desarrollado ms adelante de manera más profunda por ser una categoría de nuestra investigación

b) Despido Incausado

Se produce el denominado despido incausado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

* Jurisprudencia Sobre Despido Incausado: STC. N° 976-2001-AA/TC.

El despido incausado, establecido en la sentencia N° 976-2001-AA/TC, se produce según ésta cuando se despide a un trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o labor que la justifique. Luego el despido será legitimo sólo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso.

"En consecuencia, la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad y, por consiguiente, el despido del demandante carece de efecto legal, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria propia del proceso de Amparo, procede la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando en su centro de trabajo"

c) Despido Fraudulento

Un despido es fraudulento cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas".

Jurisprudencia Sobre Despido Fraudulento

Respecto del despido fraudulento, el Tribunal se pronunció anteriormente definiéndolo como aquel despido en el que "se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas". En el caso en concreto la trabajadora demostró que el empleador fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, en la medida que éste último no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender los

requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. Por consiguiente, el despido se basó en una causa inexistente o irreal equiparable al despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, amparados por los artículos 22° y 27° de la Constitución. En cuanto al pago de las remuneraciones devengadas y los intereses legales, ya que este reclamo tiene naturaleza indemnizatoria y no resarcitoria o restitutoria, se deja a salvo el derecho de la demandante para que los haga valer en la forma legal que corresponda.

1.3.1.6 El Despido nulo en el Perú

1. Definición

Según Gorelli, (2012. P231) el despido nulo “se ha configurado como una clase de despido nítidamente diferenciado del despido arbitrario, al que el ordenamiento jurídico-laboral dispensa de la máxima tutela, expresada en la figura de la readmisión del trabajador en la empresa”.

Es el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios, en evidente vulneración de sus derechos fundamentales y constitucionales.

Así, nuestra ley laboral establece frente al despido arbitrario una compensación económica, sin que el trabajador tenga derecho a ser restituido a su puesto de trabajo, es decir nuestra ley consagra como sistema general, la tutela resarcitoria del despido “arbitrario, pero a su vez admite en forma excepcional la tutela restitutoria cuando el trabajador demuestre, la nulidad de dicho despido por estar fundado en motivos ilegítimos que nuestra norma laboral enumera taxativamente en su artículo. 29.

En los casos establecidos en la ley como nulos, en esos casos si procede la reposición del trabajador a su centro de labores (LPCL, ART. 34) pues la declaración de nulidad del despido supone según Monereo

(1994) “la reconstitución jurídica de la readmisión laboral, lo que se consigue, en primera instancia, a través de la readmisión o reintegración del trabajador en su puesto de trabajo” (p. 194).

En consecuencia, ante el despido el modelo de protección que tenemos es dual, por un lado, la indemnización cuando se produce el despido arbitrario sin derecho a reposición o readmisión y por otro otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, la reincorporación o reposición en su trabajo

El despido nulo queda configurado como una clase de despido nítidamente diferenciado del despido arbitrario, al que el ordenamiento jurídico- laboral dispensa la máxima tutela, expresada en la figura de la readmisión (reposición) del trabajador en la empresa.

La razón de que un ordenamiento que, simultáneamente, opta por la devaluación de los mecanismos de protección contra el despido, reserve, no obstante, a declaración de nulidad y la consiguiente tutela restitutoria a cierta clase de despidos, obedece a la trascendencia que para el ordenamiento tienen los bienes jurídicos que resultan lesionados por la materialización de aquellos.

Si el trabajador interpone demanda judicial de nulidad del despido y ésta es declarada fundada, éste tiene derecho a la reposición en su puesto de trabajo y al pago de las remuneraciones devengadas, es decir aquellas que no percibió debido al acto ilegal en su contra

2. Los Motivos de Despido Nulo en la Ley Laboral

La nulidad del despido solo procede cuando éste obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador.

Se establece, por ello, una diferencia con el “despido arbitrario” pues en este “falta” la causa justa de despido por no haberse demostrado en

juicio la invocada por el empleador o no haberla alegado éste como sustento de su decisión, mientras que en el despido nulo “existe” una causa, pero esta es recusada por el ordenamiento jurídico por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconoce al trabajador como tal y como persona y ciudadano. Dicho con otras palabras, arbitrario es el despido incausado, y nulo el que se basa en una causa ilícita.

En la determinación de los motivos de nulidad, se pueden advertir, en los ordenamientos laborales, dos orientaciones diferentes: un sentido amplio, que vincula dichos motivos con la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, y un sentido restringido para el cual los motivos de nulidad del despido son únicamente aquellos que la ley enumera

Las determinaciones de las causas de despido nulo se encuentran expresa y taxativamente señalados en el artículo 29º del Decreto Supremo No.003-97-TR, el cuál prescribe las causas que pueden concurrir para considerarse un despido como nulo, estas son:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; Por ser candidato a representante de los trabajadores debidamente escrito o actuar o haber actuado en esa calidad. En el caso de candidatos, es nulo el despido si se produce en el período correspondiente entre los 30 días anteriores a la realización del proceso de elección y los 30 días posteriores a la conclusión de éste. En el caso de representantes de los trabajadores, el despido es nulo si se produce hasta 90 días después de haber cesado en el cargo. Artículo 29º inciso b. LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97) y artículo 46º, D.S. N°001-96-TR (26.01.96).

Esta causal solo puede ser invocada por quienes postulan, han sido elegidos, han cesado en cargos que gozan del fuero sindical. El ámbito de protección de despido nulo se restringe a la esfera sindical.

Están amparados por el fuero sindical:

- Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres meses después.
- Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones, confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales.
- Los delegados cuando no exista sindicato y los representantes de la comisión encargada de la negociación colectiva.
- Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta días calendarios antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta días después de concluido éste.
- Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres meses después de concluido el procedimiento respectivo.

El trabajador amparado por el fuero sindical que demande la nulidad del despido tendrá que probar que éste tuvo como motivo su condición de candidato, representante o ex representante sindical. Por tanto, dicha condición no opera para establecer la presunción legal que el despido constituye un acto anti sindical.

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25;

Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25° de la LPCL (injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores). Es nulo el despido si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. La protección se extiende hasta 3 meses después de expedida la resolución

consentida que cause estado, o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento. Artículo 29º, inciso c. LPCL, D.S. N°003-97-TR (27.03.97); y artículo 47º, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96).

El empleador tiene el derecho de recurrir contra su empleador para reclamarle respecto de los incumplimientos e infracciones que realice, habiéndose creado instituciones y mecanismos procesales para tal efecto.

Se sanciona la nulidad del despido adoptado como represalia del empleador contra el trabajador que ha presentado una queja o participado en un proceso en contra de él para la defensa de sus derechos, ante las autoridades competentes.

Las autoridades competentes ante las cuales se interponen la queja o iniciar el proceso que origine la represalia, son únicamente las autoridades administrativas y judiciales.

El demandante debe acreditar que su despido está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma-

Se considera discriminación una notoria desigualdad o el trato marcadamente diferenciado a un trabajador que no se encuentra sustentado en razones objetivas. También es nulo el despido que, basado en motivos discriminatorios, afecte el empleo de trabajadores con discapacidad. Artículo 29º inciso d. LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97), artículo 48º, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96) y artículo 31º Ley N° 27050(06.01.99).

Se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, raza, religión, o ideas políticas que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. Esta causal tiene como sustento el mandato constitucional de no discriminación.

Para considerar un acto como discriminatorio deben existir tres elementos: una restricción, un motivo determinante y un resultado objetivo.

Es necesario que la conducta discriminatoria se traduzca en una notoria desigualdad o en el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores. Se exige que los factores de diferenciación se aprecien en un sentido bilateral, esto es, recurriendo a la comparación del trato dispensado a varios trabajadores.

Para que una conducta no resulte discriminatoria tiene que encontrar justificación en una necesidad de la empresa y no existir otras alternativas.

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

f) Se despide al trabajador por razones de ser portador del VIH-SIDA

g) Se despide al trabajador por razones de discapacidad.

Un despido es nulo cuando la causa o razón determinante, es manifiestamente contraria al ordenamiento legal, ya sea de carácter discriminatorio o de reacción, constituyendo en el fondo una grave violación de derechos fundamentales del trabajador.

La gravedad de los mismos genera que declarada judicialmente la nulidad del despido, a diferencia de lo que sucede en caso de despido injustificado o indirecto, el trabajador logra su reposición en el empleo que venía desempeñando.

Para accionar por la nulidad de despido, es requisito previo que cuando menos uno de los supuestos mencionados sea invocado y acreditado por el trabajador. El plazo para presentar la demanda de 30 días naturales contados desde que se produjo el despido y que no está sujeto a interrupción o pacto alguno que lo enerve.

Dicho plazo sólo se suspenderá frente a la imposibilidad material del trabajador para accionar ante un tribunal peruano, por encontrarse aquél fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o cuando no funcione el Poder Judicial.

La excepción a esta regla la constituye el supuesto de despido nulo por razón de embarazo, en el cual existe la presunción de que el despido tuvo como causa el embarazo, si el empleador no acredita la existencia de causa justa de despido.

El despido nulo se trata de una innovación que introdujo la LPCL, no contemplada por la legislación anterior sobre la materia. Debido a la causa que origina el despido, se trata de actos manifiestamente contrarios al Ordenamiento Jurídico. Y que a la vez estos actos hacen que se vulneren derechos fundamentales que asiste a todo trabajador.

En esencia se trata de la extinción del vínculo laboral por parte del empleador motivado por causas subjetivas y discriminatorias.

3. El Despido Nulo y la Lesión de los Derechos Fundamentales

-Derechos fundamentales de las personas en la relación de trabajo

En tiempos recientes se ha reconocido con creciente énfasis la plena operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación de trabajo, llegándose a sostener Del Rey Guanter (1992), que se está dando una “recomposición constitucional del contrato de trabajo” (p. 32)

Se pretende con ellos superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor según Baylos (1991) del empleador una “zona franca y segregada de la sociedad civil, en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la “puerta de fábrica”, (p. 99). Careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo.

En el fondo de esta concepción subyace una idea exacerbada del poder de dirección del empleador que se proyecta más allá de lo que resulta estrictamente necesario para organizar el trabajo y la actividad productiva de la empresa, y, a la cual no se le reconocen límites

externos, deviniendo por ello, en la idea de Ferrari (1977), en el “absolutismo patronal” (p. 14).

El desarrollo del derecho del trabajo, como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico, y la posterior “constitucionalización” e “internalización” de los más importantes derechos laborales, supuso según Martín Valverde, la progresiva limitación del poder directivo del empleador o, mejor dicho, su encuadramiento jurídico como poder “limitado y reglado” (p. 203). Dicho poder resultó, de esa forma, equilibrado por el conjunto de derechos que se reconoció al trabajador en la relación laboral, y que el empleador estaba obligado a cumplir y respetar desde el momento mismo del nacimiento de ésta, al configurarse el contrato de trabajo como un “contrato normado”.

Con todo, aquellos derechos, no obstante su considerable extensión y la jerarquía normativa de sus fuentes, para Pedrajas (1992) se situaron y desarrollaron, de modo predominante, en el ámbito específico del contrato de trabajo, centrándose en la regulación de la gestión (condiciones de trabajo: jornada, descansos, higiene y seguridad, etc.) y la contraprestación (remuneración y otros beneficios) del mismo, así como en los aspectos colectivos derivados de la relación laboral, siendo de advertir que la actuación de la autonomía colectiva se concentró, igualmente, en la búsqueda de la igualdad material y el mejoramiento socio-económico de los trabajadores (p. 23).

De esta manera si bien el status del trabajador reconoció creciente y adecuados niveles de pro autonomía, las de origen autónomo, el instrumento para equilibrar el poder del empleador en la relación de trabajo, no ocurrió lo mismo respecto a los derechos fundamentales a los que se consideró ajenos o, cuando menos, no directamente implicados en la relación de trabajo. Se ha podido decir, por ello, según Del Rey, que la regulación jurídica del contrato de trabajo proveniente de la formación del derecho del trabajo “(...) era aséptica respecto a unos derechos constitucionales que, además, tenían ese matiz

exclusivamente publicista proveniente del constitucionalismo más originario” (p. 32)

Por el contrario, actualmente se afirma que en la relación de trabajo no solo tienen significación aquellos derechos de índole propiamente laboral que han merecido reconocimiento de las Constituciones sino, de igual manera, aquellos otros que, en expresión de Alonso Olea representan “*la versión laboral*” de los derechos fundamentales “(...) en el sentido de que pueden emerger u ocurrir, y aun ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo” (p.28) Ejemplo típica de ella serían los derechos a la intimidad personal, o a la libre expresión de ideas y pensamientos, así como las libertades de reunión y de manifestación pacífica, sin limitarse solamente a éstas, pues existe, según el mencionado autor, una “(...) versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales y libertades públicas. (p. 29).

Para Del Rey (1992), la necesidad de relieves y afirmar esta perspectiva, surge de la comprobación de que el contrato de trabajo representa “(...) un condicionamiento estructural y permanente respecto a gran parte de los derechos fundamentales de la mayoría de las personas” (p. 33). Situación está que cabe atribuir, según opinión de Valdés Dal-Re al poder privado- constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. (p. 27).

Ante este condicionamiento, no excluido necesariamente por la existencia de un ordenamiento laboral basado en el principio protector, se afirma una perspectiva constitucional del contrato de trabajo, que coloca su centro de atención en el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral o cuando menos, sin que la existencia de ésta actué como factor impeditivo de dicho ejercicio, pues para Monereo y Moreno (1994) “(...) el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado

un sistema de límites indiscutible la ocupan los derechos fundamentales (pp. 192-193).

-La eficacia de los derechos fundamentales ante particular

Una cuestión inicial, antes de establecer la posible relación entre los derechos fundamentales y el despido, reside en determinar si tales derechos son oponibles entre particulares, es decir en el marco de relaciones jurídicas privadas –como la relación de trabajo–, generalmente establecidas al amparo de la libertad de contratación y del principio de la autonomía de la voluntad.

La respuesta tradicional del Derecho Constitucional a esta cuestión ha sido negativa. La teoría de los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos”, formulada por Jellineck (2000), atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante el Estado, configurando un “*status libertatis*” (p. 387)

Los derechos públicos subjetivos son, según esta concepción, los que corresponden a toda persona como miembro del pueblo del Estado y que le aseguren el respeto y protección de sus libertades ante el poder de este, operando como un límite al mismo y garantía del status reconocido a la persona en su relación con el Estado. Por ello, esos derechos además de subjetivos, como lo es todo derecho, son “públicos” en cuanto a través de ellos se define la relación jurídica entre el individuo y el Estado. Por su parte, Schmitt (1982) considera que la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional consiste en garantizar una esfera de libertad individual, ilimitada, en principio, frente a la posibilidad de injerencia del Estado que, por el contrario, es limitada, en principio (p. 170).

