

EL DESPIDO NULO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

- I. Introducción.- II. Alcance de la estabilidad laboral.- III. Marco constitucional y legal.- IV. El despido nulo.- V. la prueba del despido nulo: 1. La aportación de indicios: la carga del trabajador; 2. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador.- VI. La Corte Suprema y la prueba del despido nulo: 1. La carga probatoria del trabajador; 2. La carga probatoria del empleador.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en la acción de amparo que ordena la reposición de los afiliados al sindicato de Telefónica, se han ampliado los supuestos de reincorporación laboral. Ello ciertamente ha traído como consecuencia un mayor interés en los casos donde el ordenamiento jurídico ordena la reposición al centro de trabajo. Más todavía, la propia sentencia del TC trae consigo un supuesto de nulidad: la acreditación de una causal de nulidad, la afiliación sindical.

A través de este breve artículo, queremos describir y analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la prueba de los supuestos de nulidad de despido. Deseamos determinar los criterios que asume la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema para apreciar cuándo nos encontramos ante un despido nulo.

Ciertamente, no son muchos los casos sobre despido nulo que llegan a conocimiento de la Corte Suprema porque vía recurso de casación no puede volver a apreciarse la valoración de una prueba –como lo anota la propia Corte–; empero, hay determinados supuestos que son de competencia de la Corte Suprema en la medida que no se tomaron en cuenta determinadas pruebas, o el tratamiento que se confirió a un determinado hecho no fue el que correspondía. Estos casos son los que se apreciarán por medio de este artículo.

Para cumplir con nuestro objetivo, describiremos el marco general sobre el despido en el sistema peruano y luego analizaremos la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema.

II. ALCANCE DE LA ESTABILIDAD LABORAL

La estabilidad laboral es la protección legal contra el término de la relación laboral, está orientada en la permanencia del contrato del trabajo y que el mismo no se extinga por cualquier causal.

El origen de la estabilidad laboral reside en el principio de continuidad que se deriva del principio protector del Derecho Laboral; es decir, se pretende que el contrato de trabajo tenga la mayor duración posible a favor del trabajador. Con esta finalidad, se establecieron causales taxativas en las normas para terminar válidamente la relación laboral; en los casos no contemplados, estaremos ante un despido nulo o arbitrario que motiva el pago de una indemnización.

La estabilidad laboral suele tener dos manifestaciones:

- a. **Estabilidad de Entrada** - Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo, el trabajador tiene protección en cuanto a la terminación del contrato de trabajo, lo que sólo puede producirse por las causales señaladas específicamente en la Ley. En los contratos de trabajo, hay estabilidad laboral de entrada una vez superado el periodo de prueba (como regla es de tres meses, salvo en los casos de los trabajadores de confianza y de dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente).
- b. **Estabilidad de Salida** - Es la protección frente al término de la relación laboral y ésta es sólo por causales taxativas. La constitución Política del Perú de 1993 reconoce expresamente la estabilidad de salida, es decir, la protección frente al despido arbitrario; empero, ello no supone que el contenido esencial de la estabilidad laboral no contemple la estabilidad laboral de entrada.

Sobre este tema, es necesario reconocer dos mecanismos de protección referidos a la estabilidad laboral de salida:

- b.i) **Absoluta**: Ante la terminación del contrato de trabajo no prevista en la Ley, se ordena la nulidad del despido y la reposición del trabajador, salvo que éste opte por la indemnización por despido. La Ley N° 24514 estableció entre los años 1986 y 1991 un régimen de protección de estabilidad absoluta. A la fecha, el despido nulo ingresa dentro de esta tipología.
- b.ii) **Relativa** - Puede ser propia o impropia. Será propia, si se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. El trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorgará la indemnización por el tiempo de duración del proceso judicial y las remuneraciones devengadas más intereses, pero no existe una obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto; hay entonces, reposición ficta pero no efectiva. Este mecanismo de protección no se encuentra previsto actualmente.

De otro lado, la estabilidad impropia conduce sólo a la indemnización, el despido no se declara nulo. Este es el sistema que predomina a la fecha en el Perú como regla. La excepción es el caso de despido nulo, que sólo se produce por causales expresas previstas en la ley. A dicha excepción, de acuerdo con la sentencia del TC en el Caso Telefónica que ordena la reposición al centro de trabajo (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) y su aclaratoria (publicadas el 11 y 18 de setiembre, respectivamente), se debe añadir el despido incausado o inmotivado –aún cuando se ofrezca la indemnización correspondiente–.

III. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

A nivel constitucional, el derecho a la estabilidad laboral se encuentra reconocido por el artículo 27 de la Constitución de 1993 que prevé: *“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

De esta manera, nos encontramos ante un precepto genérico que confiere al legislador una potestad amplia para que pueda determinar los alcances del artículo constitucional citado. La norma legal peruana puede establecer un abanico de instituciones, mecanismos para proteger al trabajador ante un despido (reposición

más devengados, reposición ficta y devengados, seguro de desempleo, indemnización, etc.).¹

En este punto, nuevamente, debemos indicar que el TC –en el caso de los trabajadores repuestos de Telefónica– ha interpretado que la legislación peruana no puede establecer a la indemnización como reparación ante un despido sin expresión de causa; en estos supuestos, corresponde la reposición al centro de trabajo. En este caso, el TC indica que el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución) importa la reincorporación al centro laboral. No es objeto de este trabajo el análisis de dicha sentencia que ya ha sido comentada en otra ocasión.²

Como hemos anotado, la protección relativa impropia es la regla en el Perú: una indemnización ante un despido arbitrario; y, de otro lado, la protección absoluta es la excepción: una reposición para los supuestos taxativos de despido nulo y en los casos de despidos sin expresión de causa (criterio del TC).

