



FACULTAD DE DERECHOS Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS:

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO
SUPREMO N° 003-97-TR DE LA LPCL ESPECIFICANDO LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR DE ACUERDO A LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ.

PARA OPTAR TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Saldaña Condemarin Yonathan Rogerio Francisco
<https://orcid.org/0000-0003-4820-8065>

ASESOR:

Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo
<https://orcid.org/0000-0001-5963-9405>

Línea de Investigación:
CIENCIAS JURIDICAS



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N°
003-97-TR DE LA LPCL ESPECIFICANDO LA VULNERACIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR DE
ACUERDO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

AUTOR

Saldaña Condemarin Yonathan Rogerio Francisco

PIMENTEL – PERÚ

2022

TESIS

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO
SUPREMO N° 003-97-TR DE LA LPCL ESPECIFICANDO LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR DE ACUERDO A LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ.**

Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo
Asesora

Dra. Barturen Mondragón Eliana Maritza
Presidente

Dra. Uchofe Urbina Ángela Katherine
Secretario

Dr. Barrio de Mendoza Vásquez Robinson
vocal

Dedicatoria

Dedico esta tesis a mi madre Gladys Micaela Condemarin Parraguez, a mi padre Carlos Antonio Saldaña Vallejos, mi hermana y hermano quienes fueron para mí un gran apoyo emocional, durante el tiempo que realizaba esta presente investigación, y en cada paso que daba hacia la culminación de mis estudios, a todos ellos les dedico este trabajo de investigación.

Agradecimiento

En primer lugar, le doy gracias a Dios por a verme permitido llegar a cumplir mis metas trazadas, como también gracias a mi mama Gladys Micaela Condemarin Parraguez, mi padre Carlos Antonio Saldaña Vallejos, hermana y hermano, por estar a mi lado, a mi esposa e hijos que con sus ocurrencias alegraban mis días, me daban fuerzas para seguir adelante, para así tratar de culminar esta tesis, para ser un gran profesional con principios y valores. Gracias a todos ellos por su amor y paciencia.

Resumen

La presente tesis tiene como tema la modificación del artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-TR de la LPCL especificando las vulneraciones de los derechos fundamentales del trabajador de acuerdo a la constitución política del Perú; al analizar la ley de productividad y competitividad laboral, se observe que el presente artículo 29 estipula dentro de su normativa cuatro derechos fundamentales prescritos en la Constitución Política del Perú, y no son los únicos derechos fundamentales que se vulneran con los trabajadores del sector privado y de esta manera son desprotegidos; mi pregunta es porque no incorporar los demás derechos fundamentales que se encuentran estipulados en la constitución en su artículo 2 para incorporarlas en el decreto supremo 003-97-TR en su artículo 29 para que los jueces laborales y el tribunal constitucional puedan resolver estos casos basándose a la ley 728 de la LPCL y proteger los derechos del trabajador en las empresas privadas. Ante esta disyuntiva conceptualizo que el despido nulo, actúa sobre derechos fundamentales constitucionales que afectan al trabajador provocando su despido sin tener causa justa. Ante esta modificatoria presentada en esta investigación es para ayudar a los magistrados, abogados, representantes sindicales a que puedan tener un acercamiento en sus demandas. Protección adecuada conforme a ley y así se fundamente, teniendo como objetivo incorporar en el artículo 29 del decreto supremo 003-97-TR, los demás derechos prescritos en la constitución y que solamente se encuentra en sentencias del tribunal constitucional como despidos a los derechos en materia constitucional.

Palabras Claves: despido nulo, derechos fundamentales, decreto supremo, análisis jurídico, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Abstract

The subject of this thesis is the MODIFICATION OF ARTICLE 29 OF THE SUPREME DECREE N ° 003-97-TR OF THE LPCL SPECIFYING THE VIOLATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE WORKER ACCORDING TO THE POLITICAL CONSTITUTION OF PERU; Since when analyzing the Productivity and Labor Competitiveness Law, I came to observe that this article 29 only stipulated within its regulations four fundamental rights prescribed in the Political Constitution of Peru, when in reality these are not the only fundamental rights that are violated towards private sector workers, thus leaving workers unprotected, that is why I asked myself why not incorporate the other fundamental rights found in the constitution in article 2 of the Magna Carta and incorporate them into the Constitution. Supreme Decree 003-97-TR in its article 29 so that the judges in labor matters as well as the Constitutional Court can resolve these cases based on Law 728 of the LPCL and thus protect the rights of the worker in private companies. And faced with this dilemma, I was led to conceptualize that null dismissal is one that violates fundamental constitutional rights that affect the worker, thus causing their dismissal without just cause.

That is why this amendment presented in this investigation is to help magistrates, lawyers, union representatives and students of labor law so that they can have a correctness in their demands and an adequate claim according to law and thus their right is founded that Due to this research topic, the objective of which is to incorporate in article 29 of Supreme Decree 003-97-TR the other fundamental rights of the constitution, since it is only found in sentences of the constitutional court as said dismissals that are harmful to rights fundamental in constitutional matters.

Keywords: null dismissal, fundamental rights, supreme decree, legal analysis, Productivity and Labor Competitiveness Law.

INDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 10 |
| 1.1. Realidad Problemática | 11 |
| 1.2. Antecedentes de Estudios | 22 |
| 1.2.1. A Nivel Internacional..... | 22 |
| 1.2.2. A Nivel Nacional..... | 24 |
| 1.3. Teorías Relacionadas al Tema: | 30 |
| 1.3.1. Análisis de la Doctrina | 30 |
| 1.3.2. Análisis de la Ley..... | 57 |
| 1.3.3. Análisis de Jurisprudencia..... | 60 |
| 1.4. Formulación del problema | 61 |
| 1.5. Justificación e importancia | 61 |
| 1.6. Hipótesis | 62 |
| 1.7. Objetivos | 62 |
| 1.7.1. General:..... | 62 |
| 1.7.2. Específicos: | 62 |
| 2. Material y Método | 63 |
| 2.1. Tipo y Diseño de Investigación | 63 |
| 2.2. Población y Muestra | 64 |
| 2.2.1. Población..... | 64 |
| 2.2.2. Muestra..... | 64 |
| 2.3. Variables y Operacionalización | 65 |
| 2.3.1. Variables | 65 |
| 2.3.2. Operacionalización de Variables | 65 |
| 2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad | 68 |
| 2.4.1. Técnicas..... | 68 |
| 2.4.2. Instrumentos..... | 69 |
| 2.5. Procedimiento de análisis de datos | 70 |
| 2.6. Criterios éticos | 71 |
| 2.7. Criterios de rigor científico | 71 |
| 3. RESULTADOS | 73 |
| 3.1. Resultado en tablas y figuras | 73 |
| 3.2. Discusión de resultados | 88 |
| 3.3. Aporte Practico | 90 |
| 4. Conclusiones y Recomendaciones | 97 |
| 4.1. Conclusiones | 97 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 4.2. Recomendaciones | 98 |
| 5. Referencia | 99 |
| 6. Anexos | 101 |

1. INTRODUCCIÓN

Que la ley 728 del Decreto Legislativo N° 003-97-TR, de ninguna manera regula taxativamente dentro de sus causales del artículo 29 los demás derechos fundamentales que están estipulados en la carta magna, dejando de esta manera un vacío legal y a la vez desprotegiendo al trabajador del sector privado. Es por eso que con el fin de fortalecer la regulación de un precepto ante cualquier proceso judicial se tuvo la necesidad de crear una investigación poniendo como tema la modificación del artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-TR según la LPCL especificando la transgresión de los derechos fundamentales del asalariado de acuerdo a la constitución política del Perú.

Según el despido nulo, viene hacer el cese que trasgrede derechos fundamentales del trabajador dentro de su centro laboral, y es despedido sin alegar causa justa por parte del empleador hacia el trabajador. Ya que esta investigación tiene como objetivo general analizar el artículo 29 del decreto legislativo 003-97-TR por tener vacíos legales y no incluir dentro de su normativa los demás derechos fundamentales que en la realidad de vulneran diariamente en el sector privado. Como así mismo este estudio es modelo mixto y propositivo ya que llega a proponer la modificación del artículo 29 de la LPCL y por otro lado es de diseño no empírico, como también la población estará conformada por trabajadores del sector privado, jueces labores y abogados laborales por lo que la muestra lo conforma cincuenta personas y es de modelo no probabilístico, como también el presente estudio investigado estará desarrollado a través de tablas estadísticas para así poder proceder interpretar la información obtenida por medio de preguntas ejecutadas a la población.

1.1. Realidad Problemática.

Los contenidos más polémicos en la rama del Derecho Laboral y en los procesos judiciales, es la figura jurídica del despido que abarca la reincorporación del asalariado cuando se llega a demostrar en un proceso judicial una suposición de abolición.

Ahí es donde abarcamos el tema de gran importancia que es el despido nulo donde principalmente pretende defender el argumento principal de los derechos fundamentales en materia laboral, basándose de acuerdo a la carta magna.

Es por eso que el decreto Legislativo N° 728 de la LPCL los contempla como motivo de destitución en los sucesos de perjuicio sobre el derecho de libertad sindical, la protección burocrática o legal, el racismo y las progenitoras embarazadas. Dado que tiene mayores importancias, y se considera una alternativa de defensa en caso de que se llegue a vulnerar y restablezca la defensa en caso de destitución, es decir, volverlo a incorporar al centro de trabajo.

A Nivel Internacional

La destitución improcedente, viene hacer la vulneración de derechos que tienen los empleados debido a que la carta magna establece en el artículo 22 que los trabajadores tienen deberes y derechos. A su vez, de conformidad con el inciso final y transitorio de la misma Constitución, el Estado se apoya en los tratados transnacionales suscritos en el Perú para la interpretación del argumento de este derecho.

Por eso el derecho al trabajador se convierte en en el sustento esencial del individuo, y el patrón de firmeza laboral termina al abandonar el trabajo que restringe la voluntad del empleador. Como hemos visto, los medios transnacionales dan importancia al derecho al empleo, ya que no cuentan con una opción única y exclusiva a la compensación o defensa por el desempleo. Cabe señalar que, en el ámbito transnacional de defensa de los derechos humanos, la Convención de los Estados Unidos sobre Derechos Humanos, el Tratado de San José de Costa Rica; el Protocolo adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es decir, el Protocolo de San Salvador; Ambos han sido ratificados por Perú, si se publican normas específicas para proteger el derecho al trabajador reconociéndolo

también como un derecho económico, social y cultural.

Por otro lado, hay doctrinarios que definen en diversos criterios la vulneración que se comete hacia los asalariados en su centro de labores en los cuales detallo lo siguiente:

Que el Derecho al trabajo es aquel que tiene la persona a trabajar libremente y sin restricciones, como también se subdividen en los sectores público y privado, especificando que el trabajador va a tener derecho a todos sus beneficios sociales. (Santoro Pasarelli Francesco, 2021, Santiago de Chile).

Especifica también el derecho que tiene toda persona a pertenecer a un sindicato y que estas asociaciones de trabajadores tengan el derecho a negociar con las entidades tanto públicas como privadas sobre aquellas condiciones de empleo y derechos que les corresponde a los asalariados. (Gomes Muñoz José; 2021, España.)

Después tenemos al siguiente autor que establece al despido como aquel acto que realiza la empresa hacia su trabajador vulnerando sus derechos que se encuentra inmerso en una ley, dejando de esta manera perjudicada su sustento familiar y sin trabajo al operario. (Callaghan Rodríguez Patrick; 2021; Madrid).

Continuando con los aportes de cada uno de ellos tenemos otro criterio que abarca la relación laboral internacional, que tiene todo trabajador desde la celebración de su contrato, hasta la extinción de la misma; pero siempre y cuando el término haya sido consumido de legal, pero si fuese al contrario se estaría transgrediendo los derechos que le pertenecen a todo trabajador. (Espiniella Méndez Ángel, 2022, Valencia).

Y por último el despido hacia los trabajadores no solo especifica la consumación del vínculo laboral, sino más bien llega a trasgredir o lesionar los derechos fundamentales que tiene toda persona a trabajar en un espacio tranquilo y sin hostigamiento, es por eso que el tribunal supremo establece que si se atenta contra esos derechos explicados líneas anteriores no solo se buscara la reposición del puesto de trabajo si no también la indemnización por daños y perjuicios. (Cuadros Garrido, María Elisa; 2022; España).

Y en particular, en lo relativo al derecho al trabajo y a la protección contra el despido, el Perú quedo obligado a lo dispuesto en el protocolo de San Salvador basándose según el reglamento de San Salvador especifica que el derecho que

tiene todo empleador a tener una estabilidad laboral dentro de su centro de trabajo si se presenta una destitución en el trabajo y que sea sin justa razón, todo empleador tiene derecho a una reparación por la destitución del trabajador según la ley.

Esto quiere decir, que la estabilidad en los empleos significa motivo de destitución en el centro de trabajo. El despido siempre va tener que alegar una causa para despedirlo; si no de lo contrario esto se podría tomar como utilidades abusivas y fraudulentas. No obstante, esto cuando la causa sea valorada como tal y no justifique el despido, allí recién podrá repararse por indemnización o la reposición del trabajador. Por otro lado, el principio de casualidad del despido es incuestionable si no basamos a la lógica del protocolo de San Salvador. Por eso de este modo se debe hacer un reajuste al artículo 29 de la LPCL en lo dispuesto por la mencionada norma de derecho internacional. Con lo anterior mente especificado y con el objetivo de aclarar el contenido del presente estudio, llegaremos a tocar el punto global del despido nulo, y a la vez detallaremos jurisprudencias que han tenido cosa juzgada y que han sido manifestadas por la según el derecho constitucional y social de la corte suprema. Y me tratare de focalizar en los sucesos de las sentencias en donde se llegan a encontrar empleados que se les han vulnerado sus derechos fundamentales que esta estipulados en la carta magna y en la LPCL.

Por eso con párrafos explicados líneas anteriores, hablan con firmeza de que la estabilidad laboral es un medio en cual se va proteger la existencia de la relación que tiene el empleador con el trabajador y que han sido recopilados a través de datos transnacional. De esta manera mediante la declaración universal de derecho humano en la fecha 10 de diciembre del año 1948 que fue aceptada en el Perú a través de la disposición legislativa 13282 con data 15 de diciembre del año 1948, en la que se declara el Derecho al Trabajador, y la falta de tener una norma que nos proteja. Según lo estipulado en el artículo 23 especifica que todo ser humano tiene derecho a trabajar y a elegir su puesto de trabajo, y a ser protegidos contra la destitución de su trabajo.

De acuerdo al Pacto de los Derechos Económicos, sociales y culturales, en la que tuvo su aprobación de acuerdo al mandato de la ley 22129, y conforme a su artículo 6 estipula que las naciones que conforman este tratado llegan a

reconocer el derecho a trabajar, y que es aquel que le pertenece a todo ser humano, a poder triunfar en la vida por medio del empleo. Y respeto a este pacto se pronuncia en el sentido en que los estados que lo incluyen deben de prever y salvaguardar la facilitación a que el trabajador que llegue a ser despedido de forma injustificada por la empresa donde trabaje, pueda el llegar a pedir la verificación de su caso a través de la vía judicial o de cualquier órgano competente en materia laboral.

De todo lo expuesto surge la idea de que tanto el derecho al trabajador como a la protección contra el despido llegan a contar con varios métodos de manera universal. Pero hay que especificar que no llegan a establecer una estructura clara de protección de destitución, esto explica, una elección de restituir, la seguridad relativa, que viene hacer la estabilidad absoluta. Es por eso que se llega a advertir que tales opciones llegarán a depender del tipo de regla constitucional y acorde a la regulación jurídica sin que afecte la interpretación que se encuentran previstos en las normas transnacional.

Por otro lado, las disposiciones transnacionales de los trabajadores llegan a contar con diferentes modelos de las limitaciones que tienen ellos en el centro de trabajo por motivo del empleador y que llega a constatar en el motivo de la destitución, también va a bordar sobre las protecciones que deben de tener el operario si es que es destitución sin causa justa, llegando de esta manera a ser reincorporado. Por otro lado, también se puede pedir indemnización por motivo de ser despido de manera injustificada, pero de acorde a las leyes nacionales. Después tenemos el artículo 10 del presente convenio OIT 158 que estipula que hay diferentes modelos de restitución del despido.

A Nivel Nacional.

Con respecto al despido nulo en materia nacional hay varios autores que lo definen de la siguiente manera:

Como aquel que se llega a producir por motivo de un despido que transgrede los derechos fundamentales de la persona, un ejemplo sería pertenecer a una organización sindical, ser líder de un sindicato, tener derecho a la igualdad o el caso de las mujeres estar en estado de gestación. (instituto de Ciencias Hegel, 2021).

Después tenemos otro concepto que lo define como: la modalidad de destitución

de un puesto de trabajo sin causa justa y vulnerando los derechos fundamentales estipulados en el artículo 2 de la constitución, pero lo malo es que en el decreto legislativo 728 del régimen privado no regula taxativamente en su artículo 29 los demás derechos fundamentales. (Jonas Edward Salk, 2021).

El siguiente autor lo explica de otra manera el despido nulo como aquella conducta que realiza la empresa del sector privado al despedir al trabajador de acuerdo a las causales prevista en la ley y que producen daños severos al asalariado como el sustento familiar dejándolo sin trabajo y perjudicando sus derechos. (Gloria Guzmán Rodríguez, 2019).

Y de ahí encontramos al diario el peruano que redacta un caso claro sobre el despido nulo que trata sobre las madres gestantes que son despedidas sin que ahigan sido notificadas o sin la existencia de una causa justa por la empresa por lo que se estaría trasgrediendo un derecho fundamental previsto en la constitución. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2021).

Por ultimo tenemos la última definición del despido nulo, que es aquel que lesiona derechos previsto en la ley y que afecta al trabajador en su parte económica como a la igualdad, ser representante de un sindicato o pertenecer a ella, y a la tutela jurisdiccional efectiva. (Pasión por el Derecho, 2021).

Pero de todo lo expuesto líneas anteriores, existen innumerables casos de despido nulo en donde se vulnera sus derechos fundamentales hacia el trabajador y la mayoría de estos casos se resuelven basándose a los artículos 27, 22 y 2 de la constitución, ya que en la ley 728 de la LPCL no lo tipifica en su artículo 29 en sus agravantes como tal provocando de esta manera vacíos legales en la norma.

Conforme al ordenamiento peruano hay bastantes reglas con respecto al empleo y que llegan a formar de la siguiente manera:

- a. Normas generales de protección. - La obligación y derecho al empleo, y a la defensa que da el Estado hacia aquellas progenitoras, menor de edad, a tener un buen trabajo, promover empleos y enseñanza, a trabajar libremente, a no vulnerar sus derechos previsto en ordenamiento jurídico, ni tampoco afecte la dignidad de la persona.

- b. Principios de la relación laboral; tener los mismos derechos y oportunidades y a no ser discriminados, a no renunciar a sus derechos previstos en la constitución y que son inherentes a ellos, a explicarles detalladamente al operario las normas o leyes que los protegen.
- c. Derechos individuales; a tener un salario equivalente a un sueldo mínimo, trabajar las ocho horas de acuerdo a ley, a descansar una vez por semana de acuerdo al puesto de trabajo, a recibir sus beneficios sociales, y tener vacaciones, brindarles protección cuando sean despedidos arbitrariamente.
- d. Derechos colectivos; a pertenecer a un sindicato, a realizar huelgas para hacer prevalecer sus derechos, a negociar con respecto al trabajo.

Con respecto a estos derechos tienen una jerarquía constitucional, y están compuestos en materia procesal como protección a los derechos fundamentales de la constitución. Pero hace un tiempo, las doctrinas a especificado que además de los derechos previsto en la LPCL, hay otros derechos que se encuentran en la carta magna y conectados a lo laboral, a tal extremo de que si son reconocidos todos los derechos fundamentales el operario o trabajador, va a llegar a disfrutar de sus derechos de naturaleza laboral.

Por eso según el Tribunal Constitucional estipula conforme a la doctrina, que el trabajo tiene dos apariencias: acceso y conservación. Entonces el primero especifica que todo sujeto tiene derecho a que el Estado, a través de su diplomacia, logre brindar aspectos económicos que ayuden a tener un trabajo. Después el segundo lleva a prohibir la consumación de la conexión laboral, en cualquiera de las vías, en la que se encuentra la destitución. Ya que la problemática o el debate se encuentra en la segunda apariencia y se encontrara relacionado con los dos artículos de la constitución que anteriormente se mencionó y que son los articulo 22 y 27. Y la pregunta que uno se haría es por qué estos artículos serian el problema, pues pienso yo que se debía a que el constituyente del año 1993 que es la constitución, recogió solo un fragmento de la anterior constitución del año 1979, y es ahí en donde, el derecho al empelo se llegaba a entender como acceso y no como el cuidado al trabajo. Es por eso que

solo hubiera sido no más el artículo 22, pero hubiese sido un efecto falso, en donde se estaría derogando la permanencia en el trabajo, ya que de esta forma el artículo 22 llega a ser más extenso que el artículo 27 debido a que va a prohibir cualquier destitución de forma injustificada.