Esta concepción, como es obvio, restringe el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquellas que tienen su origen, y están

reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo.

Sin embargo, la moderna doctrina del Derecho Constitucional, desarrollada, en esta materia, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, ha superado esta noción clásica para sentar el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, esto es en el ámbito de la relación de derecho privado. Esta doctrina conocida como el “Drittwirkung” considera que los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, sino, también, en las relaciones con los particulares afirmando, este modo, que el amplio campo de las relaciones privadas no está exento de conductas y hechos lesivos de los derechos fundamentales de las personas.

Las razones principales que han llevado al tribunal alemán, y luego a otros, a sostener esta doctrina pueden sintetizarse, en el siguiente modo:

a) La existencia de poderes privados o facticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada individualmente.

La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento de principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que descarta axiomáticamente cualquier posición de dominación o superioridad entre las partes contratante, ha demostrado ser un mito o una simple premisa ideológica, propia del estado liberal en que dicha concepción se forja, diariamente desmentida por la realidad que evidencia, especialmente en la sociedad contemporánea, la creación de poderosas organizaciones privadas-económicas, políticas, sociales, religiosas y otras- que detentan un enorme poder, del cual se valen para imponer sus intereses a las personas con que se relacionan. Se ha dicho, con acierto, por ello según Bilbao (1997) que “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público” (p. 243).

b) La consideración de la Constitución como norma fundamental, que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su unidad. Esta visión de García (1985) que parte del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable (p. 72), descarta y supera una visión que acantona al ámbito de la Constitución a la regulación y ordenación de la actividad estatal y de los “derechos públicos subjetivos”, segregando de aquel la esfera del derecho privado que vendría a estar regido, en lo fundamental, por la codificación del derecho civil y privado.

La noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, implica la subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy en día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y base de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, Fernández (1994) , nos dice que aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado, se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución, como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquel regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en estas de las normas constitucionales. Ello no conduce, desde luego, a negar o devaluar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de estas relaciones, toda vez que la constitución no contiene ni puede hacerlo- una regulación exhaustiva del derecho privado- como si la tiene respecto de la organización de los poderes públicos- sino, únicamente, los trazos esenciales de este, lo que, sin embargo, es suficiente para insertar en las relaciones propias de su ámbito el principio de supremacía de la Constitución y del mayor valor de los derechos fundamentales.(p. 82)

c)La conformación del Estado social de Derecho, que se orienta al logro de la igualdad sustancial, imponiendo al Estado la obligación de promoverla y de remover todos los obstáculos que se oponen a ella. Para Blancas () En el estado social de derecho, la teoría de los derechos humanos experimenta una importante modificación al reconocer como valores informadores de los mismos no solo la libertad y la igualdad ante

la ley sino, en la misma medida, la igualdad sustancial y la justicia social, lo que conduce al mismo tiempo, a la extensión del catálogo primigenio de los derechos fundamentales mediante la incorporación de derechos de los derechos sociales, o de la segunda generación, así como a la reformulación, en clave social, de algunos derechos de la primera generación (p. 92).

Si bien muchos de los derechos sociales, como los relativos a la salud, la educación, la seguridad social o el bienestar, son derechos que exigen una acción positiva de parte del Estado, el núcleo principal de estos lo conforman los derechos de carácter laboral, varios de los cuales por su exigibilidad directa e inmediata, que no por su contenido, se asemejan a los de primera generación (p. 258); sin embargo, aspecto peculiar de los derechos laborales, homologados como derechos fundamentales, reside en que estos se insertan en el marco de la relaciones de trabajo y si bien algunos de ellos, como la libertad sindical, son oponibles frente al Estado-que está obligado a respetarla y garantizarla-todos son exigibles ante el empleador. En tal virtud, la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que es un aspecto característico, y componente esencial, del Estado Social de Derecho, supone la proyección de los derechos fundamentales al ámbito de una de las relaciones privadas más relevantes de la sociedad actual, como lo es la relación-empfeador, nacida del contrato de trabajo.

Fernández(1994), la cada vez más generalizada convicción de que los derechos fundamentales no se encuentran plenamente protegidos si no son garantizados, además de frente al poder político o estatal, ante los actos de sujetos privados, ha llevado a afirmar su eficacia "inter privados", destacándose que "las libertades y derechos tienen eficacia "erga omnes" o lo que es igual, han de ser tuteladas a los ciudadanos frente a las actuaciones tanto de los poderes públicos como de otros particulares" (p. 75)

Se afirma, de este modo, la eficacia "horizontal o pluridireccional" de los derechos fundamentales, que hace a éstos exigibles, y susceptibles

de protección, no solo en las relaciones entre la persona y el Estado, sino respecto a sujetos privados, cuando estos en razón de su poder económico-social o posición dominante se encuentran en la posibilidad de lesionar los derechos de otros ciudadanos.

Valdés Dal-Re (1991), afirma la evidencia de lo trascendente de esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales al ámbito de la relación de trabajo en razón de la “potencialidad lesiva que despliega la empresa en cuanto poder para el ejercicio real y efectivo de los derechos de la persona del trabajador en la organización productiva (p. 29).

De este modo, Valdés Dal-Re opina que el ejercicio del poder de dirección encontrara en los derechos fundamentales “límites infranqueables” que no le es posible atravesar y que en caso de hacerlo supondrá una actuación ilegítima que merecerá la correspondiente sanción por parte del ordenamiento jurídico (p. 32).

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la norma contenida del artículo 38 de la Constitución, en donde señala el TC que “De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, “Todo el peruano tiene el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, ni solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el estado. Ello quiere decir que la fuera normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia interprivados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado, en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional”.

Asimismo, para el TC, en la sentencia N° 976-2001-AA/TC “(...) ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia

en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria”.

4. Despido y Derechos Fundamentales

Admitido que los derechos constitucionales de que es titular el trabajador como persona despliegan su eficacia en el ámbito específico de la relación de trabajo y, más concretamente, operan como límite externo al poder de dirección y la potestad disciplinaria del empleador, es posible, ahora, apreciar las consecuencias que dicha perspectiva supone para el ejercicio de la facultad extintiva de aquel.

Esta, en efecto, materializada en el despido, constituye un campo propicio para la colisión con los derechos constitucionales del trabajador. Nos dice Monereo y Moreno (1994) que ello ocurría cuando “(...) la figura del despido se utiliza como vehículo instrumental al servicio de la consecución de una finalidad constitucionalmente ilícita: la lesión de derechos fundamentales del trabajador” (p. 317). Pedrajas Moreno(1992): Dicha lesión puede producirse cuando el despido tiene por un motivo impedir el ejercicio o disfrute del derecho fundamental del trabajador o “sancionarlo” por haberlo ejercido, así como cuando la actuación del empleador en la realización del despido comporte la afectación de tales derechos (p. 42)

El motivo del despido configura una vulneración al derecho fundamental del trabajador, sea que este se produzca de modo expreso o directo, imputado al trabajador como “Falta grave” una actuación que supone *per se* el ejercicio de un derecho constitucional (como lo sería participar en asambleas o actividades sindicales) o en forma en cubierta, atribuyéndole, como causa aparente pero no real, una conducta tipificada como en fracción laboral, para “Sancionar” el ejercicio por éste de un derecho constitucional, (por ejemplo, imputado la comisión de

injuria al dirigente sindical que formula críticas a la empresa o, más aun, imputado cualquier falta para practicar un despido discriminatorio).

Monereo y Moreno (1994), nos dicen que la doctrina ha señalado la “relevancia constitucional” que, en este puesto, alcanza el despido, siendo su “Resultado”, lesivo a los derechos constitucionales del trabajador, determinante para configurar su régimen jurídico peculiar en función a la trascendencia de los bienes constitucionales en juego. Dicho régimen se estructura en base a la “Revitalización de las técnicas de nulidad como mecanismo de tutela frente a las lesiones extintivas lesivas de derechos fundamentales” (p. 193). De este modo “existe una nulidad de pleno derecho en el despido nulo fundado en la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Ineficacia reforzada que es congruente con la relevancia constitucional de tales derechos, porque, en definitiva, el acto de despido que violes un derecho fundamental del trabajador supone una contravención directa a la norma fundamental que la legislación infraconstitucional debiera proteger” (p. 313).

La “Nulidad” del despido deriva, en tal caso, que la conexión directa e inmediata entre el acto del despido y la CONSTITUCION como norma suprema del ordenamiento jurídico, sancionado como absolutamente ineficaz aquel que obedezca el propósito de restringir, impedir o reprimir el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador. Es su naturaleza de acto inconstitucional la que determina su nulidad, pues el principio de supremacía constitucional no consiste que pueda reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas o actuaciones que importan la violación de los derechos que aquella consagra.

No es, por consiguiente, la legitimidad o ausencia de ésta en el acto de despido o el ejercicio abusivo que hace el empleador de dicha facultad como la que determina su nulidad (ya que dicho criterio lo que establece es si se trata de un despido arbitrario o no), sino el hecho de que esta potestad sea utilizada para afectar derechos constitucionales de

aplicación inmediata, ya sea impidiendo que el trabajador los ejerza o sancionando por haberlos ejercido, ello establecido en la Casación N° 655-2005-La Libertad.

Por ello, no dice Casas Baamonde (1995), debe considerarse que la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, no es materia sobre la cual el legislador ordinario pueda decidir discrecionalmente, siendo, como ha dicho una autora, “nulo” su margen de disponibilidad, pues, agregamos siguiendo su pensamiento, no cabe posibilidad alguna de que la norma infraconstitucional tolere un acto lesivo a la Constitución (p. 72).

5. La Vía Procedimental para demandar el Despido Nulo y Eficacia Reparadora.

Ante un hecho que constituya un despido nulo, el trabajador perjudicado tendrá dos opciones para reclamar su reposición en su puesto de trabajo. Uno de ellas es la vía ordinaria ante el juez especializado en lo laboral y la otra vía especial o constitucional mediante la cual también se reclama la reposición en el trabajo.

➤ Competencia de los Jueces Laborales (Ley 29497)

Es necesario indicar que la nueva Ley Procesal Laboral considera los procesos ordinarios y abreviados Laborales. El primero se admite la demanda, se cita a audiencia de conciliación, emplaza al demandado para que concurra a la audiencia de conciliación con el escrito de contestación y sus anexos. En caso no haber conciliación se pasa a la audiencia de juzgamiento que comprende las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia: la sentencia la hace conocer el juez en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos y señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para la notificación de la sentencia. Respecto del proceso abreviado este se realiza en audiencia única donde se da la audiencia de conciliación y

juzgamiento, comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra.

➤ **Juzgados Especializados de Trabajo**

Entre otros aspectos conocen

En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

- b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.
- c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

Artículo 51.- Competencia de los juzgados especializados de trabajo
Los juzgados especializados de trabajo conocen de todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivas originadas con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa, sea de derecho público o privado, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia las pretensiones relacionadas a:

- a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.
- b) La responsabilidad por daño emergente, lucro cesante o daño moral incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación

personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.

e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.

f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.

g) Los conflictos vinculados a un sindicato y entre sindicatos, incluida su disolución.

h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.

i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

j) El Sistema Privado de Pensiones.

k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral.

En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.

Conforme al artículo 23 la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

c) La existencia del daño alegado.

➤ **Criterios para determinar la Vía Procedimental.**

El Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante, establecido en la Sentencia, recaída en el Expediente N° EXP. N.º 0206-2005-PA/TC CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES, ha determinado la vía procedimental, para recurrir en tutela jurisdiccional efectiva, según se trate de un Despido Arbitrario o Nulo, dependiendo además del régimen laboral del trabajador accionante, así tenemos:

a) Así, el Supremo Tribunal ha precisado que, respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

b) Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

c) Con relación a que el despido tenga como motivo la afiliación o participación en actividades sindicales, El Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase,

para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

d) Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

e) Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

f) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere

para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

g) De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

h) Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4º literal 6) de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo,

dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

➤ **Vía Procesal Ordinaria**

Plazo para accionar.

El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho (Art. 36° LPCL).

Conforme a la interpretación dada en el Acuerdo N° 01-99 del Pleno Jurisdiccional Laboral de mil novecientos noventa y nueve, de excluir del cómputo del plazo de caducidad antes aludido, los días sábados, domingos y feriados no laborables y los de duelo nacional o judicial, día de inicio del año judicial y día del Juez, conforme al artículo doscientos cuarenta y siete de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dicho plazo de treinta días debe contarse por días hábiles, criterio que, conforme cita Carlos Blancas Bustamante (remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional del dieciocho de febrero del dos mil cinco expedida en el expediente N° 2070-2003-AA/TC) ha sido respaldada por el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el sentido de que: "El Decreto Supremo N° 003-97-TR no indica qué debe entenderse por falta de funcionamiento del Poder Judicial, ni tampoco, qué días deben exceptuarse de su cómputo. Sin embargo, de una interpretación de su artículo treinta y seis una cosa si es clara. Los días a tenerse en consideración en el cómputo, más allá de la dirección literal de su primera parte, no pueden comprenderse en el sentido de que se tratan simplemente días naturales", además no resultan computables los días de huelga de los trabajadores del Poder Judicial en que no hubo

atención a los justiciables, acontecimiento que constituye ejemplo de la falta de funcionamiento de este Poder del Estado.

➤ **En la vía especial (Constitucional).**

60 días (Art. 44° del CPCost. Ley N° 28237).

6. La Eficacia Reparadora del Despido Nulo.

Cuando el despido es justificado, el trabajador tendrá el derecho solo a sus beneficios sociales.

Cuando el despido es nulo, el trabajador tendrá derecho a la reposición en su puesto de trabajo. Salvo que en ejecución de sentencia solicite la indemnización.

Cuando el despido es arbitrario, el trabajador tendrá derecho a la indemnización, que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.

Cuando se declara nulo el despido en sede ordinaria, aparte de la reposición se dispondrá el pago de las remuneraciones devengadas que comprende todo el periodo que no laboro.

Cuando se declara nulo el despido en sede especial, se dispone la reposición y respecto de las remuneraciones devengadas, éstas son considerada indemnización y se deja a salvo el derecho del trabajador para que lo reclame en la vía correspondiente

7. La Reposición y su eficacia

La reposición del trabajador

Según Pla (1980) “la medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye –continúa- la forma natural de dejar sin efecto un despido, que por considerarlo ilícito se le quiere quitar sus efectos. Si el despido intento terminar el contrato de trabajo y se le quiere quitar eficacia este despido, lo mejor es volver considerar que el contrato de

trabajo continua como si ese despido no se hubiera producido (...)” (p. 1331).

Esta figura recibe distintas denominaciones en las legislaciones nacionales, pero el concepto básico no varía: suele usarse las palabras readmisión, reintegro, reposición o re-instalación como equivalente, pero todas ellas traducen la misma idea de que el despido carece de todo efecto por lo que el contrato de Trabajo continua su curso. En consecuencia, el trabajador vuelve a su trabajo desempeñando la misma tarea, conservando el mismo puesto, la misma antigüedad, las mismas condiciones de labor y la misma remuneración.