En este sentido, estudiaremos, esencialmente, el tema de la extinción del contrato de trabajo desde la perspectiva del despido como un acto unilateral de cese por iniciativa del empleador.

La doctrina suele dividir las formas de extinción del contrato de trabajo de acuerdo a su causa en los siguientes grupos:

- i. Dependiendo de la voluntad de las partes. - Si se debe a voluntad del trabajador hay tres posibilidades: que el trabajador renuncie, la puesta a disposición del cargo o que se dé por despedido vía despido indirecto (ante una causal de hostilidad del empleador, el trabajador extingue el contrato). Si la causa se origina en el empleador: ante una falta del trabajador, el empleador puede despedirlo por falta grave o por una causa objetiva. Finalmente, la determinación de las dos partes: por el vencimiento del plazo previsto en un contrato sujeto a modalidad, suscrito por las partes o el mutuo disenso.
- ii. Desaparición o incapacidad de las partes. - Comprende la muerte, liquidación o incapacidad del trabajador o del empleador.
- iii. Por hechos externos. - Puede ser:
 - La inhabilitación judicial o administrativa del trabajador o del empleador.
 - En procedimientos de reestructuración empresarial que conduce a la liquidación.

En el Perú el término "despido" tiene un alcance restringido, a diferencia de otras legislaciones que califican como despido otros supuestos adicionales, como el cese por causas objetivas. Hay autores que sostienen que el cese por causas objetivas también debe considerarse como un supuesto de despido.³

¹ Sobre este tema pueden verse, entre otros, RÍDE-ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. PUCP, Lima, 1986. BLANCKAS, Carlos. *El derecho de estabilidad en el trabajo*. Afec-Ao, Lima, 1991. CORTES, Juan Carlos. *Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador*. En: *Ensayos sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000, pp. 163 y ss. RÍVES, Javier. *La estabilidad laboral en la nueva constitución*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*, No. 11. CAJ, Lima, 1992-1994. TOYAMA, Jorge. *La tutela ante un despido arbitrario*. *Revista de Análisis*, En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica No. 5. Lima, 1995, pp. 31 y ss.; VIVATEA, Luis. *El derecho de estabilidad laboral en la nueva constitución*. En: *Asesoría Laboral* No. 37. Lima, 1994.

² Al respecto, puede verse el número especial de Gaceta Jurídica de Lima, del mes de octubre de 2002.

³ CORTES, Juan Carlos. *Op. Cit.*

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo Nº 003-97-TR (artículos 16 y siguientes), describe las siguientes causales generales de extinción del contrato de trabajo:

- Muerte de trabajador o empleador si es persona natural.
- Renuncia o retiro del trabajador.
- Término del contrato sujeto a modalidad.
- Mutuo disenso.
- Invalidez absoluta permanente.
- Jubilación.
- Despido.
- Cese por causas objetivas. Supuestos: i) Caso fortuito; ii) causas económicas, tecnológicas, estructurales y análogas; iii) disolución, liquidación y quiebra y; iv) reestructuración empresarial.

El despido puede ser por causas relacionadas con la capacidad o la conducta del trabajador; en nuestro sistema, el despido es individual y por causa justa que se puede apreciar bajo el marco de la capacidad y la conducta del trabajador. Para encontrarse dentro del alcance del "despido", los requisitos que deben apreciarse son los siguientes:

- El trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias; quedan fuera del marco de protección los trabajadores a tiempo parcial.
- El trabajador debe haber superado el período de prueba respectivo.
- Debe respetarse el principio de legalidad, esto supone que la causal de despido debe encontrarse expresamente establecida en las normas legales y, por otro lado, debe comprobarse la falta cometida o la causal que se le imputa al trabajador.
- Esta causal puede estar relacionada con la conducta o capacidad del trabajador.

Las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador son las señaladas en el artículo 23 de la LPCL, mientras que las relacionadas con la conducta del trabajador se encuentran recogidas en el artículo 24 del mismo texto.

La causal de capacidad del trabajador implica que dicha capacidad puede sufrir variaciones afectando la labor que desempeña el trabajador; es así como podemos observar tres variantes de esta capacidad, vale decir, que este detrimento de la capacidad física no depende de la voluntad del trabajador.

De otro lado, los supuestos de conducta están diferenciadas en falta grave, condena penal por delito doloso e inhabilitación del trabajador para poder prestar servicios. Una falta grave se produce cuando hay infracción de los deberes esenciales del trabajador. Hay legislaciones que se refieren a una falta gravísima; estamos, entonces, ante la más grave sanción que puede imponer el empleador: la culpa del

trabajador debe ser inexcusable. El despido se produce por la trascendencia de la falta debidamente contemplada en la norma legal: o es muy grave la falta o es leve pero se produce reiteradamente.

