

LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Jorge Toyama Miyagusuku*
Elmer Huamán Estrada*

Resumen: En el presente artículo, los autores analizan cuales son los alcances de la figura del despido nulo y sus principales características, haciendo especial énfasis en el régimen de cargas probatorias del despido nulo, aplicables al trabajador y al empleador al amparo de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), así como de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497). Asimismo, efectúa un repaso de los criterios jurisprudenciales aplicables a la prueba del despido nulo, considerando cada una de las causales de esta modalidad de despido.

Palabras clave: Despido nulo; carga probatoria; indicios; Ley Procesal del Trabajo; Nueva Ley Procesal del Trabajo; Reposición; Indemnización; Jurisprudencia.

Sumario: Preliminar. Introducción. I. El despido nulo. II. La prueba del despido nulo bajo la Ley N° 26636. A. La aportación de indicios: la carga del trabajador. B. La prueba de la causa justa del despido: la carga del empleador. **III. La prueba del despido nulo en la nueva Ley Procesal del trabajo. IV. Jurisprudencia Laboral sobre la prueba del despido nulo.** A. La carga probatoria del trabajador del despido nulo. *1. En el despido basado en la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales o por ser representante de los trabajadores. 2. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. 3. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, etc. 4. El embarazo.* B. La carga probatoria del empleador. **Conclusiones.**

Introducción

De las formas de extinción de la relación laboral la que más estudios suele generar es el despido. Esto se debe, tal como ha señalado Montoya Melgar¹, a la

* Socio de Miranda & Amado Abogados. Codirector de *Soluciones Laborales*. Profesor de PUCP, ESAN, Centrum y UPC.

* Abogado por la Universidad de Piura. Asociado del Estudio Isabel Herrera Abogados.

¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 470.

conflictividad de dos principios que trae aparejada esta figura: de un lado, el principio de libertad contractual, anejo al de la libertad de empresa; y, del otro, el principio de protección de la estabilidad del empleo del trabajador. Es decir, mientras que el empleador decide prescindir de un trabajador, este último busca, en la mayoría de ocasiones, aferrarse a su trabajo, fuente de ingresos y, quizás, único medio de subsistencia.

Este conflicto de intereses se ve potencializado cuando nos encontramos frente a un despido que lesiona derechos fundamentales del trabajador. En este caso, el poder de resolver el contrato que tiene el empleador tiene un móvil que no es precisamente un incumplimiento contractual del trabajador. Por el contrario, existen situaciones en la motivación determinante de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento².

Nuestro Derecho Laboral no es ajeno a esta realidad y ha establecido mecanismos a través de los cuales el trabajador puede reaccionar frente a este despido infractor de sus derechos fundamentales. Así, el legislador nacional ha regulado la figura del despido nulo, la cual ha sido ampliamente estudiada por nuestra doctrina y, a la vez, ha sufrido modulaciones por parte de la judicatura nacional.

Debido a la relevancia siempre actual de esta institución, en la presente investigación haremos un breve repaso de sus alcances. Pero, principalmente, nuestro estudio pretende focalizar el análisis de, quizás, el aspecto más controvertido que puede acompañar a esta figura: nos referimos a la prueba del despido nulo en el proceso laboral. Para eso, analizaremos esta institución, primero, bajo los alcances de la aún vigente (en buena parte del país) Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo; y, luego, nos detendremos a examinar la regulación de la prueba del despido nulo diseñada en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT en adelante), a fin de determinar si la nueva regulación difiere de la anterior. Finalmente, mostraremos un recuento jurisprudencial sobre esta institución, recuento que, es preciso recalcar, estará basado en pronunciamientos emitidos al amparo de la primera de estas normas, ya que la segunda reciente ha entrado en vigencia en algunas partes de nuestro país.

I. El despido nulo

Los supuestos de despido nulo importan casos graves de afectación a derechos de los trabajadores. Prácticamente se trata de despidos lesivos de derechos fundamentales³ y, en algunos casos, se aprecia una represalia por el ejercicio del trabajador de determinados derechos⁴.

² Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26^a edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 604.

³ Es gráfica la Casación N° 1037-2005-Tumbes, en la que se ha señalado que “[l]a nulidad de despido busca proteger al trabajador cuyo cese se produce con afectación de sus derechos fundamentales mediante el otorgamiento de tutela reparadora (reposición a su centro de trabajo)”.

⁴ Así se ha señalado, por ejemplo, en la STC Exp. N° 05139-2007-PA/TC: “el derecho a la libertad sindical no incluye una protección contra un despido que no tiene la característica de ser un despido en represalia, carácter indispensable para calificar a un despido de nulo como en el presente caso por afiliación a un sindicato”.

Los motivos donde procede la nulidad de despido están regulados taxativamente en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL en adelante):

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b. Ser representante o candidato de los trabajadores o haber actuado en esa calidad.
- c. Presentar una queja o participar en proceso contra el empleador ante las autoridades competentes⁵, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL.
- d. Supuestos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma. Sobre este tema, la Corte Suprema ha destacado que esta cláusula no puede interpretarse en forma limitada y, más bien, debe comprender todo supuesto de discriminación carente de una justificación objetiva⁶.

⁵ A nivel judicial, esta es la causal que más limitaciones ha tenido en su aplicación. Así, se ha señalado que un proceso administrativo ante el Ministerio de Trabajo no ingresa en este supuesto. “Considerando que no es lo mismo presentar una solicitud que plantear una queja, pues entre ambas existe una relación de género y especie, ya que mientras la primera grafica un simple pedido, la segunda además, supone la manifestación de la disconformidad con algo y/o alguien, y/o el reclamo por el incumplimiento de una obligación patronal, se debe considerar nulo el despido de un trabajador que solicita una visita inspectiva a través de la cual buscaba la comprobación del incumplimiento de las normas laborales por parte de su empleador” (Cas. N° 1363-2005-LIMA). Adicionalmente un pedido de recálculo tampoco está dentro de este supuesto: si el trabajador presenta una solicitud a su empleador para regularizar el cálculo de un beneficio laboral, esta no puede ser tomada como una queja contra el empleador por tratarse de una petición. La queja supone la manifestación de disconformidad con algo y/o reclamo del incumplimiento de una obligación del empleador (Cas. N° 1655-2003-TACNA). Finalmente, un proceso ante EsSalud tampoco ingresa dentro de este supuesto: “La simple tramitación efectuada por el accionante ante EsSalud no configura el supuesto legal que prevé el inciso c) del artículo veintinueve del Decreto Supremo número cero cero tres - noventisiete - TR, para que el despido sea nulo, pues cuando dicha norma se refiere a presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, debe entenderse que la queja, el reclamo o proceso seguido contra el empleador debe ser de naturaleza laboral, es decir, referirse al incumplimiento o conductas del empleador que afecten los derechos del trabajador derivados de la relación de trabajo, o sus derechos fundamentales planteados ante autoridad judicial o administrativa competente, tal como lo dispone el artículo cuarentisiete del Decreto Supremo número cero cero uno - noventiséis-TR” (Cas. N° 137-2005-DEL SANTA).