Nuestro derecho ha acuñado, desde la vigencia del D.L. 18471 la expresión “reposición”, que además de haber ganado aceptación e ingresado con facilidad al lenguaje común, jurídicamente resulta congruente con el concepto enunciado por el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 1 señala que la finalidad de las acciones de garantía es proteger los derechos constitucionales “reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”.

Por otro lado, de una manera muy acertada Javillier (1982), precisa el verdadero sentido jurídico de la invalidación del despido: “Para que triunfe el único modo de reparación aceptable en materia de empleo, la reparación en especie, se plantea la siguiente ecuación: despido irregular = despido nulo; despido nulo = continuación del contrato de trabajo que no ha podido cesar jurídicamente. Si el trabajador no está ya en la empresa: continuación (la única terminología jurídicamente exacta) = “readmisión” (terminología práctica) en la empresa” (p. 303).

El presupuesto jurídico de la reposición es la nulidad y consiguiente ineficacia del acto de despido dispuesto por el empleador, ya que jurídicamente nunca existió y por lo que el trabajador debe volver a la empresa y reasumir sus labores.

8. Reposición en el despido nulo

La LPCL, señala que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo. De esta manera, la calificación del despido como “nulo” por desconocer o afectar derechos constitucionales, conlleva necesariamente la reposición del trabajador en su empleo, pues Monereo (1994), explica que el efecto de dicha declaración consiste en considerar que “(...) el acto del despido es inexistente desde el punto de vista jurídico; se entiende por tal como algo que no existió, sino algo que, aunque materialmente exista, no tiene eficacia jurídica por efecto de la sentencia o decisión judicial que califica el despido como nulo.” (pp. 375-376).

Sin embargo la reposición como medida preparatoria del despido, es reservada solo para cierta clase de despidos: aquellos que comportan la lesión de los derechos constitucionales, no pudiendo ser aplicada fuera de este supuesto, es decir, aquellos despidos cuya ilegitimidad deriva de la ausencia de causa justa.

Al respecto y con base a la jurisprudencia del TC, que señala que procede recurrir a la garantía constitucional de la Acción de Amparo para obtener la tutela, concreta y efectiva, de los derechos constitucionales en el supuesto de la agresión o desconocimiento a su goce y disfrute de quien es su titular, operatividad mediante el despido. La protección que otorga el amparo, consiste en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (CPCO, art. 1); la preferencia del orden jurídico por la “vía paralela”, es decir la judicial ordinaria no es, sin embargo, absoluta pues solo excluye la acción de amparo cuando dicha vía resulte “igualmente satisfactoria”, o idónea, para la protección del derecho constitucional, teniendo en cuenta, para ello, su celeridad procesal y sus efectos reparadores, esto es, que conceda al afectado condiciones de defensa y medidas de protección no menores a las que dispensa la vía del amparo para la salvaguarda de su derecho. Ello significa, concretamente, que si por la

vía de amparo le es posible al trabajador obtener se reposición en el trabajo, pues la vía judicial laboral no podría asignar efecto distinto, ni de menor eficacia, a su sentencia definitiva para pretender ser considerada “vía paralela”, capaz de prevalecer respecto de la acción de –amparo.

Recientemente la Corte Suprema ha establecido el criterio de que también en la vía ordinaria laboral es posible obtener la reposición en otra clase de despidos lesivos de derechos fundamentales, como es el caso de las modalidades denominadas “despido incausado” y “despido fraudulento”, la misma corte ha puntualizado que ello no excluye la vía del amparo, pues ésta por su naturaleza de proceso urgente continua siendo una opción legítima para el trabajador.

➤ **Requisitos de la reposición**

- a. Reocupación del trabajador, sin afectar su categoría anterior.- Conforme al art. 34 LCCL y al art. 53 del R-TUO-LFE, el trabajador deberá ser reincorporado a su empleo sin afectar su categoría anterior, es decir, en el mismo puesto de trabajo o en caso contrario en otro puesto similar y de categoría no inferior, siempre y cuando haya imposibilidad material para reponerlo en el mismo puesto.
- b. Mantenimiento de su nivel remunerativo. - al reincorporarse a la empresa, el trabajador tiene derecho a mantener el nivel remunerativo que poseía al ser despedido. El Art. 54 LPCL, nos dice que el periodo dejado de laborar por el trabajador, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines “incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubiera correspondido al trabajador”
- c. Pago de remuneraciones devengadas. - el trabajador cuyo despido es declarado nulo, tiene derecho a que se le abone el monto de los salarios que hubiera percibido durante el tiempo que permaneció separado de la empresa, por decisión del empleador. Es en este extremo que nos encontramos en discordancia con la norma, pues las remuneraciones solo se otorgan por la realización de trabajo efectivo y como contraprestación.

- d. Reconocimiento del tiempo de servicios y depósitos de la compensación por tiempo de servicios. - otro efecto de la sentencia que declara la nulidad del despido, es que el periodo durante el cual el trabajador despedido dejó de prestar servicios es considerado *ex lege* como de trabajo efectivo, para todos los fines, incluyendo los aumentos de remuneraciones que hubieran correspondido al trabajador, otorgados por ley o convención colectiva. Lo dispone así el reglamento (R-TUO-LFE, art. 54) que formula una sola excepción: el record vacacional. En este caso, el trabajador debe optar entre el pago por dozavos del record trunco o su acumulación al que preste con posterioridad a la reposición.

9. Remuneración- Concepto.

El artículo 25° de la Constitución Política del Perú. Establece que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores. Por otro lado, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, define que *“constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. La alimentación otorgada en crudo o preparada y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente al trabajador tienen naturaleza remuneratoria cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena”*

➤ **Características de la remuneración.-**

Para Haro, las remuneraciones tienen las siguientes características:

“a) Son una contraprestación: al existir un trato dependiente o prestación, corresponde como contraprestación el pago de una remuneración. Este elemento es utilizado como un criterio fundamental para decidir sobre la existencia o no del vínculo laboral.

b) Deben ser de libre disposición: Los montos remunerativos pagados al trabajador deben ser utilizados a su libre albedrío en los gastos que él disponga, sin necesidad de consultar o informar a su empleador.

No son remuneraciones computables

Conforme a los artículos 19º y 20º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650”, no se consideran como remuneraciones computables:

a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;

b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;

c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;

d) La canasta de Navidad o similares;

e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;

f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;

g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza.

Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;

h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;

i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;

j) El refrigerio que no constituya alimentación principal, conforme al Artículo 12 de la presente Ley.

Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal. En consecuencia, se infiere que solo corresponde el pago de remuneraciones por el trabajo efectivo prestado.

10. Remuneraciones devengadas – Concepto.-

La remuneración devengada es aquella que se otorga al trabajador repuesto por el tiempo que dejó de trabajar, sea porque su despido fue nulo o porque el empleador no cumplió con los requisitos de forma y/o fondo establecidos en la ley, por lo que el Juez debe ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir

El artículo 31º del Decreto Supremo N° 004-93-TR precisa que para determinar el monto de dichas remuneraciones, "... debe tomarse en cuenta la remuneración ordinaria percibida por el trabajador al momento del cese, incrementada con los aumentos legales y convencionales que se hubieran otorgado en el centro de trabajo". El cálculo de las remuneraciones devengadas, entonces, por mandato

legal, se realiza a través de un único proceso simple y sencillo: debe tomarse en cuenta la última remuneración percibida por el trabajador y debe adicionarse a ella los incrementos legales y convencionales que se hubieran otorgado en el centro de trabajo. Nada más, ni nada menos, es lo que exige la ley.

Estas normas, en nuestra opinión, reflejan con toda claridad la intención del legislador de otorgarle al trabajador ilegalmente despedido las remuneraciones que hubiera percibido de no haber sido por la ruptura de su relación laboral. Esta es la única conclusión a la que se puede llegar teniendo en cuenta el mandato expreso del artículo 78º del Decreto Legislativo N° 728 y el hecho de que sólo así se puede justificar el que la Ley conceda al trabajador el derecho a percibir los aumentos legales y convencionales que le hubieran correspondido en caso hubiera continuado laborando para su empleador.

Posición con la que no concordamos dado que en la Cas. N° 155-2001-Lima- mantienen otra visión del tema señalando que: “(...)Si bien es cierto, las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente a la relación laboral desarrollada en virtud de un contrato de trabajo, estas normas no pueden, sin embargo, sustituir a las normas laborales, para determinar que el empleador está obligado a pagar remuneraciones por labores o trabajos no realizados, pues la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio; y que si bien existen excepciones, como las vacaciones, la suspensión perfecta de labores, la nulidad de despido, y la licencia con goce de haberes, estas son determinadas por la ley”.

Cas. N° 155-2001- Lima

Por otro lado tenemos también la posición extraída del Exp. N° 0029-2001-AA en el que hacen referencia a la constitución: “La propia Constitución establece, en su artículo 24º, que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y el espiritual”; sin embargo, el pago de

tal remuneración únicamente procede (...) cuando se ha producido la contraprestación efectiva de un servicio o labor”.

11. Pago de Remuneraciones devengadas en la jurisdicción ordinaria por Despido Nulo.

Cuando el trabajador es despedido fundado en causas ilegales y configurando de esta manera un despido nulo, en caso la demanda se declárase fundada, entonces de acuerdo al Art. 40 del D.S 003. El juez ordenara la reposición a su empleo, pero además el pago de remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputable a las partes. Asimismo, ordenara los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso con sus intereses.

12. Pago de Remuneraciones devengadas según el TC en el Despido nulo.

Cuando el trabajador es despedido por su empleador vulnerándose, con ese acto, algún derecho constitucional, podrá obtener la restitución de su derecho, si interpone una acción de amparo.

La restitución del derecho implica que el juez ordene que el empleador cumpla con reponer al trabajador al puesto de trabajo que venía desempeñando antes del despido. Este efecto de la reposición razonable, toda vez que la interrupción del vínculo laboral no es imputable al trabajador.

Sin embargo, resulta cuestionable el pago de la remuneración efectuada a favor del trabajador por todo el tiempo en el cual no prestó servicio alguno.

En ese sentido nuestro intérprete de la Constitución respecto a la pretensión del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, la declara improcedente al señalar que esta pretensión tiene naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria y además precisa que *La remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado por*

lo que deja a salvo el derecho del recurrente para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.

13. La Indemnización – Concepto.-

La indemnización “se trata de no dar a la víctima más de lo necesario para borrar el perjuicio sufrido, evitando de este modo que se enriquezca injustamente; pero se trata también de no darle menos, transformando la reparación en algo ilusorio, simbólico o simplemente inconducente a los fines perseguidos.

En consecuencia, la indemnización por daños y perjuicios, quien la reclama debe probar el daño causado conforme a la teoría de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en el caso del despido nulo se trata de la responsabilidad contractual

Como lo indicamos líneas arriba, a pesar de tener naturaleza civil, la indemnización por daños y perjuicios derivada de un despido, es una situación prevista en la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo. Es pues que conforme al artículo 2, numeral 1.b, de la referida ley, según el cual: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: la responsabilidad por daño patrimonial o Extrapatrimonial involucradas en la prestación de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o se prestó el servicio”.

Por otro lado, el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en Lima en el año 2008 según el cual: “El juez laboral es competente para el conocimiento por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo”

Considero que este tema de indemnización por daños y perjuicios establecidos en la nueva ley procesal no colisiona con la indemnización tasada sino que se completa con la misma

Por lo indicado podemos sostener que la indemnización por daños y perjuicios en relación al trabajador, consiste en la acción que tiene éste cuando es perjudicado, para exigir de su empleador que es causante del daño, una cantidad de dinero equivalente a lo que hubiera obtenido si hubiera continuado laborando normalmente, a la que se puede adicionar el pago por el daño moral causado

14. La indemnización por el daño económico o patrimonial.-

Si bien es cierto la responsabilidad civil pertenece a la esfera del Derecho Civil, esta puede ser aplicada a los hechos laborales, específicamente a las consecuencias del despido nulo, en el cual al despedirse ilegalmente e injustamente a un trabajador, éste sufre de un daño en su patrimonio pero también un daño moral. Respecto de la responsabilidad civil Mosset Iturraspe Jorge, (1988. P337) nos dice que ésta es definida como el conjunto de normas que como sanción obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona.

Es así, que aplicando esto al mundo laboral, veremos pues que esta sería el resultado de la acción del empleador, frente a un deber u obligación que nace de la relación laboral, la que la quebranta, siendo responsable de su proceder. Y como lo dice el maestro Osterling Parodi (2003. P 373). “Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente.”

Cuando se presenta u ocurre el daño, a la forma o manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como indemnización, la que comprende usualmente una suma de dinero para resarcir el daño ocasionado

Cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como indemnización, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado.

Para determinar los casos en los que existe responsabilidad civil, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino se debe cumplir con los siguientes presupuestos:

(a) La antijuridicidad o ilicitud. (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo. (c) El daño. (d) La relación de causalidad.

La antijuricidad o ilicitud supone un acto o una omisión cometidos en contra de una norma del ordenamiento jurídico. A su turno, la imputabilidad determina si una persona puede ser responsable por el daño que ha causado.

La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay acto de reparación.

15. La Indemnización por el daño moral

➤ El daño

De tal manera que debemos acudir a la doctrina para poder establecer los alcances de esta concepción.

Al respecto, Lafaille (1926. P.195) apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo.

Alfredo Orgaz (1960. P37) lo define como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

Jaime Santos Briz¹, (2003. P.369) el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.

En opinión de Osterling Parodi. (2003. p 242) “ el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación

¹

desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial”.