Es por ello que la LPCL, llega a acoger de manera estricta un concepto sobre el despido, en donde se llega a culminar la conexión que tiene el empleador con el trabajador; quedando de esta manera claro sobre la destitución por motivo objetivo. Pero tener en cuenta algo que dicha ley en su artículo 29, como también de la presente investigación sigue teniendo vacíos legales en su norma; por otro lado hay un artículo de la presente ley que es el artículo 34 que especifica dos tipos de despidos, el primero que se divide en dos subtítulos en el que encontramos al despido arbitrario, como también al despido incausado en el que no se va explicar la razón de la destitución y en el injustificado se va a invocar el fundamento, ya que no se va a llegar a probar en la audiencia judicial; ya que convendrá solo la indemnización. Después tenemos al segundo despido que sería, el despido nulo es aquel que vulnera los derechos fundamentales del trabajador y que se encuentra previsto en la carta magna y que son: el albedrío sindical, la equidad, marginación y protección judicial. En la que se repondrá al trabajador y su indemnización.

Por tanto, para determinar la separación jurídicamente incorrecta durante el trabajo, se hará uso de las reglas de facilitación de la prueba sobre la existencia de supuestos e índice. Esto significa en presencia de las llamadas pruebas alternativas.

Como hemos mostrado, las causales de despido se encuentran por otras métricas jurídicas aparentemente válidas. En este sentido, resulta que, en el caso de la determinación, la aplicación del principio general aplicado en el derecho contractual, donde la carga de la prueba recae sobre el actor; Esto puede hacer que sea imposible para el propio trabajador probar que el despido fue sin causa, ya que la prueba de la verdadera causa muchas veces la tiene el empleador, por lo que el trabajador afirma que la carga de la prueba recae sobre él. Tal dificultad, íntimamente relacionada con una cuestión procesal, puede verse comprometida hasta el punto de tornar trivial la protección contra el despido por infracción de derechos.

Por ello, también hay que señalar que una de las primeras reglas de la prueba en una sentencia judicial de nulidad no debe ser la regla determinada por la prueba de la razón, disfrazada, por ejemplo, en aquellos casos haiga existido una justa razón para el despido.

Por ello, en esta primera fase, las normas de prueba aplicadas a las partes serán las que se determinen, al comprobar la existencia de una causa implícita, como la existencia de una destitución motivada por el plazo del contrato por reserva, entre otras cosas. Así, cabe destacar que, para la existencia judicial por despido nulo según la NLPT ha especificado que la división de la carga de la prueba será de la siguiente manera, con fundamento en el artículo 23:

- i. Con respecto al operario debe de probar el motivo de la invalidez que solicita.
- ii. La empresa debe aclarar la causa razonable distinta del acto lesivo alegado.

Cómo se llegó a valorar que el despido nulo, no hay una negociación de la carga de la prueba, de modo que, en principio, la existencia de una causa de despido pertenece al trabajador, como en el caso de un acto de despido, que debido a discriminación o participación en actividades sindicales. Cabe señalar que dicha negociación no es factible ya que, si esto llegara a suceder, el empresario impondría una carga indebida y casi imposible por los llamados requisitos de prueba.

A Nivel Local

Se han visto que empresas en el sector público como privado, han ido despidiendo a sus trabajadores sin causa justa y haciendo uso abusivo de su poder dado por el Estado a de menospreciar y humillar a los demás dentro de su centro de labores provocando de esta manera vulneraciones a sus derechos.

Según la conectividad laboral establece que puede ver diferentes variedades, si no muchas, de las manifestaciones de conductas profesionales que atentan contra los derechos fundamentales de los trabajadores que pueden darse en la relación laboral y, en última instancia, tal conducta puede ser más adecuada, siempre que la decisión sólo castigue o impida la realización de aquellas. cuyo desempeño se ve perjudicado por los procesos utilizados en su implementación.

De acuerdo con los trabajadores, toda vulneración grave de cualquiera de sus derechos mientras dure la conexión laboral y esto es aún más importante cuando pierde su puesto de trabajo como consecuencia de ello, por lo que la conexión entre la destitución y los derechos fundamentales se ha convertido en uno de los más importantes y los más relevantes; en el orden en que sean designados en el marco de la vinculación laboral.

La violación de los derechos fundamentales puede producirse por medio de la revocación por concurrencia, revelación u ocultación, por causa contraria a estos derechos, o por preparación o ejecución de la revocación de manera que se haga errónea.

José Luis Ugarte Catalogo (2020) en su revista “Derecho fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías”, que los derechos fundamentales del trabajador además de proteger a las personas también se encargan de velar por la protección de los contratos como pertenecer a un sindicato o ser miembro de ello, como también tener derecho a la igualdad y estar en estado de gestación o sufrir de una enfermedad de transmisión sexual.

Esta es la razón por la que la ley laboral tiene una especialización legal que indica el equilibrio de la vinculación que tiene el empleado y el empleador, de esta manera, reemplaza los vacíos que el empleado sigue en las consecuencias de la conexión de acreditación, la adaptación en el trabajo, y en las relaciones laborales, algunos casos a menudo están presentes la verdad. Ya que afecta el desarrollo natural de los empleadores, lo que conduce a la extinción de las vinculaciones laborales debido al despido, la cumbre del trabajo son las obligaciones producidas, por el empleador, sin una razón legítima o ilegítima, que acabe de atentar el procedimiento que se estableció legalmente, obligando al empleado a realizar el proceso legal con el objetivo de buscar su reposición en su centro de trabajo, porque el problema se da a nivel local, con la finalidad de fortalecer el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales de la personas que se encuentren afectadas.

Es por eso que en el ámbito local el empleador que llegaron a tener destitución y en la que se vulnerado sus derechos fundamentales, realizan sus reclamos en los siguientes artículos 2 y 22 de la presente constitución. Por ello en nuestro ámbito local se ha llegado a suscitar por motivo de esta pandemia que vivimos,

despidos masivos hacia los empleadores de los diferentes ámbitos tanto público como privado, en donde se vulneraba los derechos laborales y perjudicándolos en su misma supervivencia, es por eso que el presente estudio que estoy realizando tratare de analizar los vacíos legales que deja nuestro artículo 29 de la LPCL y de qué manera podríamos integrar los demás derechos fundamentales de la personas para que de esta manera se respete el derecho al trabajador.

El periódico el Peruano (2021), y basando de acuerdo a lo establecido por el Poder Judicial sobre declarar nulo el despido por embarazo y se llegara a aplicar durante el periodo de prueba y los contratos a tiempo parcial, esto nos da a entender que durante el proceso la empresa optara en reponer de puesto al asalariado o pagar la indemnización por daños y perjuicios.

Dado para la construcción de este trabajo, me he basado únicamente en los expedientes de casación, y es posible que se hayan desarrollado otros criterios diferentes a los considerados en el expediente del Tribunal Supremo; y nos encontramos ante el máximo órgano judicial de resolución de conflictos del país, cuyo órgano decisorio fija las normas de análisis para todos los jueces del país a continuación detallare algunas citas de despido:

Paul Neil Herrera Guerra (2021), habla sobre el vencimiento que se da en los contratos que se encuentran sujetos a una modalidad de desnaturalización ya que va a permitir tratar de cubrir la destitución de un asalariado por motivo de que se llegó a registrar en sindicato lo cual llega a especificar que es un despido nulo por afiliación y se basa a la casación laboral N° 13166-2016.

De acuerdo a la casación laboral N° 8075-2018-callao que trata sobre el desistimiento por parte de la Corte Suprema, sobre la afiliación a forma parte de un sindicato declarando de esta manera improcedente la demanda de despido nulo. Pero con respecto a la decisión parece que se actuó de forma incoherente debido a que la corte pide que la cuantía de llegue a precisar de forma personal pero solo en los casos de pluralidad de demandantes. Después tenemos la casación laboral N° 15216-2018-Lima, que especifica que las mujeres que se encuentran en estado de gestación o por motivos fortuitos llegan a perder a su bebe y a la ves presentan documentos acreditando su estado de salud a la empresa donde laboran y por ende dicha empresa los llega a despedir de todas manera entonces se estaría vulnerando los derechos fundamentales previsto en

la constitución, pero en este caso paso lo contrario la corte suprema declaro infundada la demanda porque carece de fundamento para poder acreditar que el despido efectuado por la empresa sea nula. Ya que desde mi punto de vista dicha la corte transgrede y no llega a proteger los derechos correspondientes al trabajador.

1.2. Antecedentes de Estudios.

1.2.1. A Nivel Internacional.

Revisando varios tipos de indagación en la que se encontró diversos estudios que van relacionado con el tema a tratar acerca de la vulneración contra los derechos fundamentales del empleador, así pues, tenemos los siguientes antecedentes:

Bautista y Hernández (2020) en su tesis “La Corte Constitucional frente a la protección de la estabilidad laboral reforzada a la mujer en estado de embarazo vinculada mediante contrato de aprendizaje, años 2011 al 2018. Nos explica lo siguiente sobre cómo se vulnera los derechos fundamentales prescritos en la constitución de Colombia hacia las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, ya que la normativa colombiana sufre de vacíos legales en los términos de la estabilidad laboral como también en la defensa de la mujer en gestación, es por eso que el Tribunal colombiano tiene que hacer algo al respecto de que ya no se lleguen a vulnerar los derechos hacia las mujeres gestantes durante el contrato laboral.

Rodríguez (2019) en su título de su tesis “Análisis de la estabilidad laboral en Colombia, realizado en la Universidad Cooperativa de Colombia seccional Ibagué”, tiene como finalidad llegar a mostrar que los sujetos con discapacidad también tienen derecho a tener una estabilidad laboral en Colombia, por eso el autor pide que incorpore dispositivos de amparo que beneficie al asalariado para que llegue a tener una permanencia laboral. Debido a que la estabilidad laboral va a establecer un medio que ayude a que no se trasgreda los derechos a los sujetos que sufren de cualquier tipo de discapacidad y que haya derecho a la igualdad, es por eso que también se basaron a los tratados internacionales para resguardar al sujeto con discapacidad a que se incorporen en el ámbito profesional o laboral.

Bonivento y Céspedes (2019) en su tesis “Contrato de prestación de servicios en entidad estatal frente a la norma laboral, la protección del trabajo y la seguridad social”. Prevé lo siguiente: que su investigación se basara en la forma de como brindar ayuda a los asalariados a tener una estabilidad laboral en su centro de trabajo, en la que se llegara a analizar constitucionalmente, doctrinariamente y normativamente, en los estados

colombianos y venezolanos sobre la protección de las personas contratistas que llegan a brindar servicios al Estado, y que se llegue a tener una estabilidad laboral para los sujetos que tiene contrato y pueda solventar los gastos familiares.

Suarez (2020) en su investigación con tema “Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo” nos menciona lo siguiente que, basándose a términos legislativos, jurisprudenciales con la finalidad de salvaguardar los derechos y garantías que se van a encontrar prescritos en las constituciones nacionales como también en los derechos internacionales de los derechos humanos. Después el autor abarca que el despido viene hacer aquel acto que realiza la empresa con el objetivo de transgredir los derechos del asalariado perjudicándolo tanto en su vida social y económica. Es por eso que el despido tiene una sanción drástica ya que va a tener que pagar indemnización por daños y la reposición del asalariado.

Beltrán (2018) con su tesis “El despido intempestivo del Trabajador y el principio de estabilidad laboral”. Entonces esta tesis hace referencia al despido inmediato que hace las entidades hacia sus asalariados llegando a vulnerar su derecho del trabajo, como a trabajar libremente, a tener un ambiente tranquilo y pacifico o a no ser discriminado es por eso que esta investigación se basara de acuerdo a las normas y tratados internacionales de su nacionalidad, llegando a pronunciarse sobre las negligencias que comenten la parte administrativa y jurisdiccionales.

Según el artículo científico realizado por Suarez (2018) estipula que el daño causado producto del despido hacia el asalariado, que produce efectos jurídicos como las trasgresiones a los derechos fundamentales de la persona, y también perjudica el estatus económicos y sustento familiar del trabajador. Por eso las entidades deben de tener en cuenta que al despedir si justa causa llegara a provocar lesiones en el ordenamiento jurídico y dentro de la misma normativa.

Por ultimo en la portada de Tele sur (2018) “Trabajadores argentinos protestan ante despidos arbitrarios”, debido a que el estado los despide sin que haya una justa razón es por eso que los trabajadores de dicha empresa

formaron una organización para hacer una marcha de protesta para hacer respetar sus derechos que les corresponde como trabajadores y es por eso que Estado argentino tiene que hacer prevalecer la ley ante tales lesiones hacia su persona.

Montalvo (2017) señala que: en su tesis “Reforma unificadora de los regímenes laborales del sector público con el objeto de satisfacer los principios de mérito y de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, bajo la luz de ley del servicio civil” cuyo objetivo es identificar los principales principios que rigen el empleo público y el enfoque de la investigación ha sido cualitativa. El autor concluye que: Es importante tomar como referencia para esta investigación la igualdad de derechos que tienen todas las personas, ya sea por razón de género, religión u otras razones, ya que la legislación de nuestro país aún no ha desarrollado una forma de enfrentar las prácticas discriminatorias que ocurren durante el proceso de selección, lo cual es importante señalar. Por el hecho de que la constitución de nuestro estado no solo protege contra la vulneración de la igualdad de derechos de este tipo, sino también porque esta investigación protege la igualdad de oportunidades que deben disfrutar todos como trabajadores. y en consecuencia ninguna norma puede violar dicho marco constitucional, pues no puede haber otro remedio sino por razones objetivas, y no por el aspecto político que privilegia sólo a un determinado grupo de sujetos, por lo que un régimen especial no lo excluye.

1.2.2. A Nivel Nacional.

A nivel Nacional se ha podido encontrar las siguientes investigaciones: Según Bautista Alvares (2018) en su tesis explica lo siguiente: que el periodo de prueba va a llegar a suspender o lesionar derechos fundamentales del asalariado es por eso que su objetivo es analizar detalladamente la constitución peruana y ver como se encuentra regido el periodo de prueba, como a la vez ver si produce efecto jurídico en materia laboral de los asalariados. Ya que de esta manera va producir una zona de riesgo dentro de nuestro ámbito laboral que se va contrario al artículo 23 de la carta

magna, es por eso que llega a la conclusión de que el periodo de prueba beneficia a la empresa y no al asalariado, dejando claro la desprotección a los derechos fundamentales del trabajador. Después tenemos al tribunal constitucional que dio una visión distinta y restrictiva de la prueba dejando de esta manera improcedente cual quien proceso que trate de proteger los derechos fundamentales, ya que el asalariado va a tener que esperar el periodo de prueba para que recién trate de usar medios legales para poder defenderse de las empresas vulneradoras de derecho. Por eso este autor pide la anulación del periodo de prueba.

Por otro lado, Cabanillas y Salcedo (2019) especifica en su tesis “Razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del decreto supremo N° 003-97-TR, texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, ley de productividad y competitividad laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado”, lo presentado por este autor tiene como finalidad y basándose al 10 del decreto supremo N° 003-97-TR del decreto legislativo 728 suspender los tres meses del periodo de prueba, para así tratar de lograr la armonía laboral en el régimen privado, ya que este periodo de la prueba afecta gravemente la dignidad del asalariado y dejando de que el trabajador se llegue a desarrollar tranquilamente dentro de la misma sociedad, y tampoco va de la mano con la constitución en materia laboral, ya que no llegan a garantizar la efectividad de los derecho fundamentales. Es por eso que este autor da a entender que la estabilidad laboral es aquel derecho que tiene todo trabajador a tener un trabajo y llegarlo a conservar y que la estabilidad laboral que tenemos es la impropia.

Después tenemos a Cristian Pintado Córdova (2020) en su tesis “Percepción de los supuestos de despido nulo y el derecho de reposición del trabajador de confianza, tumbes 2020” establece lo siguiente: que el puesto de confianza dados por el empleador al trabajador con el objetivo de que le brinde información secreta del centro labores, pero a la ves son despedidos, entonces lo que quiere este autor a través de sus tesis es que declare la nulidad del despido en estos casos de trabajadores de confianza ya que especifica que se vulnera los derechos fundamentales que le corresponde

tanto como persona o asalariado, pero dentro de la jurisdicción de Tumbes, como también pide la reposición del puesto de trabajo del asalariado.

Aguirre (2019) señala que: La investigación tuvo como objetivo general, determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia de despido nulo y arbitrario (amparo) en concordancia con los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N° 00012-2013-0-2601-JM-CI-01, del Distrito Judicial de Tumbes Tumbes. 2018. De tipo similar, cualitativo cuantitativo, nivel descriptivo de descubrimiento, diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos de un archivo específico se realizó mediante un muestreo adecuado, utilizando técnicas de observación, análisis de contenido y listas de verificación, y se confirmó por juicio de expertos. Los resultados muestran que la calidad de la interpretación, el razonamiento reflexivo y final, y la filiación tanto con las sentencias de primera instancia como con el tribunal de primera instancia son muy altas. Esto lleva a concluir que la calidad de las sentencias de primera instancia y de los tribunales es muy alta, respectivamente.

DIAZ (2018) señala que: Con referencia al despido en nuestro país, como se señaló anteriormente, no es necesario indicar la decisión del empleador de terminar la relación laboral con el trabajador, tal acto implica un acto ilegal. Como hemos indicado, existen dos grandes grupos o tipos de despido, a saber: el despido legal o disciplinario y el despido procedente o improcedente, y luego existen 3 formas (despido improcedente e injustificado, fraude y estafa), cada una con sus propias características y consecuencias. Así, tenemos lo siguiente: Despido disciplinario: Es un delito basado en una vulneración grave de la conducta y capacidad del trabajador, para efectos de este despido, la ley prevé la necesidad de seguir un procedimiento previo para que se respeten los derechos de los trabajadores a que no sean vulnerados. Separación total: regulada por el Decreto Supremo 003-97-TR, que se refiere al despido resultante de la violación de los derechos básicos de los trabajadores, tales como los derechos sindicales, entre otros, en

consonancia con la rehabilitación de los trabajadores. Despido indirecto: previsto en el artículo 30 del Decreto Supremo 003-97-TR, en el cual se enumeran las hostilidades que pueden ser consideradas despidos, particularmente las derivadas de este tipo de despido como causa de que se considere “indirecto”, y esto se produce a partir de la persona que tomó su decisión de romper la relación laboral con el empleador, quien tomó tal decisión, el trabajador. Al producirse el despido, el trabajador en cuestión está obligado al pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR. Despido improcedente: Esto está prohibido en nuestra constitución. - Despido injustificado: sin causa válida - Despido fraudulento: basado en dolo o en un cambio en su composición probatoria. Habiendo detallado los tipos de despido y las modalidades de cada uno, cabe señalar que en cuanto a las disposiciones legales, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un régimen de relativa protección, dado que sólo en los casos de nulidad del despido se opta por el reintegro, mientras que la injusticia enfrenta despido, el único remedio por los daños sufridos es la Indemnización prevista en el artículo 38 de la Ley de Productividad Laboral, Empleo y Competitividad, que permite a los patrones despedir voluntariamente a los trabajadores, siempre y cuando los trabajadores sean indemnizados según lo exige la ley, pero luego. La sentencia del Tribunal Constitucional y la aplicación de un amplio control, en caso de despido improcedente, también continúa devolviendo la situación a su estado anterior.

Siguiendo María Fátima Benavides Maza (2020) en su tesis “Remuneraciones devengadas: ¿Privilegio del despido nulo o consecuencia derivada de la reposición en el empleo reconocida a otros tipos de despido? Explica lo siguiente sobre los despidos que se les da a los asalariados sin una causa justa por lo que trata también de ver si les corresponde el pago de una remuneración devengada, como sucede con la causal de despido nulo, pero después analizando y acuerdo al tribunal constitucional específico en una jurisprudencia vinculante que dice que solo les corresponde el pago por indemnización por daños y perjuicios, por otro lado también no explica las diferencias que existen entre las remuneraciones devengadas y la

indemnización por daños dando entender que son conceptos muy distintos, y llegando a finalizar de que si debería de llegar a reconocer el pago de remuneraciones de devengados a aquellos asalariados que han sido despedidos.