⁶ De acuerdo con el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, también es discriminatorio todo acto que tenga por motivo el origen, la condición económica o un motivo de cualquiera otra índole. La explicación de la “cláusula cerrada” de la LPCL se encuentra en que su texto original es anterior a la Constitución de 1993, y la Constitución de 1979 al regular el mandato de no discriminación lo hacía también con una cláusula cerrada de motivos discriminatorios. Mediante la Casación N° 2386-2005- Callao, publicada el 16 de abril de 2008, la Corte Suprema ha establecido que un despido es nulo si se basa en motivos discriminatorios distintos a los regulados por la LPCL pero regulados por la Constitución. En el caso concreto en el que frente a una misma falta cometida por dos trabajadores el empleador decidió despedir solo a uno de ellos, la Corte Suprema entiende que dicho trato desigual califica como una discriminación basada en motivos “de cualquier otra índole”, equiparando un trato desigual a una discriminación, por lo que dicho despido califica como nulo teniendo el trabajador derecho a su reposición. En dicho sentido, la Corte Suprema ha establecido que “la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”. Sobre el tema, puede verse, CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “El trato desigual como causal de nulidad de despido. La ruptura del *numerus clausus* del artículo 29 del D.S. N° 003-97-TR”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 170, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2008, pp. 263-266; y, también, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El trato diferenciado en el ejercicio de la potestad disciplinaria

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

f. El despido por razón de sida, según la Ley N° 26626 y la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR.

g. El despido basado en la discapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050.

Solamente los casos mencionados posibilitan la presentación de una demanda por nulidad de despido⁷. Por consiguiente, están excluidos otros supuestos que puedan suponer una lesión de un derecho constitucional. Desde nuestro punto de vista, no habrían causas razonables por las cuales se prevén supuestos típicos de despido nulo y no se consideren, por ejemplo, otros casos de despidos discriminatorios como la edad, la condición económica, la buena presencia, la estatura, etc⁸.

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

En caso de despido nulo hay dos posibilidades para el trabajador: solicitar la reposición (en este caso no puede reclamar beneficios sociales, pues se privilegia la pretensión de continuar con la relación laboral) u optar por la indemnización (extinción del contrato laboral). Hasta hace poco, en virtud de lo expresado en el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, no era posible acumular las dos acciones antes citadas¹⁰. Sin embargo, este último dispositivo ha sido dejado sin efecto por la segunda disposición derogatoria de la NLPT, por lo que se deberá entender que, actualmente, sí se podría acumular la acción indemnizatoria con la de nulidad de despido.

como causa de nulidad del despido". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, N° 114, Lima, Marzo de 2008, ps. 229-235.

⁷ Este parece ser aún el criterio reciente de la Corte Suprema, la que ha entendido que si el trabajador demandante opta por una protección de carácter restitutorio dentro de un proceso de nulidad de despido tramitado en la vía ordinaria laboral, dicho pedido deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en "numerus clausus" establece el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al ser éstas las únicas posibilidades por las cuales - en caso de ampararse su pretensión - se puede ordenar la reincorporación de actor a su puesto habitual de trabajo. Este criterio puede verse en la Considerando Noveno de la Casación N° 3034-2009-Huaura.

⁸ En una opinión similar, puede verse ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. 2ª edición, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 169-172. También, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2ª edición, Ara Editores, Lima, 2006, ps. 322-323.

⁹ GORELLI, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*, Tecnos, Madrid, 1996. p. 107.

¹⁰ Pese a ello, existe una sentencia de la Corte Superior de Huaura (Expediente N° 752-97-L) que concedió la indemnización por despido arbitrario en un caso donde el trabajador no acreditó la causal de nulidad de despido invocada en su demanda. La citada ejecutoria es comentada por NEVES, Javier. *Jurisprudencia en materia laboral*. CCJ y PUCP, Lima, pp. 64-67.

El plazo para accionar ante un despido nulo caduca a los treinta días de producido el hecho (artículo 36 de la LPCL). En función de lo resuelto por el Acuerdo N° 01-99 del Pleno Laboral de 1999, este plazo es de treinta días hábiles (cuando no funciona el Poder Judicial se suspende el cómputo del plazo de prescripción), según lo indica el propio artículo 36 de la propia LPCL y el artículo 58 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; pese a ello, la Corte Suprema que ha resuelto en forma contraria al Pleno, calificando a los 30 días como naturales o calendarios¹¹.

Finalmente, el hecho de que el trabajador firme su liquidación de beneficios sociales, no impide que luego demande la nulidad de despido y pretenda la reposición al centro laboral ya que la firma de su liquidación de beneficios sociales no es una forma válida de extinción del contrato de trabajo¹². Así lo ha señalado el TC en el reciente precedente constitucional vinculante contenido en la STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC. A pesar de que este precedente establece que el cobro de beneficios laborales no impide que el trabajador acuda al proceso de amparo, consideramos que la misma argumentación diseñada por el TC es aplicable al caso de la demanda de reposición por despido nulo.

II. La prueba del despido nulo bajo la Ley N° 26636

La Ley N° 26636 aún se mantiene en vigencia en buena parte del país. La NLPT ha sido promulgada este año; sin embargo, su ingreso será paulatino. En el año 2010, se estableció, a través de la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ¹³, su entrada progresiva en los siguientes distritos judiciales:

Distrito judicial	Entrada en vigencia
Distrito Judicial de Tacna	A partir del 15 de julio de 2010
Distrito Judicial de Cañete	A partir del 16 de agosto de 2010
Distrito Judicial de La Libertad	A partir del 01 de setiembre de 2010
Distrito Judicial de Arequipa	A partir del 01 de octubre de 2010
Distrito Judicial de Lambayeque	A partir del 02 de noviembre de 2010

Asimismo, a través de la Resolución Administrativa N° 299-2010-CE-PJ¹⁴, se ha establecido lo siguiente:

Distrito judicial	Entrada en vigencia
Distrito Judicial de Cusco	A partir del 01 de diciembre de 2010

Finalmente, hace poco se ha emitido la Resolución Administrativa N° 124-2011-CE-PJ, en donde se ha señalado los lugares en donde entrará en vigencia la nueva norma procesal laboral durante este año:

¹¹ La sentencia casatoria de la Corte Suprema (Exp. N° 0502-Del Santa) del 22 de junio de 2000, prevé que las normas laborales apuntan a establecer un plazo de 30 días naturales para la presentación de la misma.

¹² Sin embargo, existen pronunciamientos que han señalado lo contrario. Así, en el Exp. N° 3878-04 ND (A) se ha establecido que “el cobro de los beneficios sociales implica la aceptación tácita de la terminación de la relación laboral, por cuanto la oportunidad para hacer efectivos los beneficios sociales, especialmente de la compensación por tiempo de servicios”.

¹³ Publicada en *El Peruano* el 07 de julio de 2010.

¹⁴ Publicada en *El Peruano* el 23 de setiembre de 2010.