De lo expuesto se desprende que existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral. El daño material o patrimonial es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

La doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

Considero que lo material no es lo único que sufre daño, sino también lo espiritual, por lo que los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir daño, sino también aquellos que pueda experimentar la persona sea en su salud mental y psicológica, su honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales, por lo que aplicando esto podríamos sostener que ante un despido nulo que origina que el trabajador ya no perciba sus remuneraciones y demás beneficios económicos y además sufra un daño moral, cabe la posibilidad de que la indemnización por daños y perjuicios comprenda los daños patrimoniales y extrapatrimoniales

En doctrina nacional, Espinoza (2005. P.50) propone clasificar las funciones de la responsabilidad civil a partir de sus protagonistas. Señala que, con respecto a la víctima, es satisfactiva; al agresor, sancionadora; y a la sociedad, disuasiva o incentivadora de actividades. Así mismo, señala que es común a los tres anteriores la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

16. Doctrina Jurisprudencial

❖ Internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida el año 2001, sobre la reposición de los magistrados del Tribunal constitucional cesados en el régimen del Presidente Alberto Fujimori, estableció que el estado peruano debía indemnizar a los magistrados repuestos en sus labores, tomando como uno de los criterios para el efectivo resarcimiento los salarios y prestaciones dejados de percibir, sin perjuicio de todos los daños que se acrediten debidamente y que tuvieran conexión con el hecho dañoso

❖ Nacional

Conforme a la doctrina del Tribunal constitucional contenidas en sus diversas sentencias respecto del pago de las remuneraciones devengadas en el proceso de despido nulo, se ha sentado precedente y determinado lo siguiente

- a. Que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado y
- b. Que las remuneraciones devengadas tienen carácter indemnizatorio y no restitutorio

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en la Casación Nº 139-2014-La Libertad, la Corte Suprema (CS) fijo un nuevo criterio sobre los requisitos para el pago por daño moral de un trabajador en caso de despido arbitrario, siempre y cuando genere un sufrimiento al empleado. Se trata del caso de un trabajador del sector agroindustrial que fue cesado irregularmente en la década de los noventa. Si bien el trabajador cobró la indemnización por despido arbitrario, no se le compensó por los daños producidos; por esa razón, el trabajador demandó a su ex empleador. Conforme a la sentencia, en estas situaciones el trabajador deberá probar que existe un despido arbitrario y

si producto de esto se le ocasionó un sufrimiento muy grave; para ello puede usar pruebas directas o indirectas como exámenes, testimonios, etc.

Jorge Toyama Miyabusuku, en la publicación de Gaceta Jurídica, (2013. Pág. 22) sostiene que “...Por su propia naturaleza las indemnizaciones no califican como remuneraciones ya que no se entregan como contraprestación por los servicios prestados sino en calidad de compensación o reparación por el despido arbitrario o nulo del trabajador”, criterio ratificado por Vásquez Vlalard que lo considera como reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución del contrato, que al privar a este de su fuente de trabajo, le acarrea perjuicio de orden económico, moral y psíquico”

En relación a la indemnización tarifada o con tope, Toyama sostiene que exonera al trabajador de su obligación de acreditar el daño y el quantum indemnizatorio, lo que resulta favorable al trabajador.

A mayor abundamiento sobre el tema, parte de la doctrina ha propuesto que en situaciones excepcionales la indemnización tarifada no alcanza a reparar aquellos daños adicionales derivados de la lesión de otros derechos en tanto se encuentren debidamente acreditados. Cuando sucede esto, la doctrina y la jurisprudencia lo ha llamado como el daño moral adicional, conforme lo señala la Casación N° 399-99-Lima : “(...) la reparación reviste de un carácter francamente excepcional, procediendo solo cuando el incumplimiento fuere totalmente malicioso, es decir cuando por sus propias características resultan de un verdadero acto ilícito, como sería el daño moral probado por una falsa denuncia del empleador, quien habría imputado a su trabajador sin fundamento alguno la comisión de un acto delictuoso, (...)”.

Hay otra parte de la doctrina que sostiene que “(...) con el fin de percibir el pago de una indemnización extratarifada, el trabajador despedido tendrá la obligación de acreditar: (i) la existencia de un

daño adicional al causado por la pérdida del empleo (lo pluriofensivo del despido); y, (ii) el quantum indemnizatorio de ese daño.”

En consecuencia, la Corte Suprema admite la procedencia de las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido siempre y cuando el demandante pueda probar el daño moral adicional al reparado por la reposición o la indemnización.

Juan Espinoza Espinoza (2005.P 132), concluye que el trabajador sí podría solicitar una indemnización por daño moral, en aquellos despidos que no tienen causa y han merecido la declaración de reposición por parte de los tribunales. Entra a discutir el mismo autor en qué proceso, es decir si es un proceso civil o laboral el adecuado en donde se debería verificar este supuesto de daño moral. Finaliza su argumentación mencionando que tanto los jueces civiles como laborales están facultados a otorgar una solución al trabajador que solicita dicho resarcimiento. Menciona además una sentencia donde se declara el pago de la indemnización por daño moral “Corresponde indemnizar a la accionante porque ha sufrido un daño moral al habersele despedido injustificadamente y que su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años, habiéndole, este hecho producido un daño efectivo y sentimental”

Un aspecto que tiene relación directa con el tema de investigación es que a la fecha existen dos vías para impugnar un despido nulo, la constitucional y la ordinaria.

Sobre ello, Cesar Rosas Puntriano (2006, 275) tocando los criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido a propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional, en la revista Actualidad Jurídica, analiza el precedente vinculante del Tribunal Constitucional respecto de la procedibilidad del amparo en materia laboral, sentando su posición en cuanto al carácter residual de la acción de amparo en materia laboral.

Una postura más contundente es la expresada por Mario Pasco Cosmopolis (2004, p.307) quien manifiesta que el fallo del tribunal constitucional está llevando a la amparización de los procesos laborales y que estos pasarían a ser resueltos por jueces no especializados, originando que las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva se vean afectadas.

1.4. Formulación del problema de investigación

Problema General

- ¿Es jurídicamente válido en caso de despido nulo pagar indemnización por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas?

Problemas Secundarios

1. - ¿La decisión del empleador de despedir al trabajador de manera ilegal también daría lugar al pago de una indemnización por daño moral?
2. - ¿Cuál sería la vía idónea procesal para demandar la reposición y el pago de la indemnización en el despido nulo?
3. ¿Por qué motivo a la fecha en las demandas de amparo sobre despido nulo los tribunales constitucionales no conceden el pago de indemnización en forma conjunta con la reposición, dejando a salvo el derecho del trabajador de accionarlo en la vía correspondiente?
4. ¿Porque motivo los jueces laborales en caso de despido nulo conceden el pago de remuneraciones devengadas y no indemnización por daños y perjuicios?

1.5. Justificación

Las razones que han motivado la elección del tema el despido nulo y el pago de indemnización, es porque se ha advertido que existen algunas discrepancias entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

respecto del concepto que se debe percibir cuando se da un despido nulo, por ello, desde el punto de vista teórico, se establecerá que únicamente cabe la remuneración en caso de trabajo efectivo y por lo tanto en el caso de despido nulo al no haber dicha relación, lo que correspondería es la indemnización por daños y perjuicios.

Es así que este trabajo permitirá que en los supuestos que se den despidos nulos los trabajadores sepan claramente la vía que deben utilizar y de esta manera evitar las resoluciones contrarias entre el PJ y TC.

La justificación practica se dará en que se modificará la situación actual, en el sentido que se establecerá que en casos de despidos nulos, esto será competencia del Juez Laboral y que no se podrá recurrir vía demanda de amparo, modificándose así la situación de los trabajadores y además permitir a los jueces dictar resolución uniformes.

Por un lado, en el Poder Judicial en caso de despido nulo al ampararse la pretensión se dispone la reposición y el pago de las remuneraciones devengadas (carácter restitutorio), por todo el periodo dejado de laborar, mientras que cuando se recurre a la vía constitucional el Tribunal Constitucional dispone la reposición del trabajador pero en relación a las remuneraciones devengadas no las acoge indicando que estas no constituyen remuneraciones sino indemnización (Carácter indemnizatorio), dejando a salvo el derecho del trabajador de recurrir a la vía ordinaria para lograr el pago de sus remuneraciones devengadas que el tribunal indica se trata de indemnización, por lo que con nuestra investigación se modificara y/o aclarara esta situación

1.6. Objetivos

Objetivo General

-Determinar si es jurídicamente válido pagar indemnización por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas al trabajador afectado por un despido nulo

Objetivos Específicos

1. -Comprender si la decisión del empleador de despedir al trabajador de manera ilegal, daría lugar al pago de una indemnización por daño moral
2. -Destacar si la vía ordinaria resultaría idónea para demandar en el despido nulo la reposición y el pago de indemnización por daños y perjuicios el que incluiría el daño moral
3. Establecer que el Tribunal Constitucional en el despido nulo, solo concede reposición en el puesto y no pago indemnizatorio porque este último requiere una etapa probatoria que no la tiene el proceso constitucional
4. Establecer si en un proceso laboral se debe o no conocer el pago de indemnización por daños y perjuicios que incluye daño moral en los casos de despido nulo

1.7. Hipótesis

Hipótesis

Hipótesis General:

-Al ocasionar el despido nulo perjuicio al trabajador, sería factible otorgarle el pago de una indemnización por daños y perjuicios y no remuneración devengada porque esta exige labor efectiva

Hipótesis secundarias:

1. -El despido nulo también daría lugar al pago de una indemnización por daño moral ocasionado al trabajador
2. -La vía procesal idónea para demandar reposición y pago de indemnización por daños y perjuicios en caso de despido nulo, sería la especializada laboral
3. El tribunal constitucional no puede ordenar el pago de indemnización por despido nulo porque el daño requiere ser probado, por lo que deja a salvo el derecho de hacerlo en la vía correspondiente
4. Los jueces laborales en caso de despido nulo no deben disponer el pago de remuneraciones devengadas por el periodo dejado de laborar, en todo caso deben disponer el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

METODO

La presente investigación se ha desarrollado de la siguiente manera:

2.1. Diseño de investigación:

2.1.1. No experimental

La presente investigación es de diseño no experimental dado que no se manipula ninguna categoría y siguiendo la idea de Kerlinger (1979, p.116), quien manifiesta que la investigación no experimental es aquella donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes en éste caso serían las categorías por ser una investigación de enfoque cualitativo. Lo que se hace en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su ambiente natural, en su realidad cotidiana, para después analizarlos.

Como se mencionó antes la presente investigación es de diseño no experimental; por su alcance temporal es de corte transversal porque se recogerán datos en un único momento (tiempo y espacio), con el propósito de describir variables (categorías), y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.” (Hernández, Fernández y Baptista, 1991, p. 98).

2.1.2. Tipo de estudio Básica

La investigación realizada por su finalidad es básica porque partimos de conocimientos ya existentes, muchas veces aprendidos en clase durante nuestra etapa de aprendizaje. Este tipo de investigación llamada también investigación pura o fundamental, es trabajada en su mayor tiempo en los laboratorios. Su principal aporte lo hace al conocimiento científico, explorando hacia nuevas teorías y transformar las ya existentes. Además investiga principios y leyes actuales. (Zorrilla 1994, p. 43).

Además se realizan investigación de Casos, en donde se desarrolla las implicancias de los distintos casos sucedidos en la realidad.

2.1.3. De enfoque cualitativo

Para Tamayo (1994) la investigación por su enfoque metodológico y su fundamentación epistemológica tiende a ser de orden explicativo, orientado a estructuras teóricas.

No explica éste autor que utiliza preferentemente información cualitativa, descriptiva y no cuantificada. Estos paradigmas cualitativos e interpretativos, son usados en el estudio de pequeños grupos: comunidades, escuelas, salones de clase, etc. Menciona que se caracteriza por la utilización de un diseño flexible para enfrentar la realidad y las poblaciones objeto de estudio en cualquiera de sus alternativas.

Trata de integrar conceptos de diversos esquemas de orientación de la investigación social. (p. 14)

Rudy Mendoza (2006), nos dice que, a metodología cualitativa, como lo indica su propia denominación, tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno. Busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible.

En investigaciones cualitativas se debe hablar de entendimiento en profundidad en lugar de exactitud: se trata de obtener un entendimiento lo más profundo posible. (p. 2)

Es así que en la presente investigación se quiere entender el concepto puro de remuneración y así aplicarlo de la manera más correcta, dado que en la realidad actual este concepto es usado de manera incorrecta e inapropiada al ordenar en el Despido nulo el pago de remuneraciones devengadas.

2.1.4. De Nivel Explicativo

Para Dankhe (1986) citado por Hernández, Fernández y Baptista, existen cuatro tipos de investigación o niveles, siendo: exploratorios,

descriptivos, correlacionales y explicativos; en ese sentido la presente investigación según su alcance es explicativo, porque “está dirigido a responder la causas de los eventos físicos o sociales” (p. 4). Su principal interés es explicar porque ocurre un determinado fenómeno y en qué condiciones se da éste. Así esta investigación se lleva a cabo cuando al realizar la simulación, esta arroja una serie de resultados, después de que se le han aplicado los diferentes factores como lo son políticos económicos y sociales analizando su comportamiento.

Así la presente investigación es explicativa ya que se parte de la observación de un problema jurídico existente en nuestra sociedad y la solución jurídica que le damos mediante el análisis de la problemática que afecta a la sociedad, para lo cual tocaremos las categorías con las que trabajamos y desarrollamos una por una en la parte de teoría relacionada, partiendo de lo general a lo específico, por ello desarrollamos con esta estructura el despido nulo y el pago de una indemnización por daños y perjuicios (patrimonial y moral), desarrollando lo relacionado al despido nulo en sede ordinaria y constitucional y el pago que corresponde por el daño causado al trabajador en caso determinarse el despido nulo; además de establecer la vía idónea para demandar el despido nulo y el pago de la indemnización por el daño causado.

2.2 Categorización, Operacionalización. -

CATEGORIAS
Despido Nulo
Indemnización por daños y perjuicios

CATEGORIAS	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIÓN
	Cuando la causa o razón determinante, es manifiestamente contraria	Se trata de actos contrarias a la ley y que a su vez estos actos

Despido Nulo	al ordenamiento legal, ya sea de carácter discriminatorio o de reacción, constituyendo en el fondo una grave violación de derechos fundamentales del trabajador	hacen que se vulneren derechos fundamentales que asiste a todo trabajador
Indemnización por daños y perjuicios	Acción que tiene el trabajador cuando es perjudicado por su empleador, para exigir una cantidad de dinero equivalente a lo que hubiera obtenido si hubiera continuado laborando normalmente, a la que se puede adicionar el pago por el daño moral.	El perjuicio ocasionado al trabajador por habérselo privado de realizar sus labores se repara económicamente, pero también se puede indemnizar aquellos que pueda experimentar sea en su salud mental y psicológica, su honor, reputación, esto es el daño moral.

CATEGORIAS	SUB CATEGORIAS
Despido nulo	<ul style="list-style-type: none"> -Contraviniendo la ley Laboral -Por desempeño de actividad sindical -Por embarazo -Contraviniendo los derechos fundamentales. -Por razón de raza .Por razón de creencia religiosa -Por razón de sexo
Indemnización	<p>Por el daño patrimonial consistente en las remuneraciones que no percibió</p> <p>Por el daño moral consistente en daño a la salud psicológica o moral</p>

2.3. Población y Muestra

2.3.1 Población

La población está constituida por los Juzgados de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, donde veremos los casos de despidos nulos con pagos de remuneraciones devengadas

Se entrevistara a los señores jueces especializados en lo laboral

“La población es la totalidad de elementos o individuos que tienen ciertas características similares y sobre las cuales se desea hacer inferencia”. (Jany, 1994, p. 48.)