Las faltas graves se encuentran desarrolladas en el artículo 25 de la LPCL, siendo las más relevantes*:

- El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral o el incumplimiento del reglamento interno; encontramos aquí la norma más amplia y más genérica en cuanto a las causales de despido.
- Reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, se requiere *reiteración*, es decir, si estamos ante resistencia a una orden de gran trascendencia pero por única vez, no se configuraría esta causal de despido pero probablemente si la primera de las mencionadas faltas.
- La reiterada paralización intempestiva de labores, llamada huelga ilegal. Se cuestiona el hecho de que se requiera "reiteración" ya que puede tratarse de sólo una paralización pero gravísima.
- La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia. Debemos de entender esta norma en sentido amplio, dado que tendríamos muchos conceptos que no se incluirían si aplicamos el derecho penal, tales como hurto, robo, tentativa, etc.
- El abandono del trabajo por más de tres días consecutivos. Esta es una de las causas más comunes de extinción de la relación laboral.

En todos los supuestos reseñados, se debe observar una serie de formalidades antes de proceder con el despido del trabajador. El despido es un acto formal y requiere de la remisión de la respectiva carta de despido.

IV. EL DESPIDO NULO

Los supuestos de despido nulo (donde el trabajador puede optar entre la demanda de nulidad –reposición- o de indemnización), son los regulados taxativamente en el artículo 29 de la LPCL:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b) Ser representante o candidato de los trabajadores o haber actuado en esa calidad.
- c) Presentar una queja o participar en proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL.
- d) Supuestos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- e) El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de

* Un interesante análisis de las faltas graves puede verse en CASTRO ARGUELLES, María. "El régimen disciplinario en la empresa". Ed. Anazzoni. Pamplona, 1993. Para el caso peruano, puede verse BLANCA, Carlos. Op. Cit.

gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Según la modificación de la Ley N° 27185 este inciso es aplicable siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. Este es el único caso donde se presume el despido nulo; en los demás supuestos el trabajador debe acreditar la existencia del despido nulo.

- f) El despido por razón de SIDA, según la Ley N° 26626.
- g) El despido basado en la discapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050.

Solamente los casos mencionados posibilitan la presentación de una demanda por nulidad de despido. Por consiguiente, están excluidos otros supuestos que puedan suponer una lesión de un derecho constitucional. Desde nuestro punto de vista, no habrían causas razonables por las cuales se prevén supuestos típicos de despido nulo y no se consideran, por ejemplo, otros casos de despidos discriminatorios como la edad, la condición económica, la buena presencia, la estatura, etc.

No existen causas objetivas para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, más cuando la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos inespecíficos o de los ciudadanos (artículo 23) y prohíbe la discriminación legal (artículo 2,2). En otras palabras, no debe existir privilegios de actos discriminatorios en la legislación⁹.

En caso de despido nulo hay dos posibilidades para el trabajador: solicitar la reposición (en este caso no puede reclamar beneficios sociales, pues se privilegia la pretensión de continuar con la relación laboral) u optar por la indemnización (extinción del contrato laboral). En virtud de lo expresado en el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR), no es posible acumular las dos acciones antes citadas.¹⁰

La indemnización se confiere cuando el despido de un trabajador se produce por una causal no prevista en las normas legales, o cuando no se cumplen con las formalidades establecidas (por ejemplo, para que proceda el despido, éste siempre debe ser comunicado por escrito). Entonces, estamos ante una sanción de un acto arbitrario del empleador, tal como lo indica la Sentencia Casatoria N° 399-99 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema:

"Se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral (Decreto Supremo número cero cero tres-noventa y siete-TR) ha establecido una tanto indemnizatoria equivalente a un sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de doce remuneraciones".

La indemnización por despido arbitrario es la prevista en el artículo 38 de la LPCL, y equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, las fracciones se abonan por dozeavos y treintavos (en este caso, se deben observar las pautas de la Ley de Compensación

⁹ GORELLI, Juan. Los supuestos de readmisión en el despido. Buenos Aires, 1996, p. 107.

¹⁰ Pese a ello, existe una sentencia de la Corte Superior de Huzuro (Expediente N° 710-97-L) que concedió la indemnización por despido arbitrario en un caso donde el trabajador no acreditó la causal de nulidad de despido invocada en su demanda. La citada ejecutoria es comentada por NEVES, Javier. Jurisprudencia en materia laboral. OGI y PLKOP. Lima, pp. 64-7.

por Tiempo de Servicios (Decreto Supremo N° 001-97-TR) para la determinación de la remuneración mensual).⁷ El pago de la indemnización en supuesto de despido arbitrario es independiente del pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

Ahora bien, en el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo o sujetos a modalidad, la indemnización se determina en función a los meses que restan para el término del contrato, con el mismo tope de doce remuneraciones mensuales.

El plazo para accionar caduca a los treinta días de producido el hecho (artículo 36 de la LPCL). En función a lo resuelto por el Acuerdo N° 01-99 del Pleno Laboral de 1999, este plazo es de treinta días hábiles (cuando no funciona el Poder Judicial se suspende el cómputo del plazo de prescripción), según lo indica el propio artículo 36 de la propia LPCL y el artículo 58 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; pese a ello, la Corte Suprema que ha resuelto en forma contraria al Pleno, calificando a los 30 días como naturales o calendario.⁸

V. LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO

El despido y el motivo alegado deben ser probados por quien los invoca (artículo 37 de la LPCL y artículo 27 de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo -en adelante LPT-).⁹ La causal de nulidad, entonces, tiene que ser demostrada por el demandante.