Distrito judicial	Entrada en vigencia
Distrito Judicial de Moquegua	A partir del 01 de julio de 2011
Distrito Judicial de Ica	A partir del 08 de julio de 2011
Distrito Judicial de Junín	A partir del 15 de julio de 2011
Distrito Judicial del Santa	A partir del 22 de julio de 2011
Distrito Judicial de Cajamarca	A partir del 26 de julio de 2011

Podemos ver, entonces, que en el año 2010 y en el presente 2011 la NLPT no ha tenido aplicabilidad plena en Lima y otros distritos judiciales. Es probable que, en lo que resta del año, el ingreso también sea paulatino en otras partes de nuestro país. Por esa razón, analizar la prueba del despido nulo bajo los alcances de la Ley N° 26636 es aún relevante y, precisamente, eso nos empuja a realizar, a continuación, esta primera parte de nuestro estudio.

En nuestro ordenamiento jurídico el despido y el motivo alegado deben ser probados por quien los invoca. Esto puede desprenderse de lo establecido en el artículo 37 de la LPCL: “[n]i el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”. Por otro lado, la norma reglamentaria de la LPCL ha establecido, en el segundo párrafo de su artículo 52, que: “[l]a acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el Artículo 62 de la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo”. Finalmente, a nivel de derecho laboral adjetivo, la Ley N° 26636, en su artículo 27 inciso 3, ha establecido que corresponde al trabajador probar la existencia de la nulidad del despido cuando la invoque.

Este conjunto de normas, tanto sustantivas como procesales, nos lleva a afirmar que, hoy en día, un juez laboral tendrá que ser riguroso con el trabajador que demande una nulidad de despido y tendrá que exigirle que acredite el móvil inconstitucional del empleador al momento de tomar la decisión y al ejecutar el despido. Es decir, la causal de nulidad, entonces, tiene que ser demostrada por el demandante.

Es necesario, así, que se aprecie un nexo causal entre los hechos alegados y la razón de nulidad reconocida normativamente, para encontrarnos ante un supuesto de despido nulo: “En caso de nulidad de despido, el trabajador no solo debe acreditar su despido sino además el motivo del mismo para lo cual no es suficiente demostrar la existencia del proceso judicial instaurado sino que es de su cargo probar la existencia del nexo causal entre el despido y la causa alegada, esto es, que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador” (Cas. N° 673-2006-Junín).

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

notificación pero, por el estado de gestación, es evidente que el empleador conocía del embarazo, también se configura el supuesto legal (Cas. N° 2213-2006-La Libertad)¹⁵:

“La exigencia de poner en conocimiento del empleador el embarazo antes de que se produzca el despido, lo que en esencia busca es evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que requiera en este caso como requisito sine qua non la documentación presentada al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado por razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al artículo 23 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia de producirse el despido de una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido se tiene como fundamento la discriminación por embarazo”.

En un mismo sentido, la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 275-2005 Arequipa (*El Peruano* del 02/11/2006) lo siguiente:

“Que, (...) cuando (...) se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, (...) ; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo

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

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

Por ello, se han establecido una serie de criterios –centrados en la aportación de indicios– para la valoración de la causal que motiva la nulidad del despido y, por consiguiente, ordenar la reposición del trabajador si un juez tiene –luego de una apreciación integral– la convicción de que existe una causal de nulidad.

¹⁵ Sobre este tema, puede verse CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “La protección a la madre trabajadora contra el despido. A propósito de la Casación N° 275-2055-Arequipa”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 160, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2007, pp. 215-218.

Seguidamente, y sobre la base del esquema normativo peruano, describiremos el procedimiento de acreditación o prueba de un despido nulo.

A. La aportación de indicios: la carga del trabajador

Partiendo de las previsiones normativas antes señaladas, podemos afirmar que el trabajador es quien debe probar el móvil del despido nulo. Esto, sin embargo, puede resultar casi siempre de suma dificultad para este último, debido a que el empleador puede encubrir su verdadera intención lesiva bajo el disfraz de alguna forma válida de extinción de la relación de trabajo.

Es por eso que la doctrina ha manifestado una opinión contraria a esta rigurosidad de la normativa laboral y ha planteado una forma distinta de concebir la carga probatoria del trabajador frente al despido nulo.

En el Derecho Español, Monereo Pérez señala, en referencia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que este último “[ha entendido] que el trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria, por el contrario ha de probar o aportar “indicios racionales” que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión de un derecho fundamental”¹⁶. De esta manera, “[e]l trabajador ha de probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse una presunción no plena de la existencia de la lesión al derecho fundamental; al demandado para destruir esa presunción no plena, sólo le basta probar plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y asimismo la proporcionalidad de ésta con los hechos imputados al trabajador despedido”¹⁷. Así, se afirma que la prueba que incumbe al trabajador será una prueba indiciaria pues, “no se produce una inversión de la carga [de la prueba] sino más bien un traslado de parte de la actividad probatoria que de ordinario correspondería realizar en su integridad al demandante y no al demandado que ve así “sobrecargada” su posición en el terreno de la actividad probatoria”¹⁸. Es decir, en este caso “se trata de un “debilitamiento” de la carga de la prueba que corresponde al trabajador, el cual debe probar o aportar unos “indicios” necesarios para crear el convencimiento del Juez sobre la probabilidad del hecho discriminatorio”¹⁹.

Vemos, según lo que nos comenta este autor, que la tendencia de la doctrina del Tribunal Constitucional español apunta a la búsqueda “del alivio” o “facilitación” de la carga de prueba del hecho lesivo. Así, no correspondería solo al trabajador demandante la carga de probar lo que afirma, sino que el empleador también se ve compelido a probar que lo que afirma el trabajador carece de sustento. Este último, entonces, deberá probar que el despido no obedece a una actitud lesiva de un derecho fundamental del trabajador, sino, por el contrario, a una causa justificante de extinción de la relación de trabajo.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Tiranch lo blanch. Valencia, 1996, p. 11.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ibidem*, ps. 14-15.

De esta idea es también Montoya Melgar, quién nos afirma que “para liberar al trabajador de la difícil prueba de la discriminación, la doctrina del TC [español] desvía la carga de la prueba, de tal modo que será el empresario quien deba demostrar que el despido obedeció a “motivos razonables” (expresión más elástica), aunque el trabajador ha de probar previamente, al menos la concurrencia de “indicios racionales” de discriminación”²⁰.

Alonso Olea y Casas Baamonde, de una manera casi similar a los dos anteriores autores españoles, señalan que: “la prueba de la discriminación o violación del derecho fundamental –puesto que la carta de despido, si existe, disimulará o falseará la causa–incumbe a quien la alega, salvo su inversión en vista no de la mera alegación o afirmación de que se ha sido discriminado, sino de un panoramaza discriminatorio (...) o de la prueba de hechos de los que se desprenda sospecha vehemente o, al menos, indicio racional de violación (...), presente el cual el empresario ha de probar la legitimidad de la causa mediante la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”²¹

En nuestro medio, la doctrina también ha defendido la facilitación de la carga probatoria del trabajador cuando este acude a un proceso demandando la existencia de un despido nulo. Así, Arce Ortiz, sobre este punto, ha señalado que “el juicio de certeza allegado al juez a través de medios probatorios, sean éstos directos o indirectos, debe ser más leve o, si se quiere, más ligero, cuando de por medio se encuentre la tutela de un derecho fundamental del trabajador”²². Reconoce este autor que “pueden ser considerados [la prueba de indicios y presunciones] “mecanismos clásicos de atenuación” de la carga de la prueba, pues pese a no ser prueba plena o directa son siempre fuentes de certeza”²³. Ahora bien, esta posibilidad de que el juez se base en indicios para determinar la nulidad del despido debe “exigir mucha sensibilidad a la hora de calibrar la prueba del trabajador, pues una flexibilización extrema como requisito esencial para dispensar una tutela efectiva puede, incluso, poner en entredicho el alcance de la tutela del propio derecho fundamental del empleador”²⁴.