2.3.2 Muestra.

La muestra a considerar en este informe de tesis, está conformada por la entrevista a seis especialistas en materia laboral, siendo tres jueces y tres abogados en lo laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima Este. La muestra “Es la parte de la población que se selecciona, de la cual realmente se obtiene la información para el desarrollo del estudio y sobre la cual se efectuarán la medición y la observación de las variables objeto de estudio” (Según Bernal, 2010. P. 160

2.4. Técnica e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

“El proceso de una investigación tiene relación con la obtención de la información, pues de ello dependen la confiabilidad y validez del estudio. Obtener información confiable y valida requiere cuidado y dedicación. Esta etapa de recolección de información en investigación se conoce también como trabajo de campo. Estos datos o información que va a recolectarse son el medio a través del cual se prueban las hipótesis, se responden las preguntas de investigación y se logran los objetivos del estudio originados del problema de investigación. Las datos, entonces, deben ser confiables, es decir, deben ser pertinentes y suficientes, para lo cual es necesario definir las fuentes y técnicas adecuadas para su recolección”. (Muñoz, 2001, p. 53)

2.4.1. Técnica

La entrevista es el primer nivel en las técnicas activas de recolección de datos, la que al realizarse adopta la forma de una conversación entre el sujeto que produce las observaciones y el que las registra (...) en la que el observador dirige mediante preguntas, y siguiendo un plan preconcebido, aquellas cuestiones o temas sobre las que desea obtener una respuesta del informante, adoptando así un rol dependiente

De acuerdo a las características de la investigación y los enfoques desarrollados, las técnicas que se desarrollan son las siguientes: revisión de documentos, evaluación de experiencias personales, juicios de opinión y entrevistas abiertas compuestas por trece preguntas, la cuales nos ayudaran a identificar que el despido incausado en el periodo de prueba vulnera los derechos fundamentales del trabajador.

2.4.2. Validez.-

Según Hernandez, "La validez, en términos generales, se refiere al grado en que un instrumento realmente mide la variable que se pretende medir Hernández, R. (1998).

En nuestro caso interpretando al autor citado estaríamos midiendo el grado en que nuestro instrumento logra medir nuestros indicadores, dado que es la capacidad de explicar fenómeno en profundidad, a través de la presencia del investigador y la triangulación de fuentes (Cortés, 1997).

Para obtener ese grado de validez nuestro instrumento ha sido evaluado de manera objetiva por dos expertos en la investigación científica y dos especialistas en materia de Derecho Laboral, específicamente en temas de despido Nulo, otorgando cada uno de ellos a nuestro instrumento e

información que se recabo, la exactitud y consistencia necesaria para efectuar las generalizaciones de los hallazgos, derivadas del análisis de las categorías de un estudio.

2.4.3. Confiabilidad.-

La confiabilidad de la presente investigación es una de tipo interno, ello en base a lo concebido por Goetz y LeCompte, quienes establecen dos tipos de Confiabilidad: Confiabilidad Interna y Confiabilidad externa; así la nuestra es interna porque se puede evidenciar la concordancia de investigadores estudiando la misma situación, quienes también consideran posible la idea de cambiar al pago de las remuneraciones devengadas por el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Además con el afán de incrementar dicha confiabilidad se ha consultado varios autores y mediante la aplicación de nuestra entrevista a especialistas en la materia nos hemos asegurado que lo registrado por nosotros y por varios de los autores estudiados coincide con lo que dicen los sujetos especialistas en la materia que fueron entrevistados.

“La confiabilidad de un instrumento de medición, se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto, produce iguales resultados”. Hernández, R. (2006)

2.5. Métodos de Análisis de Datos.

En este punto se analizara nuestro instrumento; es decir, cada una de nuestra entrevistas realizadas a nuestra muestra, con la finalidad de obtener la información con mayor nivel de confiabilidad y así alcanzar nuestros objetivos planteados al inicio de la investigación logrando probar la pertinencia de nuestra hipótesis.

Entrevista N° 1.-

Buenos días/ tardes, mi nombre es Veronica Zegarra Zelada, la presente entrevista a realizarse surge como consecuencia del estudio sobre el Despido Nulo y el posible pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ocasionados al trabajador. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de proyectos relacionados al tema. En ese sentido se le pide se sienta libre de compartir sus ideas en este espacio. Lo importante es su punto de vista. Además deseo le quede claro que su opinión y toda la información que me brinde serán tomadas en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación; utilizada únicamente para la presente investigación y con total discreción. De antemano agradecerle por su valioso tiempo.

Entrevistada: ANA DEYBY MORALES CARDO, con matricula N° 32653.
Abogada especialista en Derecho Laboral.

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Me encuentro en desacuerdo con dicha disposición, pues los criterios tomados en cuenta para dicha concepción son erróneos, dado a que en ningún momento se presenta la figura de contraprestación para otorgarle una remuneración al trabajador.

- ✓ **ANALISIS:** La abogada especialista en este sentido concuerda con la postura de la presente investigación, considerando erróneo el pago de remuneraciones devengadas ante la inexistencia de un trabajo realizado.
2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Considero que no debe pagarse remuneraciones devengadas ya que la constitución claramente nos dice que esta es otorgada únicamente ante un trabajo efectivo.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada especialista en este sentido considera que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas basándose en la constitución.

3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Claro que si, al otorgarle el pago de las remuneraciones devengadas lo que hace la ley es resarcir el daño ocasionado producto del despido nulo pues queda claramente deslindado el carácter contraprestativo ante la inexistencia del trabajo producto del cese laboral.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada en esta pregunta opina que si se podría considerar al pago de remuneraciones devengadas, pues lo que se busca con dicho pago es compensar el daño sufrido por el trabajador que fue despedido injustamente.

4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Efectivamente el despido por razón de raza, sexo, el ser dirigente sindical, el estar embarazada si ocasiona un daño económico pues por razones que están amparadas por nuestra constitución se despide a una persona que bien puede prestar servicios de manera igual que otra persona que no esté en esa condición, privándole de su derecho a un trabajo y el pago que este otorga.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada en esta pregunta considera que si ocasiona un daño a la economía de la persona que fue despedida por una razón nula, ya que al quitarle su trabajo le quita su pago y a la vez sustento con el que se mantenía.

5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Es evidente que no solo se ve en juego el daño a la economía del trabajador despedido, sino que su reputación y moral también, ya que el ser despedido por una de esas causas ocasiona un detrimento en la autoestima y seguridad de la persona.

- ✓ **ANÁLISIS:** la especialista en la materia considera que aparte del daño económico también sufre un daño moral debido a que su autoestima y reputación se ven afectadas al ser despedido por una causa que prohíbe la ley.
6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

Considero que esa misma interpretación debería ser tomada en el ámbito del poder judicial, pues el pago de una indemnización beneficiaría mejor al despedido por causas injustas que la ley prohíbe.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada se encuentra de acuerdo con la postura del tribunal y sugiere que se aplique la misma interpretación en el ámbito ordinario, pues opina que con el pago de una indemnización se está resarcido mejor el daño que sufrió la persona que fue despedida sin motivo justo.
7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

El pago que se le da al trabajador como remuneraciones devengadas cubre el daño que se le ocasiona solo en forma parcial, pues el daño moral no es tomado en cuenta solo el tiempo que dejó de trabajar. Además de que dicho pago es aplicado de forma incorrecta ya que no estaba trabajando pues fue despedido.

- ✓ **ANÁLISIS:** La Dra. Considera que el pago que se le otorga como remuneración devengada es por el tiempo que no estaba trabajando pero que se deja de lado el daño moral que sufre. Opina además que la figura de la remuneración está siendo aplicada de manera incorrecta al no existir trabajo producto del despido.
8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Considero que está bien que el trabajador despedido por causas nulas tenga doble protección pues el tribunal es un experto en la materia siendo que la decisión que toma es la que se debería aplicar en la vía ordinaria ante el poder judicial.

- ✓ **ANÁLISIS:** La Dra. en este punto cree pertinente que el trabajador goce de doble protección, pues considera al tribunal como un ente experto en el análisis de la materia y la forma de resolver.

9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Considero que esta materia también es necesaria que sea vista por el Tribunal, pues actualmente existe mucha carga procesal y los trabajadores lo que buscan es una respuesta rápida a su problema.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este extremo la abogada considera que por motivos de la carga procesal existente en el poder judicial y la inmediata respuesta a una solución que buscan los trabajadores, es pertinente que de estos procesos también conozcan los tribunales.

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Considera innovadora y muy buena dicha propuesta pues así se analizara el daño total causado al pobre trabajador que no solo sufre un daño económico sino también moral, debido la injusticia y discriminación de los empleadores que los despiden si motivo valido.

- ✓ **ANÁLISIS:** la especialista en esta pregunta tienen una postura como la de la presente investigación, pues considera que dejar de pagar remuneraciones devengadas por un trabajo no efectivo y reemplazarlo por el pago de una indemnización le brinda una protección y resarcimiento al daño total sufrido por el trabajador despedido.

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

Se podría tomar como una base, pero en realidad el pago de la indemnización debería estar basado en el daño que se capaz de probar el trabajador frente al juzgador.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada considera que si se podría tomar como base el pago de la actuales remuneraciones otorgadas en el despido nulo, pero

que lo que decidiría dicho pago sería el daño que el trabajador pueda probar ante el proceso.

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Claro, la indemnización debe darse para todo el daño que sufre el trabajador, tanto el económico como moral, como mencione ello en base a que el trabajador lo demuestre en el proceso.

- ✓ **ANÁLISIS:** En este punto la especialista considera que si corresponde tomar en cuenta el daño moral para pagar la indemnización y que ello se daría siempre y cuando el trabajador lo demuestre en el proceso.

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Considero que así se le hace justicia al trabajador pues el daño moral también debe ser resarcido ya que la causas que motivan el despido son prohibidas por nuestra constitución, pero es verdad que tomar en cuenta dicho daño incrementaría el pago de la indemnización lo que claro que disgustaría al empleador y en cierta manera haría que piense dos veces antes de despedir a un trabajador sin una causa justa.

- ✓ **ANÁLISIS:** En este punto la abogada considera que tomar en cuenta dicho precepto si lograría que el empleador frene los despidos nulos pues el pago de la indemnización se incrementa cuando también se considera el daño ocasionado a la moral del trabajador.

Entrevista N° 2.-

Buenos días/ tardes, mi nombre es Veronica Zegarra Zelada, la presente entrevista a realizarse surge como consecuencia del estudio sobre el Despido Nulo y el posible pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ocasionados al trabajador. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de proyectos relacionados al tema. En ese sentido se le pide se sienta libre de compartir sus ideas en este espacio. Lo importante es su punto de vista. Además deseo le quede claro que su opinión y toda la información que me brinde serán tomadas en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación;

utilizada únicamente para la presente investigación y con total discreción. De antemano agradecerle por su valioso tiempo.

Entrevistado: DIONISIO ELEUTERIO CASTRO FIERRO, con matrícula N° 11686. Magistrado a cargo del Juzgado de Trabajo Transitorio – Zona 01 S.J.L.

- ✓ Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Me encuentro de acuerdo con dicha disposición actual de la ley, pues es lo que rige y es lo que se aplica.

ANALISIS: El magistrado considera correcto el pago de remuneraciones devengadas ante la procedencia del Despido Nulo, pues es como la ley rige actualmente.

- ✓ Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Considero adecuado el pago de las remuneraciones devengadas, ya que al ser los motivos que impulsan el despido, prohibidos por la ley, entonces no se debió configurar el despido y el trabajador debió continuar trabajando por lo que se le otorga dicho pago.

- ✓ **ANALISIS:** El magistrado considera positivo dicho pago de remuneraciones devengadas pues de no ser el caso de basarse en causas prohibidas por la ley, el trabajador continuaría trabajando y percibiendo su remuneración.

- ✓ ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Al otorgarle el pago de las remuneraciones devengadas lo que hace la ley es tomar en cuenta que de no ser despedido por motivos de discriminación o condición el trabajador nunca hubiese dejado de

trabajar y puesto que el despido es declarado nulo, es decir que no debió existir, entonces tampoco debió dejarse de trabajar y de ganar una remuneración y en base a ello se le otorga los devengados.

- ✓ **ANÁLISIS:** El entrevistado considera que el pago de la remuneración devengada no tiene carácter indemnizatorio sino como una contraprestación que de no haberse configurado el despido en causas prohibidas no habría dejado de existir.

- ✓ ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Efectivamente el despido fundamentado en una condición física o social ocasiona un daño económico, pues por razones que están prohibidas de manera taxativa en la ley se despide a un trabajador sin importar su desempeño y eficiencia en su trabajo.

- ✓ **ANÁLISIS:** El magistrado considera que si ocasiona un daño a la economía de la persona que fue despedida por una razón nula, ya que al quitarle su trabajo le quita sustento para mantenerse en la sociedad de manera digna.

- ✓ ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Este tipo de despido basado y motivado por razones rechazadas ante la ley ocasiona claramente un daño no solo económico sino también moral, ya que no es evaluado su trabajo y buen desempeño sino su conducción física y o participación en derechos sociales, dejando claro que el empleador puede despedir cuando se le antoja y basado en causas subjetivas que lo dejan en total vulneración de respeto hacia su persona frente a la sociedad.

- ✓ **ANÁLISIS:** El magistrado considera que si existe un daño a la moral del trabajador despedido por causas que la ley prohíbe, pues se deja de valorar su desempeño laboral para solo medir la condición física que atraviesa dejándolo humillado frente a la sociedad.

- ✓ El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

El tribunal no puede resolver respecto al pago de los sueldos caídos porque no cuenta con una etapa probatoria y por eso ordena se vea en la vía ordinaria.

ANÁLISIS: el magistrado considera que el tribunal no resuelve respecto a la pretensión del pago de remuneraciones devengadas por carecer en su proceso de una etapa probatoria.

El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

El pago que se le da al trabajador como remuneraciones devengadas cubre el daño en cierta medida pues como se mencionaba en respuestas anteriores el daño económico no es el único sufrido por el trabajador sino también un daño moral que en la actualidad no se califica.

✓ **ANÁLISIS:** El Dr. Considera que el pago que se le otorga como remuneración devengada no cubre el daño moral que además del económico también sufre el trabajador.

✓ Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Considero que los temas de despido nulo deberían ser vistos de manera inicial por el poder judicial, pues somos los jueces laborales los especialistas en la materia, mientras que el tribunal solo resuelve temas constitucionales y claros que esto perjudica en el tiempo en que los trabajadores obtienen una resolución satisfactoria a su favor.

✓ **ANÁLISIS:** El magistrado en este punto considera que los temas de despido nulo debe ser visto de manera única en la vía ordinaria pues ellos son los más capacitados y que además ello ahorraría tiempo.

✓ ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Considero que los temas de despido nulo deberían ser vistos de manera inicial por los juzgados de trabajo mediante la vía ordinaria, pues los que resuelvan dominan el tema por ser especialistas en la materia, mientras que el tribunal solo resuelve temas constitucionales.

✓ **ANÁLISIS:** en este extremo la abogada considera que por motivos de la carga procesal existente en el poder judicial y la inmediata respuesta a una solución que buscan los trabajadores, es pertinente que de estos procesos también conozcan los tribunales.