Empero, si se trata de despidos relacionados con el embarazo de la trabajadora, la LPCL -modificada por la Ley N° 27185- indica que se presume la nulidad si el empleador no acredita la causa justa de despido. Entonces, en este caso, no resultará necesario que la trabajadora presente indicios que presuman la existencia de un despido nulo; si comunicó la trabajadora de su embarazo al empleador -única carga exigida por la ley-, no tendrá que acreditar la causalidad del despido pues la empresa deberá demostrar que el cese se debió a una falta de conducta o capacidad de la trabajadora para obtener una sentencia favorable.

De este modo, la normativa peruana prevé un nuevo trato distintivo en materia de nulidad de despido, que importa una ventaja probatoria para la trabajadora que es despedida durante el periodo de gestación o con posterioridad al parto (hasta noventa días). En los otros supuestos de nulidad, existe una carga probatoria a los demandantes, sin que encontremos causas razonables y objetivas que justifiquen tal distinción.

Ahora bien, en los demás casos de despido nulo el trabajador tendría que acreditar la existencia de la causal de nulidad, carga probatoria cuya posibilidad de cumplir es harto complicada pues, en estos casos, usualmente el empleador tratará de encubrir el despido laboral del trabajador.¹⁰

⁷ En caso de que exista una suspensión de labores, hay que atender a las remuneraciones reales que se han percibido en el semestre anterior, como señala la sentencia de Casación N° 1393-98 de la Sala de Derecho Constitucional y Social.

⁸ La recurrente sostiene que [...] para obtener el promedio de estas remuneraciones debe listarse estrictamente los períodos durante los últimos seis meses anteriores al despido, hayan sido laborados o no. [...] Sin embargo, debe observarse que la norma en cuestión prevé el cese en los ingresos percibidos en el mismo fin de la relación laboral y en el período calendario que precede al despido, por cuanto la base para determinar el promedio de una cantidad es el total de las sumas efectivamente recibidas y no los meses que no trabajó otra persona, por lo cual no pueden ser computables los períodos no laborados por razón de una suspensión perfecta del contrato de trabajo. [...] en caso contrario, de aceptarse la interpretación propuesta por la recurrente, se tendría que admitir que un trabajador con remuneración fija, no percibida ninguna indemnización si el mes anterior al despido hubiera estado suspendido, o también si este mismo trabajador con remuneración variable, hubiera estado suspendado durante los últimos seis meses, lo cual resulta incongruente.

⁹ La sentencia casatoria de la Corte Suprema (Exp. N° 0022 Del Santal del 27 de junio de 2003, prevé que las normas laborales apuntan a establecer un plazo de 30 días naturales para la presentación de la demanda.

¹⁰ Un riguroso análisis sobre las pruebas en los procesos laborales puede verse en PAREDES, Paul. Pruebas y presunciones en el proceso laboral. Ars. Lima, 1997.

¹¹ Al respecto, PASCO indica que el motivo del despido es siempre subjetivo, "cualquieramente motivado". PASCO, Mario. La estabilidad laboral en la Ley del Promotor al Empleo. En: Asesoría Laboral, Lima, junio de 1992, p. 38.

Por ello, se han establecido una serie de criterios –centrados en la aportación de indicios- para la valoración de la causal que motiva la nulidad del despido y, por consiguiente, ordenar la reposición del trabajador si un Juez tiene – luego de una apreciación integral- la convicción de que existe una causal de nulidad. Seguidamente, y sobre la base del esquema normativo peruano, describiremos el procedimiento de acreditación o prueba de un despido nulo.

1. La aportación de indicios: la carga del trabajador

Como se ha anotado, en los casos de despido nulo, el trabajador debe acreditar la existencia de la causal. En la medida que tal labor resulta compleja y casi imposible, por una serie de principios constitucionales pueden establecerse ciertos criterios que justifiquen una razonable presunción de nulidad del despido con la aportación del trabajador de indicios y rasgos sintomáticos de un despido nulo.

En efecto, como indica Vinatea¹¹, el principio de socialización del proceso se deriva del reconocimiento del Estado social previsto en el artículo 43 de la Constitución de 1993 (nosotros, le agregaríamos el principio protector del artículo 22 de la propia Constitución), y supone que el Estado tiene que establecer una serie de reglas y pautas que permitan equilibrar la relación jurídico laboral.

En virtud de este principio constitucional, el Juez Laboral debe utilizar sus facultades reconocidas en la LPT de tal manera que determine lo que realmente ha sucedido y concluya si nos encontramos ante una demanda estimatoria de nulidad de despido. En otras palabras, el Juez debe tener certeza de los hechos controvertidos para fundamentar adecuadamente su sentencia (artículo 25 de la LPT y artículo 188 del CPC).

En este sentido, y como existe una libertad en la apreciación de la prueba, el Juez se encuentra obligado a realizar un análisis general y específico de cada una de las pruebas que presentan las partes laborales.

En los casos de despidos nulos, el trabajador deberá presentar indicios respaldados en medios probatorios que conduzcan al juez a tener convicción sobre la causa real del despido, sobre la razón de nulidad que motiva el cese laboral¹². En este sentido, el artículo 41 de la LPT indica que los indicios pueden ser los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de las partes laborales.

No somos partidarios de la inversión o reversión de la carga probatoria en materia de despidos nulos. La mera alegación del trabajador de la existencia de una causal de nulidad no determina que el empleador demuestre que se ha producido un despido válido por capacidad o conducta. Se requiere, entonces, de una carga probatoria del trabajador, de la necesaria aportación de indicios y rasgos que puedan crear la convicción el juez sobre la existencia de un despido nulo. Ciertamente, como ya apuntamos, en el caso del despido nulo por razón del embarazo, no existe tal carga probatoria si la trabajadora comunicó previamente de su estado de gestación.