Paul Paredes²⁵, defiende la exigencia de una valoración por parte del juez de los medios probatorios más meditada, más exhaustiva, lo más cercana a la verdad de las cosas. Y todo esto sin excluir a las presunciones simples, que no son fuente de probabilidad sino de certeza²⁶. En consecuencia, estando las presunciones simples permitidas de modo general para allegar la convicción del juez, cuando la ley exige la prueba (la certeza) del despido y de los motivos, no puede significar menos que esa exigencia de certeza también puede verse satisfecha por presunción simple²⁷.

Blancas Bustamante señala, de manera contraria a los anteriores autores, que “el principio de facilitación probatoria parecería imposible de aplicar en nuestro

²⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit, p. 483.

²¹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. Ob. cit., p. 606.

²² ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido ...* Ob. cit., p. 229.

²³ Ídem.

²⁴ Ibídem, p. 237.

²⁵ Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. 1^a edición, Ara editores, Lima, 1997, p. 276.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

ordenamiento procesal laboral, a la vista de la contundencia de la regla que prohíbe presumir el motivo del despido, contenida en el artículo 37 de la LPCL. En virtud de esta regla, el trabajador sólo puede probar la nulidad del despido recurriendo a medios directos de prueba, estando impedido de valerse para ello de los sucedáneos de los medios probatorios²⁸.

Nosotros consideramos correcto el no entender de manera literal el artículo 37 de la LPCL y la normativa contenida en la LPT. Por el contrario, coincidimos con aquellos autores que señalan que, en el caso del despido nulo, la labor probatoria del trabajador debe verse facilitada debido a que el motivo del despido, en el caso del despido nulo, suele ser subjetivo, y, por eso, debe permitírsele al trabajador iniciar un proceso sustentando su pretensión en aquellos indicios con los que cuente. Probado un “halo” de lesividad constitucional, el empleador será quien deba demostrar que el despido o la extinción de la relación laboral no obedece a una causal inconstitucional sino a una causa justa. Ahora bien, esto no significa que por el sólo hecho de que el trabajador denuncie un despido inconstitucional se presuma la inconducta del empleador. Por el contrario, en caso no se pruebe, al menos a través de indicios, una actitud inconstitucional del empleador, el juez deberá declarar infundada la demanda de nulidad de despido.

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

Siguiendo a Gorelli²⁹, la prueba de presunciones importa que el trabajador debe introducir indicios mínimos de la ilicitud e inconstitucionalidad del empleador – diríamos, un clima o ambiente de nulidad–, el trabajador está obligado a realizar una labor probatoria, pero no una prueba plena ni absoluta.

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

Ahora bien, como los supuestos de nulidad de despido se contraen en casos de lesión de derechos fundamentales (discriminación, libertad sindical y debido proceso), la prueba de la afectación debiera ser más tenue pues se trata de derechos específicos e inespecíficos constitucionales y que, como tales, merecen la mayor tutela posible³⁰.

²⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 355.

²⁹ GORELLI, Juan. Ob. cit. pp. 101 y ss.

³⁰ ARCE, Elmer. Ob. cit. p. 267 y ss.

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

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

De esta manera, se debiera utilizar los medios indirectos de prueba que importa aplicar una serie de presunciones que, basado en indicios y las reglas de la experiencia permiten que el juez tenga certeza sobre el despido³¹.

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

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

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

De esta manera, la carga probatoria del empleador estará supeditada al éxito del trabajador en demostrar la nulidad del despido. Es decir, es imperativo que, previamente, el trabajador aporte los elementos suficientes para encontrarnos ante un ambiente o clima de nulidad de despido.

No estamos ante una prueba negativa –una prueba diabólica–, sino ante un hecho positivo: que el despido obedezca a una causal real, razonable y diferente a la causal de nulidad alegada por el demandante, debiendo existir una causa lo suficientemente seria como para que el empleador se plantee el despido³².

III. La prueba de despido nulo en la nueva Ley Procesal del Trabajo

Bajo la configuración de la NLPT, la reposición por despido nulo será conocida por los jueces de trabajo a través del proceso abreviado laboral (artículo 2 inciso 2). Este tipo de proceso se caracteriza por tener una duración bastante reducida. Así, cuenta con una audiencia única, en la que se llevarán a cabo las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencias (artículo 49) y ello sumado a la oralidad e inmediatez de los procesos, generará que el juez tenga mayores posibilidades para apreciar si estamos ante una causal de nulidad.

³¹ VINATEA, Luis. “La prueba del despido nulo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 87, Lima, Marzo 1998, p. 12.

³² GORELLI, Juan. Ob. cit. pp. 108-110.

Sobre la carga de la prueba del móvil que tiñe de nulidad al despido, la NLPT nos señala, en su artículo 23 inciso 3 literal b), que es el demandante –en este caso, el trabajador- quien deberá probar “[e]l motivo de nulidad invocado”.

Según esta regla procesal será el trabajador quien, luego de probar la existencia de la relación laboral (al menos a través de la acreditación de la existencia de la prestación personal de servicios³³), deberá demostrar que esta relación fue terminada por el empleador por alguno de los móviles sancionados con nulidad por el artículo 29 de la LPCL.

Parecería, entonces, que la NLPT diseña una regla probatoria idéntica a la contenida en la LPT: es el trabajador quien debe probar que el despido se produjo no por una causa justificada sino, por el contrario, por una razón inconstitucional. De esta manera, el trabajador, desde una óptica apegada a la literalidad de la norma procesal, no podría acudir al uso de indicios y, en general, a una regla que admita la facilitación probatoria. La prueba, en todo caso, sólo podría ser directa. Y, si no existe dicha prueba, el despido se entenderá perfectamente válido.

Sin embargo, parece que la NLPT ha pretendido recoger y positivizar la regla planteada por la doctrina (cuyas opiniones hemos mostrado *supra*) y defendida también por cierto sector de nuestra jurisprudencia. Afirmamos esto porque, luego de leer el artículo 23.3 literal b) de la nueva norma procesal, observamos que existe un dispositivo (el artículo 23 inciso 5) que señala lo siguiente:

“En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.

Este precepto no hace sino insertar en materia probatoria, y especialmente en lo que concierne a la prueba del despido nulo, la posibilidad de acudir a los indicios³⁴ para generar en el juez una mínima convicción de que el empleador ha despedido al trabajador por una razón inconstitucional.

