

El Despido Nulo por Motivos Antisindicales

ELMER ARCE ORTÍZ

Alumno del Noveno Ciclo de Derecho. Asistente de Docencia del curso de Derecho Colectivo del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Fundamentalmente, tras la generalización del desempleo, el aumento de pobreza y la descomposición social a raíz de la crisis económica de las empresas en los últimos años, muchos países, sobre todo latinoamericanos, impulsaron y aceleraron la tendencia a introducir en sus legislaciones laborales planteamientos flexibilizadores, cuyo enfoque esencial supone un cuestionamiento a los principios tradicionales del Derecho del Trabajo.

En efecto, en esta perspectiva economicista de la relación obrero-patrón, que parte de la crítica al proteccionismo laboral, sosteniendo que éste genera un efecto adverso al querido, puesto que acrecienta, en palabras de ERMIDA URIARTE¹, la desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo, no ha sido ajena a nuestra realidad jurídica, y por el contrario ha inspirado el nuevo "plan laboral" peruano en bien del aumento masivo de empleo, del estímulo de la inversión productiva o de la mayor competitividad de las empresas nacionales².

En este sentido, las reformas legislativas en materia laboral ocurridas en el Perú de los 90's, han tenido como ejes centrales la creación de una variedad de contratos laborales, negando la preferencia por la contratación a plazo indefinido, y la adaptación de una posición flexible sobre la estabilidad laboral³. Quizás por ello, es evidente que desde la

entrada en vigor del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo (12/11/91), hasta la última modificatoria dispuesta por el Decreto Legislativo 855 (04/10/96), se han reformado radicalmente aspectos esenciales del contenido del derecho de estabilidad laboral, sobre todo en el momento del término de la relación de trabajo. Como fruto de este proceso, nuestro ordenamiento laboral ha retornado a un sistema de estabilidad laboral semejante al que existió antes de 1970, esto es, un esquema que excluye la estabilidad absoluta (es decir, la opción del trabajador de ser repuesto o readmitido en su centro de labores ante un despido improcedente o injustificado), manteniendo, como única regla, sólo la estabilidad relativa que supone el derecho del trabajador a recibir el pago de una indemnización a cambio de la ruptura definitiva del vínculo laboral.

Sin embargo, aunque el pago de una indemnización por los daños sufridos a consecuencia del despido ilícito, constituya la regla general en nuestra legislación (artículo 71 del TUO de la Ley de Fomento del Empleo); es factible, de manera excepcional, la readmisión del trabajador sólo en los casos en los que el despido, además de ilícito encubra un acto discriminatorio por parte del empleador. Es decir, el despido basado en motivos antisindicales, discriminatorios o que tenga por causa la represalia patronal (siguiendo la lista cerrada del artículo 62 del TUO de la LFE), será nulo y no surtirá efecto jurídico alguno en la relación laboral, obligando a retrotraer las cosas de manera absoluta al estado anterior.

1. ERMIDA URIARTE, Oscar. La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas. EN Revista de Derecho IUS ET VERITAS.

2. Ver Título Preliminar de la Ley de Fomento del Empleo.

3. Así lo expresa literalmente, el gobierno del Perú en la "Carta de Intención" que dirigiera al Fondo Monetario Internacional en 1994. El numeral 20, indica lo siguiente: "En 1993 se ha logrado un progreso sustancial en la flexibilización

del mercado laboral, mediante la promulgación de una legislación que permite una variedad de contratos laborales, adopta una posición flexible sobre la estabilidad laboral y regula el proceso de negociación colectiva con el objetivo de minimizar las disputas laborales...".

“Sólo si el despido es ilícito y encubre un acto discriminatorio cabe la readmisión del trabajador”.

Ahora bien, el interés principal del presente trabajo es precisamente analizar la protección que brinda nuestro ordenamiento, vía la figura del DESPIDO NULO, a los dirigentes y militantes sindicales cuando a raíz del ejercicio legítimo de su derecho de Libertad Sindical, son los primeros blancos en las medidas de revocación de personal⁴. En síntesis, evaluaremos esta garantía de protección legal que aparentemente resulta insuficiente para prohibir los actos de discriminación antisindical; porque, de pronto, la discusión no puede concluir en la existencia o inexistencia de un medio de reparación, sino deberá enfocarse, como lo sugiere la O.I.T., en la garantía de eficacia, rapidez e imparcialidad que aporte aquél medio para el logro del respeto real del derecho de sindicación⁵.

En este sentido, el presente trabajo pretende definir, como también cuestionar, los aspectos sustantivos y procesales del actual modelo de despido nulo, así como la viabilidad de su utilización en el ámbito de los ceses colectivos por causas objetivas.

4. Al respecto, revisar el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T. en el caso 1796, sobre diversas quejas planteadas por gremios sindicales contra el gobierno de Perú.

5. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “La Libertad Sindical”. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra.1985. párrafos 737 y siguientes.