¹¹ VINATEA, Luis. Op. Cit. pp. 10 y ss. Además, puede verse PEDRAJAS, Andrés. *Despido y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 1996, pp. 130 y ss.; ANCE, Emer. *La nulidad del despido (sobre) de derechos constitucionales*. PUCP Lima, 1999, pp. 260 y ss.; y MONERED, José. *La carga de la prueba en los despidos de derechos fundamentales*. Trócaire Blanch, Valencia, 1998, pp. 10 y ss.

¹² El artículo 41 de la LPT tiene esta enmienda al igual que el artículo 26 del CPC que prevé que los indicios son actos, hechos, circunstancias o signos –respaldados en medios probatorios- que, en una valoración en conjunto, conducen al juez a tener certeza sobre un hecho desconocido.

Siguiendo a GORELLI¹³, la prueba de presunciones importa que el trabajador debe introducir indicios mínimos de la ilicitud e inconstitucionalidad del empleador –diríamos, un clima o ambiente de nulidad-, el trabajador está obligado a realizar una labor probatoria, pero no una prueba plena ni absoluta.

El trabajador debe aportar los elementos suficientes –indicios, principios de prueba- para que exista una sospecha o probabilidad de la lesión alegada. La casi imposibilidad de probar la intención lesiva del demandado deja paso a la exigibilidad de presentar indicios, presunciones, principios de prueba, etc. que culminen en una convicción acerca de la intencionalidad lesiva del demandado

Ahora bien, como los supuestos de nulidad de despido se contraen en casos de lesión de derechos fundamentales (discriminación, libertad sindical y debido proceso), la prueba de la afectación debiera ser más tenue pues se trata de derechos específicos e inespecíficos constitucionales y que, como tales, merecen la mayor tutela posible.¹⁴

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha señalado lo siguiente:

“El demandante que invoca la regla de la inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa en torno a los indicios de que ha existido discriminación” (Sentencia 266/1993, FFJJ 3).

De esta manera, se debiera utilizar los medios indirectos de prueba que importa aplicar una serie de indicios presunciones que, basado en indicios y las reglas de la experiencia permiten que el juez tenga certeza sobre el despido.¹⁵

Una vez que se determine tales indicios, se requiere que exista un nexo causal entre el acto de despido y los hechos presumidos, salvo en los casos de despidos por razón del embarazo. Se debe demostrar que los rasgos e indicios condujeron al empleador a despedir al trabajador. Demostrada tal conexión, el empleador deberá acreditar que el despido se enmarcó dentro de una causal prevista en las normas legales. En caso de no hacerlo, se debe entender que existe un despido nulo.

2. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador

En la medida que nos encontremos ante una serie de presunciones que suponen la aplicación de un nexo causal entre éstas y el acto unilateral del empleador de extinguir la relación laboral, corresponderá al empleador la carga probatoria sobre la causal válida de extinción de la relación laboral o que, en caso que dicha causa no se aprecie, probar que el despido estuvo lejos de la causal de nulidad invocada.

De esta manera, la carga probatoria del empleador estará supeditada al éxito del trabajador en demostrar la nulidad del despido. No es que, entonces, al encontramos ante un despido arbitrario indemnizado del empleador, se presuma la existencia del despido nulo invocado por el trabajador. Es imperativo que, previamente, el trabajador aporte los elementos suficientes para encontrarnos ante un ambiente o clima de nulidad de despido.

No estamos ante una prueba negativa -una prueba diabólica-, sino ante un hecho

¹³ GORELLI, Juan. Op. Cit. pp. 101 y ss.

¹⁴ Arce. Ética. Op. Cit. pp. 267 y ss.

¹⁵ VIKATEA, Luis. Op. Cit. p. 12.

positivo; que el despido obedezca a una causal real, razonable y diferente a la causal de nulidad alegada por el demandante, debiendo existir una causa lo suficientemente seria como para que el empleador se plantee el despido.¹⁶

VI. LA CORTE SUPREMA Y LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO

Como ya anotamos, nosotros nos concentraremos en el análisis de las sentencias de casación expedidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.¹⁷

Ciertamente, las normas legales excluyen del recurso de casación la valoración de las pruebas aportadas durante el proceso, y en los casos donde las partes se ha presentado ante la Corte Suprema para que ésta se pronuncie sobre la apreciación de las pruebas de la nulidad invocada por el demandante, los recursos de casación han sido declarados improcedentes (Casaciones N^{os} 2115-97-Lima, 608-98-Lima y 1481-97-Lima¹⁸).

No obstante ello, la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema permite apreciar una serie de criterios sobre la prueba del despido nulo. Dividiremos este ítem en dos partes, referidos a la carga probatoria de las partes laborales.

Antes de ello, es importante una delimitación. Sólo hemos tenido a la vista las sentencias casatorias para este análisis y, por ello, algunas apreciaciones o conclusiones, eventualmente, podrían no ajustarse a las pruebas y actuaciones que están contenidas en los respectivos expedientes judiciales.