³³ La NLPT diseña, en su artículo 23 inciso 1, una “presunción de laboralidad”, es decir, que establece que se presumirá la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado con la sola prueba de la prestación personal de servicios. Sobre esta presunción recomendamos ver: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: pieza clave para la recuperación de la eficacia del Derecho del Trabajo en el Perú”. En: AA.VV. *Manual de Actualización Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 69-94.

³⁴ La LPT regulaba la posibilidad de recurrir a los indicios en su artículo 41 que establece: “Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia. En el proceso laboral, los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.

Por otro lado, también se busca recoger en la norma el criterio jurisprudencial esbozado en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997³⁵ que establecía lo siguiente: “En los procesos en que se ventile la Nulidad del despido, si bien el Juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido”.

Creemos, de este modo, que ahora los jueces tendrán que tener en cuenta los indicios presentados por el trabajador al momento de determinar si el despido se ha producido por un móvil sancionado con la nulidad. Y no se basarán en indicios porque sea un criterio reconocido por la jurisprudencia, sino porque es la propia norma procesal la que, en un intento de disipar contradicciones jurisprudenciales, reconoce este criterio y lo erige como regla a regir en materia probatoria.

De este modo, consideramos que esta nueva previsión normativa coincide con el propósito del legislador de diseñar un nuevo proceso de trabajo caracterizado por una atención de las desigualdades procesales. Son, pues, estas desigualdades las que, en infinidad de ocasiones, impiden que el trabajador acuda al proceso de trabajo en situación de paridad con el empleador. Por eso, el legislador debe, a través de la formulación de reglas procesales, minimizar esta situación de disparidad a través de reglas de favorecimiento a la parte más débil de la relación de trabajo.

El despido nulo es un rasgo del ejercicio abusivo del poder sancionatorio del empleador en la relación de trabajo. Este poder, materializado en el despido, podría encubrirse a través de la imputación de faltas graves cometidas por el trabajador. Precisamente, esto acarrea que el trabajador no cuente con pruebas para acreditar el móvil subjetivo. Por ello, en estos casos, la facilitación probatoria se torna en el remedio procesal eficaz a esta situación. No obstante, como lo hemos señalado anteriormente, el uso de indicios no puede afectar el derecho al debido proceso del empleador. Se requiere, pues, de una prueba indiciaria clara, que permita apreciar que el despido, supuestamente justificado, es, más bien, la materialización de una intención lesiva del trabajador frente a ciertas situaciones (embarazo, discapacidad, diferencias raciales, etc) o actuaciones (dirigente sindical, reclamos judiciales, etc) del trabajador.

IV. Jurisprudencia Laboral sobre la prueba del despido nulo

Si la NLPT recoge y plasma a nivel normativo un criterio que, poco a poco, ya había ido perfilando la jurisprudencia, consideramos necesario hacer un repaso de los pronunciamientos que se han emitido bajo la vigencia de la LPT. Por otro lado, haremos esto también atendiendo a que no existe aún jurisprudencia desarrollando el contenido de la NLPT.

En este punto, nosotros nos concentraremos en el análisis de las sentencias de casación expedidas en procesos judiciales de índole laboral. No abordaremos el estudio

³⁵ Celebrado en la ciudad del Cusco en 1997.

de sentencias del TC pues están referidas a procesos constitucionales de amparo, lo cual no forma objeto de análisis de este trabajo. Dividiremos, por un criterio didáctico, este ítem en dos partes, referidas a la carga probatoria de ambas partes laborales.

A. La carga probatoria del trabajador del despido nulo

1. *En el despido basado en la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales o por ser representante de los trabajadores*

En la Casación N° 157-2006-Del Santa se señaló que no es suficiente para que se declare fundada la demanda de nulidad de despido que el trabajador demuestra que es dirigente sindical. Así, se ha señalado que:

“Que, las sentencias de [primera instancia] contienen vicios insubsanables, pues al amparar la demanda se debió explicar y señalar cuáles son las razones por la que se habría producido la nulidad del despido del actor siendo necesario subrayar que **sí en un proceso judicial, como en el presente caso, se establece la calidad de dirigente sindical del demandante; ello no constituye elemento suficiente por sí sólo para declarar el despido como nulo; sino es un indicio más que confrontado con otros puede coadyuvar para determinar la nulidad o no del despido**” (el resaltado es nuestro).

Mientras tanto, en la sentencia emitida en el Exp. N° 5568-2003-N.D. (S) se declaró fundada la demanda de un trabajador que había asumido el papel de representante en una negociación colectiva. En este pronunciamiento, a diferencia del anterior, se corroboró que las supuestas causas justificantes que llevaron al empleador no existían. Sin embargo, para la Sala Laboral, es suficiente esto último, es decir, que no hayan pruebas de que el despido es justificado, para considerar que el móvil del despido era la calidad de representante del trabajador.

En la Casación N° 1460-2003-Lima, la Suprema considera que el empleador no ha demostrado que el despido sea razonable. Por eso, es suficiente la calidad de dirigente sindical del trabajador para considerar que esta calidad es el móvil del empleador para proceder a despedirlo.

En relación al despido de un dirigente sindical, en la sentencia al Expediente N° 0482-2002-ND (S), se estableció que para que un trabajador pueda demandar la nulidad de un despido motivado por su calidad de representante de los trabajadores, es necesario que el empleador haya tenido, previamente, conocimiento de la designación del trabajador de dicha calidad.

En la Casación N° 2231-2003-Ica se señaló que la nulidad de un trabajador que había sido representante de un grupo de trabajadores en una visita inspectiva. Lo peculiar de este caso es que los trabajadores no representados no alcanzaban la cantidad necesaria para formar un sindicato. Sin embargo, este hecho no enerva el que haya una representación de trabajadores y que, por esta representación, el empleador despidiera a determinado trabajador. Este despido, pues, también debe ser considerado nulo.

En la Casación N° 398-1998 LIMA se estableció que es nulo el despido de un trabajador que fue despedido inmediatamente al hecho de su inscripción como candidato a representantes de los trabajadores. Se comprobó, pues, que la hora de recepción de la carta de despido era las nueve de la noche mientras que la inscripción de la lista del demandante se efectivizó a las nueve y veinticinco de la mañana del mismo día por lo que se puede concluir que el empleador, al tomar conocimiento de aquello, despidió al demandante. En este caso, la propia Corte Suprema recurre a una valoración conjunta de las pruebas y, en cierto modo, basa su fallo en una serie de indicios.

Ahora bien, si el trabajador no acredita encontrarse dentro de los plazos de protección de despido nulo o no tiene la categoría protegida (Casación N° 307-97-Cusco³⁶), no cabe la alegación de nulidad, aun cuando se presenten indicios. Por ejemplo, en el caso de los representantes de los trabajadores, la protección alcanza hasta los noventa días posteriores al término de sus funciones (artículo 46 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo N° 001-96-TR); pasado el plazo legal, no cabe alegación sobre la nulidad de despido (Casación N° 959-98-Huaura³⁷).