- ✓ ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Considera justo se tome en cuenta dicho criterio porque el trabajador no solo sufre un daño económico sino también moral, debido a la injusticia y discriminación de los empleadores que los despiden por un motivo válido.

ANÁLISIS: el Magistrado en esta pregunta tiene una postura como la de la presente investigación, pues considera que otorgar un pago de una indemnización le brinda una protección y resarcimiento al daño total sufrido por el trabajador despedido.

- ✓ ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

Se podría tomar como una base, pero en realidad el pago de la indemnización debería estar basado en el daño real que se puede probar frente al trabajador ante el juzgador.

ANÁLISIS: la abogada considera que si se podría tomar como base el pago de las actuales remuneraciones otorgadas en el despido nulo, pero que lo que decidiría dicho pago sería el daño que el trabajador pueda probar ante el proceso.

- ✓ ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Claro, la indemnización debe darse por todo el daño que sufre el trabajador, tanto el económico como moral, como mencione ello en base a que el trabajador lo demuestre en el proceso.

ANÁLISIS: en este punto la especialista considera que si corresponde tomar en cuenta el daño moral para pagar la indemnización y que ello se daría siempre y cuando el trabajador lo demuestre en el proceso.

- ✓ ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Considero que así se le hace justicia al trabajador pues el daño moral también debe ser resarcido ya que las causas que motivan el despido son prohibidas por nuestra constitución, pero es verdad que tomar en cuenta dicho daño incrementaría el pago de la indemnización lo que es claro que

disgustaría al empleador y en cierta manera haría que piense dos veces antes de despedir a un trabajador sin una causa justa.

ANÁLISIS: En este punto la abogada considera que tomar en cuenta dicho precepto si lograría que el empleador frene los despidos nulos pues el pago de la indemnización se incrementa cuando también se considera el daño ocasionado a la moral del trabajador.

Entrevista N° 3.-

Buenos días/ tardes, mi nombre es Veronica Zegarra Zelada, la presente entrevista a realizarse surge como consecuencia del estudio sobre el Despido Nulo y el posible pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ocasionados al trabajador. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de proyectos relacionados al tema. En ese sentido se le pide se sienta libre de compartir sus ideas en este espacio. Lo importante es su punto de vista. Además deseo le quede claro que su opinión y toda la información que me brinde serán tomadas en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación; utilizada únicamente para la presente investigación y con total discreción. De antemano agradecerle por su valioso tiempo.

Entrevistada: GONZALO PONCE RAMOS, con matricula N° 32603. Abogado especialista en Derecho Laboral.

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Es adecuado que de obtener la sentencia consentida por Despido nulo no solo se reponga al trabajador a su antiguo trabajo, del cual no debió ser apartado sino que también se le pague sus remuneraciones devengadas, las mismas que le corresponden por precisamente ser nulo el despido y basarse en razones que prohíbe la ley.

- ✓ **ANALISIS:** el abogado se encuentra de acuerdo como se viene tratando actualmente al despido nulo y el pago de remuneraciones devengadas

que se le otorga al trabajador por haber sido basado en causas prohibidas por las constituciones y ley.

2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Efectivamente corresponde el pago de las remuneraciones devengadas pues el despido nunca debió de configurarse y por lo tanto nunca debió de dejar de pagarse los sueldos.

- ✓ **ANÁLISIS:** el abogado especialista en este sentido considera que es estivo el pago de los sueldos casos puesto que nunca debió de configurarse el despido por basarse en causas que la ley prohíbe.

3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Por supuesto, al otorgarle el pago de las remuneraciones devengadas lo que hace la ley es resarcir el daño ocasionado producto del despido nulo pues nunca debió de configurarse.

- ✓ **ANÁLISIS:** el abogado en esta pregunta opina que si se podría considerar al pago de remuneraciones devengadas, pues lo que se busca con dicho pago es compensar el daño sufrido por el trabajador que fue despedido de manera que se vulneran sus derechos constitucionales.

4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Efectivamente el despido nulo si ocasiona un daño económico pues por razones que están amparadas por nuestra constitución se despide a una persona que bien puede prestar servicios de manera tan eficiente que otra persona que no esté en esa condición, privándole de su derecho a un trabajo y el pago como contraprestación a su servicio.

- ✓ **ANÁLISIS:** El abogado en esta pregunta considera que si ocasiona un daño a la economía de la persona que fue despedida por una razón

nula, ya que al quitarle su trabajo le quita su pago y a la vez sustento con el que vivía y mantenía a su familia.

5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Es evidente que no solo se ve afectada la economía del trabajador despedido, sino que su reputación y moral también se ven afectados en la sociedad, ya que el ser despedido por una de esas causas ocasiona un detrimento en la autoestima y reputación.

- ✓ **ANÁLISIS:** el abogado especialista en la materia considera que aparte del daño económico también sufre un daño moral debido a que su autoestima y reputación se ven afectadas al ser despedidos por una causa que prohíbe la ley.

6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

Si bien el tribunal constitucional es el máximo intérprete de la constitución no es el más apto para resolver respecto a temas de despido nulo y es por ello que ordena el pago de remuneraciones devengadas.

- ✓ **ANÁLISIS:** El abogado considera que el tribunal no es el más apto para resolver temas de despido nulo por ser un analista especializado en la constitución y no temas laborales.

7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

El pago que se le da al trabajador como remuneraciones devengadas cubre el daño que se le ocasiona, sin embargo sería bueno que también se considerase al daño moral sufrido.

- ✓ **ANÁLISIS:** El abogado manifiesta sería conveniente que aunado al daño económico también se debe resarcir el daño moral que se le ocasiona al trabajador despedido.

8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Ambas vías prestan un servicio de defensa al trabajador que busca justicia, sin embargo ello ocasiona perjuicio en el tiempo y en su economía al trabajador que tiene que demandar luego que se le pague las remuneraciones devengadas en la vía ordinaria ello debido a que el tribunal solo resuelve respecto a la reposición.

✓ **ANÁLISIS:** el abogado en este punto concuerda con nuestra posición y considera que si se ocasiona una pérdida de tiempo y perjuicio a la economía del trabajador que solo busca justicia ante la nulidad de su despido y ello a causa de existir dos vías que ven los mismos temas pero con diferentes criterios de calificación.

9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Esa propuesta sería una buena reforma ya que los juzgados de trabajo son los especialistas en la materia y además ello haría que lo que se ordene sea igual para todos los casos en que se configure el despido nulo.

✓ **ANÁLISIS:** en este extremo el doctor considera que sería una buena propuesta el que los jueces de trabajo sean los únicos en resolver temas de despido nulo pues se tendría un criterio único.

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Considero que si se podría otorgar una indemnización pero en el extremo de reclamar el daño moral sufrido, pues es evidente que de todas formas correspondería el pago de remuneraciones devengadas por haber sido declarado nulo el despido.

ANÁLISIS: El especialista considera que se podría dar una indemnización en el despido nulo pero para reclamar el daño moral, más que el pago de remuneración devengadas siempre quedaría por ser precisamente el despido uno nulo.

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

En principio se toma como base, pero en realidad el pago de la indemnización debería estar basado en el daño que se capaz de probar el trabajador frente al juzgador.

- ✓ **ANÁLISIS:** El Dr. considera que si se podría tomar como base el pago de la actuales remuneraciones otorgadas en el despido nulo, pero que lo que decidiría dicho pago sería el daño que el trabajador pueda probar ante el proceso.

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Esa propuesta sería la más conveniente para los trabajadores quienes fueron despedidos por causas prohibidas, pues el daño moral también merece y debe ser resarcido.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este punto el abogado especialista considera que si corresponde tomar en cuenta el daño moral para pagar la indemnización y que ello sería lo más conveniente para el trabajador despedido.

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Como se comentaba sería realmente efectivo y conveniente el pago de una indemnización por daño moral. Debido a que esta indemnización sería una pecuniaria ello afectaría la economía de los empleadores y por ende considero que no incurrirían con frecuencia en despido nulo dejando de lado los prejuicios y discriminación.

- ✓ **ANÁLISIS:** En este punto el abogado considera que tomar en cuenta dicho precepto si lograría que el empleador frene los despidos nulos pues el pago de la indemnización se incrementa cuando también se considera el daño ocasionado a la moral del trabajador y ello repercutiría en su economía.

Entrevista N° 4.-

Buenos días/ tardes, mi nombre es Veronica Zegarra Zelada, la presente entrevista a realizarse surge como consecuencia del estudio sobre el Despido Nulo y el posible pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ocasionados al trabajador. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de proyectos relacionados al tema. En ese sentido se le pide se sienta libre de compartir sus ideas en este espacio. Lo importante es su punto de vista. Además deseo le quede claro que

su opinión y toda la información que me brinde serán tomadas en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación; utilizada únicamente para la presente investigación y con total discreción. De antemano agradecerle por su valioso tiempo.

Entrevistada: SILVANA BARBARA LOVERA JIMENEZ, con matricula N° 37407. Magistrada en el Modulo Laboral – Octavo Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho.

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Me encuentro en desacuerdo con dicha disposición, pues los criterios tomados en cuenta para dicha concepción son erróneos, dado a que en ningún momento se presenta la figura de contraprestación para otórgale una remuneración al trabajador.

- ✓ **ANALISIS:** La abogada especialista en este sentido concuerda con la postura de la presente investigación, considerando erróneo el pago de remuneraciones devengadas ante la inexistencia de un trabajo realizado.
2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Considero que no debe pagarse remuneraciones devengadas ya que la constitución claramente nos dice que esta es otorgada únicamente ante un trabajo efectivo.

- ✓ **ANALISIS:** La abogada especialista en este sentido considera que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas basándose en la constitución.

3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Claro que si, al otorgarle el pago de las remuneraciones devengadas lo que hace la ley es resarcir el daño ocasionado producto del despido nulo pues queda claramente deslindado el carácter contraprestativo ante la inexistencia del trabajo producto del cese laboral.

- ✓ **Análisis:** la abogada en esta pregunta opina que si se podría considerar al pago de remuneraciones devengadas, pues lo que se busca con dicho pago es compensar el daño sufrido por el trabajador que fue despedido injustamente.

4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Efectivamente el despido por razón de raza, sexo, el ser dirigente sindical, el estar embarazada si ocasiona un daño económico pues por razones que están amparadas por nuestra constitución se despide a una persona que bien puede prestar servicios de manera igual que otra persona que no esté en esa condición, privándole de su derecho a un trabajo y el pago que este otorga.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada en esta pregunta considera que si ocasiona un daño a la economía de la persona que fue despedida por una razón nula, ya que al quitarle su trabajo le quita su pago y a la vez sustento con el que se mantenía.

5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Es evidente que no solo se ve en juego el daño a la economía del trabajador despedido, sino que su reputación y moral también, ya que el ser despedido por una de esas causas ocasiona un detrimento en la autoestima y seguridad de la persona.

- ✓ **ANÁLISIS:** la especialista en la materia considera que aparte del daño económico también sufre un daño moral debido a que su autoestima y reputación se ven afectadas al ser despedido por una causa que prohíbe la ley.

6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque

indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

Considero que esa misma interpretación debería ser tomada en el ámbito del poder judicial, pues el pago de una indemnización beneficiaría mejor al despedido por causas injustas que la ley prohíbe.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada se encuentra de acuerdo con la postura del tribunal y sugiere que se aplique la misma interpretación en el ámbito ordinario, pues opina que con el pago de una indemnización se está resarcido mejor el daño que sufrió la persona que fue despedida sin motivo justo.
7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

El pago que se le da al trabajador como remuneraciones devengadas cubre el daño que se le ocasiona solo en forma parcial, pues el daño moral no es tomado en cuenta solo el tiempo que dejó de trabajar. Además de que dicho pago es aplicado de forma incorrecta ya que no estaba trabajando pues fue despedido.

- ✓ **ANÁLISIS:** La Dra. Considera que el pago que se le otorga como remuneración devengada es por el tiempo que no estaba trabajando pero que se deja de lado el daño moral que sufre. Opina además que la figura de la remuneración está siendo aplicada de manera incorrecta al no existir trabajo producto del despido.
8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Considero que está bien que el trabajador despedido por causas nulas tenga doble protección pues el tribunal es un experto en la materia siendo que la decisión que toma es la que se debería aplicar en la vía ordinaria ante el poder judicial.

- ✓ **ANÁLISIS:** La Dra. en este punto cree pertinente que el trabajador goce de doble protección, pues considera al tribunal como un ente experto en el análisis de la materia y la forma de resolver.
9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Considero que esta materia también es necesaria que sea vista por el Tribunal, pues actualmente existe mucha carga procesal y los trabajadores lo que buscan es una respuesta rápida a su problema.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este extremo la abogada considera que por motivos de la carga procesal existente en el poder judicial y la inmediata respuesta a una solución que buscan los trabajadores, es pertinente que de estos procesos también conozcan los tribunales.

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Considera innovadora y muy buena dicha propuesta pues así se analizara el daño total causado al pobre trabajador que no solo sufre un daño económico sino también moral, debido la injusticia y discriminación de los empleadores que los despiden si motivo valido.

- ✓ **ANÁLISIS:** la especialista en esta pregunta tienen una postura como la de la presente investigación, pues considera que dejar de pagar remuneraciones devengadas por un trabajo no efectivo y reemplazarlo por el pago de una indemnización le brinda una protección y resarcimiento al daño total sufrido por el trabajador despedido.

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

Se podría tomar como una base, pero en realidad el pago de la indemnización debería estar basado en el daño que se capaz de probar el trabajador frente al juzgador.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada considera que si se podría tomar como base el pago de la actuales remuneraciones otorgadas en el despido nulo, pero que lo que decidiría dicho pago sería el daño que el trabajador pueda probar ante el proceso.

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Claro, la indemnización debe darse para todo el daño que sufre el trabajador, tanto el económico como moral, como mencione ello en base a que el trabajador lo demuestre en el proceso.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este punto la especialista considera que si corresponde tomar en cuenta el daño moral para pagar la indemnización y que ello se daría siempre y cuando el trabajador lo demuestre en el proceso.

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Considero que así se le hace justicia al trabajador pues el daño moral también debe ser resarcido ya que la causas que motivan el despido son prohibidas por nuestra constitución, pero es verdad que tomar en cuenta dicho daño incrementaría el pago de la indemnización lo que claro que disgustaría al empleador y en cierta manera haría que piense dos veces antes de despedir a un trabajador sin una causa justa.

- ✓ **ANÁLISIS:** En este punto la abogada considera que tomar en cuenta dicho precepto si lograría que el empleador frene los despidos nulos pues el pago de la indemnización se incrementa cuando también se considera el daño ocasionado a la moral del trabajador.