2. DESPIDO NULO ANTISINDICAL. ASPECTOS SUSTANTIVOS

2.1. La Libertad Sindical como motivo prohibido de despido

Hoy en día, se afirma sin lugar a dudas, al menos en el plano teórico, que la libertad sindical, concebida como derecho fundamental, constituye un requisito indispensable para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana. Es más, como prueba de ello, casi la totalidad de Constituciones latinoamericanas y no pocos Tratados y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos⁶, mencionan y reconocen expresamente el derecho de sindicación a la clase trabajadora.

Sin duda, en la misma línea de pensamiento, el ordenamiento peruano reconoce, fomenta, garantiza y protege el libre ejercicio de la libertad sindical. No obstante ello, habría que preguntarnos si los mecanismos de protección o tutela, dispuestos en la legislación, garantizan de manera amplia, o restringida, el contenido de la libertad sindical. En otras palabras, detengámonos un instante en el análisis del objeto de protección del despido nulo, a fin de determinar si este procedimiento ampara todo el derecho de sindicación, o por el contrario, resguarda sólo algunas manifestaciones o concreciones de aquél.

Pues bien, en esta perspectiva, el artículo 62º del TUO de la LFE en su inciso primero sanciona como nulo el despido que tenga por motivo, de un lado, “la afiliación a un sindicato”, y del otro, “la participación en actividades sindicales”. Dichos motivos, con modificaciones poco substanciales, son los mismos que existen en el inciso a) del artículo 5º del Convenio 158 de la O.I.T. (cabe mencionar, que aquél instrumento normativo no ha sido ratificado por el Perú) y que encuentran su origen más remoto en la disposición segunda del artículo 1 del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva (Convenio 98), cuando menciona que “...dicha protección (refiriéndose a la tutela frente a actos discriminatorios) deberá ejercerse especialmente

6. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Constitución y Libertad Sindical. En: AA.VV. Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco, Lima, 1989. p. 143-209.

contra todo acto que tenga por objeto: (...) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales...”

Conviene ahora preguntarnos, si la garantía de no ser despedido por afiliación a un sindicato o por la participación en las actividades sindicales, protegen en su totalidad el contenido de la libertad sindical. Al respecto, la doctrina ha creído necesario establecer, sin la pretensión de definir un concepto tan amplio como el de libertad sindical, los elementos constitutivos e indispensables que lo hagan reconocible, permitiendo su real ejercicio⁷. El primer elemento constitutivo de la libertad sindical, menciona LOVATON PALACIOS, es el organizativo o estático que reconoce a los individuos el derecho de constituir sindicatos y afiliarse o no afiliarse a ellos. Mientras el segundo elemento, a juicio de muchos más importante que el anterior, lo configura, desde el punto de vista dinámico, la actividad sindical⁸. Entre otras palabras, los trabajadores “actúan” para “organizarse” aunque sea mínimamente, y se “organizan” para “actuar” en defensa de sus intereses.

En consecuencia, sin el ánimo de definir, cada uno de los elementos de la libertad sindical, es evidente que nuestra legislación, en el procedimiento de despido nulo, protege gran parte de lo que hemos llamado el contenido o núcleo esencial del derecho de sindicación. Sin embargo, creemos que existen algunos elementos que quedan fuera de toda tutela procesal, como es el caso de la libertad sindical negativa o del derecho de no afiliación o desafiliación de un sindicato. Pues, supongamos que un trabajador hace uso del derecho de no afiliación a la organización sindical de su empresa y por este motivo es despedido; la posibilidad que este acto abiertamente discriminatorio sea declarado nulo será bastante improbable, puesto que la primera parte del inciso a) del artículo 62^o, parece amparar únicamente al trabajador que por querer afiliarse a un

sindicato ha sido objeto de represalias antisindicales como el despido.

2.2. Los sujetos amparados por el despido nulo

De lo expuesto en el punto anterior, podemos concluir, sin duda alguna, que la protección otorgada por el despido nulo, se extiende a todo trabajador, sea o no dirigente o militante sindical. De esta manera, la protección alcanza a todo individuo objeto de despido, ya sea por su decisión de integrar o formar un sindicato o por su participación en actividades sindicales. Digamos, que desde el punto de vista, el ámbito subjetivo de protección dependerá del contenido o del concepto de “actividades sindicales”. Sobre el particular, se han expresado diversas posiciones, aunque gran parte de la doctrina acepta que la actividad sindical, objeto de protección, bien puede ser practicada por un sindicato, por un conjunto inorgánico de trabajadores o por un sólo trabajador e incluso puede existir en ausencia de organización sindical alguna. En este sentido, debemos concluir que lo “sindical” de la “acción” no debe circunscribirse a la existencia formal de un sindicato, por el contrario, corresponde interpretarlo en el sentido más amplio de la expresión, considerando que la actividad sindical protegida no es solamente desarrollada por una organización sindical.