Ciertamente, como ya hemos visto, no basta que el trabajador ostente una “categoría” protegida, debe aportar indicios que permitan al juez tener la convicción de un despido nulo. En este sentido, si se trata de un despido a un trabajador por sus actividades sindicales y una demanda de cese de hostilidad, tales hechos no son suficientes para la Corte Suprema en la medida que existieron otros trabajadores despedidos conjuntamente por racionalización y no se aportan indicios que permitan apreciar los actos “nulos” del empleador (Casación N° 2542-97-Lima³⁸).

Luego de demostrar los indicios, hay que apreciar la causalidad de tal manera que el trabajador “conecte” los hechos apreciados con la causal de nulidad; por ejemplo, para demostrar un despido por las actividades sindicales, se debe acreditar que el empleador conocía de las actividades sindicales del trabajador y reaccionó contra estas; en cambio, si el trabajador participa en una asamblea general de afiliados y el despido se produjo con anterioridad a dicha asamblea, tales hechos –la participación en la asamblea– no están vinculados de “causa a efecto con el despido producido” (Casación N° 1636-97-Lima). Debe apreciarse un nexo de causalidad, tanto en el tiempo como en las circunstancias (Casación N° 2141-97-Piura³⁹). Así, como anota Montero Aroca⁴⁰, las presunciones no se proponen ni son medios de prueba, se debe probar el indicio en la

³⁶ Publicada el 2 de octubre de 1999 en el *El Peruano*.

³⁷ Sentencia publicada el 28 de marzo de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. En este caso, la parte laboral alegó que el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo había sido derogado por la LPT, invocando la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la LPCL que es una norma de desarrollo constitucional (artículo 62 de la Constitución de 1993), en virtud de la cual la ley posterior se aplica sobre la ley anterior. Dicha pretensión, evidentemente, no fue amparada por la Corte Suprema.

³⁸ Publicada el 13 de noviembre de 1999 en el diario oficial *El Peruano*. Adicionalmente, puede verse la Casación N° 1705-97-Callao, publicada el 20 de junio de 2000, en la cual la Corte Suprema indica expresamente que “es de cargo de esta parte –el trabajador– demostrar la existencia del nexo causal entre el despido y la causal de nulidad alegada, es decir, que el hecho fue producto de una represalia por las denuncias penales que se siguen en contra de la demandada”.

³⁹ Publicada el 1 de marzo de 2001 en el diario oficial *El Peruano*.

⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 219-220.

fase probatoria y luego de una valoración, se podrá indicar que entre el indicio y el hecho presumido hay un enlace lógico para dar por probado dicho hecho presumido.

La causalidad es determinante para apreciar la nulidad de un despido. No basta con la acreditación del cargo de dirigente sindical, es necesario determinar el nexo de causalidad: en un caso, la Corte Suprema declaró que el despido del empleador a un dirigente por haber dispuesto indebidamente de los fondos del sindicato (cuotas sindicales de los afiliados), califica como un acto de injerencia a la libertad sindical y, por ende –nexo causal–, como un despido nulo (Casación N° 86-98-Lima⁴¹).

2. *Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes*

La jurisprudencia ha establecido que, ante una demanda de nulidad, el trabajador debe aportar indicios que demuestren la apreciación de un “ambiente” de nulidad, de ilegalidad. Así, el trabajador debe demostrar la existencia de ciertos hechos o circunstancias que respalden su afirmación: no basta con haber interpuesto un proceso contra el empleador, es necesario que se acredite que existan actitudes o conductas empresariales que evidencien un propósito de impedir arbitrariamente el reclamo laboral (Casación N° 28-97-Piura⁴²). Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 01887-2006-Lima que, para que se configure la nulidad del despido, no es necesario que el trabajador demuestre actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente el reclamo de sus trabajadores, como exige el artículo 47 del Reglamento de la LPCL, inaplicándolo. Estamos ante uno de los pocos casos donde la Corte Suprema inaplica una norma legal y ejerce el control difuso de legalidad de las normas, destacando adecuadamente lo siguiente:

“El supuesto contenido en el artículo 47 del Decreto Supremo 001-96-TR, referido a que la queja o reclamo debe necesariamente encontrarse precedida de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores, excede el marco de la ley reglamentada – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728–, pues no interpreta o reglamenta estrictamente, sino que agrega un supuesto de hecho no contenido en la norma principal. En tal virtud, no corresponde aplicar en el presente proceso el artículo 47 del Decreto Supremo 001-96-TR a efectos de interpretar el artículo 29, inciso c) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, pues dicha norma restringe indebidamente los supuestos legales para declarar nulo el despido, desnaturalizando la norma reglamentada en contravención del citado artículo 118, inciso 8 de la Carta Magna” (Casación N° 1887-2006-Lima)”.

Asimismo, la Corte Suprema ha precisado qué criterios deben tomarse en cuenta para considerar un despido nulo, que supone la reposición del trabajador, por efectuarse como represalia a una queja contra el empleador: “Para la configuración del despido nulo (...) debe tenerse en cuenta los siguientes criterios: a) Que el trabajador haya

⁴¹ Publicada el 16 de julio de 2000. No compartimos la opinión de la Corte Suprema, consideramos que se debió demostrar que existían indicios de “un clima de nulidad” y, especialmente, el nexo de causalidad, un despido por la condición sindical. En este caso, el despido será arbitrario porque, efectivamente, el empleador no puede tener injerencia en las actividades sindicales, pero no nulo.

⁴² Publicada el 31 de diciembre de 1998 en el diario oficial *El Peruano*.

presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa; b) Que, el acto del despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por parte del trabajador y dentro del plazo tan cercano que produzca convicción en el juzgador que el móvil por el cual se dio término el vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado; y c) Que, el empleador no haya motivado expresamente su decisión de despedir al trabajador”⁴³⁴⁴.

En ciertos casos, la Corte Suprema (Casación N° 473-97-Piura⁴⁵), con la sola constatación de un nexo temporal determinó la validez de una demanda de nulidad. Se trató de un despido arbitrario con indemnización producido el mismo día de la reposición de un trabajador por mandato judicial, “lo que evidencia que el motivo real del despido fue haber participado en un proceso judicial contra el empleador ante el órgano jurisdiccional”.

En otro caso, luego de la reposición, el empleador dispuso la suspensión imperfecta de labores del trabajador repuesto e incumplió el pago de sus remuneraciones lo que motivó reclamos del trabajador y la interposición de una denuncia penal por violación de la libertad de trabajo y, finalmente, despidió arbitrariamente al trabajador. Ante tales circunstancias, la Corte Suprema declaró fundada la demanda de nulidad por entender que existieron actos empresariales como consecuencia de las demandas del trabajador (Casación N° 1319-98-Callao⁴⁶).