1. La carga probatoria del trabajador

Las normas sobre despido nulo se aplican a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada. En tal sentido, los juzgados laborales son competentes para conocer las demandas de estos trabajadores, respetándose los regímenes especiales, como ocurre con los profesores universitarios que invoquen una causal de nulidad de despido (Casación N^o 1807-97-Lima¹⁹). En estos casos, se debe acudir a las vías especiales previstas en la Ley Universitaria o la acción de amparo si existen una lesión de derechos constitucionales.²⁰

Ante una demanda de nulidad, el trabajador debe aportar indicios que demuestren la apreciación de un "ambiente" de nulidad, de ilegalidad. Así, el trabajador debe demostrar la existencia de ciertos hechos o circunstancias que respalden su afirmación; no basta con haber interpuesto un proceso contra el empleador, es necesario que se acredite que existen actitudes o conductas empresariales que evidencien un propósito de impedir arbitrariamente el reclamo laboral (Casación N^o 28-97-Piura²¹).

En sentido contrario, si se trata de un dirigente sindical, no basta la condición de

¹⁶ OCRELLI, Juan, Op. Cit., pp. 108-110.

¹⁷ Existen sobre los criterios asumidos por las Salas Laborales en materia de despido nulo, pueden verse en ARCE, César, Op. Cit., pp. 272 y ss.; NEVES, Javier, Jurisprudencia - Op. Cit., y VIVATEA, Luis, Op. Cit., pp. 9 y 96.

¹⁸ Las sentencias han sido publicadas en el diario oficial El Pensamiento los días 25 de marzo de 2000, 17 de marzo de 2000 y 14 de junio de 1998, respectivamente.

¹⁹ Publicada el 22 de abril de 2000 en el Diario Oficial El Pensamiento.

²⁰ Inclusive, en este caso, el demandante alegó una contradicción jurisprudencial entre una sentencia de amparo estimada y la resuelta por la Corte Suprema; según la Corte Suprema indicó que no se produce un supuesto de contradicción jurisprudencial que importara la procedencia del recurso casatorio.

²¹ Publicada el 31 de diciembre de 1998 en el Diario Oficial El Pensamiento.

tal sino que se debe que cumplir con la carga probatoria; de no hacerlo, la demanda no debe estimarse, máxime si se aprecia un cese por causas objetivas que cumplió con el trámite legalmente establecido (Casación N° 3809-97-Lima²²). En el mismo sentido, en el caso de una Secretaría General que alega ser despedida por el cierre del establecimiento pero sin aportar ningún indicio que permita apreciar la existencia de la causal de nulidad invocada, la Corte Suprema declaró infundada la demanda (Casación N° 1214-97-Callao²³).

En ciertos casos, la Corte Suprema (Casación N° 473-97-Piura²⁴), con la sola constatación de un nexo temporal determinó la validez de una demanda de nulidad. Se trató de un despido arbitrario con indemnización producido el mismo día de la reposición de un trabajador por mandato judicial, *"lo que evidencia que el motivo real del despido fue haber participado en un proceso judicial contra el empleador ante el órgano jurisdiccional"*.

Para los magistrados, las circunstancias que rodearon este despido arbitrario eran suficientes para tener la certeza de un despido nulo. Un despido arbitrario producido el mismo día de la reposición que supone la ejecución de un proceso judicial donde el despido del empleador no fue admitido, representaría una suficiente razón para concluir la verdadera motivación del empleador.

En otro caso, luego de la reposición, el empleador dispuso la suspensión imperfecta de labores del trabajador repuesto e incumplió el pago de sus remuneraciones lo que motivó reclamos del trabajador y la interposición de una denuncia penal por violación de la libertad de trabajo y, finalmente, despidió arbitrariamente al trabajador. Ante tales circunstancias, la Corte Suprema declaró fundada la demanda de nulidad por entender que existieron actos empresariales como consecuencia de las demandas del trabajador (Casación N° 1319-98-Callao²⁵).

Ahora bien, si el trabajador no acredita encontrarse dentro de los plazos de protección de despido nulo o no tiene la categoría protegida (Casación N° 307-97-Cusco²⁶), no cabe la alegación de nulidad, aun cuando se presenten indicios. Por ejemplo, en el caso de los representantes de los trabajadores, la protección alcanza hasta los noventa días posteriores al término de sus funciones (artículo 46 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo N° 001-96-TR); pasado el plazo legal, no cabe alegación sobre la nulidad de despido (Casación N° 959-98-Huaura²⁷).

En la misma línea, tampoco se pueden "crear" nuevos supuestos de nulidad de despido, como podría ser la discriminación del empleador en la aplicación de una

²² Publicada el 15 de marzo de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. En la misma línea, puede verse la Casación N° 1175-97-Lima, publicada el 21 de marzo de 2000.

²³ Publicada el 14 de julio de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. En este caso, la Corte Suprema alega que "el despido nulo debe tener un nexo de causalidad con el motivo real que lo produce, generalmente de carácter subjetivo, siendo de cargo del demandante la prueba de esa motivación si la alega".

²⁴ Sentencia publicada el 30 de marzo de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. En forma contraria, la Casación N° 1636-97-Lima —publicada el 21 de marzo de 2000— indicó que la protección por haber sido dirigente sindical no puede extenderse indiscriminadamente las normas penales, la legislación corporativa y las normas de la OIT —según indica la sentencia—, son claras en delimitar limpiamente la protección a los dirigentes sindicales.