Entrevista N° 6.-

Buenos días/ tardes, mi nombre es Veronica Zegarra Zelada, la presente entrevista a realizarse surge como consecuencia del estudio sobre el Despido Nulo y el posible pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ocasionados al trabajador. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de proyectos relacionados al tema. En ese sentido se le pide se sienta libre de compartir sus ideas en este espacio. Lo importante es su punto de vista. Además deseo le quede claro que su opinión y toda la información que me brinde serán tomadas en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación; utilizada únicamente para la presente investigación y con total discreción. De antemano agradecerle por su valioso tiempo.

Entrevistada: SARA MILKA MEZA SORIA, con matricula N° 47109. Magistrada a cargo del Juzgado de Trabajo Permanente – Zona 03

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Me encuentro en desacuerdo con dicha disposición, pues los criterios tomados en cuenta para dicha concepción son erróneos, dado a que en ningún momento se presenta la figura de contraprestación para otórgale una remuneración al trabajador.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada especialista en este sentido concuerda con la postura de la presente investigación, considerando erróneo el pago de remuneraciones devengadas ante la inexistencia de un trabajo realizado.

2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Considero que no debe pagarse remuneraciones devengadas ya que la constitución claramente nos dice que esta es otorgada únicamente ante un trabajo efectivo.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada especialista en este sentido considera que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas basándose en la constitución.

3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Claro que si, al otorgarle el pago de las remuneraciones devengadas lo que hace la ley es resarcir el daño ocasionado producto del despido nulo pues queda claramente deslindado el carácter contraprestativo ante la inexistencia del trabajo producto del cese laboral.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada en esta pregunta opina que si se podría considerar al pago de remuneraciones devengadas, pues lo que se busca con dicho pago es compensar el daño sufrido por el trabajador que fue despedido injustamente.

4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Efectivamente el despido por razón de raza, sexo, el ser dirigente sindical, el estar embarazada si ocasiona un daño económico pues por razones que están amparadas por nuestra constitución se despide a una persona que bien puede prestar servicios de manera igual que otra persona que no esté en esa condición, privándole de su derecho a un trabajo y el pago que este otorga.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada en esta pregunta considera que si ocasiona un daño a la economía de la persona que fue despedida por una razón nula, ya que al quitarle su trabajo le quita su pago y a la vez sustento con el que se mantenía.

5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Es evidente que no solo se ve en juego el daño a la economía del trabajador despedido, sino que su reputación y moral también, ya que el ser despedido por una de esas causas ocasiona un detrimento en la autoestima y seguridad de la persona.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada considera que aparte del daño económico también sufre un daño moral debido a que es despedido a por una causa que prohíbe la ley.

6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

Considero que se debería ser tomar en el ámbito del poder judicial el pago de una indemnización, pues ello beneficiaría mejor al despedido por causas injustas que la ley prohíbe.

- ✓ **ANÁLISIS:** La abogada se encuentra de acuerdo con la postura del tribunal y sugiere que se aplique la misma interpretación en el ámbito ordinario, pues opina que con el pago de una indemnización se está resarcido mejor el daño que sufrió la persona que fue despedida sin motivo justo.

7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

El pago que se le da al trabajador como remuneraciones devengadas no cubre el daño que se le ocasiona, pues el daño moral no es tomado en cuenta solo el tiempo que dejó de trabajar.

ANÁLISIS: La Dra. Considera que el pago que se le otorga como remuneración devengada es por el tiempo que no estaba trabajando pero que se deja de lado el daño moral que sufre. Opina además que la figura de la remuneración está siendo aplicada de manera incorrecta al no existir trabajo producto del despido.

8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Considero que está bien que el trabajador despedido por causas nulas tenga doble protección pues el tribunal es un experto en la materia siendo que la decisión que toma es la que se debería aplicar en la vía ordinaria ante el poder judicial.

- ✓ **ANÁLISIS:** La Dra. en este punto cree pertinente que el trabajador goce de doble protección, pues considera al tribunal como un ente experto en el análisis de la materia y la forma de resolver.

9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Considero que esta materia también debería verse de manera única en la vía ordinaria pues es allí donde se dará la correcta interpretación a la norma laboral.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este extremo la abogada considera que es necesario se vea de manera única el despido nulo en la vía ordinaria por ser ellos especializados.

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Considera innovadora y muy buena dicha propuesta pues así se analizara el daño total causado al pobre trabajador que no solo sufre un daño económico sino también moral, debido a la injusticia y discriminación de los empleadores que los despiden si motivo válido.

- ✓ **ANÁLISIS:** la especialista en esta pregunta tienen una postura como la de la presente investigación, pues considera que dejar de pagar remuneraciones devengadas por un trabajo no efectivo y reemplazarlo

por el pago de una indemnización le brinda una protección y resarcimiento al daño total sufrido por el trabajador despedido.

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

Se podría tomar como una base, pero en realidad el pago de la indemnización debería estar basado en el daño que se capaz de probar el trabajador frente al juzgador.

- ✓ **ANÁLISIS:** la abogada considera que si se podría tomar como base el pago de la actuales remuneraciones otorgadas en el despido nulo, pero que lo que decidiría dicho pago sería el daño que el trabajador pueda probar ante el proceso.

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Debe darse para todo el daño que sufre el trabajador, tanto el económico como moral, pues el trabajador ve afectada su reputación y hasta honor.

- ✓ **ANÁLISIS:** en este punto la especialista considera que si corresponde tomar en cuenta el daño moral para pagar la indemnización y que ello se daría siempre y cuando el trabajador lo demuestre en el proceso.

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Considero que ello es pertinente para el trabajador pues el daño moral también debe ser resarcido ya que la causas que motivan el despido son prohibidas por nuestra constitución, pero es verdad que tomar en cuenta dicho daño incrementaría el pago de la indemnización lo que claro que disgustaría al empleador y en cierta manera haría que piense dos veces antes de despedir a un trabajador sin una causa justa.

- ✓ **ANÁLISIS:** En este punto la abogada considera que tomar en cuenta dicho precepto si lograría que el empleador frene los despidos nulos pues el pago de la indemnización se incrementa cuando también se considera el daño ocasionado a la moral del trabajador.

2.6. Aspectos Éticos.-

La veracidad de los resultados obtenidos es el sustento de nuestra investigación; asimismo, el respeto por la propiedad intelectual de las fuentes que se han tomado en cuenta y opinión con su libre

consentimiento de cada uno de los entrevistados sin vulnerar ni alterar su punto de vista para nuestro trabajo, consignándose cada una de ellas. Finalmente nuestro trabajo no transgrede ninguna convicción política, religiosa o moral del empleador ni el trabajador, dado que su único propósito es buscar un punto de equilibrio respecto del despido nulo.

RESULTADOS

En la presente investigación se entrevistó a 06 especialistas en Derecho Laboral, siendo entrevistados tres jueces y tres abogados, formulándose a todos las 13 preguntas de nuestra entrevista, obteniéndose los siguientes resultados:

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Interpretación: El 90% de los entrevistados consideran que no correspondería considerar como pago remuneraciones devengadas porque no hay labor efectiva y el 10% de los entrevistados indicaron que estaba de acuerdo con que continúe ese concepto porque así lo establece la ley.

2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?

Interpretación: El 90% de los entrevistados consideran que no debería otorgarse el pago de remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado el despido nulo por no existir labor efectiva y el 10% de los entrevistados indicaron que estaba de acuerdo con que se realice el pago de remuneraciones devengadas porque el motivo del despido fue nulo por fundamentarse en causales prohibidas por la ley.

3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?

Interpretación: El 90% de los entrevistados consideran que el pago de remuneraciones devengadas que se otorga ante la procedencia del Despido Nulo si tiene carácter indemnizatorio, pues en ningún momento

se presta trabajo para considerar tal pago como contraprestación y el 10% de los entrevistados indicaron que no tenía carácter indemnizatorio porque dicho pago se otorga por el tiempo que dejó de trabajar la persona despedida y que basado en los motivos nunca debió configurarse.

4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?

Interpretación: El 100% de los entrevistados consideran que el despido nulo por estar basado en causales que la ley taxativamente prohíbe sí ocasiona un daño económico, pues por una razón prohibida se le priva de seguir percibiendo el pago de su salario y con ello perjudica su modo de vivir al no contar con un sustento.

5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?

Interpretación: El 100% de los entrevistados consideran que el despido nulo por estar basado en causales que la ley taxativamente prohíbe sí ocasiona un daño moral al trabajador despedido, pues se ocasiona un detrimento más allá de la economía a su moral, reputación y autoestima al no apreciar su eficiencia y desempeño laboral sino su condición física o el hacer uso de algún derecho social.

6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?

Interpretación: El 90% de los entrevistados consideran correcta la postura del tribunal de no otorgar en el despido nulo el pago de una remuneración devengada por no existir trabajo efectivo el tiempo que estuvo apartado de su centro de labores y el 10% de los entrevistados se mostraron en contra de la interpretación del Tribunal, manifestando que ello es en base a que en su proceso no cuenta con una etapa probatoria.

7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

Interpretación: El 100% de los entrevistados consideran que el pago por concepto de remuneraciones devengadas que se otorgan en el despido nulo no cubre el daño total sufrido por el trabajador y que se debería tomar en cuenta también al daño moral.

8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

Interpretación: El 90% de los entrevistados consideran que el contar con una doble vía para resolver el despido nulo origina una pérdida de dinero y tiempo, pues la forma de resolver es distinta y ello ocasiona que pese a haber obtenido una respuesta en vía de amparo nuevamente deban demandar en la vía ordinaria para reclamar la remuneraciones devengadas y el 10% de los entrevistados considera que es correcto que existan dos vías que resuelvan temas de despido nulo para disminuir la carga procesal.

9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

Interpretación: El 100% de los entrevistados considera que es viable que se vea de manera única el despido nulo en la vía ordinaria pues son los jueces de trabajo los especialistas en derecho laboral y no el Tribunal Constitucional.

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

Interpretación: El 90% de los entrevistados considera como una idea innovadora y muy eficaz el otorgar en el despido nulo el pago de una indemnización por el daño causado y el 10% considera que debe seguir pagándose remuneraciones devengadas y además una indemnización por daño moral.

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

Interpretación: El 100% de los entrevistados considera que como criterio para otorgar el pago de la indemnización por daños y perjuicios debe considerarse base de a las remuneraciones devengadas.

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

Interpretación: El 100% de los entrevistados considera que es necesario se tome en cuenta al daño moral sufrido producto del despido nulo para otorgar una indemnización a trabajador despedido por causas prohibidas en la ley.

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Interpretación: El 100% de los entrevistados se encuentra a favor de disponer que en el despido nulo se puedan acumular al daño económico también el daño moral y así otorgar una adecuada Indemnización al trabajador despedido.

Luego de haber aplicado nuestra técnica e instrumento; es decir, las entrevistas, a la muestra que se planteó a inicio, los expertos en su mayoría opinaron que era factible el dejar de pagar remuneraciones devengadas en el despido nulo, pues la figura no llegaba configurarse, siendo que para ello debió existir con anticipación una contraprestación efectiva y al no estar presente el pago que se otorga en el despido nulo era de carácter indemnizatorio, siendo que ello debiera quedar claro en la ley. Además consideraron de innovadora y de vital importancia el considerar como criterio para el pago dicha indemnización al daño moral, pues el perjuicio sufrido a los trabajadores les ocasiona un detrimento a su moral, integridad, autoestima y reputación. Además opinaron que de tomarse en cuenta este nuevo criterio los empleadores podrían disminuir incurrir en despidos nulos dado a que el concepto de una indemnización estaría basado en in daño real y probable y no en el pago de remuneración que tienen un límite. Por otro

lado consideran que la idea de que el despido nulo se vea de manera única en la vía ordinaria era una propuesta eficiente, ya que con ello se evitarían posturas contrarias y al contrario se ahorraría tiempo en la espera de una resolución efectiva, dado a que el tribunal resuelve solo respecto de la reposición.

Como se puede apreciar los resultados obtenidos de la entrevistas realizadas en su mayoría son favorables, compartiendo cuatro de ellos nuestra posición; logrando así alcanzar nuestros objetivos y así probar nuestra hipótesis, pues del análisis realizado se logra determinar que sí es jurídicamente válido pagar indemnización por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas al trabajador afectado por un despido nulo; que la decisión del empleador de despedir al trabajador de manera ilegal, si daría lugar al pago de una indemnización por daño moral y que ésta sería vista de maneja idónea en la vía ordinaria de forma única. Llegando la mayoría a la conclusión de que el Tribunal Constitucional en el despido nulo, solo concede reposición en el puesto y no el pago indemnizatorio porque este último requiere una etapa probatoria que no posee el proceso constitucional.

DISCUSIÓN

Respecto al tema investigado en el que se plantea el pago de indemnización por daños y perjuicios en el Despido Nulo como el pago que reemplace por completo al pago de remuneraciones devengadas que se otorga al declararse fundada la demanda, hemos encontrado diferentes posiciones.

Por su parte el artículo 40 del TUO Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece lo siguiente:

Artículo 40°.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”. (El subrayado es nuestro)

Así también la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante la Casación Nro. 8345-2013-La Libertad, entre otras resoluciones, reconoce el pago de las remuneraciones devengadas en casos de despidos nulos expresamente detallados en la ley y no en los casos definidos por el Tribunal Constitucional (despido por embarazo, afiliación sindical, discriminación y otros). Si bien el ordenamiento legal establece que en caso de despido nulo se dispondrá el pago de las remuneraciones devengadas; sin embargo nuestros jueces respecto de la posibilidad de tener remuneración por el periodo no laborado explican que la regla general es que el goce esté condicionada a una prestación efectiva de servicios por parte del trabajador, salvo las excepciones previstas en la ley y en este caso, la ley dispone que se debe pagar remuneraciones devengadas por el periodo no laborado; sin embargo, reponer al trabajador en su puesto de labores no debe crear una ficción retroactiva de labores prestadas durante el periodo de ausencia, pues

solo hay obligación de remuneración como contraprestación por la labor efectivamente realizada.

Por otro lado el Tribunal Constitucional, como el ente que puede revisar en última instancia los procesos de amparo, se ha manifestado que en esta clase de procesos se resuelven sobre los derechos fundamentales vulnerados por el estado o por los mismos particulares. Uno de ellos es precisamente el derecho fundamental al trabajo el que fue abordado preliminarmente por el TC en el año 1997 pero que ha cobrado mayor vigencia a partir del año 2011, especialmente en cuanto a la protección de los derechos laborales.

Como mencionamos anteriormente, desde el comienzo de los pronunciamientos sobre la afectación del derecho al trabajo, a pesar de reconocer que este ha sido vulnerado, el TC ha determinado que la remuneración sólo se otorgará por el trabajo efectivo. Así tenemos, la sentencia recaída sobre el Expediente N° 555-99-AA/TC que menciona en el fundamento N° 8 lo siguiente: "(...) la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el periodo no laborado".

La sentencia recaída sobre el expediente N° 1450-2001-AA/TC el que expresa lo siguiente en el fundamento N°1, c) "*aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasionaba un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado*".