Manosalva (2019) señala que: El derecho laboral regula la relación existente entre el trabajador y el empleador, así como también las reglas de conductas de ambos durante la duración de la misma, es bajo este criterio que encontramos el inicio de una relación laboral, su desarrollo y la extinción, es en este punto donde centraremos nuestro trabajo, desarrollaremos lo que implica el derecho al trabajo, la relación laboral y sus elementos. Veremos luego los tipos de separación en el régimen privado, estos son los tipos que encontramos en la norma especificada en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, texto único del Decreto Legislativo. N° 728, además de los reconocidos por la Corte Constitucional, crearemos muestras educativas para demostrar la unidad que existe entre los dos reconocimientos. Asimismo, desarrollaremos protecciones para los trabajadores que sean despedidos sin causa, de manera fraudulenta, nula e indirecta. Recogeremos diversas sentencias y plenarios que sustentan lo que se desarrollará en la presente investigación, para finalmente llegar a un marco específico de instituciones y normas jurídicas necesarias para la discusión e investigación para alcanzar los objetivos planteados en este trabajo; Al final, esperamos que su desarrollo sea útil y contribuya a la formación profesional.

Velaochaga (2018) señala que: La tesis tiene como propósito analizar la discriminación laboral por razones ideológicas basadas en la limitación del derecho de libertad de religión, el mismo que presenta el análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional referente al tema de estudio. La primera parte del libro ofrece una visión general de lo que es la discriminación en el lugar de trabajo, mientras que la segunda parte intenta definir qué es la libertad religiosa para ver en qué consiste este derecho. Si bien la tercera sección contradice los dos primeros puntos a considerar bajo qué y en qué circunstancias se produce la distinción propuesta, se considera la articulación idiosincrásica de la cuestión en consideración, para determinar las mejores pautas que guíen las decisiones

posteriores. Una declaración legal referente al tema. La encuesta concluyó que la libertad de religión es un derecho fundamental ya que nadie puede ser forzado u obligado a actuar en contra de sus creencias. Sin embargo, desde un punto de vista procesal, se deben observar los límites de la libertad religiosa para proteger los derechos de terceros y el orden público, incluidos los empleadores, sus colegas y el público en general.

1.3. Teorías Relacionadas al Tema:

1.3.1. Análisis de la Doctrina

1.3.1.1. Significación del despido Nulo:

Monereo y Moreno (1996) señala que: si bien la LPCL consagra, como sistema general, la tutela resarcitoria del despido “arbitrario”, entendido por tal aquel que carece de causa justa o que se materializa sin expresión de esta, admite, con carácter excepcional, la tutela restitutoria cuando el trabajador demande, y demuestre, la nulidad de dicho despido por estar fundado en motivos ilegítimos que aquella norma enumera taxativamente en su art. 29. En tal caso, procede la reposición del trabajador en su empleo (LPCL, art.34) pues la declaración de nulidad del despido supone “la reconstitución jurídica de la relación laboral, lo que consigue en primera instancia a través de la readmisión o reintegración del trabajador en su puesto de trabajo”.

Siendo de esta manera que la reforma legislativa del régimen del despido ha configurado un modelo dual de protección contra el despido en el cual consisten en dos niveles de protección, diferenciados en función de la intensidad de la tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico. El primero va a corresponder al despido calificado como arbitrario, el cual le entregará una tutela resarcitoria que se traducirá en el derecho que tiene el trabajador a ser indemnizado, si llegar a proceder su reposición o readmisión. Y el segundo sería otorgar al trabajador cuyo despido haya sido calificado como nulo, y se traduciría en tutela restitutoria que comparta el derecho del trabajador a la reposición en su puesto de labores.

Blancas (1982) señala que: Ahora teniendo en cuenta que la calificación del despido como arbitrario obedece a la ausencia de causa justa, por no invocarse o no probarse esta, que la nulidad solo puede declararse previa demostración, por el trabajador, de las existencia de un motivo ilícito en la decisión del empleador, puede afirmarse que el ordenamiento laboral, no obstante reconocer ambas modalidades o niveles de protección, ha conferido el rol prevalente (dato este fundamental a efectos de caracterización general del modelo de protección contra el despido) a la

tutela resarcitoria, relegando a la excepcionalidad los mecanismos de la tutela restitutoria, predominante bajo el régimen de la LET.

Gorelli (1995) señala que: de este modo, 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 de la entidad laboral. La razón de que un ordenamiento que simultáneamente, opta por la devaluación de los mecanismos de protección contra el despido, reserve, no obstante, la declaración de nulidad y la consiguiente tutela restitutoria a cierta clase de despidos, obedece a la trascendencia que para el ordenamiento tienen los viene jurídicos que resultan lesionados por la materialización de aquellos.

1.3.1.2. Los Motivos de Nulidad del Despido.

En la determinación de los motivos de nulidad, se puede decir que dentro de los ordenamientos laborales, dos orientaciones diferentes: en 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.

1.3.1.2.1. La Lesión de los derechos Fundamentales.

Esta Concepción se encuentra estipulada en la ley española en la que especifica que será calificado como nulo el despido que tenga como móvil algún as de las causas de discriminación prohibidas en la constitución o en la ley, o si se produjera con violación a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

a. Los Derechos Fundamentales de la persona en la relación de trabajo.

Del Rey (1992) señala que: en tiempos se ha reconocido con creciente énfasis la plena operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación de trabajo, llegándose

a sostener que se está dando un “recomposición constitucional del contrato de trabajo”.

Baylos (1991) señala que: se pretende con ello superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor 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 la fábrica” careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo.

Martin (1998) señala que: el desarrollo del trabajo, como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico y la posterior “constitucionalización” e “internacionalización” de los demás importantes derechos laborales, supuso la progresiva limitación del poder directivo del empleador o mejor dicho, su encuadramiento jurídico como poder “limitado y reglado”. Dicho poder resulto, de esta 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 esta, al configurarse el contrato de trabajo como un contrato normado”.

b. La Eficacia de los Derechos Fundamentales ante particulares.

Un comentario inicial antes de establecer la posible relación entre los derechos fundamentales y el despido, reside en poder determinar si tales derechos son oponibles entre particulares, esto quiere decir en el marco de las relaciones privadas, como la relación de trabajo que se encuentra establecida al amparo de la libertad de contratación y del principio de la autonomía de la voluntad.

Jellinek (2000) señala que: la respuesta tradicional del Derecho Constitucional a esta cuestión ha sido negativa. La teoría de los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos”.

Según esta autora especifica que va a tribuir a estos derechos la función de definir y garantizar la posición que tiene el individuo ante y en el Estado, configurando de esta manera un status libertatis.

Schmitt (1982) señala que: los derechos públicos subjetivos son, según esta concepción, los que corresponde a toda persona como miembro del pueblo del Estado y que le aseguran 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 Estado.

Este autor considera que las funciones de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento constitucional consisten en garantizar una esfera de la libertad individual, ilimitada, en principio, frente a la injerencia del estado que por lo contrario es limitada en principio. Y esta concepción como es obvia, va a restringir el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de los derechos públicos, excluyendo a aquellas que tienen su origen, y se encuentran regulados por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo.

A continuación, se detallará las principales razones que ha llevado al tribunal alemán, a especificar las siguientes doctrinas:

- ✓ Bilbao (1997) señala que: la existencia de poderes privados o facticos que influyen decisivamente en la vida social y ejerce poderes superiores a los de la persona considerada individualmente. La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que descarta axiomáticamente cualquier posición de dominación o superioridad entre las partes contratantes, 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 las que se relaciona. Se ha dicho, con cierto, por ello 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.

- ✓ García (1985) señala que: la consideración de la constitución como norma fundamental que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su unidad. Esta visión que parte del reconocimiento de la constitución como norma jurídica directamente aplicable.
- ✓ Blancas (2011) señala que: 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. 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 de catálogo primigenio de los derechos fundamentales mediante la incorporación de los derechos sociales o de la segunda generación así como a la reformulación en clave social de algunos derechos de la primera generación.

c. Despido y Derechos Fundamentales

El motivo de despido va a configurar una vulneración hacia el derecho fundamental del trabajador, siendo así de que se

produzca de modo expreso o directo, imputando al trabajador como falta grave siendo una actuación que supondrá el ejercicio de un derecho constitucional, ocurriendo de la mayoría de veces en forma encubierta, atribuyéndole de esta manera como causa aparente pero no real, siendo una conducta tipificada como infracción laboral para poder sancionar el ejercicio de este derecho constitucional.

Monereo y Moreno (1994) señala que: está en efecto materializada en el despido, constituye un campo propicio para la colisión con los derechos constitucionales del trabajador. Ello ocurrirá cuando las figuras del despido se utilizan como vehículo instrumental al servicio de la consecuencia de una finalidad constitucionalmente ilícita: la lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

Pedrajas (1992) señala que: dicha lesión puede producirse cuando el despido tiene por motivo impedir el ejercicio o disfrute del derecho fundamental del trabajador o sancionarlo por haberlo ejercido, así cuando la actuación del empleador en la realización del despido comporte la afectación de tales derechos.

De acuerdo a la doctrina señala la relevancia constitucional que hasta este supuesto alcanza el despido dando como resulta algo lesivo a los derechos constitucionales del trabajador, y de esta manera determinante para configurar su régimen jurídico peculiar en función a las trascendencias de los bienes constitucionales que están en juego. Teniendo como base a la revitalización de las técnicas de nulidad como mecanismo de tutela que esta frente a las decisiones extintivas lesivas de derechos fundamentales. De esta manera existe una nulidad de pleno derecho en el despido nulo fundado en la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El acto de despido que viole un derecho fundamental del trabajador supone una contravención directa de la forma fundamental que la legislación infra constitucional no debiera proteger.

Casas (1995) señala que: por ello, 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 la autora “nulo” su margen de disponibilidad, pues agreguemos siguiendo su pensamiento, no cabe la posibilidad alguna de que la norma infra constitucional tolere un acto lesivo a la constitución.

1.3.1.2.2. Los Motivos Legalmente Prohibidos.

De acuerdo a la LPCL al momento de introducir la figura de nulidad del despido, ha desechado considerar, de modo genérico, la lesión de los derechos constitucionales y que por motivo de aquella ha optado por enumerar dentro del artículo 29 aquellos motivos específicos por los cuales el despido se va a reputar nulo. Tales motivos corresponderán mutatis mutandi a los que enumera el artículo 5 del convenio 158 OIT, que no constituirán causa justificable para la terminación de la relación de trabajo. La protección contra ciertos motivos de despido que contiene esta norma internacional se ha considerado un reflejo de la que deparan otros instrumentos de la OIT y más en particular los convenios sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, discriminación en el empleo y ocupación, representantes de los trabajadores, trabajadores con responsabilidad familiares y protección de la maternidad.

Por ello en primer lugar, analizar, aunque de forma somera con el propósito de ver cuáles son los motivos de nulidad del despido que la LPCL establece, de esta manera refiriéndonos en especial a la jerarquía normativa de los derechos que pretenda tutelar, así como a su contenido esencial.

A. Los Supuestos de nulidad del despido de la ley peruana.

a. La discriminación antisindical

Especifica que es nulo el despido que tenga por motivo de afiliación a un sindicato o la participación en actividades

sindicales o ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad prevista en el artículo 29 de la LPCL como también en el artículo 28 inciso 1 de la constitución política del Perú.

Palomeque (1990) señala que: dicha libertad suele presentarse bajo una doble perspectiva: individual y colectiva. La primera alude al derecho del trabajador considerando individualmente a afiliarse a un sindicato y realizar actividades sindicales, pudiendo distinguirse, a su vez, entre la libertad positiva que comprende propiamente el derecho a afiliarse a un sindicato y el de separarse de aquel al que hubiera afiliado y la libertad negativa en virtud de la cual el trabajador no puede ser obligado a afiliarse a un sindicato.

Ermida y Villacencio (1991) señala que: la libertad colectiva tiene como titular al sindicato, el cual, en virtud de esta, tiene derecho a la constitución y la auto organización, a ejercer libremente sus actividades, a federarse nacional e internacionalmente, y a la libre acción o actividad sindical, incluyendo la negociación colectiva y la huelga.

Ojeda (1995) señala que: aun cuando la libertad sindical es reconocida universalmente como un derecho humano o fundamental, al configurarse el sindicato como un contrapoder capaz de limitar y equilibrar el poder del empleador, es frecuente que este oponga resistencia a la conformación y actuación de tales organizaciones, llegando inclusive a realizar actos discriminatorios que pueden ocurrir tanto en el momento genético de la relación laboral esto es al decidir respecto del empleo del trabajador o en el momento funcional es decir durante la relación laboral.

Arce (1999) señala que: en tal sentido parece evidente que la formulación legal hasta aquí analizada sería suficiente para comprender todas las conductas lesivas de la libertad sindical que el actuar como factores determinantes del despido

configurarían un motivo de nulidad de este. Sin embargo, el inciso b del artículo 29 LPCL agrega específicamente como causa de nulidad del despido el que este tenga por motivo “ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o a ver actuado en esa calidad”. Se a firmado por ello que esta norma devendría en obvia y redundante. Pues se entiende que tanto los candidatos como los representantes o ex representantes de los trabajadores, desempeñan una actividad sindical, por lo que merece el amparo del derecho frente a un despido discriminatorio en virtud del inciso a del mencionado artículo 28”.

Von y Bartolomei (1990) señala que: no siendo posible, por cierto, reforzar la protección del representante sindical al extremo de concederle inmunidad frente al despido incluso cuando incurra en una cusa justa debidamente probada es evidente que la tutela dispensada por el fuero sindical.

Bosa (1992) señala que: las garantías específicas de protección contra los actos antisindicales. De acuerdo al autor esta pueden consistir en mecanismo previos de control de la antisindicalidad, que en el caso de despido operan en la fase previa a este despido, evitando que se materialice mientras no se pruebe la causa justa invocada, formula que es adoptada por los códigos laborales de Panamá, Paraguay, Colombia y Chile.

b. La discriminación por sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.

Esta causa de nulidad del despido, se basa en la transgresiones de los mandatos de no discriminación, que se encuentra regulado en la constitución política del Perú en el artículo 2 del inciso 2 de la presente ley que prohíbe discriminar a las personas por motivos de origen, raza, sexo, idioma, región, condición, condición económica o de cualquier otra

índole, así mismo; el artículo 26 inciso 6 establece que la relaciones laborales debe respetarse el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Según el convenio 158 OIT incluye entre los motivos que no pueden configurar una causa justificada para la determinación de la relación laboral “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la relación, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

c. El estado de embarazo

Von y Bartolomei (1990) señala que: nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, advirtiéndose que la utilización como factor de diferenciación del embarazo, el parto o sus posibles consecuencias medicas es una manifestación de la discriminación de razón de sexo desde que estas situaciones solo pueden afectar a las mujeres.

Ferro (1996) señala que: sin embargo, la formula inicial de la LPCL, resulto restrictiva y potencialmente discriminatoria al dejar al margen del ámbito de protección del despido nulo la mayor parte del periodo de embarazo, a diferencia de ordenamiento como los de argentina, Colombia, Guatemala, Panamá, que prohíbe el despido durante la gestación o el periodo del embarazo sin establecer limites temporales.

Por otro lado, superando la noción restrictiva estipulada en la LPCL, se ha efectuada la reforma del inciso e) del articulo 29 de esta ley, estableciendo la nulidad del despido que se produce en cualquier momento del periodo de gestación dentro de los 90 días posteriores al parto. Así mismo se introduce la presunción legal de que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita la existencia de una causa justa para despedir.

d. El ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional.

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional para el ejercicio y defensas de sus derechos conforme lo precisa el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en aplicación de lo dispuesto por el artículo 139.3 de la constitución que garantiza el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional. Quiroga (1989) señala que: como uno de los aspectos mas importante de la concepción del derecho constitucional procesal es el entendimiento de que el irrestricto acceso de los justiciables a los tribunales de justicias en la búsqueda de una tutela judicial efectiva a través de un debido proceso legal es la primera de las garantías constitucionales de la administración de justicia. La primera evidencia de ello se obtiene a través de la conceptualización del derecho de acción es decir el derecho publico subjetivo de todo ciudadano de acudir al órgano jurisdiccional para obtener una respuesta cierta, imparcial y dentro del plazo razonable que por sobre sus derechos subjetivos en disputa como un derecho fundamental.

Pla (1978) señala que: en el ámbito de las relaciones laborales, se refiere al trabajador el derecho de recurrir contra su empleador para reclamar respecto a los incumplimientos e infracciones que cometan, sin que esta circunstancia origine la extinción del contrato de trabajo. Que otra manifestación de principio de continuidad se advierte a la permanencia del contrato pese al incumplimiento o la violación en que a incurrido el empleador.

Cabeza (1998) señala que: dicha pretensión configura una garantía de indemnidad, según la cual tome represarías hacia un trabajador con el despido por a ver intentado el ejercicio de la acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habar de ser sancionada por los tribunales con la nulidad radical de tal medida, según la doctrina establecida por el tribunal constitucional español. Precizando los alcances de esta garantía, el mismo tribunal a

señalado que esto significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguir consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que las protagonizan. Por lo tanto, en el ámbito de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represaría derivada del ejercicio por el trabajador de la tutela y sus derechos.

B. La Protección parcial de los derechos constitucionales por el despido nulo

a. Fundamento constitucional de la nulidad del despido.

Función de la LPCL en la regulación del despido.

El análisis de los motivos de la LPCL artículo 29 proscriben como causa de despido, revela que estos entrañan conductas del empleador lesivas a determinados derechos constitucionales del trabajador tales como la libertad sindical, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la tutela jurisdiccional. En este sentido, el fundamento último de la nulidad de despido, radica en la lesión a los derechos constitucionales del trabajador que se materializa por la vía del despido, aun cuando el efecto concreto de la enumeración legal consista en reservar la declaración de nulidad únicamente a la lesión de los derechos constitucionales comprendidos en ella, excluyendo, por tanto, que esta pueda extenderse, en forma general, a toda violación de los derechos fundamentales que opere efectivamente como motivo real al despido.

Blancas (1998) señala que: en sentido equivoco, la constitución en su artículo 200 regula las diversas garantías constitucionales para la protección efectiva de los derechos fundamentales. Estas suponen y exigen que el órgano jurisdiccional dispense al demandante la tutela restitutoria reponiéndolo en el goce y ejercicio de su derecho, como lo

precisa el artículo 1 de la ley de habeas corpus y amparo. Con respecto en materia de derechos constitucionales y particularmente cuando se reclama la protección judicial de estos mediante las acciones de garantía, no se persigue la tutela resarcitoria, traducible en el pago de compensaciones o indemnizaciones por los daños y perjuicios que haya sufrido el afectado en sus derechos, sino se busca la efectiva restitución o reposición del derecho a fin de que el titular del mismo retorne a la situación jurídica subjetiva de que gozaba antes que se consumara la agresión o amenaza de su derecho. Esta pretensión es coherente y, diríamos, consustancial al derecho procesal constitucional cuya finalidad no es consentir la vulneración de los derechos fundamentales a cambio de resarcimiento de los daños sufridos por el agraviado, sino reponerlo en el ejercicio efectivo de sus derechos, removiendo todo acto o hecho que se oponga a ello.

Schneider (1979) señala que: De lo dicho hasta aquí se advierte que la nulidad de los actos lesivos de derechos constitucionales, es una consecuencia necesaria de los principios de supremacía constitucional y mayor valor de los derechos fundamentales, en los que se basa el ordenamiento jurídico, habiendo destacado que los derechos fundamentales no solo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que simultáneamente son también elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídica-constitucional fundamental para todos los sectores del Derecho.

Bernales (1996) señala que: puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Esta norma afirma con claridad la vigilancia de los derechos constitucionales en el ámbito de la relación de trabajo y la interdicción de toda conducta que pretenda limitar

o condicionar su ejercicio. La vulneración de este precepto conlleva, a juicio de la nulidad del acto respectivo por aplicación de lo previsto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

b. La nulidad del despido como cause procesal específico para la protección contra el despido lesivo de algunos derechos constitucionales

Montoya (1994) señala que: En el primer caso, conforme al artículo 27 de la constitución, la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Se trata de un supuesto en que la enfermedad del derecho queda condicionada a su desarrollo legal, de tal modo que hasta que éste no se produzca no podrá nacer el derecho de o derecho garantizado.

Fernández (1994) señala que: En tal sentido la propia norma fundamental concede al legislador un margen de discrecionalidad para que confiere el contenido del derecho, respetando el principio de interdicción de la arbitrariedad que es su mandato esencial. De esta forma, el legislador está habilitando para optar entre los diferentes mecanismos de tutela que reconoce el ordenamiento, así como para definir los supuestos de hecho en los que la decisión extensiva del empleador debe reputarse arbitraria.

Arce señala que: Sin embargo, al establecer los supuestos de hecho en los cuales procede la acción de nulidad, la LPCL, efectúa una significativa reducción del ámbito de protección del despido nulo, limitando dicha acción a la vulneración de ciertos derechos constitucionales e, inclusive, en el caso de algunos de estos, a una versión segmentada de los mismos, expresándose esta tendencia restrictiva, como lo señala tanto en un nivel de exclusión de actuación horizontal como de actuación vertical, según que la exclusión se refiere a aquellos derechos constitucionales del trabajador no señalados como

motivos prohibidos en el artículo 29 LPCM, o la protección defectuosa o suficiente de los derechos incluidos en este precepto.