²⁵ Publicada el 03 de junio de 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁶ Publicada el 02 de octubre de 1999 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁷ Sentencia publicada el 29 de marzo de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. En este caso, la parte laboral alegó que el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo había sido derogado por la LFT, invocando la Tercera Disposición Complementaria Transitoria y Derogatoria de la LPOL que es una norma de desarrollo constitucional (artículo 102 de la Constitución de 1993), en virtud de la cual la ley posterior se aplica sobre la ley anterior. Dicha pretensión, evidentemente, no fue atendida por la Corte Suprema.

sanción ante la comisión de una falta grave por varios trabajadores. Al encontramos ante una lista taxativa, no cabe considerar nuevos supuestos de nulidad de despido, pese a que, eventualmente, existan indicios que pudieran demostrar un acto arbitrario del empleador (Casación N° 741-96-Ayacucho²⁰).

Ciertamente, como ya hemos visto, no basta que el trabajador ostente una "categoría" protegida, debe aportar indicios que permitan al juez tener la convicción de un despido nulo. En este sentido, si se trata de un despido a un trabajador por sus actividades sindicales y una demanda de cese de hostilidad, tales hechos no son suficientes para la Corte Suprema en la medida que existieron otros trabajadores despedidos conjuntamente por racionalización y no se aportan indicios que permitan apreciar los actos "nulos" del empleador (Casación N° 2542-97-Lima²¹).

La aportación de indicios y la generación de una convicción y certeza en el juez para declarar fundada una demanda de nulidad, supone la valoración de hechos y circunstancias que rodearon el despido; empero, desde nuestro punto de vista, este procedimiento no es la aplicación del principio de primacía de la realidad como lo ha destacado una sentencia casatoria (Casación N° 2053-97-Cono Norte²²). La primacía de la realidad importa la preeminencia de los hechos sobre la formalidad, el levantamiento del velo ante una situación real; la determinación de un despido nulo, en cambio, representa la valoración de indicios que no necesariamente conlleva el desplazamiento de actos formales –inclusive, éstos pueden no existir-. En definitiva, el aporte de indicios, finalmente, importa una facilitación de la carga probatoria del trabajador para acreditar un despido nulo²³.

Luego de demostrar los indicios, hay que apreciar la causalidad de tal manera que el trabajador "conecte" los hechos apreciados con la causal de nulidad; por ejemplo, para demostrar un despido por las actividades sindicales, se debe acreditar que el empleador conocía de las actividades sindicales del trabajador y reaccionó contra éstas; en cambio si el trabajador participa en una asamblea general de afiliados y el despido se produjo con anterioridad a dicha asamblea, tales hechos –la participación en la asamblea- no están vinculados de "causa a efecto con el despido producido" (Casación N° 1636-97-Lima). Debe apreciarse un nexo de causalidad, tanto en el tiempo como en las circunstancias (Casación N° 2141-97-Piura²⁴). Así, como anota Montero Aroca²⁵, las presunciones no se proponen ni son medios de prueba, se debe probar el indicio en la fase probatoria y luego de una valoración, se podrá indicar que entre el indicio y el hecho presumido hay un enlace lógico para dar por probado dicho hecho presumido.

La causalidad es determinante para apreciar la nulidad de un despido. No basta con la acreditación del cargo de dirigente sindical, es necesario determinar el nexo de causalidad: en un caso, la Corte Suprema declaró que el despido del empleador a un dirigente por haber dispuesto indebidamente de los fondos del sindicato (cuotas

²⁰ Publicada el 04 de mayo de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. Además, esta sentencia fue una frase expresa sobre la carga probatoria del trabajador: la prueba de la nulidad de un despido "cabe en favor del trabajador".

²¹ Publicada el 13 de noviembre de 1999 en el Diario Oficial El Peruano. Adicionalmente, puede verse la Casación N° 1705-97-Lima, publicada el 20 de junio de 2000, en la cual la Corte Suprema indica expresamente que "es de cargo de esta parte –el trabajador- demostrar la existencia del nexo causal entre el despido y la causal de nulidad alegada, es decir que el hecho, fue producto de una represalia por las actividades sindicales que se siguen en contra de la demandada".

²² Publicada el 04 de enero de 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

²³ MACNEIRO, José. Op. Cit., pp. 41 y ss.

²⁴ Publicada el 01 de marzo de 2001 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁵ MONTERO AROCA, Juan. Introducción al proceso laboral. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 210-20.

sindicales de los afiliados), califica como un acto de injerencia a la libertad sindical y, por ende –nexo causal–, como un despido nulo (Casación N° 86-98-Lima²⁴).

Ciertamente, si no existe una conexión entre los hechos invocados por el trabajador y la causal de nulidad, la demanda debe desestimarse. Inclusive, si no se demuestra la causa de nulidad pero tampoco la legalidad del despido (Casación N° 102-98-Chincha²⁵), el trabajador no tendrá derecho a la indemnización por despido arbitrario por la fórmula excluyente entre nulidad de despido e indemnización establecida en las normas legales. Tampoco procedería una demanda de nulidad de despido y en forma alternativa la preferencia de indemnización por despido arbitrario (Casación N° 1472-2000-Juliana²⁶).

Si el trabajador no se encuentra en los supuestos de nulidad previstos en la LPCL, ni aporta los indicios respectivos, aun cuando se aprecie claramente que el despido es arbitrario, no procederá la admisión de la demanda de nulidad. Así, si se alega la existencia de una reclamación y un proceso administrativo contra el empleador pero, finalmente, se determina que la reclamación se contrae en una visita inspectiva del Ministerio de Trabajo propiciada por el sindicato donde se registra casos individuales sin que aparezca el demandante y, de otro lado, que el proceso administrativo se refiere a un conflicto intrasindical donde no interviene el empleador, no se admite la causal de nulidad invocada por el trabajador despedido arbitrariamente (Casación N° 2739-97-Lima²⁷).