Además revisando nuestra literatura encontramos que para el autor Jorge Toyama Miyabusuku nos dice: "*...Por su propia naturaleza las indemnizaciones no califican como remuneraciones ya que no se entregan como contraprestación por los servicios prestados sino en calidad de compensación o reparación por el despido arbitrario o nulo del trabajador*".

Para Carlos Blancas Bustamante. *“entre los diversos criterios que se han formulado acerca de la naturaleza de la indemnización por despido, Vásquez Vlalard considera que el mas aceptables es el que la considera como reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución del contrato, que al privar a este de su fuente de trabajo, le acarrea perjuicio de orden económico, moral y psíquico”*

Si bien el Tribunal Constitucional establece que se vulnera el derecho al trabajo y dispone la reposición de un trabajador, respecto del pago de las remuneraciones devengadas a pesar de estar establecidas en la ley como tal, dicho tribunal no ha dado la razón a los trabajadores, y ha indicado reiteradamente que no corresponde dicho pago y que estas (Las remuneraciones devengadas) deben ser vistas como indemnización

Es decir, en sede constitucional existe diversas resoluciones donde se niega el derecho a los trabajadores de percibir en el despido nulo el pago de sus remuneraciones devengadas, pues para el máximo intérprete de la constitución es importante la necesaria “labor efectiva del trabajador” como requisito para su percepción.

A la fecha existe aparentemente un enfrentamiento entre el artículo 40 y 6 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, puesto que mientras el primero dispone el pago de remuneraciones devengadas por el periodo de inactividad del trabajador, el segundo establece que remuneración es la contraprestación en dinero o especie por la labor desarrollada, pero como lo hemos indicado líneas arriba ya el tribunal constitucional ha determinado que solo cabe contraprestación económica por la labor desarrollada.

Al respecto nuestra norma Constitucional en su artículo 23 última parte nos dice que:

“Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

Y el artículo 25 dispone que:

“Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados”.

Es decir, nuestra norma suprema nos indica que si no hay trabajo no hay remuneración, salvo el descanso semanal y anual que son remunerados, por lo cual podemos sostener que el artículo 40 del TUO del Decreto Legislativo 728 transgrede la constitución y la ley.

Todo lo antes indicado y en base a las posturas analizadas nos lleva concluir que si es pertinente dejar de aplicarse el pago de remuneraciones devengadas y en su lugar establecer una indemnización, toda vez que no existe una prestación efectiva de servicios, sino un perjuicio en agravio del trabajador despedido.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES:

Luego de haber aplicado nuestro instrumento y analizar cada una de las respuestas obtenidas. Además de haber estudiado los distintos puntos de vista que actualmente rigen en nuestra sociedad, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. Al ocasionar el despido nulo perjuicio al trabajador, es jurídicamente válido otorgarle el pago de una indemnización por daños y perjuicios y no remuneración devengada porque ha quedado demostrado que no existe labor efectiva.
2. El despido nulo da lugar al pago de una indemnización por daño moral ocasionado al trabajador, pues al despedirlo por una causa que está prohibida en la ley no solo se le ocasiona un daño a su economía y sustento, sino que también a su moral, autoestima, reputación e imagen que tenía en la sociedad, pues se deja de valorar su desempeño intelectual en el trabajo para valorarlo por aspectos e irrelevantes que no se relacionan con el indicador de trabajo.
3. La vía procesal idónea para demandar reposición y pago de indemnización por daños y perjuicios en caso de despido nulo, es la especializada laboral.
4. El tribunal constitucional no ordena el pago de indemnización por despido nulo porque el daño requiere ser probado, por lo que deja a salvo el derecho de hacerlo en la vía correspondiente pues no cuenta su proceso con una etapa probatoria.
5. En el proceso laboral los jueces en el despido nulo no deben disponer el pago de remuneraciones devengadas por el periodo dejado de laborar, sino el pago de una indemnización por daños y perjuicios que tome en cuenta el daño moral, pues despedir a un

trabajador de manera ilegal, ocasiona daño psicológico, moral y económico, por ello, lo que corresponde en el caso del despido nulo es el pago de una indemnización por los daños ocasionados.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES:

1. De continuarse disponiendo el pago de remuneraciones devengadas sin que exista labor efectiva, podría dar lugar a acciones judiciales cuestionándose la naturaleza jurídica de las remuneraciones y eventualmente la nulidad de dicho pago, por lo que es necesario modificar el artículo 40 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, en el sentido que conjuntamente con la reposición deberá pagarse al trabajador una indemnización por el daño causado.
2. La demanda por despido nulo debería tramitarse en una sola vía, es decir la especializada laboral, pues son ellos los más capacitados y especializados respecto a temas laborales, contando con la experiencia y debida preparación para interpretar la ley laboral.
3. El despido nulo ocasiona daño patrimonial (Remuneraciones que no percibió el trabajador, otros beneficios laborales, pago de CTS, Es salud, etc.) y daño moral, por lo que correspondería el pago de indemnización por daños y perjuicios.
4. Se debe accionar la reposición y el pago de indemnización por daños y perjuicios, pues considerar únicamente el daño económico para indemnización está ocasionando un vacío que deja vulnerado la imagen y moral del trabajador despedido.
5. Se debería tomar como base de la indemnización la indemnización tasada establecida en la ley a la que se agregaría los demás daños patrimoniales y el daño moral.
6. Darle la condición de remuneración al pago efectuado por el tiempo que el trabajador no realiza labor efectiva contraviene la constitución y la ley.

7. El efectuar el pago de indemnización por Daños y Perjuicios en el Despido Nulo armoniza la ley y el marco constitucional.

REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Alonso, M. (1981). *Curso del Derecho del Trabajo*. (7ª ed.). Madrid: Ariel.
2. Arce, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Perú: Palestra.
3. Baylos, A & Perez, Joaquín. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.
4. Baylos, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo*
5. Bilbao, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
6. Blancas, C. (2002). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Perú: Ara.
7. Blancas, C. (2011). *La cláusula del estado social en la constitución, Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Perú: La Pontificia universidad Católica.
8. Caldera, R. (1960). *El ateneo Derecho del trabajo*. (2ª ed.). Buenos Aires: El ateneo.
9. Casas, M. (1995). *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*. Madrid.
10. Cho k, E. (1987). *Manual de Derecho del Trabajo*. (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
11. Cortés, G. (1997). *Confiabilidad y Validez en Estudios Cualitativos*. Educación y Ciencia.
12. Del Rey, S. (1992). *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la Doctrina del Tribunal constitución*. Madrid: Ediciones Juridicas S.A.
13. Espinoza E, J. (2005). *Derecho de la Responsabilidad Civil*, (3ª ed.). Perú: Gaceta Jurídica.
14. Fernández, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Perú: Ediciones Jurídicas.
15. Ferrari, A. (1977). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: De Palma.

16. Gamonal, S. (2007), *El daño moral en el contrato de trabajo*. (2ª ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing.
17. Gamonal, S. (2012). *Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno*. Chile: Universidad Valparaíso.
18. García, E. (1985). *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid.
19. Gorelli H, J. (2012). *DOCTRINAS ARTRA MOSSET IT*
20. Grisolia, J. (1999). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Depalma.
21. Goetz, J. P. y LeCompte, M. D. (1988). *Etnografía y diseño cualitativo de investigación educativa*. Madrid: Morata.
22. Hernández, F. & Baptista, M. (2001). *Metodología de la investigación*. (4ªed.). México: Mc. Graw Hill
23. Javillier, J. (1982). *Derecho del trabajo*. Madrid.
24. Jellineck, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Mexico.
25. Kerlinger, F. (1979). *La investigación del comportamiento. Técnicas y Metodología*. Mexico.
26. Lafaille, H. (1926). *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G.
27. LEY Nº 29497 13 de enero del 2010
28. Martín, A., Rodríguez, F., y GARCIA, J. (1991). Concepto e importancia del despido. En *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. (pp.537). Madrid: Tecnos S.A.
29. Mendoza, R. (2006). *Investigación cualitativa y cuantitativa*. Perú
30. Monereo, J y Moreno, M. (1994). *Forma y Procedimientos del Despido Disciplinario*. Madrid: Revista del Derecho Privado.
31. Montoya, A. (1990). *La terminación del contrato de trabajo en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos S.A.

32. Orgaz, A. (1960) *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial OMEBA.
33. Osterling P, F y Castillo F, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
34. Osterling Parodi, F y Castillo F, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
35. Pedrajas, A. (1992). *Despido y Derechos Fundamentales, Estudio Especial de la Presunción de Inocencia*. Madrid: Trotta.
36. Plá R, A. (1987). *Extinción del Contrato de trabajo en Uruguay*. En AAVV *La extinción de la relación laboral*. Lima: AELE.
37. Plá, A. (1980). *La Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador y la Seguridad de los Ingresos y La Seguridad de los Ingresos de los Trabajadores Afectados*. Lima.
38. Santos B, J citado en Osterling, Felipe y Castillo F, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
39. Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
40. Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica*. (4ª ed.). México: Limusa.
41. Urraspe, J. *Contratos*. (1988). Buenos Aires: EDIAR.
42. Valdes, F. (1992). *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*. Madrid: Trotta.
43. Zorrilla, S y M. Torres. (1994). *La tesis*, (2ª ed.). México: McGraw Hill

ANEXOS

Anexo (1).

ENTREVISTA

Estimado XXXXX le agradecemos anticipadamente su colaboración en responder a las siguientes interrogantes respecto al DESPIDO NULO Y LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS, su opinión será tomada en cuenta y valorada de forma relevante en la ejecución de la presente investigación.

1. Actualmente ante la sentencia consentida de una demanda por Despido Nulo el Juez ordena la reposición junto con el pago de Remuneraciones Devengadas. ¿Cuál es su opinión al respecto?
2. Si la constitución dice no hay retribución sin labor efectiva ¿Considera usted que deba pagarse remuneraciones devengadas al trabajador cuando se declare fundado un despido nulo, pese a no haber trabajo efectivo?
3. ¿Podría considerarse al pago por concepto de remuneraciones devengadas en el Despido Nulo como un pago de carácter indemnizatorio?
4. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, ocasiona un daño económico?
5. ¿Considera usted que la decisión del empleador de despedir al trabajador por razón de raza, sexo, ser dirigente sindical, embarazo de la mujer entre otros, le ocasiona un daño moral al trabajador?
6. El tribunal constitucional en caso de despido nulo dispone la reposición del trabajador pero no el pago de remuneración devengadas porque indica que la misma constituye indemnización por el daño ocasionado, dejando a salvo su derecho de acudir a reclamar a la vía ordinaria. ¿Cuál es su opinión respecto a ésta posición?
7. El poder judicial en el despido nulo al disponer la reposición del trabajador ordena el pago de remuneraciones devengadas. ¿Considera que este pago de remuneraciones devengadas cubre el daño ocasionado al trabajador?

8. Ante el despido nulo el trabajador puede acudir al Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional (Amparo). ¿A su parecer esta situación origina perjuicio de tiempo y económico a los trabajadores?

9. ¿Está usted de acuerdo en que en los supuestos de despido nulo ya sean por ir contra la ley o por transgredir derechos fundamentales, sean de conocimiento exclusivo de los jueces especializados en derecho Laboral?

10. ¿Cómo considera usted, la propuesta de que en los juicios de despido nulo cuando se disponga la reposición del trabajador, el pago que correspondería no sea remuneración devengada sino indemnización por el daño causado?

11. ¿Estaría de acuerdo en que el daño económico sufrido por el trabajador sea equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por culpa de su empleador?

12. ¿Estaría Ud. de acuerdo en que aparte del daño económico, si el trabajador prueba el daño moral, se establezca una suma de dinero por este concepto en el despido nulo?

13. ¿Qué opina respecto de disponer que en caso de despido nulo puedan acumularse al daño económico también el daño moral? ¿Cree que ello originaría que los empleadores no incurran con frecuencia en este tipo de actos?

Anexo (2)

TI TULO	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJEIVOS DEL ESTUDIO	HIPO TESIS DEL ESTUDIO	CATEGORIAS	SUB CATEGORIAS	ITEMS
“EL DESPIDO NULO Y LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL TRABAJADOR”	PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPO TESIS GENERAL	CATEGORIA 1	SUB CATEGORIA 1	
	¿Es jurídicamente valido en caso de despido nulo pagar indemnización por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas?	Determinar si es jurídicamente valido pagar indemnizacion por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas al trabajador afectado	Al ocasionar el despido nulo perjuicio al trabajador, sería factible otorgarle el pago de una indemnización por daños y perjuicios y no remuneracion devengada porque esta exige labor efectiva	DESPIDO NULO	Contraviniendo los derechos	1,2,3
					Contraviniendo los derechos fundamentales	
	PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJEIVOS ESPECÍFICOS	HIPO TESIS ESPECIFICOS	CATEGORIA 2	SUB CATEGORIA 2	5,6,10
	¿La decisión del empleador de despedir al trabajador de manera ilegal también daría lugar al pago de una indeniaci on por daño moral?	Comprender si la decisión del empleador de despedir al trabajador de manera ilegal, daría lugar al pago de una indemnización por daño moral	El despido nulo también daría lugar al pago de una indemnización por daño moral ocasionado al trabajador	INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS	Por el daño patrimonial consistente en las remuneraciones que no percibió	4,7,8,9
	¿Cu ar sería la vía idonea procesal para demandar la reposición y el pago de la indemnización en el despido nulo?	Destacar si la vía ordinaria resultaría idónea para demandar en el despido nulo la reposición y el pago de indemnización por daños y perjuicios el que incluiría el daño moral	La vía procesal idónea para demandar reposición y pago de indemnización por daños y perjuicios en caso de despido nulo, sería la especializada laboral			
	¿Por qué motivo a la fecha en las demandas de amparo sobre despido nulo el tribunal constitucional no conceden el pago de indemnización en forma conjunta con la reposicion, dejando a salvo el derecho del trabajador de accionar lo en la vía correspondiente?	Establecer que el Tribunal Constitucional en el despido nulo, solo concede reposicion en el puesto y no pago indemnizatorio porque este ultimo requiere una etapa probatoria que no la tiene el proceso constitucional	El tribunal contitucional no puede ordenar el pago de indemnizacion por despido nulo porque el daño requiere ser probado, por lo que deja a salvo el derecho de hacerlo en la vía correspondiente			
¿Por qué motivo los jueces laborales en caso de despido nulo conceden el pago de remuneraciones devengadas y no indenmizacion por daños y perjuicios?	Establecer si en un proceso laboral se debe o no con cer el pago de indemnización por daños y perjuicios que incluye daño moral en los casos de despido nulo	Los jueces laborales en caso de despido nulo no deben disponer el pago de remuneraciones devengadas por el periodo dejado de laborar, en todo caso deben disponer el pago de una indennizacion por daños y perjuicios		Por el daño moral consistente en daño a la salud psicológica o moral	11,12,13	

ENTREVISTAS