Por lo tanto, si aceptamos la conclusión del párrafo precedente como válida, la disposición contenida en el inciso b) del artículo 62^o de la LFE, igualmente tributaria del artículo 5^o del Convenio 158^o de la O.I.T., 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 merecen el amparo del derecho frente a un despido discriminatorio en virtud del inciso a) del mencionado artículo 62^o. Sin embargo, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.⁹, resalta que la mención expresa de los representantes de los trabajadores “es para asegurarles protección análoga a la de las per-

7. Sobre el concepto de contenido esencial, trabajado en la jurisprudencia española, ver: NEVES MUJICA, Javier. Materiales de Enseñanza de Derecho Laboral. PUC, Lima, 1991, pp. 92-94.

8. LOVATON PALACIOS, David. Protección de la Libertad Sindical en el Perú. Instituto de Defensa Legal (IDL). Lima. 1991, p. 26.

9. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección contra el Despido Injustificado (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones). Ginebra. 1995. p. 48 y siguientes.

sonas que actúan en calidad de representantes de los trabajadores fuera del entorno sindical". Ejemplo de ello, constituyen en nuestra legislación, las juntas directivas de las "Comunidades Industriales", regidas por el decreto legislativo 677, que mantienen funciones específicas e independientes con respecto a las atribuciones conferidas a las organizaciones sindicales¹⁰.

"El orden laboral ha optado por restringir el concepto de «Representantes de los Trabajadores»".

No obstante ello, nuestro ordenamiento laboral ha negado toda clase de interpretación extensiva del término¹¹, y por el contrario ha optado por restringir el concepto de "representantes de los trabajadores" sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en *cargos que gozan del fuero sindical* (último párrafo del artículo 46º del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo). Es decir, en virtud de esta disposición reglamentaria, el artículo 62 b) de la LFE, constituiría la vía procesal, a falta de una específica¹², de los dirigentes amparados por el fuero sindical, para impugnar despidos discriminatorios antisindicales. Sin embargo, como se aprecia en el artículo 31º de la Ley de Relaciones Colectivas de

10. Al respecto, el Convenio 135 ubica entre la categoría de "representantes de los trabajadores" a los representantes sindicales y a los representantes electos, calificando a éstos últimos como "representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, (...), y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos".

11. "La interpretación extensiva siempre extiende derechos a sujetos aparentemente no comprendidos en la norma extendida, es decir, opera con normas que otorgan beneficios...". HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. El principio "In Dubio Pro Operario" en los Anteproyectos de la Ley General del Trabajo. En: Asesoría Laboral Nº 42, 1994, p. 8-10.

12. Pues, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículos 30º y 31º) únicamente reconoce y regula la figura del "Fuero Sindical" en sus aspectos sustantivos, sin prever un mecanismo procesal específico que asegure una "protección eficaz".

Trabajo, la figura del fuero sindical defiende sólo a determinados dirigentes; por lo que en virtud de esta institución, varios dirigente y la totalidad de militantes sindicales quedarían en el desamparo legal frente a despidos motivados en la actividad sindical del trabajador.

En consecuencia, queda claro que ambos incisos del artículo 62 de la LFE, aluden a distintos ámbitos subjetivos de protección de la libertad sindical. El primero de ellos, como ya lo dijimos, ampara a todo trabajador despedido, sea dirigente o militante sindical, cuando aquel acto se motive en el desempeño de actividades sindicales o en la afiliación a un sindicato; mientras el segundo, se restringe a la protección de quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan de fuero sindical.

3. DESPIDO NULO. ASPECTOS PROCESALES

3.1. La Prueba

3.1.1 La dificultad probatoria en el despido nulo.

En todo proceso, incluido el de tutela antidiscriminatoria, la actividad probatoria juega un rol de vital importancia, constituyéndose, quizás, en el momento más delicado y más decisivo en el desarrollo del mismo. Sin embargo, la prueba en la protección contra actos discriminatorios, ha sabido multiplicar se trascendencia debido a las características muy típicas y poco comunes que presentan dichos comportamientos. Ahora bien, la consecuencia inmediata de este poliformismo, cuyo único elemento común es el resultado desventajoso para el sujeto que los sufre, afirma VALDÉS DAL-RÉ, "...se traduce, cuando se pretende remediar judicialmente, en la especial dificultad de demostración. De ahí que la actividad probatoria haya pasado a erigirse en el banco de prueba de la garantía constitucional de no discriminación"¹³.