2. La carga probatoria del empleador

Como hemos visto, no basta la presentación de indicios de parte del trabajador para concluir que estamos ante un despido nulo. Si el empleador acredita que el trabajador cometió falta grave, no debe admitirse la demanda presentada. En este sentido, en el caso de un dirigente sindical (Casación N° 1938-98-Lima²⁸) que cometió injuria, no se reconoció la causal de nulidad alegada por el dirigente sindical.

De otro lado, si el empleador no demuestra la existencia de una causa válida de cese, se tendrá por ciertas la alegación y los indicios acreditados por el trabajador. En el caso de un despido por falta de capacidad del trabajador no demostrada fehacientemente por el empleador, se concluye que hay despido nulo por las actividades sindicales del primero (Casación N° 1946-97-Cono Norte²⁹). La distribución de la carga probatoria importa que el empleador debe justificar el cese del trabajador, de tal manera que éste se ajuste a la legalidad.³⁰

²⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de julio de 2000. No compartimos la opinión de la Corte Suprema, consideramos que se debió demostrar que existían indicios de “un clima de nulidad” y, especialmente, el nexo de causalidad, un despido por la condición sindical. En este caso, el despido será arbitrario porque, estuviéramos, el empleador no puede tener injerencia en las actividades sindicales pero sí nulo.

²⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2000. En esta sentencia se declara nula una resolución de la Corte Superior que concedió la indemnización por despido arbitrario en un proceso de nulidad de despido y, actuando como sede de instancia, declaró improcedente la demanda.

²⁶ Publicada el 01 de marzo de 2001 en el Diario Oficial El Peruano. En la misma línea, puede verse la Casación No. 1093-00-Tarma, publicada el 06 de agosto de 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁷ Publicada el 21 de marzo de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. Esta sentencia casatoria unifica la jurisprudencia comparativa de los Salas Superiores, respecto de otros casos idénticos demandados pero resueltos en forma diferente.

²⁸ Publicada el 24 de marzo de 2001 en el Diario Oficial El Peruano. En el mismo sentido, puede verse la Casación No. 541-00-Lima, publicada el 17 de noviembre de 1999.

²⁹ Publicada el 31 de diciembre de 1999 en el Diario Oficial El Peruano.

³⁰ PÉREZ, Rosa. De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta inobservancia accesorial de directivos sindicales. En: *Relaciones Laborales* N° 3. Madrid, abril de 1993, p. 21.

No basta que el empleador demuestre la falta grave, sino que ésta sea imputada de conformidad con las normas legales. En este sentido, si luego de efectuada la aportación de indicios, el empleador alega que existió una falta grave pero ésta fue sancionada en forma extemporánea —cuya apreciación se verifica en el mismo proceso de nulidad de despido—, procede declarar fundada la demanda de nulidad de despido.⁴¹

En caso que el empleador no demuestre que el vínculo laboral se extinguió por una causal válida prevista en nuestro ordenamiento (artículo 16 de la LPCL), y el trabajador hubiera cumplido con la carga probatoria, deberá declararse fundada la demanda de nulidad de despido (Casación Nº 168-98-La Libertad⁴²). El empleador debe demostrar entonces que la causal de nulidad alegada no fue el factor sustancial motivante del despido.⁴³

Como hemos visto, la Corte Suprema ha tenido ocasiones para referirse a la prueba del despido nulo, pese a las limitaciones que contiene la LPT para el conocimiento de este tipo de procesos por la máxima instancia jurisdiccional. Consideramos que el balance es positivo, en la mayor parte de los casos coincidimos con el análisis de la Corte Suprema sobre los supuestos de nulidad y las pautas observadas para su apreciación, en algunas sentencias, estimamos que los criterios seguidos pudieron tener otra orientación, salvo que, por otras circunstancias que no aparecen en las sentencias pero sí en los respectivos expedientes, nuestros comentarios pudieran modificarse.

⁴¹ Publicada el 25 de mayo de 2003 en el Diario Oficial El Peruano. En esta sentencia, la Corte Suprema califica como extemporánea una falta imputada al trabajador y que fue la causal del despido; el trabajador alegó que fue despedido por un proceso interpuesto contra el empleador (despido rescisorio).

⁴² Publicada el 14 de julio de 2000 en el Diario Oficial El Peruano. Conviene destacar que esta ejecutoria, que tutela la libertad sindical, reconoce los Convenios Internacionales de Trabajo Nos. 87 y 98 y los utiliza para brindar un contenido al artículo 25 de la Constitución de 1993, en aplicación de la Cuarta Disposición Final de la anterior constitución.

⁴³ Pese a la existencia del despido *libre* (at will) como regla, en determinados casos la jurisprudencia norteamericana ha requerido a favor de los trabajadores en los famosos despidos contra el orden público. En el caso *Smith v. Atlas Oil-Share Boat Service, Inc.*, se determinó que en los “despidos motivados”, el trabajador debía acreditar la causal pero el empleador debe demostrar la causal ajena a la motivación alegada por dicho trabajador. Al respecto, puede verse MARTÍNEZ GRICM, Jesús. *El Objeto en el Derecho de los Estados Unidos*. Caracas, Madrid, 1998, pp. 169 y ss.