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

En el Exp. N° 261-2004-N.D.(S) se señaló que no es nulo el despido de un trabajador que ha presentado un reclamo a su empleador con el único fin de poder contar luego con una prueba de que el despido obedecía, no a una causa justa, sino al hecho de haber reclamado. Vemos, pues, que el trabajador no ha cumplido con probar que el despido obedecía a un reclamo; por el contrario, ha sido el empleador el que ha probado que el despido sí tiene causa justa. En este caso, puede corroborarse que la sola existencia de un reclamo no llevó al juzgador a considerar que esa había sido la causa

⁴³ En el presente caso (Casación N° 1363-2005-Lima), al evaluar la correcta interpretación de las disposiciones sobre despido nulo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema consideró que una solicitud de visita de inspección puede ser considerada como queja para efectos de calificar un despido como nulo si un trabajador es despedido con ocasión de su presentación.

⁴⁴ Sobre este tema, puede revisarse QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. “La nulidad de despido cuando el trabajador se ha quejado o participado en un proceso contra el empleador”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 178, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre del 2008, p. 294.

⁴⁵ Sentencia publicada el 30 de marzo de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. En forma contraria, la Casación N° 1636-97-Lima –publicada el 21 de marzo del 2000– indicó que la protección por haber sido dirigente sindical no puede extenderse indefinidamente: las normas peruanas, la legislación comparada y las normas de la OIT –según indica la sentencia– son claras en delimitar temporalmente la protección a los dirigentes sindicales.

⁴⁶ Publicada el 3 de junio del 2000 en el diario oficial *El Peruano*.

del despido. Por el contrario, la falta de pruebas del trabajador generó la convicción de que el despido era justificado.

En el Exp N° 1906-2000 N.D.(Ay S) se estableció que el despido nulo por “represalia” exigía los siguientes requisitos: “a) que el trabajador haya presentado queja o participado en proceso de naturaleza laboral en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no como ánimo de perjudicar al empleador o de tener un medio para defenderse frente a un posible despido por causa justa; b) que el acto de despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por el empleador y dentro de un plazo tan cercano a este hecho que lleve a la convicción que el móvil por el cual se ha roto el vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado”.

En la Casación N° 516-2001-La Libertad la Corte Suprema se pronuncia sobre un caso en el que el trabajador llegó a probar la existencia de un despido producido porque antes había prestado declaración testimonial con trascendencia probatoria en un proceso laboral iniciado por otro trabajador. En este caso, el reclamo y el consiguiente despido generaron la convicción de la causalidad entre uno y el otro.

En el Exp. N° 3993-2003-N.D.(AyS) se emitió pronunciamiento sobre un trabajador despedido inmediatamente a la realización de una inspección laboral. Dicha inspección se produjo por una solicitud del trabajador que no se encontraba registrado en planillas. En este caso, la Sala Laboral se genera convicción de la nulidad del despido y señala que: “resulta creíble que el real móvil del despido fue la represalia por haber participado en un reclamo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, configurándose así un despido nulo”.

En la Casación N° 749-2002-Lima⁴⁷ se estableció la nulidad de un despido producido a consecuencia de la inspección laboral solicitada por un trabajador ante el Ministerio del Trabajo. En este pronunciamiento, la Corte Suprema señala que “para su configuración [del despido nulo] el trabajador solo debe acreditar que sus reclamos pueden ser de naturaleza administrativa o judicial”.

En la Casación N° 489-2001-Piura⁴⁸ se señaló que, para que se configure el despido por represalia “el reclamo tiene que ser preexistente a la nulidad de despido que se invoca; pues, en efecto, un despido nulo debe tener un nexo de causalidad con el motivo real que lo produce, siendo de cargo del demandante la prueba de aquel despido. Así, todo despido fáctico que carece de causa justificada resultará ser arbitrario y no da lugar a la nulidad ni a la reposición pretendida, sino únicamente a una indemnización especial”.

La Corte Suprema también ha intentando restringir al despido por represalia. Así, en la Casación N° 800-2002-Lima⁴⁹ se ha señalado que: “[p]ara que se configure la causal del inciso c) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la queja o el proceso entablado contra el empleador debe ser de índole laboral, es decir, debe referirse a afectaciones de los derechos laborales derivadas de la relación de trabajo o de los derechos fundamentales”.

⁴⁷ Publicada en *El Peruano* el 02 de diciembre de 2003.

⁴⁸ Publicada en *El Peruano* el 02 de enero del 2002.

⁴⁹ Publicada en *El Peruano* el 02 de noviembre de 2004.

En otros pronunciamientos, la jurisprudencia ha desarrollado lo que debe entenderse por reclamo del trabajador. Así, en el Exp. N° 591-2002-N.D.(AyS) se ha establecido que “[e]s una causal de nulidad del despido el hecho que el trabajador haya presentado una queja o participe en un proceso contra su empleador ante las autoridades competentes, debiendo tenerse el precedente que desprendido de la Casación N° 2722-97 Lambayeque, en el cual se precisa que el reclamo puede ser de naturaleza administrativa o judicial en materia de trabajo”.

En la sentencia al Exp. N° 3134-2002 ND (S) se señaló que la denuncia de un Jefe de la Oficina de Auditoría Interna hecho ante la Contraloría General de la República en contra de su empleador también debe entenderse como un reclamo. Se señaló lo siguiente: “no resulta válida la interpretación que (...) pretende reducir dichos reclamos a los presentados en la vía procesal laboral en sentido lato, excluyendo la defensa de los derechos que el trabajador intente en otra vía, encontrándose demostrado además en el proceso de manera evidente el nexo causal existente entre la queja descrita y la decisión de la emplazada de extinguir la relación laboral a causa de ellos, por lo que se configura la existencia del despido nulo que el actor invoca”.

Si el trabajador no se encuentra en los supuestos de nulidad previstos en la LPCL ni aporta los indicios respectivos, aun cuando se aprecie claramente que el despido es arbitrario, no procederá la admisión de la demanda de nulidad. Así, si se alega la existencia de una reclamación y un proceso administrativo contra el empleador pero, finalmente, se determina que la reclamación se contrae en una visita inspectiva del Ministerio de Trabajo propiciada por el sindicato donde se registra casos individuales sin que aparezca el demandante y, de otro lado, que el proceso administrativo se refiere a un conflicto intrasindical donde no interviene el empleador, no se admite la causal de nulidad invocada por el trabajador despedido arbitrariamente (Casación N° 2739-97-Lima⁵⁰).

3. *La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, etc.*

Respecto a esta causal, en la sentencia al Exp. N° 223-2003-ND (S) se señaló que: “[n]o configura un acto de discriminación el renovar el contrato de todos los trabajadores menos el de la actora, por cuanto para la configuración de dicho acto es necesario acreditar que el móvil del despido obedeciere a una de las causales de discriminación previstas en la Constitución (artículo 2.2) y en la Ley (artículo 29°, inciso d) del Decreto Supremo N° 03-97-TR). Así la carga de la prueba recae sobre el trabajador a tenor de lo establecido en el artículo 27° inciso 3) de la Ley Procesal del Trabajo”.

4. *El embarazo*

En la sentencia al Exp. N° 2206-98-ND-S, se declaró la nulidad de un despido producido durante el período post natal de una trabajadora. En este caso, se señaló lo siguiente: “la carta de despido se redactó cuando la reclamante se encontraba con

⁵⁰ Publicada el 21 de marzo de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. Esta sentencia casatoria unifica la jurisprudencia contradictoria de las salas superiores, respecto de otros casos idénticos demandados pero resueltos en forma diferente.