En otras palabras afirma el profesor MONEREO PÉREZ, el problema se plantea sobretodo cuando el hecho discriminatorio o lesivo del derecho funda-

13. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. La Ley de Bases de Procedimiento Laboral (Asoectos más sobresalientes de una Reforma Procesal anunciada). En: VALDÉS DAL-RÉ Y CRUZ VILLALON. Lecturas sobre la Reforma del proceso laboral. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991. p. 147.

mental no se manifiesta de forma clara, ya que comúnmente, la motivación ilícita del acto empresarial estará cubierta tras la apariencia de un acto legal, legítimo y sin intención lesiva. Esta problemática, como es lógico, cuestiona, en gran medida, la aplicación del principio común del "onus probandi", o carga de la probatoria de que los motivos alegados deben ser demostrados por quien los acusa, puesto que la utilización de esta regla general de derecho contractual "...podría hacer que fuera prácticamente imposible para el trabajador demostrar que la terminación estaba injustificada..."¹⁴. En términos generales, casi la totalidad de la doctrina procesalista, ha convenido en afirmar que puede resultar a menudo difícil, sino imposible, que un trabajador aporte la prueba de que una medida de la que ha sido víctima constituye una discriminación antisindical.

Como es obvio, las permanentes dificultades del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales y la consiguiente necesidad de reforzar la protección del trabajador, en cuanto sujeto más débil de la relación de trabajo¹⁵, supieron estimular, básicamente, la introducción de "medidas correctivas" a las reglas comunes en materia de onus probandi. Ahora bien, dichas medidas de corrección han consistido en diversas formas de flexibilidad de la carga probatoria del demandante, que se traducen en prerrogativas o facilidades, otorgadas al trabajador, a fin que aquel pueda probar, sin dificultad alguna, el hecho discriminatorio que alega. De esta manera, atendiendo a la intensidad o grado de flexibilidad de la carga probatoria del trabajador, como factor privilegiado para la clasificación de dichas medidas, encontramos, fundamentalmente, dos teorías. Una de ellas, alude a la "desviación" o "inversión" del onus probandi hacia el empleador; mientras la otra, propone una simple "reducción" o "atenuación" de la carga probatoria, aunque la misma corresponda aún al trabajador.

Según, la primera teoría, el empleador al encontrarse en una posición de fuerza, que supone a demás el control de las fuentes de información, deben ser quien aporte las datos necesarios para acreditar

que el acto de despido es lícito y sobretodo justificable, al margen de cualquier supuesta lesión de libertad sindical. En otras palabras los representantes de esta posición¹⁶ advierten que este mecanismo propone "invertir la carga probatoria", imponiendo al empleador la obligación de demostrar los hechos generadores de la extinción de relación laboral. De esta manera, aquella facilidad al demandante de su actividad probatoria, implicaría que, "...una vez probada la existencia de una diferencia de trato la mera alegación de su carácter discriminatorio bastará, en principio, para entender probada la discriminación, recayendo todo el peso alegatorio y probatorio, encaminado a desvirtuar esta información, sobre el demandado"¹⁷.

Finalmente, la segunda teoría parte de un supuesto distinto al anterior, pero bastante lógico. Pues, los representantes de esta postura afirman, que dentro de un sistema que impone al trabajador la carga probatoria del motivo prohibido, resulta razonable que se contemplen algunas prerrogativas procesales en favor del demandante tales como el establecimiento de presunciones o indicios en determinados supuestos. De este modo, el trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria; por el contrario ha de probar o aportar "indicios racionales" que permiten establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión de un derecho fundamental. Ahora bien, al demandado para destruir esa presunción no plena, sólo le basta plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada contra el trabajador, al margen del derecho fundamental invocado por el accionante¹⁸. En consecuencia, como hace notar la sentencia del Tribunal Constitucional Español¹⁹, más

16. Incluso, este principio ha sido plasmado en algunas normas internacionales; como por ejemplo, en el artículo 9 a) del Convenio 158 de la O.I.T., no ratificado por el Perú, el cual menciona que "incubirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación..."

17. RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Igualdad y Discriminación. Ed. TECNOS. Madrid. 1986. p. 299.

18. MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María N. Forma y Procedimientos del Despido Disciplinario. EN: La Reforma de los Trabajadores, Tomo II El Despido, AA.VV. dirigido por Efrén Borrajo Dacruz, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 356.

19. Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de febrero de 1992.

14. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección contra... Op. cit. p. 82.

15. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Despidos Discriminatorios y Libertad Sindical. Cuaderno Civitas. Madrid. 1983. p. 76.

que liberar al trabajador demandante “de la carga probatoria, lo que en puridad existe es una REDUCCIÓN de la misma, puesto que alega la discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, (...), lo que supondría al empresario desarrollar una actividad probatoria para destruir esa PRESUNCIÓN”.

3.1.2 La prueba del motivo alegado en la legislación peruana.

Al igual que los aspectos sustantivos, trabajados anteriormente, la norma que ha regido el sistema probatorio del despido nulo en el Perú, ha sido el decreto legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, y su Reglamento, el decreto supremo 001-96-TR. Ambos textos han sido bastante claros en precisar los rasgos principales que ha de tener el régimen probatorio del despido nulo en nuestro ordenamiento. En primer lugar, de la lectura del artículo 70º de la LFE²⁰, se desprende, que la carga de la prueba, o el llamado “onus probandi” del motivo alegado corresponde a quien lo acusa; es decir, esta disposición pone al trabajador demandante la exigencia de probar el nexo causal entre el despido y la causal de nulidad. En segundo lugar, de manera expresa se prohíbe o se niega, lamentablemente, la posibilidad de utilizar los denominados “sucedáneos de los medios probatorios”, esto es, el empleo de prerrogativas procesales tales como los indicios y/o las presunciones. En síntesis, nuestro sistema a decir de PALOMEQUE²¹, impone al demandante la obligación de “...aportar datos constitutivos del supuesto de hecho que fundamenta el derecho que postula”.

Si a partir de este breve análisis legislativo, empleáramos la terminología propuesta en el punto precedente, diríamos que nuestro ordenamiento lejos de ofrecer prerrogativas o facilidades probatorias al trabajador demandante, opta por reafirmar el tradicional y anticuado principio del “onus probandi”, en su versión más radical. Obviamente, en esta misma dirección se vienen manifestando distinguidas opiniones en nuestro medio (BLANCAS, PASCO, LOVATON), que desde ya advierten, y por

supuesto critican, el peligro que supone recargar íntegramente el “onus probandi” al trabajador discriminado. Se ha dicho, con toda razón, que el motivo alegado responde al “resorte psicológico” que genera la discriminación de despedir, y como tal, al ser siempre subjetivo, virtualmente indemostrable. En consecuencia, estos rasgos esenciales del régimen probatorio del despido nulo peruano, cuestionan ampliamente su utilidad práctica, transformándolo en un mecanismo de protección relativo, insuficiente e ineficaz.

Sin embargo, luego de la entrada en vigor de la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT), cabe preguntarse si aún sigue vigente el sistema probatorio descrito; puesto que la carga probatoria es evidente, seguirá correspondiendo al trabajador tal como se deduce del inciso 3) del artículo 27 de la mencionada ley. En otras palabras, el debate no se centra en el “quién” debe probar, sino en el “cómo” probar. Lo cierto, es que la LPT, aún a nuestro juicio, en lugar de cerrar cualquier discusión, con respecto a este tema, ha contribuido a incrementar las dudas acerca de si la legislación peruana se adscribe al principio común del onus probandi, o si por el contrario, admite la “reducción” o “atenuación” de la carga probatoria (lo que configura, como ya lo hemos indicado una prerrogativa procesal al demandante). El problema surge en tanto el artículo 41º de la LPT reconoce, eventualmente, a los “indicios” un determinado peso probatorio, cuando “...conducen al juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia”. Ahora bien, en virtud de la Primera Disposición Transitoria del citado texto legal, todo proceso laboral, incluidos los que aleguen la nulidad de despido por causales del artículo 62 de la LFE debe transmitirse conforme a las normas de la LPT. De esta manera, bastará que el trabajador aporte ciertos “indicios racionales”, tales como los antecedentes o las circunstancias de ocurrencia del hecho, para establecer cierta presunción (que deberá destruir el empleador, acreditando la causa justa del despido) sobre la existencia de la alegada discriminación. Esta situación, en rigor, demuestra que para el mismo caso concreto (esto es, el procedimiento de prueba de la causal de nulidad), hay dos disposiciones simultáneamente aplicables, cuyos preceptos son incompatibles o antiatómicos entre sí.

20. Este artículo prescribe que “ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”.

21. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Op cit. p. 71.

En efecto, a la luz de la tipología elaborada por Martín Valverde²², sobre la relación entre normas, diríamos que la mencionada incompatibilidad nos conduce a una evidente situación de conflicto; puesto que el citado autor reconoce la existencia de esta figura, “cuando el ámbito de regulación y el origen de la norma son parcialmente coincidentes”²³. Así pues, aunque las normas en cuestión (artículo 70 y 41 de la LFE y LPT, respectivamente) tengan su origen en la “heteronormía estatal”²⁴, difieren mucho en su ámbito de aplicación, ya que mientras uno es más específico, el otro es más genérico. Entonces, esta coincidencia parcial entre ambas posiciones nos transportan, como ya lo dijimos, a una “concurrency conflictiva”, que deberá solucionar el juez vía la selección de una de ellas.

La doctrina, a fin de realizar esta operación de selección de la norma aplicable, ha propuesto la intervención del principio de la NORMA MAS FAVORABLE, el cual supone preferir aquella que conceda más derechos al trabajador. Sin embargo, esta construcción doctrinal, lejos de ser un principio meramente abstracto, ha sido expresamente reconocido e incorporado en nuestro ordenamiento procesal laboral, por el artículo II del Título Preliminar de la LPT, al momento que precisa “el Juez (...) cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá (...) aplicar *la norma que favorezca al trabajador*”. Incluso, como se deduce de su lectura, la aplicación del principio mencionado no es en manera alguna, una potestad o facultad judicial, sino tiene la forma de un mandato impera-

tivo que obliga al Juez a optar por lo más beneficioso para el trabajador.

Finalmente, consideramos que el Juez laboral peruano, en concordancia con el principio de la “norma más favorable”, deberá aplicar la disposición de la LPT (es decir, la prueba mediante indicios), aunque este acto suponga, obviamente, postergar una disposición de naturaleza especial, como la normada en el artículo 70 de la LFE. En este sentido, no creemos, siguiendo a NEVES, que la especialidad de una norma pueda convertirse en una limitación al principio; razón por la cual, “...si la disposición general es más favorable podríamos escogerla en virtud de la preferencia de este principio específico del Derecho del Trabajo sobre la regla común del Derecho Civil...”²⁵.

“El juez, cuando existan varias normas aplicables al caso, deberá aplicar la norma más favorable al trabajador”.

3.2. Acumulación Objetiva de pretensiones: nulidad de despido e indemnización por despido injustificado o improcedente

Aunque los mecanismos de flexibilización de la actividad probatoria en el despido nulo, otorguen mayores facilidades en la demostración del motivo alegado por el demandante; somos conscientes que la prueba del mismo, sigue siendo complicada, pues aquél sigue siendo subjetivo y, por tanto virtualmente, indemostrable. Ahora bien, si al frustrado intento de prueba por parte del trabajador, sumamos la incapacidad del empleador para probar la causa invocada para el despido, podría generarse, como de hecho ocurre, una situación en que el despido será arbitrario o injustificado, pero no nulo. Merecerá, entonces, aludiendo a sus efectos, una reparación de na-

22. VALVERDE, Martín. Concurrency y Articulación de normas laborales. EN: Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Nº 119, p. 8.

23. De lo contrario, si aquellos aspectos son idénticos, la incompatibilidad supondría una sucesión normativa (es decir, la sustitución o la derogación de una disposición por otra). IBIDEM, p. 13-14.

24. Puesto que la autonomía colectiva está impedida de regular la materia procesal, por ser, a juicio de algunos autores, normas de orden público laboral, y por ende, reservadas a la normativa estatal.

25. NEVES MUJICA, Javier. Fuentes y Principios Laborales en la Constitución. EN: AA.VV. Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 68 y 69.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador, será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Art. 71 (Art. 67 de LFE).

turalidad pecuniaria o indemnizatoria, en lugar de la reposición efectiva del trabajador en su empleo²⁶.

Así, con el fin de asegurar un mayor nivel de protección del trabajador, la doctrina nacional reclama la “acumulación objetiva” de ambas pretensiones²⁷, lo cual, en rigor, debe entenderse y plantearse en forma alternativa. Esto es, siguiendo a LOVATON, que el demandante pedirá “...que se declare nulo el despido del que ha sido objeto y si así lo decide el poder judicial, entonces carecerá de objeto pronunciarse sobre lo arbitrario o no del mismo; en caso contrario, si no se logra probar la causal de nulidad, el Poder Jurisdiccional está facultado para probar si el despido fue incausado o no (...), y así otorgar la correspondiente indemnización”²⁸. Es decir, mediante este mecanismo, el derecho persigue la conducta ilícita, subyacente al acto del despido, con el ánimo de castigarla; lo que, obviamente, no sucederá en un sistema de demandas excluyentes, donde el camino del despido nulo puede incluso significar el perdón de toda pena a dicha conducta (más aún, si asumimos que los plazos de caducidad vencen a los treinta días de ocurrido el hecho).

Al respecto, el Decreto Legislativo 728 no impide ni prohíbe la acumulación objetiva de las demandas de nulidad de despido e indemnización por despido injustificado, por lo que consideramos como pertinente y válida la invocación supletoria del C.P.C. a efectos de sustentar esa figura. Sin embargo, el reglamento, de la norma citada, en su artículo 52º la prohíbe expresamente cuando dice “la acción de indemnizatoria en caso de despido arbitrario, excluye la acción de nulidad de despido”. No obstante ello, su aplicación es bastante discutible puesto que una disposición reglamentaria no puede entrar en conflicto con una norma de rango superior como el CPC, aunque sea de naturaleza especial, puesto que la Constitución Política nos obliga a preferir la ley sobre toda otra norma de inferior jerar-

26. “(...)Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Art. 71, como única reparación del daño sufrido (...)”

27. Por ejemplo, David Lovatón alega que al ser dos pretensiones distintas con elementos comunes, cabe la acumulación objetiva de pretensiones de conformidad con el C.P.C. (LOVATON PALACIOS, David. *Apreciación Crítica de los aspectos procesales de la Reforma la Ley de Fomento del Empleo*. EN: *Asesoría Laboral*. N° 57, 1995, p. 19).

28. *Loc. cit.*

quía. En consecuencia, el art. 52º, a nuestro juicio, devendría en inaplicable ya que en respeto del principio de supremacía legal, una norma de nivel secundario no puede contradecir un precepto de rango primario.

Ahora bien, esta situación, creemos que ha venido a confirmarse con la entrada en vigencia de la Ley Procesal del Trabajo, la cual en su artículo 12º admite la acumulación objetiva de pretensiones, cuando aquellas “...correspondan al mismo titular del derecho y sean de competencia del mismo juez”.

4. EL DESPIDO NULO EN EL CESE COLECTIVO POR CAUSAS OBJETIVAS

La creciente y generalizada utilización de los llamados “programas de racionalización de personal”, como parte del saneamiento económico y financiero de las empresas nacionales, ha multiplicado la importancia del debate acerca de si la acción de nulidad de despido constituye la vía procesal idónea para cuestionar una extinción del contrato de trabajo, cuando aquella, tras cualquier causas objetiva tipificada en el artículo 80 de la LFE, pretenda encubrir un motivo discriminatorio de carácter antisindical.

Como es lógico, la aplicación extrema de estos programas, muy aparte de su alto costo social por efecto del desempleo masivo que producen, ha tenido un gran impacto en la actividad de las organizaciones sindicales. Pues, alegando la existencia de “causas objetivas”, relativas al funcionamiento de la empresa y no imputable a ninguno de los sujetos laborales, se ha incluido dentro de estas mediadas a algunos dirigentes sindicales que, incluso, se encontraban en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, lo más lamentable de esta situación no es precisamente el despido de dirigentes o militantes sindicales cuyos puestos sean legalmente declarados excedentes; sino, por el contrario, es la evidente incapacidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo para evaluar la posible naturaleza discriminatoria antisindical que puede esconderse tras la aparente legalidad de tales actos²⁹.

29. El artículo 82º de la LFE, referido al procedimiento de cese colectivo, opta por un sistema de “despido propuesta”, que supone condicionar la materialización de la voluntad extintiva del empleador a la aprobación previa por parte de la Autoridad competente.

No obstante ello, la legislación, lejos de convertir el procedimiento de cese colectivo en real filtro protector de la libertad sindical, convalidó y ahondó aún más la conocida ineficiencia, creando prescripciones poco claras, vagas o que, por último, eximía de intervención a la Autoridad Administrativa³⁰. Por ejemplo, la Ley 26513, que modificó el D.Leg. 728, exigía la “justificación específica”³¹ cuando el trabajador a cesar era un dirigente protegido por el fuero sindical, razón por la cual no existe justificación o ésta resulta insuficiente la Autoridad no deberá aprobar el cese de los dirigentes sindicales. Sin embargo, el problema está en delimitar la vaguedad del concepto “justificación específica”, pues para algunos bastará con la demostración objetiva de que sus puestos son innecesarios o excedentes, sino que el empleador deberá demostrar la imposibilidad de la permanencia del trabajador en la empresa aunque asignara otro puesto.

En este sentido, otro tema que motivó el fracaso de aquel control previo en sede administrativa, fue el referido a la “aprobación ficta” de la solicitud de cese colectivo. Es decir, una vez vencidos los reducidos plazos para el pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sin que ésta resolviera, la solicitud se entiende tácitamente aprobada. Esto, al decir de HERRERA³² “configuraría la presencia del silencio administrativo positivo”, que implica la no comprobación de la causa objetiva, y en consecuencia la eventual impunidad por los actos de discriminación antisindical perpetrados.

Ahora bien, las últimas modificaciones de la LFE, vía el decreto legislativo 855, agravan esta situación cuando desconocen el “control previo”, esto es, la intervención de la Autoridad de Trabajo, en los procesos de ceses colectivos que comprendan a un número de trabajadores menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa. En ra-

30. Esta actitud contraviene claramente decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., por cuanto ellos impiden a los gobiernos “...autorizar los actos de discriminación antisindical bajo pretexto de despido por razones económicas”. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “La Libertad...”. Op. cit. párrafo 718.

31. Hay que precisar, que esta disposición ha sido derogada por el Decreto Legislativo 855, de fecha 04 de Octubre de 1996.

32. HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. La Estabilidad Laboral de Salida. EN: Revista de Derecho IUS ET VERITAS. N° 11.1995. p. 142.

zón de estos motivos descritos, es evidente que los “programas de reducción de personal” se presentan como los instrumentos más “idóneos”, desde la perspectiva del agente discriminador, para ocultar motivaciones ilícitas sustentadas en el legítimo desempeño de actividades sindicales. Por ello, resulta indispensable fortalecer los mecanismos de protección “a posteriori”, a través de las distintas vías judiciales que promuevan la reparación del derecho agraviado, exigiendo, cuando sea necesario, la reposición del trabajador en su puesto de labores.

Entonces, en estas circunstancias cabe preguntarse, como lo hacíamos al comienzo de este punto, *¿es el despido nulo una vía procesal idónea para cuestionar el carácter antisindical de un cese colectivo?* Al respecto, la doctrina nacional lejos de responder directamente la cuestión, ha preferido diferirla o, en todo caso, trasladarla a una pregunta previa, *¿es el cese colectivo un supuesto de despido?* Así, sobre el particular, algunos autores han distinguido dos teorías, que nos conducen a respuestas distintas. De acuerdo con la primera, que supone una concepción restringida de despido, “por despido debe entenderse solamente la extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador, por incumplimiento grave y culpable del trabajador; mientras que la segunda, una concepción más amplia, el despido es toda extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador”³³. En consecuencia, si asumimos como válida la primera teoría, el procedimiento de despido nulo quedaría limitado a cuestionar, únicamente, despidos individuales basados en la conducta o incapacidad del trabajador; razón por la cual, el acto antisindical del cese, debe ser alegado en la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, si aceptáramos el segundo planteamiento, la acción de nulidad de despido podría impugnar, además de los despidos individuales, los ceses por causas económicas, tecnológicas, de caso fortuito o fuerza mayor, etc., toda vez que aquellos ocultan una motivación discriminatoria de carácter antisindical.

33. SAGARDOY BENGOCHEA y MARTIN VALVERDE, citado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. Fuero Sindical ante el cese de dirigentes sindicales por reducción de personal. EN: Asesoría Laboral, N°55, 1995, p. 13-15.

No obstante, sin el propósito de restarle importancia a esta discusión, pensamos que la cuestión central, lejos de limitarse al debate acerca de la naturaleza jurídica del cese colectivo, se encuentra en determinar la existencia de actos ilícitos que conlleven una afectación al derecho de libertad sindical. En otras palabras, si un programa de reducción de personal encubre motivos discriminatorios en razón de la actividad sindical de algunos trabajadores afectados por la medida, éstos deberán ser protegidos a través de la vía procesal más eficaz, específica y expeditiva, esto es, el procedimiento más idóneo para la efectiva garantía de la libertad sindical³⁴. De tal manera, que será el respeto al derecho de sindicación, y no la naturaleza jurídica del instrumento discriminatorio, el punto de referencia para elegir el mecanismo de defensa más adecuado y eficaz, a efectos de disuadir las conductas antisindicales en el empleo.

Sin embargo, hay que reconocer que los tribunales nacionales no han aceptado este criterio; y por el contrario, han recurrido a la manida discusión de si cese está incluido dentro del concepto de despido. Así, por ejemplo, la Sala Mixta Descentralizada de Chimbote, en la sentencia de fecha 08 de Mayo de 1995, declaró improcedente la demanda de nulidad de despido, alegando que al tratarse de un cese "...la citada Resolución Administrativa que incluyó al actor, sólo podía ser impugnada mediante la acción contencioso-administrativa"³⁵. Es decir, se niega al trabajador la opción del despido nulo, dejándole sólo la vía contencioso, sin entrar a considerar qué procedimiento cautela mejor la libertad sindical, como presupuesto indispensable para su real y efectivo ejercicio. Al respecto, creemos que dicha comparación debe realizarse atendiendo a ciertas características esenciales como son, entre otras, la especificidad del procedimiento, la celeridad del mismo o, incluso, la mayor cercanía del juez a la actividad probatoria de las partes, respetando el principio de intermediación procesal. Como se sabe,

la acción contencioso-administrativa, a que se refiere el artículo 78º de la LPT, aparte de tener un trámite bastante lento y ajeno a toda exclusividad en cuanto al conocimiento de la materia discriminatoria, deberá presentarse ante las Salas Laborales de la Corte Superior, lo que, lamentablemente, aleja aún más al magistrado de la actividad probatoria del demandante; mientras que, de otro lado, la acción de nulidad, pese a no ser precisamente expeditiva, se configura como un proceso donde el Juez de Trabajo puede cumplir un papel más activo en el aspecto probatorio de la discriminación alegada. En consecuencia, no compartimos la opinión de la sentencia citada, en tanto creemos que el despido nulo, al margen de la denominación del acto extintivo del contrato de trabajo, persigue y sanciona el motivo ilícito antisindical, en cautela del derecho constitucional de sindicación.

En conclusión, consideramos a la acción de nulidad de despido como la vía idónea para cuestionar un cese colectivo antisindical, sin importar la naturaleza jurídica que aquél pueda tener. Puesto que lo que legitima al despido nulo, como mecanismo proscriptor de conductas discriminatorias, es precisamente su condición idónea para garantizar con eficacia, rapidez e imparcialidad el logro del respeto real del derecho de sindicación, en tanto base esencial de un autentico Estado Social de Derecho. **[DYS]**

34. Nuestra Constitución en su artículo 28º garantiza la libertad sindical. A este respecto, la doctrina ha entendido que la garantía del derecho supone la protección o tutela, como complemento indispensable de ésta; pues sería ilógico, que se reconozca el derecho, pero no se establezca la protección necesaria para su libre ejercicio.

35. Sentencia comentada en: HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. "Fuero Sindical...". Op. cit. p. 13.