Alonso (1995) señala que: De esta forma, derechos tan importantes como aquellos que engloba bajo el concepto de la versión laboral de los derechos fundamentales, señaladamente los derechos a la intimidad personal, a la libertad de reunión y la de expresar y difundir libremente las ideas y opiniones quedan fuera del ámbito del despido nulo. No menos importancia reviste, por ejemplo, los derechos políticos a la participación, cuya exteriorización en sentido contrario al parecer del empleador podría originar el despido del trabajador, Y en general, debe considerarse contrario a la constitución que no se dispense, en el ámbito laboral, similar protección contra el despido a todos los derechos fundamentales del trabajador, pues conforme el artículo 23 de la misma ninguno de estos pueden ser limitados en la relación de trabajo, motivo por el cual, la afectación de cualquiera de ellos debería merecer igual protección contra el despido, esto es ser sancionado con la nulidad de dicho acto.

1.3.1.3. La eficacia reparadora del despido nulo. La reposición

A. La reposición del trabajador

a. Concepto y terminología

Pla (1989) señala que: La medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye, continua 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 a este despido, lo mejor es volver a considerar que el contrato de trabajo continua como si ese despido no se hubiera producido.

De acuerdo a nuestro derecho laboral se emplea habitualmente dos términos el de recontratación, como reingreso para

referirse al supuesto en que se vuelve a contratar los servicios de un trabajador que anteriormente laboro para el mismo empleador.

De Buen (1981) señala que: La distinción entre ambos conceptos ayuda a comprender la verdadera naturaleza de la reposición como medida reparadora que traduce, en los hechos la declaración judicial que invalida la voluntad del empleador de extinguir la relación de trabajo. Como dice la constitución mejicana, la resolución judicial significa si esa es la elección del trabajador, el cumplimiento del contrato o lo que es lo mismo la continuidad de la relación laboral, reputándose que esta no se disolvió cuando el trabajador fue despedido y que el tiempo transcurrido hasta que este reanude efectivamente sus labores, es equivalente a una fase de suspensión imperfecta de dicha relación.

Javillier (1982) señala que: Con lógica impecable 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 igual despido nulo; despido nulo igual continuación del contrato de trabajo que no a podido cesar jurídicamente. Si el trabajador no esta ya en la empresa: continuación (la única terminología jurídicamente exacta) igual reignición (terminología practica) en la empresa “.

De la cueva (1978) señala que: Entendemos por reinstalación la restauración del trabajador en los derechos que le corresponde en la empresa, derivado de la relación jurídica creada por la prestación de su trabajo.

Pla (1978) señala que: El concepto de readmisión es, como la forma natural para dejar sin efecto el despido cuya ilicitud ha sido sancionada por la autoridad judicial. Abundando en argumentos agrega: ha puesto lucidamente de manifiesto cuales son los efectos de la sentencia que dispone el reintegro.

Ella deja sin efecto la cesantía. Al borrar los efectos de la cesantía queda nulo el despido y la relación contractual elaborativa continúa produciendo sus efectos normales. El pronunciamiento no crea un derecho nuevo, se limita a anular el acto que dispuso la cesantía, retrotrayendo el estado de las cosas a la situación en que se hallaba con anterioridad a la fecha en que la medida se adoptó.

Russomano (1981) señala que: Cuando afirma que la reinstalación es el corolario final, relevante y lógico de la estabilidad definida.

b. Sistema de reposición

Según a quien corresponda a decidir acerca de la aplicación de la reposición como medida reparadora del despido al empleador, al jugador o al trabajador se pueden distinguir diversos sistemas legales para la reposición.

a) La opción del empleador

Este sistema adoptado por varias legislaciones, la reposición existe como una posible medida reparadora pero solo puede efectivizarse si la acepta el empleador, ya sea porque se permite a esta elegir la medida de reparación o porque se le reconoce el derecho de oponerse o no ejecutar la orden de reponer al trabajador.

b) La opción del juzgador

Pla (1980) señala que: Otros países lo prevén como una posibilidad judicial. No se les establece preceptivamente, sino que su aplicación o no queda a criterio del juez cada caso concreto.

c) La opción del trabajador

i. Reposición y estabilidad laboral absoluta

De la Cueva (1978) señala que: Si el trabajador no adopta la existencia de la causa en la que se apoyó

el patrono para decidir el despido, pueden inconformarse y obtener a su elección, bien el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la redacción de trabajo, la consecuente reinstalación en el trabajo y el pago de los salarios que hubiese dejado de percibir u el pago de una indemnización de tres meses de salario.

ii. Reposición y despido nulo

Si bien entendemos, en la evolución normativa se advierte el reglamento de la reposición como medida reparadora del despido sin causa, injustificado o arbitrario, las razones que pudieran sustentar tal decisión del legislador no resultan aplicable, por extinción al supuesto en que el despido se declare nulo por lesivo a los derechos constitucionales de trabajador.

B. Cumplimiento de la reposición y otros efectos de la sentencia que declara nulo el despido.

a. Requisitos de la Reposición.

Gorelli (1998) señala que: la reposición del trabajador no se agota en su manera de incorporación al ejercicio de su empleador. Es necesario, para que exista reposición que dicha reincorporación satisfaga algunos requisitos relativos a las condiciones en que se debe reanudarse la relación laboral, lo que ha llevado considerar una obligación compleja.

I. Recuperación del trabajador, si afectar su categoría anterior

Blancas (1991) señala que: conforme al artículo 34 LPCL y al artículo 53 del R-TUO-LFE, el trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, si afectar su categoría anterior. Esta formulas difiere de la contenida del artículo

13 LET que ordenaba la reposición del trabajador en el mismo puesto que venía desempeñando al producirse el despido, y se asemeja a la versión flexibilizada del reglamento de aquella que consentía la colocación del trabajador en otro puesto similar y de categoría no inferior, sin que existiera imposibilidad mental para reponerlo en el mismo puesto.

II. Mantenimiento de su nivel remunerativo.

Al reincorporarse a la empresa, el trabajador tiene derecho mantener el nivel remunerativo que poseía al ser despedido. Dicho nivel solo puede resultar de reconocerle la remuneración que percibía al cesar y adicionar a esta los aumentos y beneficios económicos que hubieran correspondido de haber proseguido el normal desarrollo de la relación de trabajo. De Buen (1990) señala que: en este sentido, considera que el cumplimiento de la relación laboral como exigencia de los trabajadores despedidos conduce, en principio, a la reinstalación en las mismas condiciones en que se venía prestando los servicios y eventualmente, a que la reinstalación se refiera en las nuevas condiciones del puesto al momento de ser ejecutado el laudo, si gracias a los aumentos de los salarios mínimos generales o profesionales o de las revisiones de los contratos colectivos, se le han atribuido condiciones favorables.

III. 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. En

la sentencia el juez debe ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido reduciendo los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes LPCL, artículo 40. De esta suerte, el pago de las remuneraciones comprende, sin solución continuidad, todo el periodo en que el trabajador estuvo de hecho, de marginado de las labores de la empresa.

Pla (1995) señala que: el pago de los salarios caídos, es decir, los salarios perdidos por no haberse trabajado en virtud del despido que, en definitiva, fuera anulado, así lo establecido en casi todos los países en que instituyen la nulidad del despido. Casi podríamos decir, agrega el jus laboralista uruguayo que es una constante la conjunción del reintegro del trabajador y el pago de los salarios correspondientes al periodo que no se trabajó por obra de ese despido. Constituye la manera de borrar todos los efectos de esta terminación que no se considera justificada. Para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido, deben pagarse los salarios por todo el tiempo en que los servicios no hubieran prestado.

IV. Reconocimiento del tiempo de servicio y depósitos de la compensación por tiempo de servicios.

Otro efecto de la sentencia que declara 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 incrementos de remuneraciones que hubieran correspondido al trabajador, otorgando por la ley o convención colectiva. Lo dispone así el reglamento R-TUO-LFE, artículo 54 que forma una sola excepción:

el récord vocacional en este caso el trabajador debe optar entre el pago por dozavos del recordó trunco o su acumulación al que preste con posterioridad a la reposición.

b. Ejecución de la reposición

i. Plazo

La propia ley fija el plazo dentro del cual el debe reponerse al trabajador en el empleo, al señalar que el empleador que no cumpla con el mandato de reposición dentro de las 24 horas de notificado será requerido judicialmente bajo a percibimiento de multa LPCL artículo 42.

ii. Diligencia de reposición.

Al momento de producirse la reposición efectiva del trabajador, las partes deben suscribir un acta dejando constancia de tal hecho. También, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que la diligencia de reposición se realice con intervención del secretario de la causa R-TUO-LFE-articulo 53.

iii. Resistencia a la reposición. Coercividad del mandato judicial.

Ordenada la reposición del trabajador esta debe cumplirse de forma específica, sin que se reconozca al obligado el empleador, la facultad de oponerse al mandato judicial o sustituirlo por una indemnización.

De La Cueva(1978) señala que: la jurisprudencia mexicana, en el periodo anterior a la reforma constitucional de 1962 que modifico la fracción XXII, del artículo 123 sostuvo que la reinstalación de un trabajador en su trabajo era una obligación de hacer pero como no se puede ejercer coacción sobre las

personas para que realicen un hacer, resolución única era sustituir la obligación directa con el pago de los daños y perjuicios causados.

c. Sustitución voluntaria de la reposición por la indemnización

La medida reparadora que se encuentra prevista por la ley para el despido nulo consiste en las reposiciones del trabajador sin que reconozca al empleador o al juzgador de facultad de sustituirla por el pago de una indemnización, la LPCL artículo 34, admite que, en ejecución de la sentencia, el trabajador puede optar por la indemnización en lugar de la reposición.

Según la formula legal puede conceptuarse conforme a la libertad de trabajo, ya que no debe obligar al trabajador a prestar trabajo sin su consentimiento, no obstante la declaración de nulidad del despido comporta la invalidez absoluta de este y la reanudación del contrato de trabajo.

d. Imposibilidad material de la reposición

Ya que no puede alegarse imposibilidad jurídica para poder cumplir el mandato de reposición, pues nuestro ordenamiento contempla la ejecución forzada de este, cabe sin embargo que pueda invocarse la imposibilidad material de ejecutarlo.

Y por consiguiente el ámbito de la imposibilidad de la reposición se reduce al caso de la extinción o cese total de actividades de la empresa, esto es la salida del mercado de esta con la cual desaparece, también la figura del empleador y por consiguiente de lo obligado al cumplimiento del mandato de reposición, así como el propio objeto de contrato de trabajo existente entre este y el trabajador.

1.3.1.4. La carga de la prueba de la nulidad de despido

Según la doctrina en la impugnación del despido arbitrario la carga de la prueba de la existencia de la causa justa va corresponder al empleador

demandado, en virtud del principio de inversión de la carga de la prueba y se encuentra estipulado en el artículo 22 y 34 LPCL y también en el artículo 23. 4. C) de la NPT. En tal virtud impugnado el despido por el trabajador y acreditada por este la existencia de la relación laboral, la actividad probatoria se desplaza plenamente al empleador, a quien corresponderá demostrar que el despido estuvo basado en algunas de las causas justas previstas por la ley, siendo efecto necesario del fracaso de dicha prueba, calificando al despido como arbitrario y la condena al empresario al pago de indemnización por despido.

a. La carga de la prueba en el despido nulo. Sus dificultades

Diferente es el tratamiento que se dispensa a la impugnación del despido por causa de nulidad, pues se dejará de lado el principio de inversión de la carga de la prueba, retornando a la regla quien afirma algo tendrá la obligación de demostrarlo, en virtud de la cual se exigirá al trabajador demandante probar la existencia del motivo que alega para obtener la nulidad del despido. Según el artículo 37 LPCL estipula que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlo, regla esta que la norma reglamentaria precisa más aun al iniciar que la acción de nulidad del despido “requiere “que cuando menos uno de los motivos que señala expresamente la ley “será expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo” R-TUO-LFE, artículo 52, en el mismo sentido la norma procesal impone al trabajador el onus probandi cuando invoque la nulidad del despido.

b. La facilitación de la carga de la prueba

La contradicción que, sin duda, supone de un lado la intención del ordenamiento jurídico de conceder una protección especial a los derechos constitucionales del trabajador, proscribiendo su afectación mediante el despido y del otro la imposición de un rigor extremo para probar la existencia de los actos empresariales lesivos de aquellos, puede hallar una solución mediante la aplicación de criterios

procesales que distribuyan de una manera mas equitativa la actividad probatoria. Así el estudio de la OIT sobre el despido injustificado señala que en materia de discriminación antisindical, la legislación de varios países ha fortalecido la protección de los trabajadores al exigir al empleador la prueba de que la medida supuestamente antisindical estaba basada en motivos distintos de las actividades sindicales, algunos textos establecen explícitamente una presunción en favor de los trabajadores.

Monereo (1996) señala que: recogiendo el criterio de la jurisprudencia española, el mecanismo de facilitación, la institución de la carga de la prueba no sufre aquí una exención, se resta en sus postulados básicos, solo se produce esa desviación, en el sentido de imponer tan solo al trabajador la aportación de unos hechos de los que resuelve una presunción y apariencia de discriminación y de exigir entonces al empresario demandado la carga probatoria de que el despido obedecido a una causa real y razonable.

1.3.1.5. Cuestiones procesales relevantes en la nulidad de despido

Para que la impugnación del despido, tenga como presentación de la misma la nulidad de este o el pago de la indemnización cuando es arbitrario, se realiza a través del denominado proceso ordinario laboral, y se encuentra regulado en la ley procesal laboral. Y dicho proceso va instituir en el molde genérico previsto para la tramitación de los asuntos contenciosos sometidos a la competencia de los jueces especializados de trabajo, de acuerdo al artículo 2 numeral 1 del NLPT, lo que significara que no existe una modalidad procesal, específica para la impugnación del despido. La impugnación del despido, no obstante, y según se ha señalado, puede tener lugar a través de dos acciones que son diferenciadas en función de su pretensión, conforme lo establece el artículo 34 de LPCL: la acción indemnizatoria, contra el despido arbitrario y la acción de nulidad del despido, dicha diferencia inicial, también supone, diferencia respecto a la carga de la prueba y a los efectos reparadores de la sentencia. Según el reglamento R-TUO-LFE, del

artículo 52 a firma el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias y la de nulidad, situación que en este último caso podría conducir a una situación injusta y des protectora.

A. El auxilio económico durante el proceso: asignación provisional

i. Justificación.

Aquel trabajador que acciona judicialmente contra el despido los hace, generalmente, en las condiciones más desventajosas: a perdido su empleo, carece por tanto de ingresos para la subsistencia personal y familiar, y para defender su derecho debe sufragar los inevitables costos de todo procedimiento litigioso. Por lo que el tiempo va en contra suya y mientras más dure el proceso más difícil será su posición económica y menor su empeño. Por ello la igualdad que la ley procesal pretende regular entre partes que de por si son desiguales si se verá mermada y aniquilada cuando el trabajador, más allá de las ventajas procesales con que cuenta se ve obligado a litigar en condiciones personales al versas. Y una de las formas de contribuir a evitar dicha posición disminuida es la suspensión del despido, que permitirá al trabajador conservar su puesto de trabajo, por tanto, las fuerzas de sus ingresos, mientras se dilucidad su responsabilidad como presunto infractor de las obligaciones derivada del contrato de trabajo.

ii. Concepto

La asignación provisional viene a ser una medida cautelar sobre el fondo dado que en virtud de la cual el empleador está obligado por mandato judicial a abonar al trabajador durante el juicio de impugnación del despido a darle una suma de dinero que compense las remuneraciones que este deja de percibir teniendo como respaldo económico el monto de la

compensación por tiempo de servicios correspondiendo al empleador pagar la asignación con el saldo de la reserva de la CTS que aún conserve en su poder. Y si este no fuere suficiente, la asignación provisional será pagada por el depositario de la CTS hasta agotar el importe del depósito y sus intereses de acuerdo a la LPCL no señala expresamente, como lo estipula el artículo 9 de la LET, en que la asignación provisional debe pagarse con periodicidad mensual, ya que su finalidad es compensar la pérdida de la remuneración que el despido ocasiona al trabajador por ello se establece que el monto de la asignación no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador debido a que establece que no existe mandato legal que equipare necesariamente el monto de la asignación con el de la última remuneración mensual percibida por el trabajador y esto significa que el juez tiene la facultad de fijar un monto menor en caso que considerando la probable duración del proceso extime que la cifra global de la compensación por tiempo de servicios no alcanzaría para abonar durante dicho tiempo sumas mensuales iguales a la última remuneración del trabajador

iii. Tramite

La asignación económica provisional solo se considera a solicitud del demandante quien puede formularla al interponer la acción o posteriormente cualquier estado de juicio. Y no va a ser necesario que el trabajador arguya ningún motivo particular para reclamarla. Este ejercicio no está condicionado sino a la existencia del respaldo económico necesario y está constituido por la compensación por tiempo de servicio, siempre y cuando el trabajador acredite fehacientemente su vínculo laboral.

Y en supuesto de oposición del empleador al pago de la asignación provisional plenamente justificado esta referido al caso en que la CTS se encuentra retenida y no sea disponible por el trabajador, por imputarse una falta grave cuya comisión hubiera ocasionado al empleador daños y perjuicios, supuesto en el cual el empleador puede notificar al depositario para que retenga el monto de la CTS y sus intereses; así como retenerla directamente en caso que tenga la calidad de depositario, a resultas del juicio que promueva. Y para retención se configure como válida, la acción de daños y perjuicios debe interponerla dentro de los treinta días naturales, de producida el cese de trabajador ante el juzgado de trabajo, y estando obligado el empleador a acreditar ante el depositario el inicio de dicha acción judicial.

iv. Asignación provisional y acción indemnizatoria por despido.

Aquellos trabajadores que sean despedidos de manera indirecta tienen el derecho a interponer una acción indemnizatoria para poder obtener la reparación económica que corresponda al despido causado por el incumplimiento del empleador. Como anteriormente se especificó con algunos autores de la doctrina en que la asignación provisional va a proceder en todos los casos de impugnación del despido, debió a que su otorgamiento no está limitado a la acción de nulidad que conlleva a la reposición del trabajador, si no también comprenderá la acción indemnizatoria por el despido arbitrario.

B. La ausencia de medida cautelar de suspensión del despido en la LPCL y la LPT. La reposición provisional en la jurisprudencia y la NLPT.

Una omisión que se podría destacar es el análisis del proceso de nulidad del despido, es la ausencia de una medida cautelar que

permita a que el juez suspenda sus efectos extintivos hasta que concluya aquel. Según nuestro ordenamiento del código procesal civil regula con bastante amplitud sobre el proceso cautelar, en la que le faculta al juez a pedido de parte a dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este también y destinado en si a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva de acuerdo al artículo 608 del código procesal civil. Según el código de trabajo de Paraguay en su artículo 320 estipula la reposición inmediata del dirigente como medida cautelar que pueda dictar el juez en aquellos procesos sobre la violación de la estabilidad sindical.

1.3.2. Análisis de la Ley

1.3.2.1. A Nivel internacional

✓ España.

Según la legislación española establece que el despido nulo concurre por discriminación por cualquiera de las conductas prohibidas por la constitución española. Y también especifica de que será nulo todo despido que vulnere derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En España hay seis supuestos de despido nulo: periodo de maternidad; trabajadoras embarazadas; permiso de lactancia, nacimiento de hijo prematuro, guarda legal y enfermedades graves; excedencia para cuidado de hijos o familiares; violencia de género; adopción, guarda, acogimiento o paternidad.

Por otro lado, en su artículo 113 de la ley de la Jurisdicción social establece de que: “Si el despido fuera declarado nulo se condenara a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”. Como también en su artículo 278 establece un plazo de 10 días para que la empresa pueda comunicar al trabajador la fecha de su reincorporación. Pero si llegara el caso de que la empresa no cumpliera con lo establecido en sentencia y no reincorporara al trabajador, este podría acudir ante el juzgado para iniciar un procedimiento de ejecución de sentencia. Hay que tener en cuenta de que este procedimiento es de un plazo de 20 días hábiles,

pero no puede pasar mas de tres meses, pero solo se abonará salarios de tramitación por los primeros 20 días.

Y este incumplimiento lo recoge el artículo 284 de la ley reguladora de la jurisdicción social, en la que establece que:

- La persona trabajadora continuara percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia.
- La persona trabajadora continuara en alta y con cotización a la seguridad social.

✓ **Ecuador**

De acuerdo la legislación ecuatoriana ha tratado de incluir el despido nulo en su código de trabajo para las personas embarazadas para que no sean despedidas, pero hay bastantes legisladores que especifican que no es necesario incluirlo ya que en su artículo 153 y 154 del código del trabajador ecuatoriano se encuentra estipulado la protección a las mujeres embarazadas, es por ello que varios especifican que esta figura ya existe desde tiempos anteriores. En donde no se le pueden despedir ni tampoco hacer un trámite de desahucio.

1.3.2.2. A Nivel Nacional

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

1. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
2. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado es esa calidad;
3. 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;
4. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
5. El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de lo 90 (noventa) 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.

Lo que nos explica este presente artículo es que el despido nulo solo se va a producir cuando llegue a provocar vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, siendo de esta manera una causal que lo motiva a cometer esta vulneración constitucional que se le reconoce al trabajador como tal, como persona y como ciudadano, esto quiere decir que se va tratar de un despido con causa ilícita. Por otro lado también es nulo el despido que atente contra los incisos del artículo 29 del decreto supremo 003-97-TR.

Como también el tribunal constitucional especifica que el despido nulo va a surgir como consecuencia de la necesidad de proteger entre otros derechos tales como los que se encuentran previstos en la Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 1 del artículo 26 y artículo 28, la competencia para poder resolver la impugnación sobre el despido nulo es la vía judicial ordinaria, como también la acción de amparo tiene como objetivo buscar la restitución del trabajador a su centro de trabajo, es decir su reposición, por eso el tribunal constitucional trata de dar a conocer aquellos casos que son de urgencia que van relacionados con la violación de los derechos fundamentales de la constitución que van originar un despido nulo.

Por con siguiente también dentro de nuestra ley de productividad y competitividad laboral especifica en su artículo 34 mencionando la procedencia de la reposición del trabajador dentro su centro laboral, y en el caso se declare la nulidad del despido va ser referencia al artículo 29 de la misma ley. Por lo que la restauración laboral en primera instancia es pedir la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo.

Pero también hay que entender algo, que para poder acreditar un despido nulo viene hacer una de las etapas más complejas para poderlo sustentar durante el proceso laboral, y esto se va deber a que muchas de las pruebas no se llegan a encontrar documentada, pese a encontrarse que las parte con el afán de evitar el perjuicio suelen ocultarlas. Así como lo estipula la LPCL que ni el despido ni el motivo

alegado se deducen o presumen y quien los causa deben probarlos, esta frase nos da entender de que si el empleador va imputar un despido por motivo de falta grave y el trabajador cree o considera que el motivo del despido es nulo, lo que tiene que hacer el empleador es probar que los hechos imputados van configurar en si un despido.

1.3.3. Análisis de Jurisprudencia

EXP. N^o. 661-04-AA/TC

Este caso se refiere a Blanca Estrellas Cárdenas de la Torre, quien interpuso una demanda de acción de amparo contra el alcalde y el pleno del Concejo Municipal de la Comunidad Autónoma Provincial de Perene, solicitando su reintegro, donde ella fue designada como funcionaria pública porque participó en un concurso interno para cubrir vacantes en el sector de tesorería, los demandados basándose a la resolución N° 005-2003-MDP, declara nulo su nombramiento y da por terminado el nombramiento para el cargo que ocupa porque con ello violó los derechos constitucionales a la libertad de acción, el derecho a alegar y la discriminación arbitraria. Por otro lado, los demandados argumentaron que la autora no tenía la condición de empleada del Estado, sino simplemente servidora pública de confianza, y argumentaron que su nombramiento contraviene la Ley N° 26771 que prohíbe a las personas con derecho a nombrar o contratar. Empleados del sector público en casos de parentesco. En tanto, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Merced de Chanchamayo anunció que se archivará la causa porque el recurrente ocupa un cargo permanente y solo puede ser sobreseído por vía judicial. Es por ello que la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 2, inciso 15, de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho al trabajo de conformidad con la ley, según la última sentencia, y el traslado de la cuarta seguimiento a la Constitución y funcionarios públicos: los empleados en su carrera gozan de estabilidad No pueden ser despedidos o cesados sino por las causas establecidas en la ley y de conformidad con los procedimientos aplicables. Así, al darse por terminado el servicio de la demandante sin seguir el procedimiento prescrito, se vulneró su derecho al

trabajo. Por ello, la Corte Constitucional declaró razonable la solicitud e inaplicable la decisión del Consejo. 005-2003-MDP, declarando nulo y sin efecto su nombramiento como funcionario público y pide su reintegro inmediato en la ciudad de Perene.

EXP. N^o. 217-2004-AA/TC

La presente demanda interpuesta por Ángel Berrios Flores interponiendo acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Tacna, solicitando su reposición en su centro de trabajo y que se deje sin efecto el despido del que ha sido objeto. Ya que el demandado especificaba que por tener impedimento físico se encontraba en desventaja frente a otras personas para acceder a un empleo, es por eso que el Juzgado Laboral de Tacna declara infundada las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que en aplicación al principio de la primacía de la realidad, la relación laboral del actor con la emplazada fue subordinada, personal y remunerada, acreditando que laboro en forma permanente por más de un año.

Por otro lado, el inspector mencionaba que al recurrente no le remitió carta de preaviso de despido y ninguna carta de despido o cese del trabajo, y la Evaluación Integral realizada por la emplazada hacia el demandante, en donde calificaba su desempeño como satisfactorio y óptimo, pese a su condición de discapacidad. Es por ello que el tribunal declara fundada la acción de amparo impuesta por discriminación y ordenando que repongan al demandante de su cargo que desempeñaba.

1.4. Formulación del problema

¿Por qué el artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-tr no regula taxativamente dentro de sus causales al despido nulo por transgresiones de los derechos fundamentales del trabajador?, ¿ya que se encuentran en la carta magna?

1.5. Justificación e importancia

La presente investigación se realizó porque según el Decreto N° 003-97-TR en su artículo 29 no especifica taxativamente la vulneración de los derechos fundamentales por parte del trabajador y para eso esta investigación tiene como objetivo modificar e incluir dentro del artículo 29 de la ley 728 los derechos

fundamentales previsto en el artículo 2 de la constitución política del Perú.

1.6. Hipótesis

Si se modifica el artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-tr de la ley 728, entonces se pondrá especificar las vulneraciones de los derechos fundamentales del trabajador consagrados en la carta magna.

1.7. Objetivos

1.7.1. General:

Determinar los efectos jurídicos de la modificación del artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-TR

1.7.2. Específicos:

1. analizar doctrinariamente el artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-TR.
2. Explicar jurisprudencialmente las causales de despido nulo.
3. Proponer la modificación del artículo 29 del decreto supremo N° 003-97-TR para implementar la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador tales como: al secreto y a la inviolabilidad de sus conocimientos y documentos privados; a trabajar libremente, con sujeción a ley; a que los servicios informáticos, computarizados o no, público o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

2. Material y Método

2.1. Tipo y Diseño de Investigación

La reciente investigación se realizó de tipo mixto, debido a que combina los enfoques tanto cualitativo como cuantitativo en un mismo estudio. Sobre el estudio cuantitativo, ayuda a tener resultados de forma estadística sobre el fenómeno a investigar, por otro lado, en lo cualitativo describiremos los resultados obtenidos de forma estadística; para después analizarlos y poder comprender mejor el fenómeno o problema a investigar.

Según Hernández (2018) señala que: el método mixto representa un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implicar la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos; así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio.

Para Johnson (2006) señala que: la investigación mixta es un sistema continuo en donde se mezclan los enfoques cuantitativos y cualitativos, centrándose más en uno de ellos o dándoles el mismo peso.

Por consiguiente, es de nivel propositivo; porque se llega a proponer, y determinar los efectos jurídicos de la modificación del artículo 29 del Decreto Supremo N°003-97-TR, debido a que especifica las transgresiones de los derechos fundamentales del trabajador.

Hernández, Fernández y Baptista (2010) señala que es propositiva, porque se elabora una propuesta, como solución a un problema con base en los resultados del proceso de investigación.

Por otro lado, el diseño es no experimental, ya que no va ser necesario la intervención directa del investigador, esto quiere decir que ya no habrá la necesidad de alterar el objeto de investigación. Solo se observará el acontecimiento desde su ámbito natural, para así poder trabajar con personas y poder aplicar instrumentos, que llevaran a conjugar ambos tipos de investigación.

Conforme Hernández (2018) señala que: lo que se hace en la investigación no experimental es observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos.

2.2. Población y Muestra

2.2.1. Población

Conforme a Hernández (2018) señala que: Es el conjunto de todos los casos que coinciden con una serie de especificaciones. Es la totalidad del fenómeno estudiado, en el que se estudian entidades poblacionales con características comunes y se generan datos de investigación.

En el reciente estudio la población está conformada por los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado en donde han sido víctimas de transgresiones de sus derechos fundamentales.

2.2.2. Muestra

El actual tema de investigación es de modelo no probabilístico, debido a que el investigador va a ser quien elija a cuantas personas va a aplicar los instrumentos y considerara idóneas o precisas para su investigación. Por otro lado, la muestra estará constituido por cincuenta participantes entre ellas está los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado.

Hernández (2018) señala que: en la muestra no probabilística, la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o los propósitos del investigador. Aquí el proceso no es mecánico y no depende de ecuaciones probabilísticas, sino que depende del proceso de toma de decisiones del investigador o de un grupo de investigadores, y por supuesto las muestras se seleccionan de acuerdo a otros criterios de investigación.

| Participantes | Números |
|------------------------------------|----------------|
| 1. Jueces Laborales | 2 |
| 2. Abogados Laborales | 18 |
| 3. Trabajadores del sector privado | 30 |

2.3. Variables y Operacionalización

2.3.1. Variables

- I. **Independiente:** Modificación del Artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR de la ley 728.

Debido a que este artículo no especifica detalladamente todos los derechos fundamentales previstos en el artículo dos de la carta magna, dejando de esta manera un vacío legal por parte de la norma.

- II. **Dependiente:** Incorporar dentro de sus causales sobre el despido nulo la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Con esta investigación se pretende incorporar los derechos fundamentales de la constitución dentro del artículo 29 del decreto supremo N°003-97-TR de la ley 728 con la finalidad de que los trabajadores no se sientan vulnerables antes las empresas que los discriminan por cualquier índole y a la vez ayudar a los jueces a tomar una mejor decisión del caso.

2.3.2. Operacionalización de Variables

| Variables | Dimensiones | Indicadores | Ítem | Técnica e instrumento de recolección de datos |
|---|--------------------------------|--|---|---|
| Independiente: MODIFICACION DEL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR DE LA LEY 728. | 1. Discriminación antisindical | 1. De acuerdo a nuestra realidad se considera nulo el despido que tenga por objetivo discriminar a las personas que se encuentre afiliados a un sindicato o representen a ellas. | Escala de Likert que son: total de acuerdo, en desacuer | ✓ Técnica de la encuesta. ✓ Instrumento. |

| | | | | |
|--|--|--|--|-----------------------|
| | <p>2. Discriminación por raza, sexo, religión, opinión, idioma o discapacidad.</p> <p>3. El estado de embarazo</p> <p>4. Ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional.</p> | <p>2. Según nuestra legislación será nulo el despido que transgreda el mandato contenido en la constitución en su artículo 2 inciso 2 en la que se prohíbe discriminar a las personas, así mismo también en el artículo 26 inciso de la constitución especifica de que la relación laboral debe de respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.</p> <p>3. En la actualidad la persona que sea despedida por motivo de embarazo se declarara nulo el despido efectuado por la empresa.</p> <p>4. Conforme a nuestro entorno toda persona tiene el derecho a una</p> | <p>do, neutral, algo de acuerdo, muy de acuerdo.</p> | <p>✓ Cuestionario</p> |
|--|--|--|--|-----------------------|

| | | | | |
|---|---------------------------|---|--|--|
| | | tutela jurisdiccional para el ejercicio y defensa de sus derechos, de acuerdo a nuestro artículo 7 de la LOPJ, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 139.3 de la Constitución. | | |
| Dependiente: INCORPORAR DENTRO DE SU CAUSALES SOBRE EL DESPIDO NULO LA VULNERACION DE LOS DERECHO FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. | 1. Derechos fundamentales | 1. Actualmente hoy en día nuestro decreto supremo N°003-97-TR de la ley 728, solo mención cuatro derechos fundamentales, cuando en realidad en nuestra constitución los derechos fundamentales no son cuatro sino más bien veinticuatro, dejando de esta manera un mal entendimiento de la norma. | | |

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

2.4.1. Técnicas

a. Observación.

Esta técnica nos ayudara a observar cuidadosamente el fenómeno investigado para de esta manera tomar información y así poder registrarla y a la vez poder darle un análisis con el fin de poder tener un mayor número de datos.

Por otro lado, Hernández (2018) señala que: la observación se fundamenta en la búsqueda del realismo y la interpretación del medio. En otras palabras, con él se puede entender más sobre el tema que se estudia a partir de comportamientos individuales o grupales como gestos, acciones y posturas. Es una herramienta de investigación social efectiva para recopilar información, si está dirigida y enfocada a un objetivo específico.

b. Encuesta.

El método de la encuesta nos permitirá recolectar y analizar una serie de datos de una determinada población con la finalidad de entender las opiniones o hecho específicos del fenómeno estudiado.

Salcedo (2019) señala que: la encuesta es un procedimiento de investigación que consiste en obtener información de las personas encuestadas donde se pretende explorar, describir, predecir y explicar una serie de características, debido a que las encuestas tienen una variedad de propósitos y se pueden llevar a cabo de muchas maneras dependiendo de la metodología elegida y los objetivos que se desea alcanzar.

c. Fichaje.

Esta técnica nos permitirá recolectar y almacenar la información obtenida, tales como:

a) Bibliográficas.

Me permitió ordenar las fuentes de información obtenidas de libros,

como también realizar una breve cita contextual de ellos.

b) Registros.

Me ayudo a recopilar aquellos datos de diversos recintos como bibliotecas.

c) Textuales.

Esta ficha me ayudo a contribuir con contenido o fragmentos de un libro para reforzar mis planteamientos teóricos, normas o jurisprudencias.

d) Comentario.

Me ayudo a brindar una opinión personal sobre el tema investigación y a la vez sobre lo autores citados en el presente estudio.

d. Análisis Documentario.

El análisis documental nos permite poder seleccionar aquellas ideas informativamente relevantes de un documento con el fin de expresar su contenido.

e. Gabinete.

Este procedimiento no ayudara a realizar un breve análisis de las jurisprudencias del tema de investigación

2.4.2. Instrumentos.

a) Fichas Bibliográficas

Me ayudo para poder citar los libros que utilizamos para retroalimentar doctrinariamente el tema de investigación que estaba realizando y no perjudicar a los autores de los libros.

b) Hemerográficas

Este instrumento ayudo a través del estilo apa a registrar a los autores que me ayudaron doctrinariamente sobre el fenómeno social investigado.

c) Textuales

Con respecto a este instrumento es útil para valorar la comprensión, apropiación, interpretación, explicación de argumentos de los diferentes contenidos de las distintos libros.

d) De resumen

El presente instrumento me ayudó a resumir de manera detallada lo más importante del tema de investigación que estoy tratando para así poder esclarecer y dar solución a este fenómeno.

e) De paráfrasis

Este instrumento me ayudó a explicar de manera propia lo que el autor quiso decir en su libro, pero teniendo coherencia con lo que voy a explicar, y a la vez también de tratar de evitar el plagio o sea de apropiarse de las ideas de otras personas.

2.5. Procedimiento de análisis de datos

El estudio investigado será desarrollado a través de tablas estadísticas para el procesamiento del análisis de datos. Ya que se encontrarán ubicadas en la parte referida de la investigación y especificando como resultado del estudio; por otro lado, se realizará un análisis extenso de las jurisprudencias del tribunal constitucional citadas en la información. También permitirá esquematizar los resultados adquiridos a través de los instrumentos como lo es el cuestionario. Para Hernández (2018) señala que: para analizar los datos, en los métodos mixtos el investigador confía en los procedimientos estandarizados y cuantitativos (estadística descriptiva e inferencial), así como en los cualitativos (codificación y evaluación técnica), además de análisis combinados. La selección de técnicas y modelos de análisis también se relaciona con el planteamiento del problema, el tipo de diseño y estrategias elegidas por los procedimientos; y tal como hemos comentado, el análisis puede ser sobre los datos originales (datos directivos) o puede requerir de su transformación, La actividad de posibilidades de análisis es considerable en los métodos mixtos, además de las opciones conocidas que ofrecen la estadística y el análisis

temático.

2.6. Criterios éticos

a. Honestidad.

El presente estudio se llegó a elaborar de manera sincera y coherente a la investigación y citando adecuadamente a los autores sin querer perjudicarlos.

Según Sánchez, Adriana, (2021) explica que la honestidad viene hacer las cualidades que tienen todo ser humano para poder actuar de forma coherente, sensata y sincera.

b. Justicia.

Mediante al estudio analizado se va sumar los parámetros de la justicia, ya que permitirá velar por el cumplimiento de los derechos de una población vulnerable.

Elena, (2020), da entender que la justicia es aquella que se va a regir conforme a la ley y se llegue a basar de acuerdo a la verdad.

c. Transparencia.

La investigación opta con transparencia al momento de brindar la información en el fenómeno estudiado si dañar a ningún autor bibliográfico. De acuerdo al portal Conexión Esan (2018), no da un concepto sobre transparencia que es cuando el Estado u organizaciones como también personas expresan datos e informaciones de manera clara y concisos.

d. Originalidad

La investigación realizada es única y original debido a que ha sido redactada, explicada y analizada por mi persona, brindando información y medio de solución para el tema de investigación que se está tratando.

Conforme a turnitin (2022), aclara sobre la originalidad que es cuando un documento ha sido redactado por uno mismo y con sus propias palabras sin copiar párrafos de otros autores.

2.7. Criterios de rigor científico

a. Credibilidad.

El estudio realizado va a involucrar al investigador en la investigación,

llegando a utilizar la observación continua y la debida comprobación de los participantes.

Esteban Echavarría Cano (2022), explica que la credibilidad es cuando el autor expresa a través de sus propias palabras sin necesidad de utilizar el plagio.

b. Transferibilidad.

La transferibilidad tiene como finalidad en el estudio analizado la justicia social.

Janaina Soares Tizzoni, (2020), es la forma de ampliar los resultados obtenidos de una muestra de estudio a otra población.

c. Propiedad

Las presentes citas textuales que se mencionan en la presente investigación no afectan el conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores que tienen creaciones literarias, artísticas, científicas o didácticas para así no afectar el derecho al autor.

Javier Sánchez Galán, (2020), define a la propiedad en la investigación como la firmeza del tema de estudio redactado es propio de uno mismo y explicado con sus propias palabras.

d. Autenticidad

La presente investigación es totalmente original ya que especifica ideas y conocimientos propios de uno mismo sobre el tema investigado.

Adrián Yirda (2021), habla de que la autenticidad es cuando uno redacta un argumento con sus propias palabras e ideas, diferenciándolas de los demás autores.

3. RESULTADOS

3.1. Resultado en tablas y figuras.

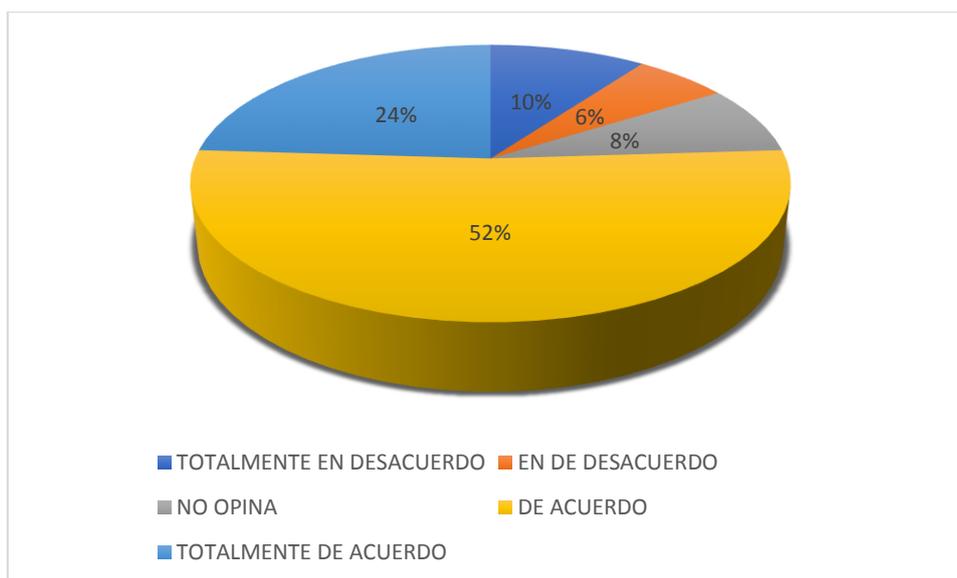
Tabla 1

Conoce usted los despidos que atentan sobre los derechos fundamentales del trabajador.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 5 | 10% |
| EN DE DESACUERDO | 3 | 6% |
| NO OPINA | 4 | 8% |
| DE ACUERDO | 26 | 52% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 12 | 24% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales, y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 1. Saber si conocen el despido que atentan contra los derechos fundamentales del trabajador.



Nota: El 52% de las personas encuestadas se encontraron de acuerdo, especificando de que, si conocen el despido que atenten contra sus derechos fundamentales y el otro 24% se mostraron en totalmente de acuerdo, por último 10% estuvieron en total desacuerdo, como también el 8% no opinaba y el 6% estaban en desacuerdo.

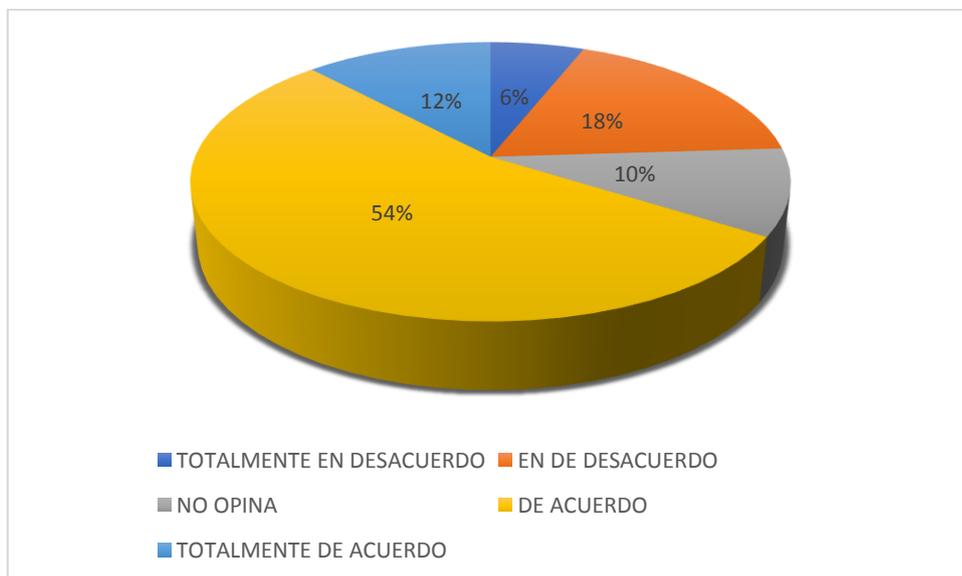
Tabla 2

Cree usted que el artículo 29 de la ley 728 contiene vacíos legales dentro de su normativa.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 3 | 6% |
| EN DE DESACUERDO | 9 | 18% |
| NO OPINA | 5 | 10% |
| DE ACUERDO | 27 | 54% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 6 | 12% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: encuesta realizada a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo

Figura 2. Conocer si el artículo 29 de la ley 728 contiene vacíos legales dentro de su normativa.



Nota: Un 54% de los encuestados estaban de acuerdo de que el artículo 29 de la ley 728 si contiene vacíos legales, el otro 18% estaban en desacuerdo, como también el 12% de ellos están totalmente de acuerdo, por último, el otro 10% no opina y el 6% restante estaban en totalmente en desacuerdo.

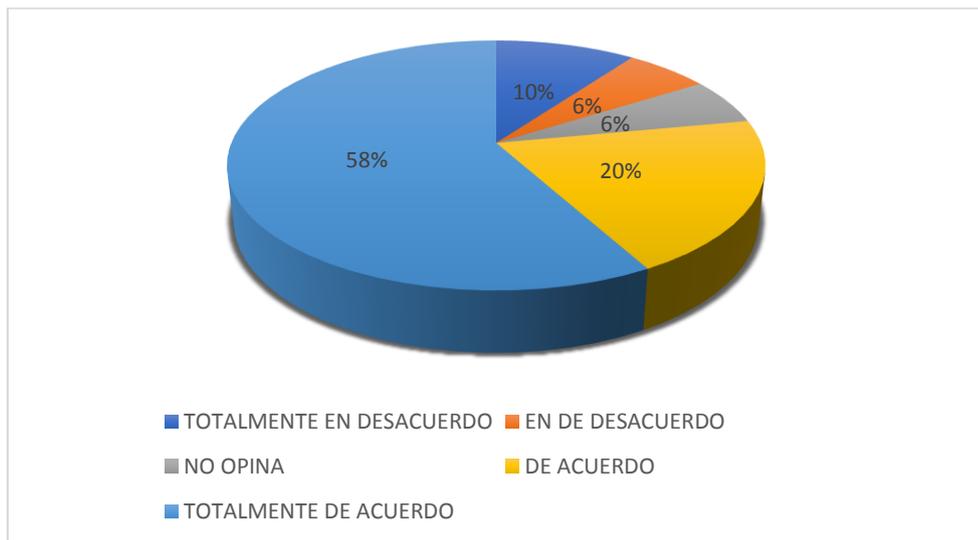
Tabla 3

Usted considera que es necesario incorporar en el Decreto Supremo 003-97-TR en su artículo 29 los demás derechos fundamentales previsto por la constitución.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 5 | 10% |
| EN DE DESACUERDO | 3 | 6% |
| NO OPINA | 3 | 6% |
| DE ACUERDO | 10 | 20% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 29 | 58% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: encuesta realizada a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 3. Considerar si es necesario incorporar dentro del Decreto Supremo 003-97-TR en su artículo 29 los demás derechos fundamentales de la constitución.



Nota: El 58% de la población estaban totalmente de acuerdo de que si era necesario incorporar los demás derechos fundamentales de la constitución al artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR; por otro lado, el 20% de los encuestados se mostraron de acuerdo, como también el 10% de las personas estuvieron en totalmente desacuerdo, por último el otro 6% estuvieron en no opina y en desacuerdo.

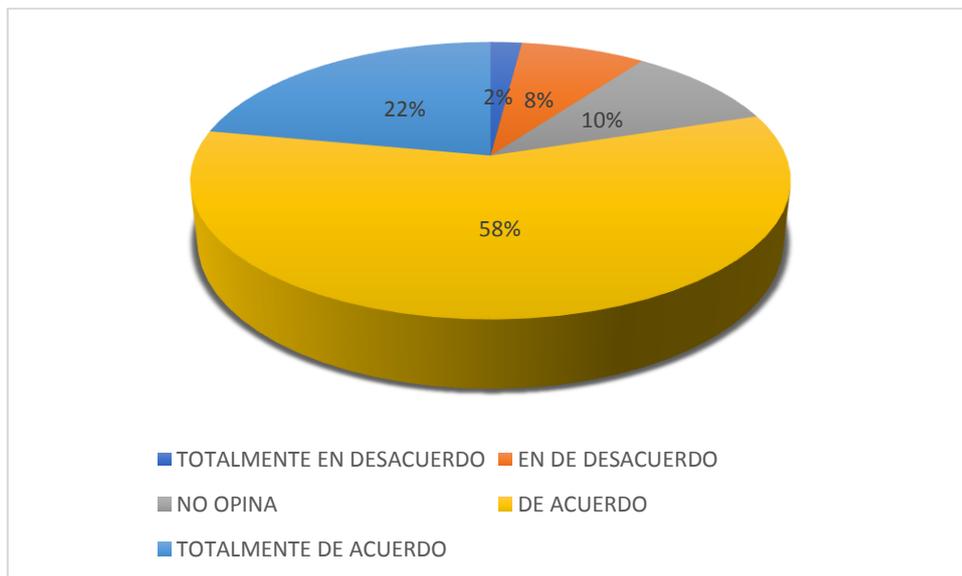
Tabla 4

Usted cree necesario que el Tribunal Constitucional se base a jurisprudencia vinculantes para resolver los casos de despido nulo.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 1 | 2% |
| EN DE DESACUERDO | 4 | 8% |
| NO OPINA | 5 | 10% |
| DE ACUERDO | 29 | 58% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 11 | 22% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 4. Es necesario que el Tribunal Constitucional se base a jurisprudencia vinculantes para resolver estos casos de despido nulo.



Nota: El 58% de la población estuvieron de acuerdo de que si era necesario de que el Tribunal Constitucional se base a jurisprudencia vinculantes ya que la norma sobre este tipo de despido sufre de vacíos legales, por otro lado el 22% de los encuestadores estaban totalmente de acuerdo, como el 10% de la gente no opinaba, por último el 8% estaban en desacuerdo y el 2% en totalmente desacuerdo.

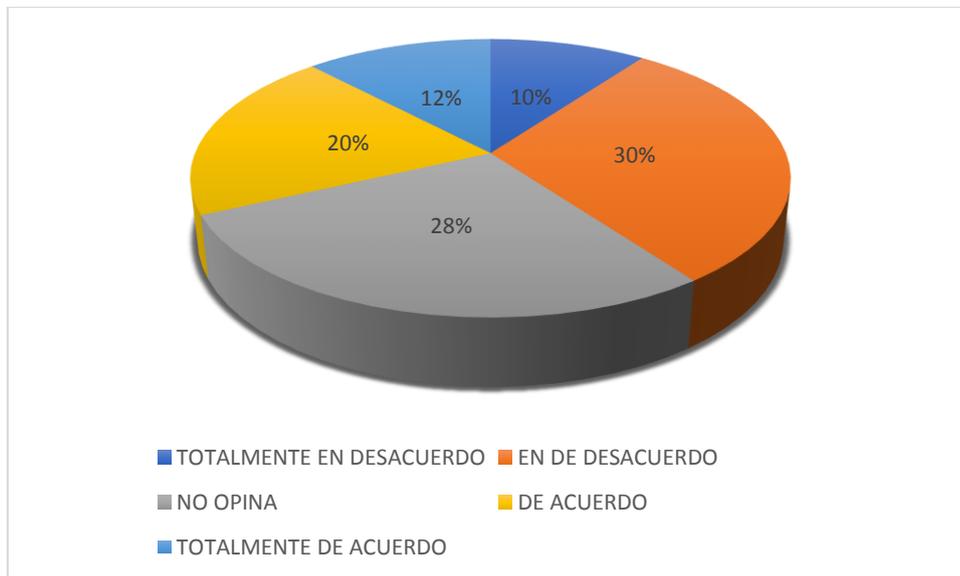
Tabla 5

Cree usted que el Tribunal Constitucional reincorpore al trabajador de despido nulo y no se le remunere el tiempo que estuvo fuera de su centro de labores.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 5 | 10% |
| EN DE DESACUERDO | 15 | 30% |
| NO OPINA | 14 | 28% |
| DE ACUERDO | 10 | 20% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 6 | 12% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 5. Cree usted que el Tribunal Constitucional reincorpore al trabajador de despido nulo y no se le remunere el tiempo que estuvo fuera de su centro de labores.



Nota: El 30% de personas encuestadas estaban en desacuerdo de que solo se le reincorpore en su puesto de trabajo y no se le llegue a remunerar el tiempo que estuvo despedido, por otro lado el 28% tomaron la opción de no opinar, como también el 20% que estuvieron de acuerdo y por ultimo un 12% en totalmente de acuerdo y el otro 10% totalmente desacuerdo.

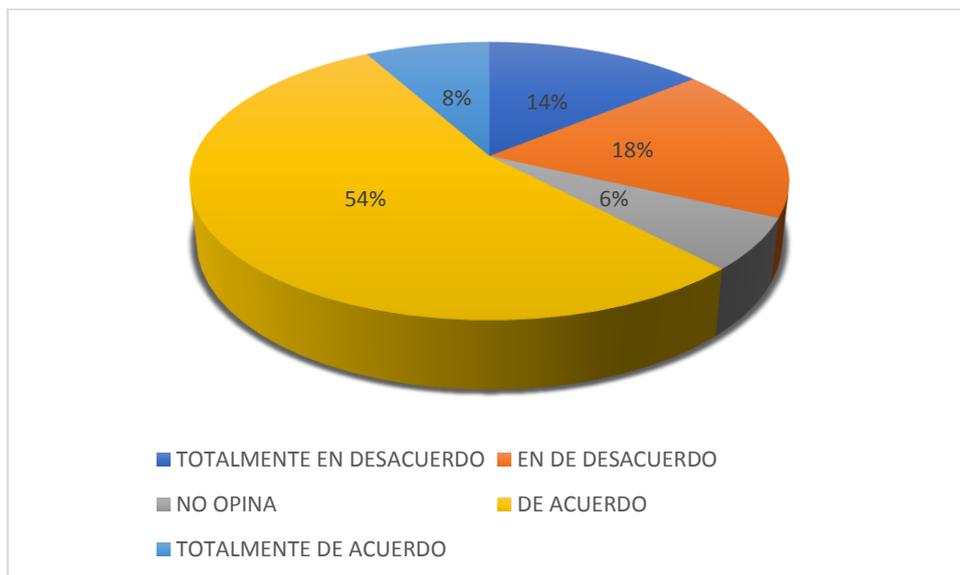
Tabla 6

Usted piensa que incorporando los demás derechos fundamentales de la constitución al artículo 29 de la ley 728 ayudaran a magistrado y abogados a resolver de manera más rápida los casos de despido nulo.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 7 | 14% |
| EN DE DESACUERDO | 9 | 18% |
| NO OPINA | 3 | 6% |
| DE ACUERDO | 27 | 54% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 4 | 8% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 6. Usted cree que incorporando los demás derechos fundamentales de la constitución al artículo 29 de la ley 728 ayudaran a magistrado y abogados a resolver los diferentes casos de despido nulo.



Nota: El 54% de los encuestados estuvieron de acuerdo de que si incorporamos los demás derechos fundamentales ayudara a solucionar este conflicto que tiene la norma sobre sus vacíos legales, el otro 18% está en desacuerdo, y el 14% en totalmente desacuerdo, por último, el 8% en totalmente de acuerdo y el 6% no opinaban.

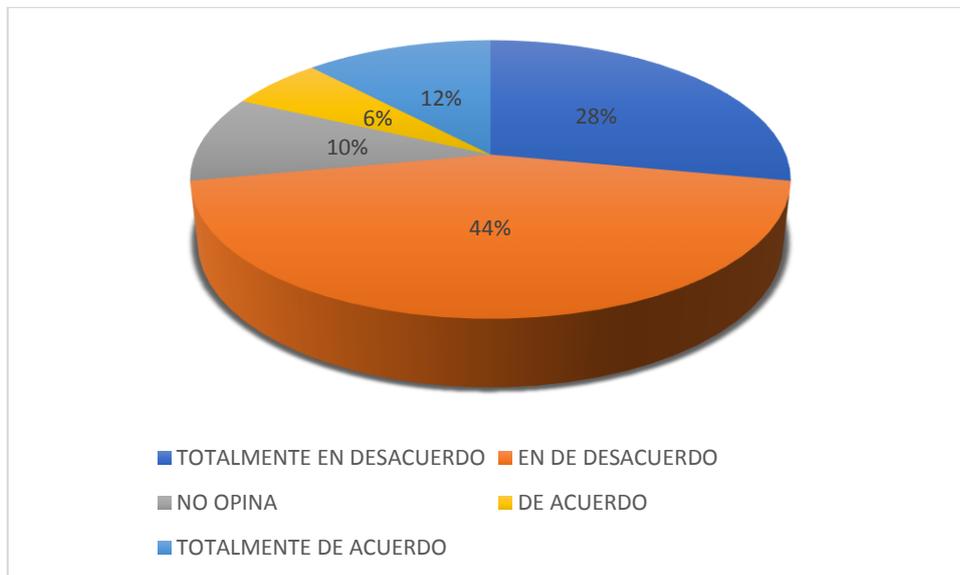
Tabla 7

Usted cree que el Estado protege al trabajador y a sus derechos fundamentales.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 14 | 28% |
| EN DE DESACUERDO | 22 | 44% |
| NO OPINA | 5 | 10% |
| DE ACUERDO | 3 | 6% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 6 | 12% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 7. Cree usted que el Estado protege al trabajador y a sus derechos fundamentales.



Nota: El 44% de los encuestados estaban en desacuerdo, por motivo de que especificaban de que el Estado no se encarga de proteger sus derechos y beneficios como trabajadores, por otro lado, el 28% estaban en total desacuerdo, el otro 12% totalmente de acuerdo, y por último el 10% no opinaba y el 6% en de acuerdo.

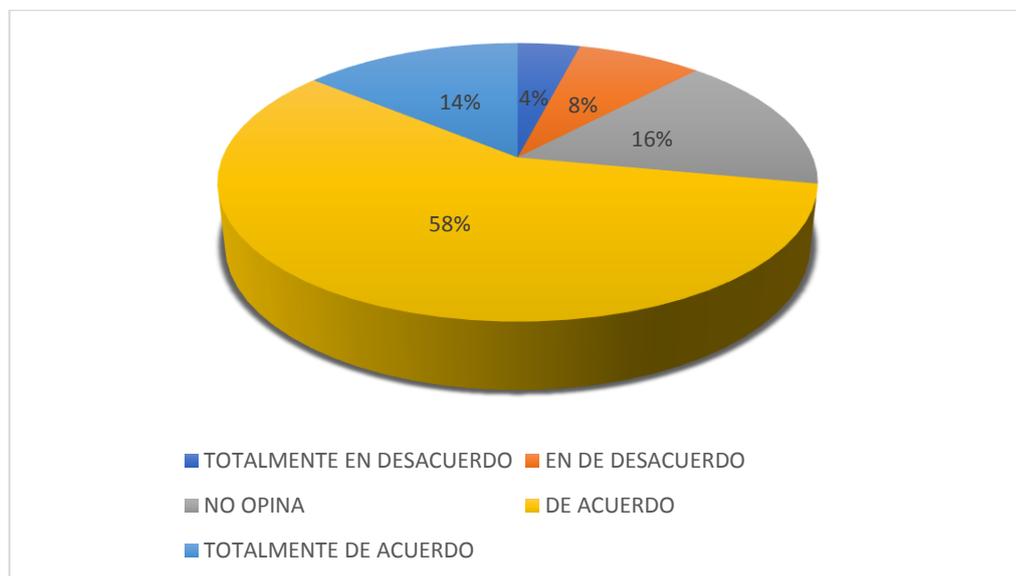
Tabla 8

Usted cree que la mala redacción del artículo 29 de la ley 728 afecta al trabajador y a sus derechos fundamentales.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 2 | 4% |
| EN DE DESACUERDO | 4 | 8% |
| NO OPINA | 8 | 16% |
| DE ACUERDO | 29 | 58% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 7 | 14% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 8. Cree usted que la mala redacción del artículo 29 de la ley 728 afectan sus derechos fundamentales del trabajador.



Nota: El 58% de las personas especifican que están de acuerdo, de que la mala redacción del artículo 29 de la ley 728 sufren de vacíos legales y no benefician a un cien por ciento a los trabajadores, después el 16% no opinaban, y el otro 14% estaban totalmente de acuerdo, por último, el 8% están en desacuerdo y el 4% en totalmente desacuerdo.

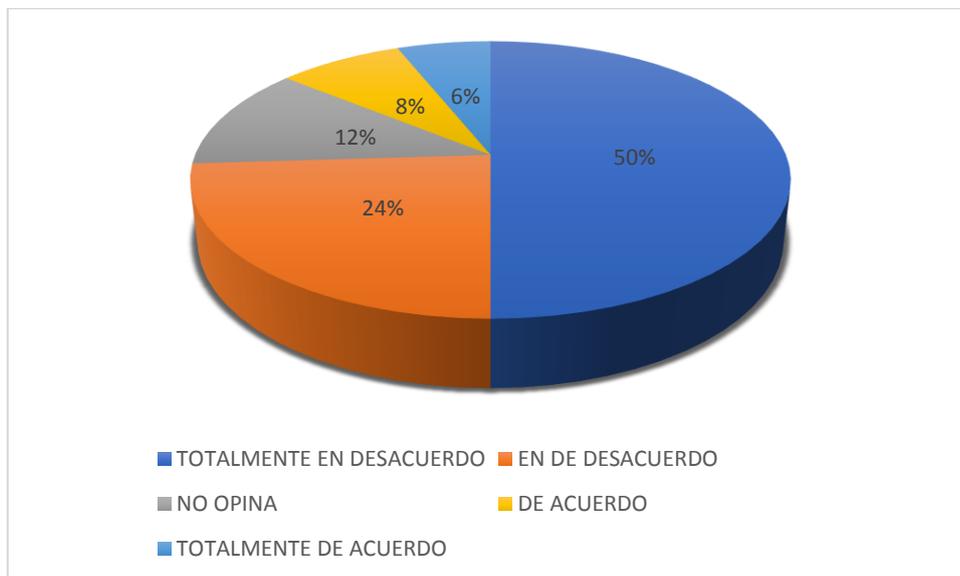
Tabla 9

Piensa usted que es fácil acreditar un caso de despido nulo.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 25 | 50% |
| EN DE DESACUERDO | 12 | 24% |
| NO OPINA | 6 | 12% |
| DE ACUERDO | 4 | 8% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 3 | 6% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 9. Es fácil acreditar un caso de despido nulo.



Nota: El 50% de la población especificaron de que no es fácil poder acreditar un caso de despido nulo durante un proceso judicial, después el 24% de dijeron que estaban en desacuerdo, el otro 12% no opinaba, el 8% estaban de acuerdo y por último el 6% en totalmente de acuerdo.

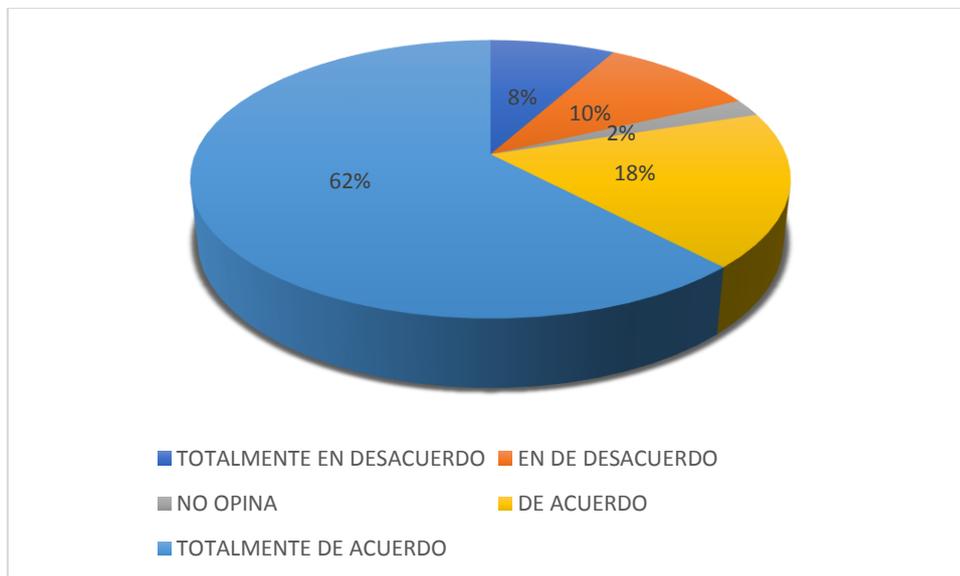
Tabla 10

Usted cree que la nulidad de despido es una manifestación de la estabilidad laboral absoluta.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 4 | 8% |
| EN DE DESACUERDO | 5 | 10% |
| NO OPINA | 1 | 2% |
| DE ACUERDO | 9 | 18% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 31 | 62% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizadas a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 10. Cree usted que la nulidad de despido es una manifestación de la estabilidad laboral.



Nota: El 62% de la gente especifico que estaban totalmente de acuerdo de que la nulidad de despido es una manifestación de la estabilidad laboral, el otro 18% dijeron que solamente estaban de acuerdo, y el 10% en desacuerdo, por último el 8% en totalmente desacuerdo y el 2% no llegaban a opinar.

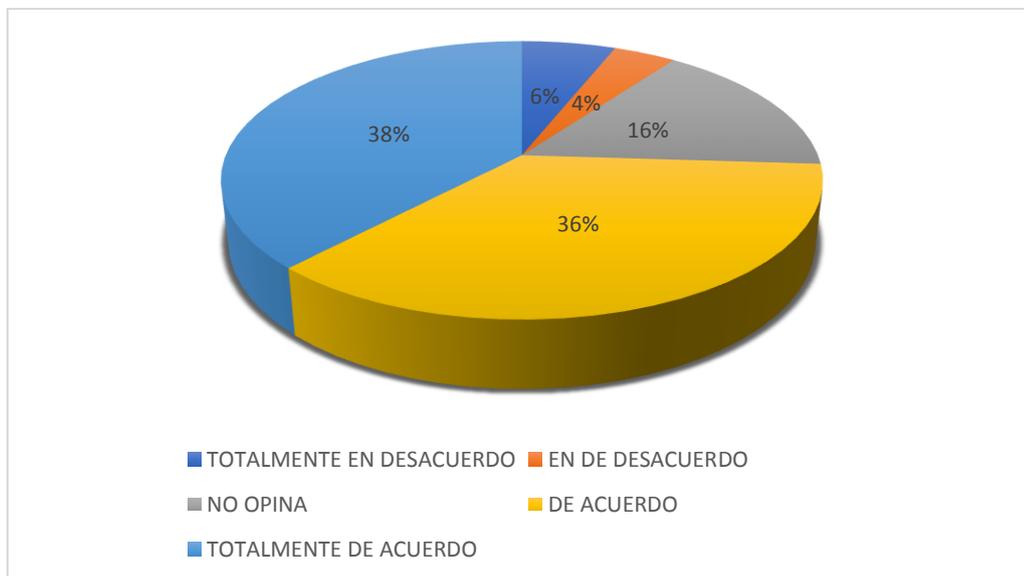
Tabla 11

Cree usted que la empresa donde labora vulnera sus derechos fundamentales como trabajador.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 3 | 6% |
| EN DE DESACUERDO | 2 | 4% |
| NO OPINA | 8 | 16% |
| DE ACUERDO | 18 | 36% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 19 | 38% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 11. Cree usted que la empresa donde trabaja vulnera sus derechos fundamentales como trabajador.



Nota: El 38% de la gente encuestada establecieron que estaban totalmente de acuerdo de que en su centro de labores se le vulnera sus derechos fundamentales como trabajador y persona, después el 36% estuvieron de acuerdo, el otro 16% no llegaba a opinar, por último el 6% en totalmente en desacuerdo y el 4% en desacuerdo.

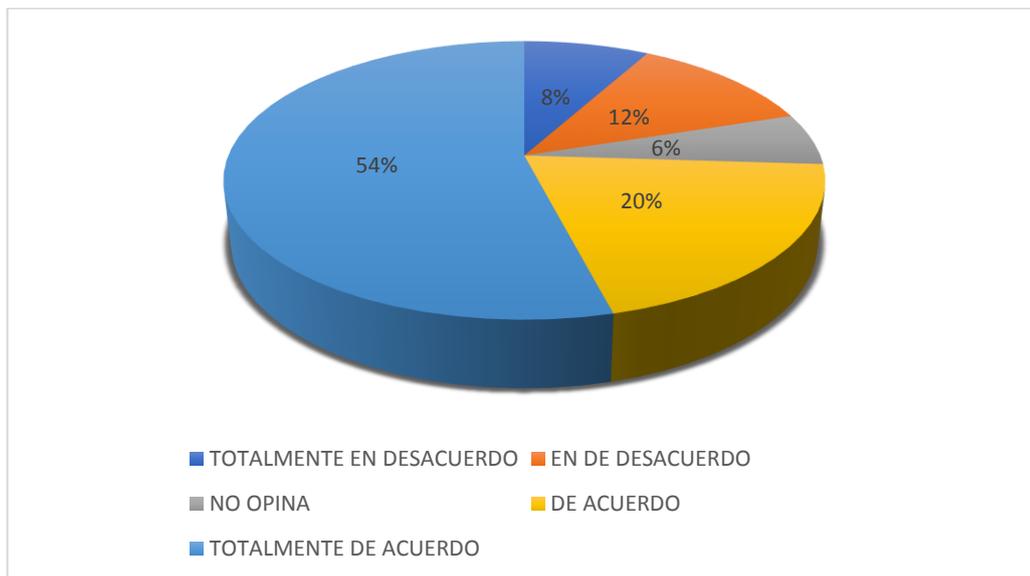
Tabla 12

Usted cuando le vulneran sus derechos como trabajador no denuncia a las empresas por miedo a represarías.

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 4 | 8% |
| EN DE DESACUERDO | 6 | 12% |
| NO OPINA | 3 | 6% |
| DE ACUERDO | 10 | 20% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 27 | 54% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 12. Cuando se le vulneran sus derechos como trabajador no denuncia a las empresas por motivos a represarías.



Nota: El 54% de los encuestados estaban totalmente de acuerdo de que no denuncian por miedo a represarías por parte de la empresa donde trabajan, después el 20% decían que estaban de acuerdo, y el otro 12% solo en desacuerdo, por último, el 8% están en totalmente desacuerdo, y el 6% no opinaba.

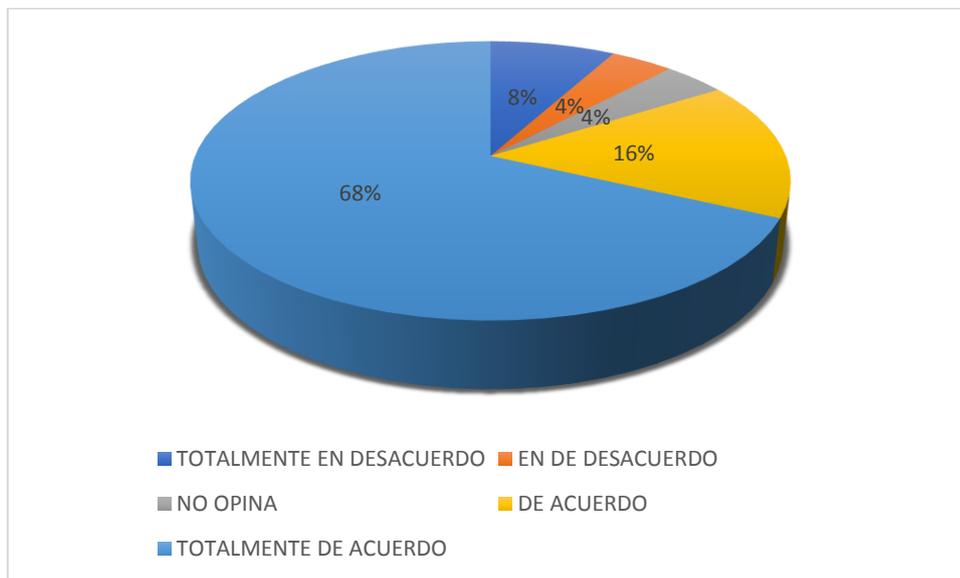
Tabla 13

Usted conoce cuales son sus derechos como trabajador dentro de su centro de labores.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 4 | 8% |
| EN DE DESACUERDO | 2 | 4% |
| NO OPINA | 2 | 4% |
| DE ACUERDO | 8 | 16% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 34 | 68% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuestas realizadas a jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 13. Conocen sus derechos como trabajador dentro de su centro de labores.



Nota: El 68% de gente encuestada están totalmente de acuerdo de que, si conocen sus derechos en sus centros de labores, después el otro 16% solo de acuerdo, y el 8% en totalmente desacuerdo, por último, el 4% en desacuerdo y no opina.

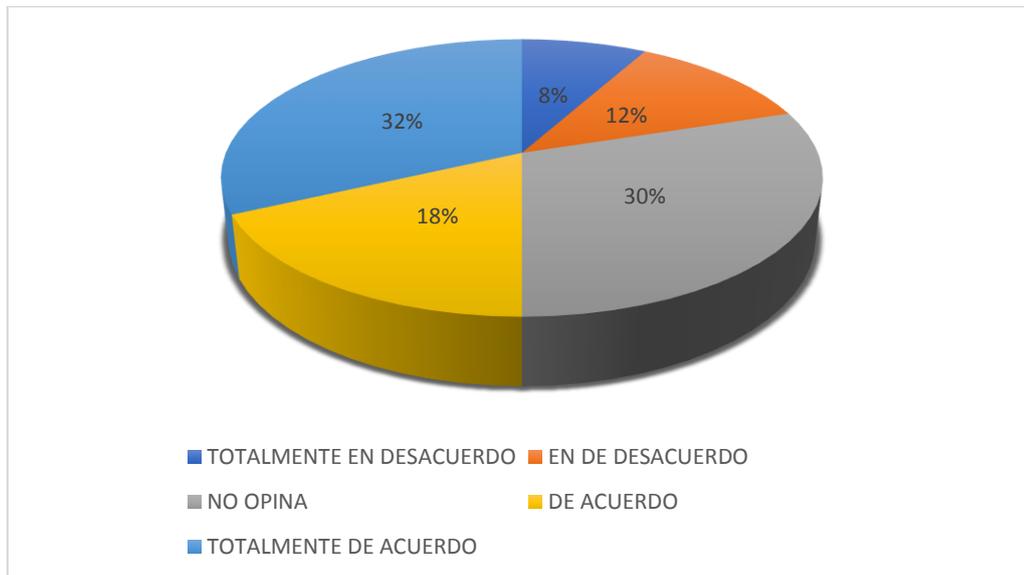
Tabla 14

Usted cree que el estado beneficie al empleador y no al trabajador

| ITEM | N° | % |
|--------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 4 | 8% |
| EN DE DESACUERDO | 6 | 12% |
| NO OPINA | 15 | 30% |
| DE ACUERDO | 9 | 18% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 16 | 32% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizada a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 14. Usted cree que el estado beneficie al empleador y no al trabajador.



Nota: El 32% de las personas encuestadas están totalmente de acuerdo de que el Estado beneficia más al empleador que al trabajador, el otro 30% no opinaba, y el 18% de acuerdo, el 12% en desacuerdo, por último, el 8% en totalmente desacuerdo.

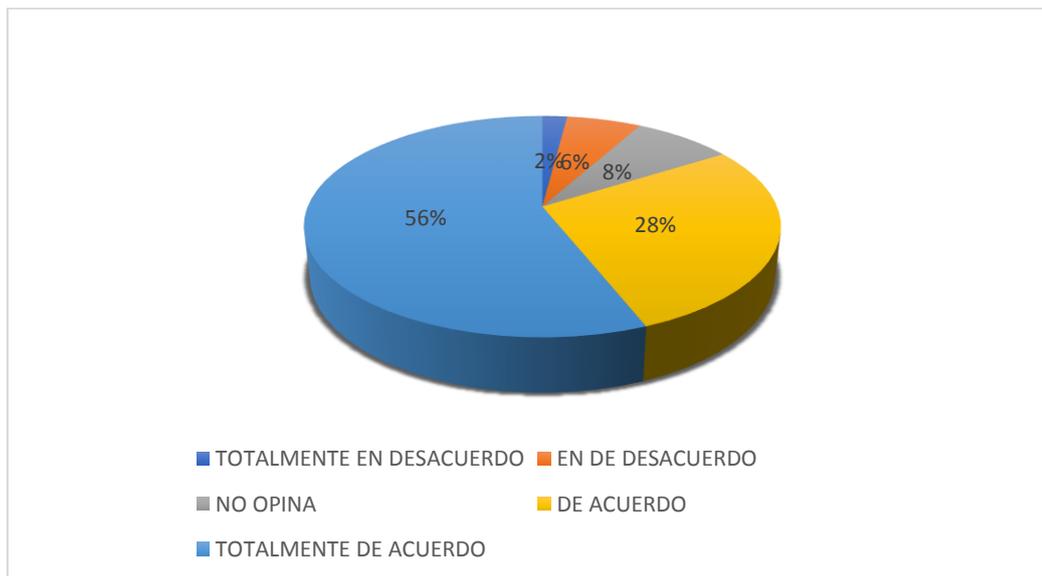
Tabla 15

Usted ha llegado a recibir charlas sobre el tema de despido nulo, sobre sus derechos como trabajador.

| ITEM | N° | % |
|---------------------------------|----|------|
| TOTALMENTE EN DESACUERDO | 1 | 2% |
| EN DE DESACUERDO | 3 | 6% |
| NO OPINA | 4 | 8% |
| DE ACUERDO | 14 | 28% |
| TOTALMENTE DE ACUERDO | 28 | 56% |
| TOTAL | 50 | 100% |

Nota: Encuesta realizadas a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado del distrito de Chiclayo.

Figura 15. Si han recibido charlas sobre el tema de despido nulo, sobre sus derechos como trabajador.



Nota: El 56% de los encuestados establecieron que estaban totalmente de acuerdo de que habían recibido charlas sobre el tema de despido nulo, el otro 28% solo especificaron que estaban de acuerdo, después el 8% no opinaba, y el 6% en desacuerdo, por último, el 2% en totalmente en desacuerdo.

3.2. Discusión de resultados

De acuerdo a la realización de las encuestas realizadas a los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado se llegó a verificar que:

Con respecto a la modificación del artículo 28 de la ley 728 por motivo de que sufre de vacíos legales dentro de su normativa, se buscó la solución de incluir los demás derechos fundamentales de la constitución para así proteger los derechos del trabajador dentro de su centro de labores y así ponerle un alto al abuso que hace el empleador hacia sus trabajadores; de tal manera como se podrá visualizar en la recolección de datos, realizada a través de las encuesta hacia los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado; como se ve en la tabla 2, se llega a precisar que el 54% de los jueces laborales, abogados laborales y trabajadores del sector privado, especificaron de que el artículo 28 del Decreto Supremo 003-97-TR de la ley 728 sufre de vacíos legales dentro de su normativa perjudicando de esta manera durante los procesos judiciales ya que se hace más tedioso denunciar por despido nulo porque solo se encuentran cinco derechos fundamentales cuando en realidad esos no son los únicos que tenemos en nuestra constitución; por otro lado un 18% solo dijeron en estar en desacuerdo. Es por eso que algunos jueces como abogados establecen que aparte de incluir los demás derechos fundamentales el Estado debe de quitarle la potestad al empleador por motivo de que hace uso abusivo de su poder para denigrar a sus trabajadores dentro de su centro de labores.

Por otro lado en la tabla 3 los encuestadores especificaron en un 58% están totalmente de acuerdo de que si es necesario que se reincorpore los demás derechos fundamentales de la constitución dentro del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR de la ley 728, ya que ellos aclaran que de esta manera se protegerán los derechos del trabajador y el Tribunal Constitucional ya no tendrá que acudir a la jurisprudencias vinculantes para resolver los casos de despidos nulo, después tenemos un 10% que están en desacuerdo sobre este medio de solución que prácticamente ayudarían a magistrados y abogados a no llevar procesos judiciales largos para poder acreditar la nulidad de despido durante el proceso. Es por ello que esta investigación tiene como finalidad brindar una solución a estos casos y de proteger el régimen laboral en el sector privado ya que los encuestados dicen que el Estado no protege el régimen laboral es por

ello que todas las empresas en el sector privado hacen lo que quieren con sus trabajadores hasta le vulnera el derecho a trabajar libremente como a la información que tiene en sus celulares. Después tenemos en la tabla 6 en donde especifican que un 54% estuvieron de acuerdo que al incorporar los demás derechos fundamentales de la constitución ayudarían tanto a magistrados y abogados a que ellos puedan resolver de manera más rápida los casos de despido nulo, para así de esta manera solo basarnos en el derecho laboral y ya no tramitarlo por vía constitucional; el otro 18% estuvieron en desacuerdo con este medio de solución que podría ayudar a que esta norma no sufra de vacíos legales y entorpezcan el proceso judicial. Es por ello que los doctrinarios como abogados litigantes especifican que es un poco tedioso mostrar ante una audiencia la nulidad de despido.

De ahí tenemos en la tabla 9 que señala que un 50% de las personas encuestadas están totalmente en desacuerdo, ya que no es fácil acreditar una demanda de despido nulo en la vía ordinaria laboral debido a que en su artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR de la ley 728; no establecen los demás derechos fundamentales previstos en la constitución, por ende hay casos que se vulneran derechos que no se encuentran previsto en la ley 728 y mas bien se encuentran en la constitución por eso algunos abogados optan por la vía de amparo en materia constitucional para defender estos tipos de casos; después el 24% solo dijeron estar en desacuerdo sobre este fenómeno social en materia laboral y también acreditan que se deben a los vacíos legales de la ley 728 y a la falta de interés del Estado hacia sus trabajadores.

Por ultimo tenemos la tabla 10 que establece con un 62% en estar totalmente de acuerdo de que la nulidad de despido viene hacer una manifestación de la estabilidad laboral absoluta, debido a que el despido nulo tiene como finalidad reincorporar al trabajador por motivo de vulneración de sus derechos fundamentales, pero teniendo en cuenta de que no se le remunerara por el tiempo que estuvo fuera de su trabajo, es por eso que algunos optan después por la vía constitucional a través de la acción de amparo para que se le indemnice los meses que no laboro en la empresa donde trabaja, después el 18% de los encuestados estuvieron de acuerdo sobre que la nulidad de despido es para estabilizar laboralmente al trabajador dentro de la empresa.

3.3. Aporte Practico

PROYECTO DE LEY

SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 29 DEL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 278. LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, INCORPORANDO LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR DE ACUERDO A LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.

El bachiller Yonathan Rogerio Francisco Saldaña Condemarín, de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, ejerciendo el derecho a la iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la Republica, presenta la siguiente propuesta legislativa.

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA DEL ARTICULO 29 DEL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 278. LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, INCORPORANDO LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR DE ACUERDO A LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.

Artículo 1.- Objetivo de la ley

Modifíquese el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los términos siguientes:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

- f) Al secreto y a la inviolabilidad de sus conocimientos y documentos privados.**
- g) A trabajar libremente, con sujeción a ley.**
- h) A que los servicios informáticos, computarizados o no, público o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal**

y familiar.

Artículo 2.- Implicancia de la Ley

Modifíquense todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

EXPOSICIONES DE MOTIVOS

1. Fundamentos de la Proposición Legislativa

Esto se debe a que los empleadores haciendo el uso indebido de la facultad fiscalizadora que le confiere el Estado, vulnera comunicaciones, correos electrónicos, así como también secretos bancarios y basándose al uso indebido de la información obtenida despiden a sus trabajadores por falta grave, de esta manera se evitan realizar el pago de indemnizaciones, es por eso que estas entidades privadas hacen uso abusivo de posición de dominio.

Es por eso que el presente proyecto de ley ayudara a que se evite que sigan sucediendo estos tipos de casos y tratar de equilibrar las relaciones que existen entre el empleador y el trabajador para que puedan trabajar en conjunto esa es la finalidad del derecho laboral, pero en otros casos sobre este tipos de vulneraciones se basan a la acción de amparo a través de la vía constitucional y tendrán un efecto inmediato llegando a impedir el proceder del empleador y rebajando la carga procesal del Tribunal Constitucional.

Es por ello que el artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala taxativamente los derechos fundamentales de la persona y que algunos se encuentran registrados en el artículo 29 de la ley 728, pero tratamos de incorporar otros tres derechos fundamentales más como:

Numeral 6.- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Numeral 10.- Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Numeral 15.- A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Por otro lado, según la ley 26626, que es la ley contra sida, establece en el segundo párrafo de su artículo 6 y establece lo siguiente: “Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA. Y este precepto llega a concordar con lo establecido por la constitución en que nadie debe de ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Después tenemos la ley 27050 que es la ley general de la persona con discapacidad, establece en su artículo 31.2 de que “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las acciones en el empleo de la con discapacidad.

Con lo antes mencionado sobre las leyes 26626 y 27050, llegan a recoger aquellos afectos de la nulidad del despido y que se encuentran regulados en la constitución como también en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, es por eso que el legislador los ha considerado acertadamente en la normas indicadas, ya que están pueden ser materia de una acción de amparo, ya que de todas maneras procederá debido a que las leyes deben atender ante todo los derechos de los trabajadores como persona, pero hay algo que las hace un poco entorpecer como los es el vacío que también tiene el artículo 29 de la ley 728 y se debe a que no se encuentran los demás derechos fundamentales especificados taxativamente en dicho artículo del Texto Único Ordenado de la ley 728.

Después tendremos una definición a través de la doctrina sobre el despido que es la ruptura del vínculo entre el trabajador y empleador, por decisión de este último, pudiendo estar justificado o no. Esta es una forma de extinguir el contrato laboral y debe de cumplir varios requisitos para ser de esta manera válidas. En primer lugar, el despido debe encontrarse motivado por una causa en la ley, atribuible al trabajador. Caso contrario, el despido es invalido y cabe restituir al

trabajador en su puesto de trabajo o también puede ser indemnizado económicamente. Y a la vez todo despido debe de seguir un procedimiento para ser considerado valido, ya que no se puede dar de manera inmediata.

Y al definir ya el despido abarcaríamos un concepto de acuerdo a doctrinarios sobre lo que es el despido nulo; este se va a llegar a producir cuando el acto extintivo del empleador se realiza por motivos prohibidos, cuales son estos motivos prohibidos aquellos que se encuentran vinculados con los derechos fundamentales del trabajador y no solo los derechos de carácter laboral si no también con aquellos derechos constitucionales que se encuentra tipificados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Y se va a llegar a concluir que solo en cuanto se configure una de las causales de nulidad de despido que se encuentra tipificadas en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, se llegaría a solicitar ante un órgano jurisdiccional competente la reposición del trabajador, ya mediante la acción de amparo se puede solicitar la reposición del trabajador siempre y cuando se haya transgredido los derechos fundamentales de la persona, ya que algunos ellos no se encuentran estipulados en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728.

Es por eso que no puede permitirse que los empleadores excedan la facultad que les otorga el Estado para sancionar a sus trabajadores, llegando de esta manera vulnerar sus derechos fundamentales, determinado por la constitución, ya que en la realidad estas entidades no cumplen estos requisitos tal como lo es la garantía del secreto bancario, el secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, las comunicaciones y telecomunicaciones o sus instrumentos, los cuales, como lo señala la Constitución Política del Estado solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías prevista en la ley. Como lo establece la norma constitucional, los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal.

Es por ello que basando al artículo 51 de la Constitución Política del Perú que estipula lo siguiente: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” es por ello que este

párrafo de este artículo especifica de que el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 278 que es una norma laboral no tipifica la vulneración de los derechos fundamentales como causal de nulidad, por eso que hay sentencias del Tribunal Constitucional en donde especifica casos de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y que no se encuentran regulados en el Decreto Legislativo 278 ni tampoco lo considera como nulidad de despido.

Y con todo lo antes mencionado anteriormente el artículo 23 de nuestra Constitución señala: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. De esta manera y de acuerdo a la doctrina especificar de que la constitución es la primera fuente del ordenamiento jurídico y por consiguiente del ordenamiento jurídico laboral y además de configurar formalmente el sistema de fuentes, se rige así mismo como fuente directa de derecho. Y es ahí donde el empleador debe de respetar todos los derechos del trabajador en tanto persona dentro de la relación laboral, por lo que la doctrina lo denomina como derecho y libertades inespecíficos o derechos que son titularidad general.

Debido al vacío que tiene este artículo al no incluir los demás derechos fundamentales previstos en la constitución, la mayoría de casos se solucionan con una acción de amparo y este procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que intente vulnerar o amenazar los demás derechos reconocidos por la constitución, con la excepción señala en el presente artículo 200 de la CPP. Por otro lado, el artículo 138 de la constitución especifica que los jueces con arreglo a la constitución y las leyes, debido a que a ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidas por la constitución, siendo de esta manera el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponden a los jueces del poder judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Por eso se hace necesario posibilitar a los trabajadores la protección de la ley laboral frente al despido por parte del empleador que trata de vulnerar los derechos constitucionales y lo despide de su puesto de trabajo.

Con todo lo expuesto anteriormente es necesario brindar la debida protección del Estado, dentro de la norma laboral, a los trabajadores cuyos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política del Perú para que así el

empleador no haga uso indebido de la función fiscalizadora delegada por el estado. Por ello es necesario incorporar el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, la causal de despido por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador de acuerdo a la Constitución Política del Perú.

2. Tipificación de la Norma

En tal medida, debe de tipificarse la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador de acuerdo a la Constitución Política del Perú, debiendo de quedar de la siguiente manera.

| Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: |
|--|
| <p>a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.</p> <p>b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.</p> <p>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</p> <p>d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.</p> <p>e. El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.</p> <p>dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.</p> <p>f. Al secreto y a la inviolabilidad de sus conocimientos y documentos privados.</p> <p>g. A trabajar libremente, con sujeción a ley.</p> <p>h. A que los servicios informáticos, computarizados o no, público o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.</p> |

3. Análisis costo beneficio de la futura norma legal

El presente proyecto de ley, va generar los gastos necesarios administrativos necesarios para así de esta manera poder aplicar justicia, ya que de esta manera lo que se busca es un mejor beneficio para la sociedad ya que ningún gasto es innecesario cuando tratamos de hablar de proteger los derechos fundamentales del trabajador, y de esta manera trataríamos de llenar este vacío legal que tiene nuestro artículo 29 del Decreto Legislativo 728.

4. Disposiciones Complementarias

Primera. – En el plazo máximo de 180 días calendarios se expedirá el Reglamento de la presente ley.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

1. Los efectos jurídicos que traería esta modificación del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR, sería brindar un medio de solución para este vacío legal que tiene la norma y que a la vez se mas entendible para los magistrados.
2. Se ha podido llegar a determinar doctrinariamente que la nulidad de despido que se encuentra tipificada en el artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR de la ley 728 de acuerdo a las opiniones de algunos autores de los libros labores especifican que sufre de vacíos legales dejando de esta manera vulnerables a los trabajadores del sector privado y de esta manera no ser entendible durante los procesos judiciales.
3. Con respecto al análisis jurisprudencial sobre las causales de este tipo de nulidad de despido se encontró que había casos que no se llevaban por la vía ordinaria laboral, sino más bien por la vía constitucional a través de la acción de amparo, dando entender que la ley 728 no cumplía con defender los demás derechos fundamentales de la constitución.
4. Si proponemos esta modificación del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR de la ley 728 para implementar los demás derechos fundamentales del trabajador, ayudaremos a magistrado en materia laboral, abogados labores para llevar un proceso judicial más rápido y por la vía ordinaria laboral.

4.2. Recomendaciones

1. Que se modifique la ley 728 del sector privado para que así se protejan los derechos fundamentales del trabajador, y de esta manera el empleador no haga uso abusivo de su poder, y no denigren al trabajador dentro de su centro de labores.
2. Por otro lado, se recomienda al Estado que haga algo por el régimen laboral y brinde protección a los trabajadores de todos los sectores tanto privado como público, para que así de esta manera las empresas abusen de sus trabajadores dentro de sus empresas.

5. Referencia

- Alonso Olea, M. (1995). Derecho del Trabajo, décimo cuarta edición, universidad de complutense de Madrid.
- Arce Ortiz, E. (1999). La nulidad de despido lesivo de derechos constitucionales, editorial de la Pontificia Universidad de la católica, Lima.
- Baylos Grau, A. (1991). Derecho del Trabajo, editorial Trotta, Madrid.
- Bernales Ballesteros, E. (1996). La Constitución de 1993, ICS editores, Lima.
- Bilbao Ubillus, J. (1997). La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid.
- Blancas Bustamante, C. (1982). La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo, Universidad Católica del Perú.
- Boza Pro, G. (1992). El fuero sindical en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Lima.
- Cabeza Pereiro, J. (1998). Derecho de la Tutela Judicial efectiva del Trabajador: la garantía de indemnidad, editorial Comares S.L.
- Casas Baamonde, M. (1995). La clasificación jurídica del despido. Despido improcedentes y nulos, ediciones IBIDEM, Madrid.
- De Buen, N. (1981). Derecho del Trabajo, editorial Porrúa, México.
- De la Cueva, M. (1978). El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, editorial Porrúa, México.
- Del Rey Guanter, S. (1992). Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la Doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid.
- Ermida, O y Villacencio, A. (1991). Sindicatos en Libertad Sindical. Tercera edición, Lima.
- Fernández, F. (1994). La dogmática de los Derechos Humanos. Lima.
- Ferro, V. (1996). El Despido Arbitrario y el Despido Nulo. Lima.
- García, E. (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid.
- Gorelli, J. (1995). El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria, editorial Civitas. Madrid.
- Javillier, J. (1982). Derecho del Trabajo. Madrid.
- Jellinek, G. (2000). Teoría General del Estado, México.
- Martin, A. (1980). Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la constitución española. Madrid.

- Monereo, J y Moreno, M. (1994). Forma y procedimientos del despido disciplinario, editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Montoya, A. (1980). La protección constitucional de los derechos laborales. Madrid.
- Ojeda, A. (1995). Derecho Sindical, Editorial Tecnos. Madrid.
- Palomeque, M. (1990). Derecho Sindical Español, Editorial Tecnos, Madrid.
- Pedrajas, A. (1992). Despido y derechos fundamentales, Editorial Trotta. Madrid.
- Pla, A. (1978). Los principios del derecho de Trabajo, ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Quiroga, A. (1989). Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, Lima.
- Russomano, M. (1981). La estabilidad del Trabajador en la Empresa, universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Schmitt, C. (1982). Teoría de la Constitución, editorial Alianza. Madrid.
- Schneider, H. (1979). Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Lima.
- Von, G y Bartolomei, H. (1990). La organización Internacional del Trabajo, editorial Astrea. Buenos Aires.

6. Anexos

| VARIABLES | PROBLEMA | HIPÓTESIS | OBJETIVOS |
|---|---|--|--|
| <p>INDEPENDIENTE: MODIFICACION DEL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR DE LA LEY 728.</p> | <p>¿POR QUÉ EL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR NO REGULA TAXATIVAMENTE DENTRO DE SUS CAUSALES AL DESPIDO NULO POR TRANSGRESIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR, YA QUE SE ENCUENTRAN EN LA CARTA MAGNA?</p> | <p>SI SE MODIFICA EL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR DE LA LEY 728, ENTONCES SE PONDRÁN ESPECIFICAR LAS VULNERACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR CONSAGRADOS EN LA CARTA MAGNA.</p> | <p>GENERAL: -DETERMINAR LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA MODIFICACION DEL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ANALIZAR DOCTRINARIAMENTE EL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR. 2. EXPLICAR JURISPRUDENCIALMENTE LAS CAUSALES DE DESPIDO NULO. 3. PROPONER LA MODIFICACION DEL ARTICULO 29 DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR. |
| <p>DEPENDIENTE : INCORPORAR DENTRO DE SU CAUSALES SOBRE EL DESPIDO NULO LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.</p> | | | |

EXP. N.º 661-04-AA/TC

JUNÍN-LA MERCED

BLANCA ESTRELLA CÁRDENAS DE LA TORRE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de agosto de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Blanca Estrella Cárdenas de la Torre contra la resolución de la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de fojas 314, su fecha 6 de octubre de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 20 de enero de 2003, interpone acción de amparo contra el Alcalde, el Director Municipal y el pleno del Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital del Perené, con el objeto que se la reponga en el cargo que venía desempeñando. Refiere que mediante Resolución de Alcaldía N.º 318-98-AL/MDP, de fecha 21 de diciembre de 1998, fue nombrada como servidora pública, después de participar en un concurso interno de plazas vacantes del área de Tesorería; y que, no obstante ello, los demandados, mediante Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, declararon nulo su nombramiento y dieron por concluido la designación en el cargo que venía desempeñando, violándose de esta manera sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, de defensa y a la no discriminación.

Los emplazados proponen la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que la recurrente no interpuso los recursos impugnativos contra la Resolución cuestionada. Sostienen que la actora no tiene la condición de servidora pública, sino que era funcionaria de confianza; y que su nombramiento se efectuó contraviniendo la Ley N.º 26771, que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos

de parentesco, y la Ley N.º 26894, de Presupuesto para el año 1998.

El Juzgado Especializado Civil de la Merced-Chanchamayo, con fecha 5 de junio de 2003, declaró fundada la demanda, considerando que la recurrente ocupaba un puesto permanente, y que sólo podía ser separada de su puesto previo proceso ajustado a ley.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, estimando que la demandante optó por impugnar la resolución cuestionada, de modo que no podía ejercer paralelamente la acción de amparo.

FUNDAMENTOS

1. Para declarar la improcedencia de la demanda la recurrida fundamenta su fallo en el supuesto hecho de que la demandante impugnó en la vía administrativa la resolución cuestionada. De autos se advierte que la recurrente no impugnó la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, del 13 de enero de 2003, sino la Resolución de Concejo N.º 004-2003-MDP/A, del 8 de enero de 2003 (fojas 165 a 170), que no es materia de la presente acción de amparo. Como la resolución cuestionada fue emitida por el Concejo Municipal, última instancia administrativa, la recurrente no estaba obligada a agotar la vía previa, de modo que corresponde evaluar el fondo de la demanda.
2. En el presente caso, la demandante sostiene que el acto cuestionado vulnera su derecho a la libertad de trabajo. Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que este derecho consiste en la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que pudiera desarrollar, para su realización personal, o, en suma, para trabajar en lo que libremente escoja.
3. En esta oportunidad ampliaremos algunos alcances de este derecho. En efecto, la Constitución reconoce en el artículo 2º inciso 15, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú.
4. En tal sentido, el artículo 23º de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7°, literal b), «el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva».

5. En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo. En el presente caso la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos descritos. En opinión de este Colegiado, el derecho en controversia sería el derecho al trabajo, por las razones que se desarrollaran seguidamente.
6. La recurrente fue nombrada como servidora pública mediante la Resolución de Alcaldía N.º 318-98-AL/MDP, de fecha 21 de diciembre de 1998, y ha venido trabajando hasta la expedición de la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, mediante la cual se declara nulo su nombramiento. Conforme al artículo 202.3 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. Al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha del nombramiento, la nulidad de oficio de dicho acto administrativo había prescrito.
7. Conforme lo ha establecido este Tribunal en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC, en «(...) nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido (...) es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N.º 276». En efecto, conforme al inciso b) del artículo 24° del Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de

Remuneraciones del Sector Público, los servidores públicos de carrera gozan de estabilidad laboral y no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa prevista en la Ley, y de acuerdo al procedimiento establecido.

8. En el presente caso se afecta al contenido esencial del derecho del trabajo cuando a una trabajadora pública, que gozaba de estabilidad laboral, se le despide sin la observancia del procedimiento establecido por la legislación laboral de los trabajadores públicos. En consecuencia, al haberse despedido a la demandante sin la observancia del procedimiento descrito, se ha vulnerado su derecho al trabajo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, inaplicable a la recurrente la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, que declaró nulo su nombramiento como servidora pública.
2. Ordena que la demandada sea repuesta en su puesto de trabajo en la Municipalidad Distrital del Perené.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP N.º 217-2004-AA/TC

TACNA

ÁNGEL BERRÍOS FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de marzo de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Juan Luis Juliachs Berríos, abogado de Angel Berríos Flores, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua, de fojas 157, su fecha 16 de octubre de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de marzo de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Tacna, solicitando su reposición en su centro de trabajo y que se deje sin efecto el despido de hecho del que ha sido objeto. Manifiesta haber ingresado a la emplazada el 1 de febrero de 1999 y haber laborado hasta el 31 de diciembre de 2002; que no se ha considerado que, por tener impedimento físico se encontraba en desventaja frente a otras personas para acceder a un empleo, lo que acredita con el Certificado de Discapacidad N.º 14900043; y que, habiendo acumulado más de un año de servicios ininterrumpidos, resulta aplicable a su caso el artículo 1º de la Ley N.º 24041, que establece que los servidores públicos con más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.º 276, por lo que, al ignorarse dicha disposición, se han vulnerado sus derechos al trabajo, al debido proceso, de defensa y a la igualdad ante la ley.

La emplazada propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, aduciendo que el actor no ha cumplido con laborar por más de un año en forma ininterrumpida, siendo de aplicación, más bien, el artículo 2º de la Ley N.º 24041, agregando que se encuentra bajo el régimen de la actividad laboral privada, sujeto al Decreto

Legislativo N.º 728.

El Juzgado Laboral de Tacna, con fecha 19 de mayo de 2003, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que en aplicación del principio de primacía de la realidad, la relación laboral del actor con la emplazada fue subordinada, personal y remunerada, habiéndose acreditado que laboró en forma permanente por más de un año. La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, argumentando que no se había vulnerado ningún derecho constitucional del actor, ya que no le alcanzaban las disposiciones de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ni su Reglamento ni la Ley N° 24041, las mismas que solo están reservadas a servidores públicos, quienes acceden a tal condición una vez que se hayan sometido a un Concurso Público, siendo el caso que el demandante nunca tuvo tal condición.

FUNDAMENTOS

1. Conforme ha quedado acreditado en el Acta de Inspección Especial que obra en autos, a fojas 10, el recurrente ingresó a laborar en la emplazada con fecha 1 de febrero de 1999, para desempeñar el cargo de Asistente de Obras en el horario de lunes a viernes de 6:30 a.m. a 4:00 p.m. y sábados medio día, hasta el 30 de diciembre de 2002, fecha en que dejó de trabajar al no permitírsele el ingreso a su centro de labores.
 2. Asimismo, en el documento citado, el Inspector a cargo menciona que al recurrente no se le remitió carta de preaviso de despido ni una carta de despido o de cese comunicándole que la emplazada había decidido prescindir de sus servicios.
 3. De fojas 13 a 15 del expediente obran los documentos de la Evaluación Integral realizada por la emplazada al demandante, en los cuales se califica su desempeño como satisfactorio y óptimo, pese a su condición de discapacitado, lo que se acredita en autos a fojas 9.
 4. Por último, habiendo acreditado el actor una relación de subordinación, dependencia y continuidad respecto de su empleador, en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, conforme lo ha venido resolviendo este Colegiado en reiterada jurisprudencia, la presente demanda debe ser amparada.
- Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le

confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la acción de amparo.
2. Ordena reponer al demandante en el cargo que desempeñaba al momento de su destitución, o en otro de igual nivel o categoría.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