Licencia prenatal; y al producirse el despido el 06 de diciembre de 1997 tomando la fecha de nacimiento 07 de octubre de 1997 este se produjo dentro de los Noventa días posteriores al parto; por lo tanto se puede concluir que el estado de embarazo tuvo relación con el despido; en ese sentido, se concluye, que el despido efectuado por la trabajadora es nulo”.

Una sentencia relevante en donde se trasluce el criterio de la Corte Suprema sobre el despido nulo lo encontramos en la Casación N° 275-2005-Arequipa, mencionada al principio de este trabajo. Lo importante de esta sentencia es que establece que “la formalidad de la notificación queda de lado cuando se evidencia el embarazo de la madre gestante, pues la mencionada notificación no determina la protección a la que se encuentra sujeta”. Es decir, la trabajadora no deberá demostrar en un juicio que comunicó a su empleador su situación de embarazo cuando dicha situación sea evidente.

Como hemos señalado, la propia LPCL señala que en el caso del despido de la trabajadora embarazada, la sola comunicación de esta a su empleador de su condición acarrea que sea este último el que deba probar que el despido sí cuenta con una causa justa. En este caso, la trabajadora no debe probar, podemos ver, el móvil ilegítimo del empleador. Así se ha precisado, por ejemplo, en la STC Exp. N° 2089-2003-ND (S): “[e]s nulo el despido a la trabajadora embarazada producida en cualquier momento del periodo de gestación (o dentro de los noventa días posteriores al parto) cuando es presumible que el despido se deba embarazo en la medida que el empleador no acredita la existencia de una causa justa que lo lleve a realizarla y más aún cuando éste fue notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. Así, en el presente caso la trabajadora embarazada solicitó en forma escrita a su empleador la personal de apoyo para realizar sus labores dado que se encontraba en estado de gestación adjuntando a esto constancia de embarazo normal con las cuales se acredita de manera indubitable y fehaciente que la entidad demandada se encontraba plenamente enterada del estado de gravidez en que se encontraba la accionante. Por tanto al no haber cumplido la accionada con acreditar la causa justa del despido, éste deviene en nulo”.

B. La carga probatoria del empleador

Como hemos visto, no basta la presentación de indicios de parte del trabajador para concluir que estamos ante un despido nulo. Si el empleador acredita que el trabajador cometió falta grave, no debe admitirse la demanda presentada. En este sentido, en el caso de un dirigente sindical (Casación N° 1938-98-Lima⁵¹) que cometió injuria, no se reconoció la causal de nulidad alegada por el dirigente sindical.

En un mismo sentido, en la sentencia al Exp . N° 2685-2003-N.D.(S) se ha establecido que “[e]n los procesos de nulidad de despido el trabajador debe aportar indicios razonables que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la causal invocada, mientras que el empleador debe destruir dicha presunción probando que existe una causa justificada suficiente”.

⁵¹ Publicada el 24 de marzo de 2001 en el diario oficial *El Peruano*. En el mismo sentido, puede verse la Casación N° 541-98-Lima, publicada el 17 de noviembre de 1999.

En la sentencia al Exp. N° 591-2002-N.D.(AyS) se confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de nulidad. El pronunciamiento de la Sala establece, en este caso, que le corresponde al empleador destruir la apariencia de ilegitimidad del despido mostrada por el trabajador a través de indicios. En caso el empleador no pruebe, pues, que el despido es justificado, los indicios presentados por el trabajador serán suficientes para generar la convicción. Esto señaló la Sala: “el empleador no ha desvirtuado los indicios aportados por el trabajador, por lo que resulta creíble que el móvil del despido haya sido la represalia por haber participado en un reclamo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo”.

Por otro lado, cuando el trabajador señale que fue despedido por su calidad de dirigente sindical, el empleador debe probar que, en realidad, el despido obedece a la existencia de una falta grave. En caso no acredite la comisión de dicha falta, señala la Corte Suprema, en la Casación N° 166-2004-Del Santa: “cabe concluir que el verdadero motivo del despido sufrido fue el de tener dicha condición, por lo que el despido es nulo”.

De otro lado, si el empleador no demuestra la existencia de una causa válida de cese, se tendrá por ciertas la alegación y los indicios acreditados por el trabajador. En el caso de un despido por falta de capacidad del trabajador no demostrada fehacientemente por el empleador, se concluye que hay despido nulo por las actividades sindicales del primero (Casación N° 1946-97-Cono Norte⁵²). La distribución de la carga probatoria importa que el empleador deba justificar el cese del trabajador, de tal manera que este se ajuste a la legalidad⁵³.

En caso de que el empleador no demuestre que el vínculo laboral se extinguió por una causal válida prevista en nuestro ordenamiento (artículo 16 de la LPCL), y el trabajador hubiera cumplido con la carga probatoria, deberá declararse fundada la demanda de nulidad de despido (Casación N° 168-98-La Libertad⁵⁴). El empleador debe demostrar entonces que la causal de nulidad alegada no fue el factor sustancial motivante del despido.

Conclusiones

Como hemos visto, la jurisprudencia laboral ha tenido la oportunidad de interpretar la normativa procesal laboral que regula la prueba del despido nulo por parte del trabajador. A pesar de que la LPT impone a este último la prueba del móvil ilícito que caracteriza a este tipo de despidos, la jurisprudencia ha relativizado este criterio y, en estas ocasiones, ha declarado fundadas demandas de nulidad de despido en base a la existencia de indicios presentados por el trabajador.

Este criterio jurisprudencial ha encontrado apoyo en la doctrina laboral, quien ha defendido la facilitación probatoria y la posibilidad de que el trabajador, a falta de

⁵² Publicada el 31 de diciembre de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

⁵³ PÉREZ, Rosa. “De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales”. En: *Relaciones Laborales*, N° 8, Madrid, abril de 1999, p. 21.

⁵⁴ Publicada el 14 de julio de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. Conviene destacar que esta ejecutoria, que tutela la libertad sindical, reconoce los Convenios Internacionales de Trabajo N°s. 87 y 98 y los utiliza para brindar un contenido al artículo 28 de la Constitución de 1993, en aplicación de la Cuarta Disposición Final de la misma constitución.

pruebas directas de la nulidad del despido, utilice una serie de indicios que generen en el juzgador la creencia de la ilicitud de este acto sancionatorio.

Con la NLPT se da un paso adelante en la protección a nivel procesal del trabajador. Afirmamos esto porque se ha establecido como una regla procesal el que el trabajador pueda probar el móvil lesivo en el despido nulo a través de indicios. Una vez acreditado el ambiente de ilicitud, será el empleador quién deba probar que el despido era justificado, es decir, que su realización obedeció a alguna de las causales señaladas en la ley laboral. Si no llegará a probar la existencia de causa justificante el despido, el juez deberá declarar fundada la demanda sobre la base de los indicios presentados por el trabajador.

ITA IUS ESTO
www.itaiusesto.com

La séptima edición de la Revista Ita Ius Esto se realizó gracias al auspicio de:

