

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado

Informe sobre Sentencia N° 00003-2010-Corte Superior de Justicia de Arequipa

Nombre del Autor: GUSTAVO ADOLFO GELDRES SÁNCHEZ
Código: 20083099

Asesor: KENNY JEFFERSON DIAZ RONCAL

Lima, 2021

El presente trabajo se lo dedico a todas aquellas personas que lo hicieron posible y en especial a mi abuela madre Justa Paz Barriga que estoy seguro que desde el cielo me ha dado todas las fuerzas necesarias para poder culminarlo. Gracias por todos tus consejos, cuidados y el ejemplo de vida que siempre fuiste para tus amistades, hijos y nietos.



RESUMEN

La fiscalización laboral es vital para verificar que las obligaciones de trabajo se están cumpliendo acorde a lo establecido por el empleador. Esto debe darse respetando los derechos fundamentales de los trabajadores; es decir, sin cometer un ejercicio desmedido que termine por deslegitimar el despido.

Este informe profesional analiza el caso del uso del reporte de llamadas del celular del trabajador con la finalidad de demostrar una falta grave laboral que justificaría el despido realizado (Sentencia N° 00003-2010-Corte Superior de Justicia de Arequipa). En este caso, el empleador sostiene que el despido está conforme a ley dado que el empleador no cumplió con sus obligaciones; por su parte, el trabajador alega que se ha vulnerado su derecho a la reserva de las comunicaciones y que la falta laboral cometida no puede ser considerado una falta grave.

Este tema resulta interesante, porque a medida que pasa el tiempo, el desarrollo tecnológico va forzando el replanteamiento de las clásicas figuras laborales y la aparición de nuevas formas de ejercer el poder de dirección; de modo que, la subordinación, como elemento esencial de la relación laboral, enfrenta nuevos retos para determinar los límites del poder de fiscalización.

En tal sentido, lo que se pretende es analizar las principales controversias jurídicas existentes que se encuentran en la referida sentencia; asimismo, se busca dar argumentos en favor o en contra en base a lo resuelto por la Corte Superior. Finalmente se brindan algunas conclusiones en relación a lo analizado a lo largo del informe profesional.

**INFORME PROFESIONAL DEL EXP. N° 00003-2010 DE LA CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE AREQUIPA**

Índice analítico:

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN.....	2
3.	RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN	2
4.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN PERSONAL	4
4.1.	CONCEPTOS PREVIOS	4
4.1.1.	Breve mirada histórica de la regulación del despido en el Perú	4
4.1.2.	La regulación actual del despido en el Perú	5
a)	Causales.....	5
b)	Procedimiento.....	6
c)	Actuación probatoria.....	7
d)	Tipología de despidos según el Tribunal Constitucional.....	8
4.1.3.	Derecho al secreto de las comunicaciones	9
a)	Definición.....	9
b)	Alcances	9
c)	Restricciones legítimas.....	10
4.2.	PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO.....	10
4.2.1.	Primer problema jurídico: En el presente caso, la obtención del reporte de llamadas ¿se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador?	10
a)	Derechos en conflicto.....	10
b)	Posición jurisprudencial	11
c)	Posición personal	12
4.2.2.	Segundo problema jurídico: al momento de la imputación de las faltas graves al trabajador ¿se ha vulnerado el principio de inmediatez?.....	13
a)	Aplicación	13
b)	Posición jurisprudencial	13
c)	Posición personal	14
4.2.3.	Tercer problema jurídico: En el presente caso, le imputan al demandante la comisión de las faltas graves reguladas en el literal a) y d) del art. 25° del D.L. N° 728. Al respecto, ¿se configuraron las faltas graves imputadas?	14
a)	Sobre la falta regulada en el literal a) del art. 25° del D.L. N° 728	14
b)	Sobre la falta regulada en el literal d) del art. 25° D.L. N° 728.....	15
c)	Posición personal	15
4.2.4.	¿Qué tipo de despido se habría producido en el presente caso?	16
-	Posición personal.....	17
5.	POSICIÓN SOBRE LA RESOLUCIÓN	18
6.	CONCLUSIONES	20
7.	BIBLIOGRAFÍA	22

1. Introducción

La controversia respecto al poder de dirección que posee el empleador es un tema de larga data que alcanza hasta los tiempos actuales. El poder de dirección encuentra sustento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, artículo 59°; por tal motivo, resulta razonable que el empleador diseñe la mejor manera de organizar las labores que se ejecutarán en el centro de trabajo, así como de fiscalizar a su personal a cargo y sancionar el incumplimiento laboral.

En este sentido, la fiscalización laboral resulta imprescindible para verificar que las obligaciones laborales se estén cumpliendo acorde a lo establecido previamente por el empleador. No obstante, este poder debe respetar ciertos límites, dado que es necesario observar los derechos fundamentales de los trabajadores, de lo contrario nos encontraríamos ante un ejercicio ilegítimo del poder de dirección.

En las últimas décadas, de gran avance tecnológico, el empleador cuenta con más herramientas a su disposición para poder verificar que los trabajadores efectivamente están cumpliendo con sus funciones. El modelo organizativo empresarial sobre el que se constituyó el derecho del trabajo estaba pensado, originariamente, en trabajadores que realizaban sus labores en un lugar determinado, en tal sentido, podían ser direccionados y fiscalizados de forma inmediata por parte del empleador.

Con el paso del tiempo, todo ello ha ido cambiando, a tal punto que el empleador hace cada vez más uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación con la finalidad de ejercer su poder de control y vigilancia. Lo que podría generar un mayor control no solo sobre la prestación de trabajo sino también sobre el trabajador.

Algunas de las herramientas de trabajo que se incorporaron a la relación laboral son el correo electrónico y el teléfono celular. Estos medios cuando son proporcionados por la empresa generan una controversia respecto a los límites que presenta la fiscalización laboral. Esto se puede evidenciar más aún en estos tiempos de pandemia en los cuales el trabajo presencial no es posible por motivos de salubridad pública.

Es en este contexto, que se presentan nuevas formas de fiscalización laboral y, por ende, nuevas formas de presentar evidencias en caso de incumplimiento laboral que podrían generar un despido; por tal motivo, será necesario que los empleadores conozcan los límites y restricciones que tienen sus políticas de control y fiscalización en el centro de labores. De la misma forma, será necesario que los trabajadores estén informados respecto de sus deberes en el trabajo y cuáles serían aquellas conductas por parte del empleador que vulnerarían sus derechos fundamentales.

Es por ello, que será muy relevante entender la figura del despido y su procedimiento, y saber cuál es la tendencia jurisprudencial actual sobre el tema de la fiscalización laboral con la finalidad de comprender los problemas en los cuales se puede enfrentar un trabajador a la hora que recibe la carta de preaviso de despido, dado que, de no llevarse de forma regular, podría afectarse derechos fundamentales del trabajador.

2. Justificación de la elección de la resolución

La sentencia de segunda instancia recaída en el Exp. N° 00003-2010, de fecha 16.01.12, expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, elegida para la elaboración de este informe profesional para optar el título de abogado, plantea la discusión sobre la idoneidad de los medios probatorios que puede presentar el empleador para demostrar el incumplimiento laboral del trabajador y cómo éstos podrían vulnerar los derechos fundamentales del trabajador.

Este tema resulta interesante, porque a medida que pasa el tiempo, el desarrollo tecnológico va forzando el replanteamiento de las clásicas figuras laborales y la aparición de nuevas formas de ejercer el poder de dirección; de modo que, la subordinación, como elemento esencial de la relación laboral, enfrenta nuevos retos para determinar los límites del poder de fiscalización.

La Sentencia de segunda instancia, materia de este informe jurídico, resulta controversial puesto que le resta importancia a un derecho fundamental como es el derecho a la reserva de las comunicaciones.

Se aprecia de la resolución que será materia de análisis que el empleador presenta como medio probatorio para el despido un reporte de llamadas telefónicas con la finalidad de probar que el trabajador no estuvo en el lugar donde debía laborar y, por lo tanto, no cumplió con efectuar las labores encomendadas. En las sentencias de primera y segunda instancia no se analiza dicho medio probatorio como tal y se considera, sin mayor análisis, que ello es prueba suficiente para demostrar el incumplimiento laboral.

En ese sentido, la conclusión de la segunda instancia es que el trabajador incumplió con sus labores tal como lo demostraría el reporte de llamadas presentado por el empleador, y como no logró probar lo contrario fue despedido de manera justa; es decir, conforme a ley. Esto resulta llamativo dado que no se toma en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, que señalan que el empleador debe solicitar una autorización judicial para el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución

La sentencia de segunda instancia trata sobre el señor Walter Andrés Rivera Barrios, en adelante “el trabajador”, quien tenía el cargo de Técnico III en la Planta Rural de Juliaca, en la provincia de Puno, cuyo empleador era Telefónica del Perú S.A.A, en adelante “la empresa”.

Mediante fecha 08.05.10, el supervisor Hernán Robles asignó al trabajador la reparación de 14 averías de telefonía en distintas localidades del Distrito de Juliaca, durante la semana del 10 al 14 de mayo del año 2010.

Mediante fiscalización posterior el supervisor de la planta pudo comprobar que en el sistema figuraba que las atenciones reportadas por el trabajador los días 13 y 14 de mayo mencionados

no fueron efectivamente atendidas, pese a que habían sido reportadas como atendidas por el trabajador. La investigación duró hasta finales del mes de agosto del 2010.

Asimismo, se obtuvo el reporte de llamadas del celular asignado por la empresa al trabajador para el cumplimiento de sus funciones, en tal sentido, se identificó la existencia de llamadas de los días 13 y 14 de mayo, cuyo origen era la ciudad de Arequipa donde era su domicilio y no donde le correspondía encontrarse para la ejecución de sus labores.

La empresa concluyó que el trabajador había incumplido con sus labores los días mencionados, que había mentido al reportar dichos días como laborados y que había obtenido una ventaja económica dado que se le había otorgado viáticos por los citados días.

Es así que, mediante fecha 20.09.10, la empresa cursó una carta de preaviso al trabajador en la que se le imputan las siguientes faltas graves consistentes en:

1. Incumplimiento de las obligaciones laborales que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia al reglamento interno de trabajo (inciso a) del art. 25° del D.S. N°003-97-TR).
2. Brindar información falsa a la empresa con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja económica (inciso d), del art. 25° del D.S. N°003-97-TR).

El trabajador efectuó su descargo manifestando lo siguiente:

1. El registro de llamadas fue obtenido sin investigación judicial, por ende, dicha prueba no tiene eficacia legal.
2. El registro de llamadas es solo un indicio mas no una prueba objetiva, dado que no corrobora su presencia física en la ciudad de Arequipa, por ende, no comprueba que no haya cumplido con sus funciones.
3. Debido a que su esposa es comerciante de bienes en Arequipa y Juliaca se llevó por error su celular.
4. Se le impuso la sanción más drástica, a pesar de que en su record laboral no cuenta con llamadas de atención.

Mediante fecha 28.09.20, la empresa cursó la carta de despido por la comisión de las faltas graves ya mencionadas.

El Sr. Walter Rivera Barrios acudió a la vía jurisdiccional para solicitar la reposición a su centro de labores dado que habría sido despedido de forma fraudulenta; es decir, bajo la imputación de hechos notoriamente falsos por parte de la empresa.

Mediante sentencia de fecha 25.07.11, el Juzgado Laboral de Cerro Colorado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, declaró **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el señor Walter Rivera Barrios por los siguientes motivos:

1. Ha quedado corroborado a través del reporte de llamadas que el demandante no laboró los días 13 y 14 de mayo de 2010 dado que se encontraba en una ciudad distinta en la que presta sus servicios.

2. El despido se ha producido por causa justa prevista en la ley y se ha seguido el procedimiento regular para ello, mediante carta de preaviso, los descargos del trabajador y finalmente el despido.

Mediante Resolución N°08, de fecha 02.08.11, se concedió apelación contra la sentencia de fecha 25.07.11 a favor del demandante, respecto a los siguientes puntos:

1. Que el reporte de llamadas presentado por la demandada no resulta suficiente para probar el motivo del despido.

2. Se ha vulnerado el derecho a la reserva de las comunicaciones y el derecho al debido proceso dado que el reporte de llamadas sería una prueba falsa, y que los hechos imputados serían falsos, por lo que se habría producido un despido fraudulento.

3) No ha tenido en cuenta el principio de gradualidad de sanciones y proporcionalidad.

Finalmente, mediante Sentencia de Vista, de fecha 16.01.12, la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, **CONFIRMÓ** la sentencia de primera instancia que declaró **INFUNDADA** la demanda sobre reposición.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos y posición personal

4.1. Conceptos previos

En este punto, para un mejor entendimiento, es necesario, antes de presentar los principales problemas jurídicos, desarrollar algunos conceptos previos.

4.1.1. Breve mirada histórica de la regulación del despido en el Perú

El despido es una de las formas en la cual se puede extinguir válidamente una relación laboral. Acorde con Elmer Arce (2013), el despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. En tal sentido, según la regulación actual, de haberse cumplido con los requisitos de ley, se presume la validez del acto extintivo del empleador, por lo que una impugnación a dicho acto puede ser discutida en un proceso judicial.

Los antecedentes de la regulación actual se encuentran en el Decreto Ley N° 18471¹, en cuyo artículo 1° establecía que solo era posible el despido cuando exista falta grave y por reducción o despedida total del personal autorizada por resolución de la Autoridad de Trabajo.

¹ Decreto Ley N° 18471, Causales de despedida de los trabajadores sometidos al régimen de actividad privada, promulgado el 10 de noviembre de 1970.

Asimismo, el artículo 2° del mismo cuerpo normativo, enumera las causales que calificaban como falta grave, entre las que, en líneas generales, son similares a las actuales, con la salvedad que no hay una referencia al hostigamiento sexual (literal i), art. 25° de la LPCL). El artículo 4° del Decreto Legislativo en referencia, regulaba el procedimiento de despido, en la que se establecía que el despido debía ser notificado al trabajador notarialmente o en todo caso, a falta de notario, mediante Juez de Paz, así como ser puesta a conocimiento de la Autoridad de Trabajo.

Posteriormente, el Decreto Ley N° 22126² mantendría el mismo procedimiento de despido, así como el mismo listado de faltas graves, con el añadido de la causal por inhabilitación del trabajador por autoridad administrativa o judicial por 3 meses consecutivos.

Finalmente, la Ley N° 24514³, presentó una ampliación de los tipos de despido por causa justa como son: la falta grave, las situaciones excepcionales de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación al trabajador por la Autoridad Administrativa o judicial por un periodo de 3 o más y la inasistencia al centro de trabajo por privación de la libertad como consecuencia de sentencia judicial por delito doloso. La actual regulación respecto a la última causal refiere a que procede el despido en caso el trabajador haya sido condenado, con sentencia firme, por un delito doloso que no necesariamente tendría que ser privativa de la libertad.

Esta última ley mencionada estableció un procedimiento de despido distinto a sus antecesores, dado que en el artículo 6° se estableció que para poder determinar que una falta era grave se tenía que de terminar la misma a través de un procedimiento de investigación de la falta o al poco tiempo de haberse conocido, recalando que el trabajador tenía que participar de dicho procedimiento. Todo ello hacía que el empleador tuviera la certeza al momento de imputar una falta grave y le garantizaba al trabajador que, en caso de haber cometido una falta, sería sometido a un procedimiento justo.

4.1.2. La regulación actual del despido en el Perú

a) Causales

Como se ha podido apreciar del breve repaso normativo respecto a las normas que regulan el despido, éste solo es posible si media una causa determinada, sean estas relacionadas con la capacidad, la conducta, o con circunstancias especiales ajenas a las partes. Esto indicaría que lo que ha predominado a lo largo de las últimas décadas es el despido regulado por ley, también llamado despido causado.

En tal sentido, a pesar que el despido depende del acto unilateral del empleador, esto no significa que éste puede realizarlo sin mediar razón alguna. Por lo que el término despido implicaría que se ajuste su definición a ciertas exigencias que justifiquen su ejercicio; dichos requerimientos constituyen el carácter causal del despido que significa que la relación de trabajo solo puede ser disuelta de forma válida cuando exista un motivo justificado (Blancas, 2007).

² Decreto Ley N° 22126, Decreto Ley ampara derecho a mantener vínculo laboral y señala las causales de su rescisión, promulgado el 21 de marzo de 1978.

³ Ley N° 24514, Ley que regula el derecho a la estabilidad en el trabajo, promulgada el 04 de junio de 1986.

Es así que, el artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante “LPCL”, aprobado por Decreto Supremo N° 0003-97-TR, ha agrupado las causas justas de despido en dos categorías: 1) las derivadas de la capacidad del trabajador y 2) las derivadas de su conducta. En teoría fuera de estas dos categorías no debería existir motivo para que el empleador pueda despedir (Toyama Miyagusuku, 2009).

Acorde con Gonzáles Hunt (2005), el legislador peruano ha optado por tipificar las circunstancias merecedoras de la máxima falta en la relación laboral: el despido. Esta tipificación es realizada a manera de lista cerrada; descartando cualquier técnica que de manera general permita al empleador determinar qué conductas pueden configurar un motivo justificante de despido.

Por lo tanto, “la causalidad y tipicidad legal de los motivos merecedores del despido (...) son criterios fundamentales y, por tanto, deben ser atendidos por el empleador a fin de que su práctica resolutoria sea válida” (De Lama, 2015). Esto ha sido reconocido en innumerables resoluciones del Tribunal Constitucional.

b) Procedimiento

Como ya se hizo referencia anteriormente, el empleador que decida despedir a un trabajador debe respetar el principio de causalidad y tipicidad. Asimismo, antes de proceder con el despido, el empleador debe atender a ciertas pautas formales que le permitan al trabajador realizar la respectiva defensa a través de su descargo (Toyama Miyagusuku, 2009). En tal sentido, es necesario que se respete el procedimiento establecido por el legislador.

El artículo 31° prescribe que no se puede proceder con el despido sin antes otorgarle al trabajador un plazo razonable no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos imputados, salvo en aquellos casos de flagrancia. Además, se le otorgará al trabajador el plazo de 30 días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Asimismo, el artículo 32° de la LPCL, indica que el despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Entre otros aspectos, se resalta que en ambos artículos se prescribe que debe respeto al principio de inmediatez.

Este procedimiento que debe seguir el empleador antes de un despido es garantía del derecho de defensa del trabajador, que a su vez es una manifestación del debido proceso, que no solo está reservado para el ámbito judicial, sino que debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se discutan derechos e intereses de las personas, de ámbitos privados o públicos (Exp. N° 07569-2006-AA/TC).

Teniendo en cuenta que la sanción de despido termina afectando la situación jurídica del trabajador, “el derecho de defensa genera la garantía de conocer con certeza las faltas que se le imputan, las normas de la ley, reglamento o norma empresarial incumplidas (...)” (Espinoza, 2018). Asimismo, se garantiza el derecho a ser escuchado, el de presentar pruebas, el de

controvertir y el derecho a obtener una decisión del empleador debidamente motivada. Estas y otras garantías se pueden observar en múltiples fallos del Tribunal Constitucional como en la STC Exp. N° 02563-2012⁴.

c) Actuación probatoria

Cabe señalar que la actuación probatoria forma parte del procedimiento en sí en tanto es un requisito *si ne quanom* de la carta de preaviso del despido; sin embargo, se ha visto conveniente en separarlo con la finalidad de hacer algunas precisiones.

Acorde al artículo 22° de la LPCL, la demostración del despido corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer, esto quiere decir que aparte de notificar al trabajador con la carta de preaviso de despido y darle el plazo suficiente para que éste pueda emitir sus descargos, es necesario que el empleador haya presentado aquellos medios probatorios que dan sustento a su decisión.

Si bien es cierto que la norma hace referencia que a quien le corresponde probar la causa del despido es al empleador, ello no quiere decir que al trabajador no le compete probar nada, porque acorde al artículo 37° de la LPCL, ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen; es decir, se sigue la regla general establecida en el artículo 23.1° de Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), en la que se establece que quien alega un hecho tiene la carga de probarlo.

La carga de la prueba es definida, según Devis Echandía (2000), como: “una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez, cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables”. Es decir, la carga de la prueba no impone un deber u obligación, sino que establece a quién le interesa probar un determinado hecho, a fin de evitar un fallo adverso respecto a ese hecho.

Dicho esto, si bien es cierto la NLPT establece ciertos criterios de cargas probatorias, es lógico pensar, dado el carácter de la ley que es general y abstracta, que en algunas ocasiones dicha carga pre asignada pueda derivar en un supuesto de indefensión de una de las partes, lo que atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva.

Es en estos casos, después de haber analizado las pruebas presentadas por las partes, que el juzgador debe invertir la carga de la prueba y solicitarle al demandado que, en vista de su mejor posición sobre el hecho discutido, es el llamado a probar en contra lo alegado por la contra parte, de lo contrario podría resultarle desfavorable (Priori Posada & Pérez-Prieto, 2012).

En tal sentido, resulta una idea errónea que el empleador por tener un mejor control de una actividad, por su sola calidad de empleador, siempre estaría en mejor posición de probar un hecho alegado por la contraparte. En varios casos puede darse la situación que un trabajador

⁴ Ver sentencia emitida en el expediente N° 02563-2012-AA/TC en la página web siguiente: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02563-2012-AA.html>

está en una mejor posición de probar como es el caso de la nulidad del despido o la de un acto de hostilidad, contemplado en la NLPT, entre otros ejemplos. Sin embargo, la ley no puede contemplar todos los supuestos posibles, por lo que es recomendable que en cada caso concreto el juzgador, de presentarse la circunstancia, establezca las reglas de la carga de la prueba para no producir indefensión en las partes.

d) Tipología de despidos según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha tenido, en las últimas dos décadas, un rol protagónico respecto a los temas de despido individual y colectivo. Es en base a este activo pronunciamiento lo que hoy define el tratamiento del despido en el Perú.

Debido a la remisión que hace el artículo 27° de la Constitución al legislador, la elección del nivel de protección, la causalidad y el procedimiento para la terminación de la relación laboral están regulados en la LPCL (Alarcón Salas, y otros, 2016).

En tal sentido, encontramos que dicho cuerpo normativo regula dos tipos de despidos: el arbitrario y el nulo. El primero lo podemos encontrar en el artículo 34°, en la cual se hace referencia a que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, al trabajador le correspondería el pago de una indemnización, según lo establecido en el artículo 38°, como única reparación. El segundo lo podemos encontrar en el artículo 29° de la LPCL, mediante la cual se recogen supuestos específicos que se sancionan con la nulidad del acto del despido, lo que habilita al trabajador a solicitar la reposición o una indemnización.

Se puede apreciar que nuestro modelo legislativo opta por dos tipos de remedios ante el despido injustificado: la tutela resarcitoria (producto del despido arbitrario) y la tutela restitutoria (producto del despido nulo). En tal sentido, dicha clasificación es acorde al Convenio Internacional del Trabajo N° 158 de la OIT⁵ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”⁶.

Sin embargo, el modelo de protección previsto en la LPCL ha sufrido modificaciones por la jurisprudencia de nuestro Tribunal que, de una u otra forma, han terminado por variar el sistema de protección establecido por el legislador.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC⁷, caso del Sindicato de Telefónica, mediante la cual el Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 27° de la Constitución y ha dicho que la protección adecuada frente al despido arbitrario no puede afectar el contenido esencial del derecho del trabajo. Por lo que admitir que el artículo

⁵ Convenio 158, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo del año 1982. Cabe señalar que dicho convenio no ha sido ratificado por el Perú.

⁶ Protocolo ratificado por el Perú en 1995. Para mayor información visitar: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

⁷ Ver sentencia emitida en el expediente N° 1124-2001-AA/TC en la página web siguiente: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

34° de la LPCL ofrece como única reparación ante el despido arbitrario el pago de una indemnización vaciaría totalmente el contenido del derecho al trabajo.

En segundo lugar, la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC⁸, respecto al pedido de aclaración de sentencia formulado por Telefónica del Perú, mediante la cual el Tribunal precisa que la inaplicación del segundo párrafo del art. 34° de la LPCL está referido a los despidos sin expresión de causa, es decir, a los despidos incausados. Por lo que los despidos cuya causa no se llegase a demostrar en juicio seguirían teniendo como único remedio la indemnización.

En tercer lugar, la STC Exp. N° 0976-2001-PA/TC⁹, referida al caso del señor Llanos Huasco, el Tribunal amplía los supuestos de reposición, estableciendo una nueva tipología de despido: i) el despido incausado, ii) el despido fraudulento, y iii) el despido nulo. Asimismo, desarrolla el contenido del artículo 27°, en la cual se identifican dos dimensiones de protección: una sustantiva y otra procesal.

4.1.3. Derecho al secreto de las comunicaciones

a) Definición

El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra reconocido en el inciso 10° del art. 2° de la Constitución y está relacionado con aquello que es privado, aunque pueda estar ligado con el derecho a la intimidad, acorde con Samuel Abad, se trata de un derecho distinto (2012).

Mientras que el derecho a la intimidad tiene como objetivo, según Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su círculo familiar (1999); por otro lado, el derecho a la reserva de las comunicaciones garantiza que terceros ajenos a la comunicación no puedan penetrarla y sea puesta en conocimiento. Como se puede apreciar, para vulnerar el derecho a la reserva de las comunicaciones no es necesario afectar el derecho a la intimidad, dado que éste último alude a una esfera más íntima.

Acorde con Samuel Abad, citando a Gimeno Sendra, el bien constitucionalmente protegido del derecho al secreto de las comunicaciones es “el derecho que tienen los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada (...) a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer la idea, pensamiento o noticia transmitida” (2012).

b) Alcances

Respecto a los alcances de protección del derecho a la reserva de las comunicaciones no hay una posición firme, por lo que hay una parte de la doctrina que considera que si solo se conocen las manifestaciones externas de las comunicaciones no habría vulneración alguna, dado que no hay acceso al contenido. Por otro lado, hay quienes sostienen, incluyendo al Tribunal Constitucional Español y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros también deberían quedar protegidos.

⁸ Ver resolución respecto al pedido de aclaración de sentencia emitida en el expediente N° 1124-2001-AA/TC en la página web siguiente: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA%20Resolucion.pdf>

⁹ Ver sentencia emitida en el expediente N° 976-2001-AA/TC en la página web siguiente: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>

Esto último es así puesto que sin necesidad de obtener o tener acceso al contenido de una comunicación sería posible conocer el origen y destino de la llamada, la identidad de los interlocutores, la hora, frecuencia y duración de la llamada, etc. Por lo que no tendría sentido proteger solo el contenido de una determinada comunicación y dejar expuesto todo aquello que forma parte del proceso mismo.

Se trata de un derecho formal dado que no interesa cuál sea el contenido de la comunicación misma ni lo que se mantiene reservado; es decir, comprende toda la comunicación independientemente de lo que éste contiene (Abad Yupanqui, 2012).

c) Restricciones legítimas

Como todo derecho fundamental, el secreto de las comunicaciones no es absoluto dado que la propia Constitución en el inciso 10° del art. 2° señala que éste puede verse limitado cuando exista un mandamiento motivado del juez con las garantías previstas en la ley. En tal sentido, los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tendrían efecto legal.

En este punto, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema habían mantenido, en la mayoría de sus resoluciones, una misma línea jurisprudencial a favor de la autorización judicial previa a la intervención de las comunicaciones del trabajador. Esta postura era considerada, por parte de la doctrina, como un poco rígida en tanto no contemplaba una alternativa a la autorización judicial dado que el empleador podía ver limitado su poder de fiscalización.

En la actualidad, dicha postura ha cambiado y está más en armonía con lo que ya llevaban resolviendo, desde un tiempo atrás, el Tribunal Supremo Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, a pesar que el Tribunal Constitucional se pronunció respecto un caso muy específico como es el correo electrónico empresarial, es razonable pensar que dicho razonamiento puede aplicarse a la comunicación telefónica o celular, a los aplicativos de mensajería a través del internet, etc.

4.2. Problemas jurídicos del caso

Después de haber abordado los conceptos claves para entender el presente caso, pasaré a identificar y desarrollar los principales problemas jurídicos.

4.2.1. Primer problema jurídico: En el presente caso, la obtención del reporte de llamadas ¿se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador?

a) Derechos en conflicto

En el ámbito de una relación laboral, el empleador posee el poder de dirección que comprende la facultad de fiscalizar y controlar la labor del trabajador (Blancas Bustamante, 2010). Al respecto la doctrina considera que el poder de control es una de las manifestaciones más importantes, pero a su vez es la más conflictiva, ya que consiste en “la facultad de emplear los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido con sus obligaciones” (Fons, 2002).

El art. 9° de la LPCL establece, en líneas generales, que el poder de dirección debe ejercerse respetando los límites de la razonabilidad. Sin embargo, a pesar que el citado artículo no haga referencia de forma explícita a la facultad de control y vigilancia, según Blancas Bustamante, dichas facultades al ser una prolongación del poder de dirección están sometidos a límites internos y externos (2010).

Los límites internos están relacionados al rechazo a cualquier forma de control que vaya más allá de la evaluación del cumplimiento de la obligación laboral. Asimismo, está referido a la razonabilidad que debe existir al momento del ejercicio del control de tal forma que se pueda excluir la arbitrariedad y el abuso.

Por otro lado, los límites externos tienen su origen en el enunciado de derechos fundamentales. En tal sentido, “la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador representan un límite infranqueable para la facultad de control y vigilancia del empleador” (2010).

Se puede afirmar que los derechos que estarían en conflicto en el presente caso serían, por un lado, la libertad de empresa y, por otro lado, el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. Parte de la doctrina sostiene que el empleador en ejercicio de sus facultades podría controlar y verificar que las herramientas de trabajo entregadas por el empleador se estén utilizando para los fines laborales respectivos, por ejemplo, el correo electrónico (Calderón, 2016).

Sin embargo, hay cierto sector de la doctrina que sostiene que para tener acceso a las comunicaciones del trabajador es necesario obtener la autorización judicial respectiva dado que así es como había estado resolviendo la jurisprudencia, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador.

b) Posición jurisprudencial

Es necesario hacer mención a la STC Exp. 1058-2004-AA/TC, caso SERPOST, en la que el empleador había descubierto que un trabajador enviaba correos electrónicos con contenido pornográfico. El TC determinó que la manera en cómo se procedió a descubrir las faltas laborales contenidas en esos correos vulneraría la reserva de las comunicaciones y la garantía judicial, por lo que dicha prueba carecería de valor alguno.

No obstante, el TC en este mismo caso, en el fundamento 10°, desliza la posibilidad de poner en conocimiento oportuno al trabajador a efectos de que se pueda acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas. Es decir, abre la puerta a una alternativa al uso de la autorización judicial, pero no esto no ha sido desarrollado del todo, por lo que hasta hace poco podíamos afirmar que el TC tenía una postura firme al respecto.

De la misma forma en la STC Exp. 04224-2009-PA/TC el TC consideró que el empleador había hecho uso de los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar faltas graves, los mismos que carecerían de validez si se obtuvieron sin el procedimiento respectivo.

Asimismo, la CAS N° 14614-2016-LIMA fijó que el reglamento interno de trabajo no puede facultar al empleador revisar el correo corporativo de sus trabajadores. Asimismo, dicha Casación señaló que sería un exceso del empleador revisar el contenido de los correos de sus trabajadores por el solo hecho de ser el propietario de sus cuentas, ya que se estaría colisionando con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores. Por lo que solo se podría acceder a dichas comunicaciones mediante un mandato judicial.

A pesar de ello, como ya se adelantó previamente, hace poco la postura fija que tenía el TC respecto a las atribuciones del empleador en la fiscalización laboral se ha flexibilizado a tal punto que ha concluido lo siguiente:

“(…) este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa” (STC Exp. N° 00943-2016-PA/TC-HUAURA).

Como se puede apreciar, el TC se ha visto en la necesidad, a la luz de los nuevos tiempos, de flexibilizar su postura respecto al uso obligatorio de la autorización judicial para concluir que es posible que el empleador pueda fiscalizar e intervenir el correo institucional si es que hubo una previa comunicación. Más adelante el TC señalaría que dicha fiscalización debe realizarse siempre respetando el principio de proporcionalidad al momento de la intensidad de la intervención.

Es necesario precisar que en Europa esta postura ya venía siendo desarrollada desde hace muchos años atrás; como muestra de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia de fecha 13.01.2016¹⁰, el Tribunal reconoció que el empleador tiene el derecho de fiscalizar el correo electrónico laboral, por lo que no resultaba lesivo a los derechos de la intimidad y secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

Asimismo, el TEDH, hace referencia que es necesario que los empleadores implementen en sus políticas empresariales la regulación de los medios tecnológicos que son otorgados para el cumplimiento de las funciones laborales, con la finalidad de que los trabajadores se encuentren debidamente informados y no se generen falsas expectativas de privacidad.

c) Posición personal

Acorde los hechos del caso, considero que existe una vulneración al secreto de las comunicaciones del trabajador consagrado en el inciso 10° del art. 2° de la Constitución. Ello es así porque el empleador no puso en conocimiento de la razón del procedimiento de obtención del reporte de llamadas antes de realizarlo, como recomienda el TC en el caso SERPOST, sino que ésta fue hecha sin la autorización judicial respectiva.

El TC ya ha manifestado, en numerosas sentencias, que el solo hecho de que el empleador sea titular de las herramientas que se le otorgan al trabajador para la realización de sus funciones no

¹⁰ Para leer la sentencia completa visitar el siguiente enlace: <https://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/Sentencia-id190106.pdf>

significa un uso irrestricto del poder de fiscalización, sino que éste se somete a límites como sería el funcional, relativo al contexto empresarial, no pudiendo controlar la esfera privada; y el racional, porque la idea es que el control debe ser el resultado de un proceso intelectual que lo justifique y que se pueda motivar la razón de ser de la decisión tomada.

Antes del aparente cambio de postura del TC, autores como César Puntriano (2017) consideran que acceder al contenido de una herramienta de trabajo como, por ejemplo, el correo electrónico no vulnera el derecho a la reserva de las comunicaciones porque éstas deben emplearse únicamente para fines laborales.

Por otro lado, Jorge Toyama (2017) recomienda al respecto pedir permiso al trabajador antes de poder acceder a sus comunicaciones ya que de lo contrario se tendría que acudir a un juez penal para recibir su autorización antes de despedir al trabajador.

Considero que tomando en cuenta el contexto respectivo, en el cual había una postura jurisprudencial definida, sí hubo una vulneración al secreto de las comunicaciones, dado que el empleador creía que no era necesario obtener ninguna autorización judicial al ser dueño de la línea celular entregada al trabajador.

4.2.2. Segundo problema jurídico: al momento de la imputación de las faltas graves al trabajador ¿se ha vulnerado el principio de inmediatez?

a) Aplicación

El principio de inmediatez está regulado en el art. 31° de la LPCL y acorde con Arce (2013), mediante este principio, “el empleador se obliga a iniciar los trámites de imputación de la causa de despido tan rápido como hubiera tomado conocimiento”. Asimismo, se debe respetar el principio de inmediatez al acto del despido. Estos deben realizarse de forma automática al momento en el que los hechos sucedieron o cuando el empleador tomó conocimiento de los mismos, es por ello que en ese tipo de casos este principio deberá actuar con razonabilidad, de tal forma que el empleador pueda realizar las investigaciones que considere necesarias para poder hacer una correcta imputación del despido.

En el presente caso, el 28.05.10, el supervisor toma en conocimiento que en el sistema figuraba que el Sr. Walter Rivera no había cumplido con atender las averías respecto de los días 13 y 14 de mayo de 2010. Las investigaciones culminaron a fines de agosto del mismo año y el 20 de setiembre se le cursa la carta de preaviso al trabajador, siendo despedido finalmente el 28 del mismo mes.

b) Posición jurisprudencial

Mediante la Cas. N° 3863-97-SANTA, se señaló que el principio de inmediatez no significa que inmediatamente conocida la falta debe aplicarse la sanción correspondiente, dado que ello conllevaría a un abuso de derecho. Así mismo, se menciona que este principio consagra la facultad sancionadora del empleador que se establece desde el momento de la investigación, hasta su término y luego la sanción correspondiente.

Por otro lado, la Cas. N°150-2005-PIURA, refiere que el principio de inmediatez opera desde el momento en que el empleador razonablemente acaba con la investigación. Sin embargo, existe un vacío legal respecto al plazo razonable que debería transcurrir desde la comisión de los hechos hasta la toma en conocimiento por parte del empleador, por lo que ello se establecería en el caso en concreto.

Por lo tanto, lo que sí quedaría claro, acorde con el TC, es que en caso el empleador no cumpla con el principio de inmediatez, se podría entender que se ha perdonado al trabajador la comisión de una falta, por lo que no existiría una falta que imputar (Exp. N° 1799-2012-AA/TC).

c) Posición personal

Considero que en el presente caso se ha vulnerado el principio de inmediatez dado que desde que se toma en conocimiento de las infracciones laborales hasta que se cursa la carta de preaviso al trabajador han transcurrido casi 4 meses, lo cual no resulta razonable que haya transcurrido tanto tiempo. En tanto que desde cuando se toma en conocimiento de las faltas ya había sido elaborado un informe por parte de los técnicos de mantenimiento de planta que daba cuenta de las irregularidades ocurridas.

Por el tiempo transcurrido desde que cometieron las faltas hasta la fecha de imputación de las mismas, opino que se deben tomar como perdonadas las referidas infracciones. En tal sentido, no se ha cumplido con el principio de inmediatez que permite que el trabajador no se vea sometido a la incertidumbre de definir su situación jurídica como consecuencia de una falta laboral.

Si bien es cierto, a diferencia del derecho laboral público, no está definido el plazo razonable desde la comisión de la falta hasta el momento de la imputación, es necesario que dicho plazo sea evaluado a luz de cada caso en concreto.

4.2.3. Tercer problema jurídico: En el presente caso, le imputan al demandante la comisión de las faltas graves reguladas en el literal a) y d) del art. 25° del D.L. N° 728. Al respecto, ¿se configuraron las faltas graves imputadas?

a) Sobre la falta regulada en el literal a) del art. 25° del D.L. N° 728

Este tipo de faltas, si bien reconocen la competencia normativa del empleador para normar las conductas de sus trabajadores, dicha regulación no debe contradecir el ordenamiento jurídico y, específicamente, no debe vulnerar el principio de tipicidad implícito en el modelo de despido bajo causal que rige actualmente en el Perú y que ha sido desarrollado ampliamente por nuestro Tribunal Constitucional.

En tal sentido, la falta grave que se invoca en el presente caso para despedir al trabajador debe estar acorde al literal a) del art. 25° de la LPCL, específicamente al incumplimiento de las obligaciones laborales que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia al reglamento interno de trabajo.

Al respecto, el empleador invoca esta norma para hacer referencia que el trabajador habría mentido al presentar documentos que acreditaban que había laborado los días 13 y 14 del mes de mayo de 2010; a pesar de ello, mediante el informe presentado por el área respectiva, se podía apreciar que habían averías que no habían sido atendidas en dichos días.

Asimismo, a través del reporte de llamadas se podría evidenciar que el trabajador estaba en otra ciudad distinta en aquella donde tenía que realizar sus labores. Por lo que, a juicio de la empresa, se habría vulnerado la buena fe laboral e inobservado el reglamento interno.

b) Sobre la falta regulada en el literal d) del art. 25° D.L. N° 728

La falta grave invocada hace referencia específicamente a proporcionar información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja. Para que esta falta sea aplicable es necesario que se cumplan los dos elementos como son el objetivo y el subjetivo.

Por un lado, será necesario que se pruebe la información falsa proporcionada al empleador (elemento objetivo) y, por otro lado, será necesario que se pruebe la intención; es decir, el dolo, de causarle un perjuicio o de obtener una ventaja. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que para que se pueda configurar la causal respecto a proporcionar información falsa al empleador “no basta la acreditación del hecho objetivo de la información falsa sino que también se requiere (...) que la falsedad obedezca a la voluntad del trabajador de causar perjuicio al empleador”¹¹.

En el presente caso, en primera instancia, se determinó que no se ha ofrecido, admitido ni actuado ningún medio probatorio relacionado con el presunto cobro de gastos de viaje de los días 13 y 14 de mayo de 2010; es decir, no se han presentado al proceso las boletas de venta por alimentación, hospedaje, movilidad, declaraciones juradas u otros que justifiquen los gastos de los días referidos.

En tal sentido, la falta grave en mención, fue desestimada en primera instancia, por lo que en apelación de sentencia dicha causal no era necesario que sea discutida.

c) Posición personal

En el presente caso, respecto a la causal del literal a) del art. 25° de la LPCL, es necesario hacer referencia al incumplimiento laboral consistente en la no atención de las averías telefónicas los días 13 y 14 de mayo de 2010. El empleador alega que se ha vulnerado la buena fe laboral y quebrantado el reglamento interno de la empresa.

Acorde a la definición de falta grave que brinda el art. 25° de la LPCL, se tiene que es aquella que es aquella infracción cometida por el trabajador a los deberes esenciales del contrato y que hacen que no sea sostenible la continuidad del vínculo laboral. Es decir, no todo incumplimiento puede ser considerado una falta grave, sino que es necesario que ésta sea de tal magnitud que impida que la permanencia del vínculo laboral.

¹¹ Ver Casación N° 2147-2004-Lima, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de julio de 2006.

La vulneración de la buena fe laboral, consiste en una conducta adecuada del trabajador de tal manera que se respete los intereses económicos del empleador y va más allá que el solo cumplimiento de una obligación (Arce Ortiz, 2013). Según este autor, el deber de buena fe está orientado a exigir otros comportamientos por parte del trabajador sin los cuales el contrato de trabajo no conseguiría su objeto económico.

En el caso en concreto, se imputa al trabajador no haber atendido las averías telefónicas encargadas por el supervisor a cargo, y para sustentar ello se presenta un informe elaborado por el área de servicio de mantenimiento en la que se señala que no se cumplió con atender las averías respectivas de los días 13 y 14 de mayo, así como el reporte de llamadas del trabajador que arrojarían que los citados días se encontraba en una localidad distinta de la cual debe prestar sus servicios. Pero como ya se hizo referencia, este reporte de llamadas al ser obtenido de forma contraria al procedimiento judicial exigido en el inciso 10° del art. 2° de la Constitución, carece de valor probatorio.

Al respecto, es necesario precisar, que el propio trabajador afirmó que sí se presentó a reparar las averías telefónicas a los domicilios que se le encargaron pero que no pudo hacer la constatación de las atenciones porque no contaba con su teléfono celular los días 13 y 14 de mayo. Sin embargo, esto genera algunas dudas ya que las constataciones de las averías telefónicas se realizan desde el propio teléfono del cliente usuario; lo que sí queda claro es que hacer dichas constataciones era parte de sus obligaciones como técnico en reparaciones, por lo que el trabajador estaría reconociendo que estaría en falta.

Por otro lado, respecto al quebrantamiento del reglamento interno del trabajo, no queda claro en el presente caso dado no se menciona en la sentencia ni en los antecedentes cuál sería la norma vulnerada, por lo que se puede suponer, puesto que no ha sido cuestionado, que tal norma sí existía pero que no mereció mayor discusión por parte de las instancias judiciales.

Asimismo, respecto a la imputación de brindar información falsa al empleador ya se hizo referencia que el empleador no cumplió con acreditar lo alegado al no presentar ningún documento al respecto; por lo que dicha imputación fue desestimada por el juez de primera instancia.

En conclusión, a pesar de existir un incumplimiento laboral, no se habrían configurado las faltas graves imputadas por el empleador ya que dicha falta no habría sido de tal magnitud para que pueda proceder un despido; es decir, la sanción impuesta por el empleador no es proporcional ni razonable dado que ni siquiera se tomó en cuenta los antecedentes disciplinarios del trabajador ni tampoco la antigüedad que llevaba laborando en la empresa.

4.2.4. ¿Qué tipo de despido se habría producido en el presente caso?

Telefónica del Perú S.A.A. le asignó al trabajador, Walter Andrés Rivera Barrios, quien tenía el cargo de Técnico III en la Planta Rural de Juliaca, en la provincia de Puno, la reparación de unas averías de telefonía en distintas localidades del Distrito de Juliaca, durante la semana del 10 al 14 de mayo del año 2010.

Como parte de las investigaciones posteriores realizadas por inconsistencias en el servicio, el empleador tomó en conocimiento de un informe elaborado por el área de mantenimiento de planta el cual hacía referencia de algunas averías que no habían sido atendidas los días 13 y 14 de 2010. Asimismo, la empresa obtuvo el reporte de llamadas del trabajador en cual se pudo identificar la existencia de llamadas de los días mencionados, cuyo origen era la ciudad de Arequipa donde era su domicilio y no donde le correspondía encontrarse para la ejecución de sus labores.

La empresa concluye que el trabajador había incumplido con sus labores los días mencionados, que había mentido al reportar dichos días como laborados y que había obtenido una ventaja económica dado que se le había otorgado viáticos por los días en cuestión.

Posteriormente, se le cursa carta de pre aviso al trabajador para que brinde sus descargos, y al no poder contradecir los hechos imputados, finalmente, el trabajador es despedido. Por ello, el trabajador decide acudir a la vía jurisdiccional para solicitar la reposición a su puesto de trabajo por haber sido despedido de manera fraudulenta.

- Posición personal

Es necesario señalar que la pretensión principal del trabajador es la reposición laboral y que los argumentos que señala en apelación de sentencia son, entre otros, que se ha producido un despido fraudulento en tanto se han presentado una prueba falsa, fabricada, dado que el reporte de llamadas obtenido lo ha elaborado la misma empresa demandada.

Asimismo, el trabajador argumenta que se ha vulnerado su derecho a la reserva de las comunicaciones y que, en caso de haber incumplido con alguna obligación, ésta no es merecedora de despido.

En tal sentido, como ya se hizo mención, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los despidos merecedores de reposición laboral son el incausado, el fraudulento y el nulo. El despido arbitrario como tal, es decir, el injustificado, acorde a nuestro ordenamiento legal, solo merece como única reparación la indemnización por despido arbitrario.

Por lo que, acorde a la pretensión de reposición laboral, analizaré brevemente la tipología del despido desarrollada por nuestro Tribunal a la luz de la sentencia emitida en el Expediente N° 0976-2001-PA/TC (Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A.). En esta sentencia se realiza la siguiente clasificación:

1.- Despido incausado:

Este tipo de despido es el que produce sin expresión de causa alguna, también llamado despido de hecho.

2.- Despido fraudulento:

Se produce cuando se le imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos e imaginarios; también cuando se le atribuye una falta no prevista legalmente, cuando existió vicio de voluntad en la extinción del vínculo laboral o cuando se adulteran medios probatorios para la imputación de una falta.

3.- Despido nulo:

Se produce cuando se vulneran los derechos fundamentales del trabajador que están enlistados en el artículo 29 de la LPCL. Esta lista no es cerrada, sino que una ley puede admitir más supuestos como es el caso de la discriminación por ser portador de VIH (Ley N°26626).

Cabe resaltar que en el pedido de aclaración respecto al Exp. N° 1124-2001-AA/TC, el Tribunal hizo referencia que era inconstitucional que los despidos sin expresión de causa solo merezcan como única reparación una indemnización por despido arbitrario.

Ahora bien, en el caso en concreto, se puede apreciar que no estamos presente ante un despido fraudulento como alega el trabajador dado que no se encuentran los elementos característicos del despido como ha sido anteriormente señalado por la Corte Suprema cuando se menciona que “el despido fraudulento tiene sus propias singularidades que la diferencian de un despido cuya causa no ha podido ser acreditada, como es el caso de un despido arbitrario” (Cas. N° 3765-2016-LIMA). Asimismo, dicha Casación señala que es necesario que se pruebe la perfidia al momento del despido, es decir, el engaño, de lo contrario estaríamos presente ante cualquier otro tipo de despido.

En tal sentido, solo se tiene la afirmación por parte del trabajador de que la prueba presentada por el empleador es falsa, fabricada, pero ello no ha sido acreditado. Asimismo, no se puede encontrar alguna relación con los otros tipos de despido como el incausado o el nulo.

Por lo que se puede afirmar que en el presente caso no se ha producido un despido fraudulento, por los motivos expuestos líneas arriba, pero tomando en cuenta los antecedentes disciplinarios del trabajador y la gravedad de la falta laboral, considero que se ha producido un despido arbitrario, porque la sanción impuesta al trabajador resultar desproporcionada e irrazonable.

Sin embargo, en tanto que al momento de la demanda el trabajador tiene como única pretensión la reposición por despido fraudulento y no la indemnización por despido arbitrario, no es posible que la Corte Superior, en este caso, pudiera amparar la demanda por una pretensión no solicitada porque ello vulneraría el principio de la congruencia procesal (se trataría de una decisión *extra petita*).

5. Posición sobre la resolución

Estoy de acuerdo de forma parcial con la parte resolutive de la Sentencia de Vista N° 76-2012, de fecha 16.01.12, expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, porque considero que, si bien la sentencia debe declararse infundada, creo que los argumentos expuestos para llegar a dicha decisión son distintos.

- **Sobre el reporte de llamadas**

Cuando la Corte se pronuncia sobre la valoración de los medios de prueba, se refiere a la vulneración al derecho a la intimidad en tanto que no se ha tenido acceso al contenido de la comunicación, asimismo, se refiere a que es razonable el solicitar el reporte de llamadas ya que

la empresa era el titular del teléfono móvil. Sin embargo, considero que esto contradice la línea jurisprudencial que en aquel entonces venía desarrollando el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el caso SERPOST, se manifestó lo siguiente:

“puede alegarse que (...) el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa (...), ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos (...)” (Exp. N° 1058-2004-AA/TC).

En tal sentido, los derechos fundamentales de la persona no deberían verse enervados por el hecho de mantener un vínculo laboral, como si se tratara de una “zona franca”. Empero, no se puede negar al empleador el uso de mecanismos idóneos para que logre desempeñar aquellas facultades que le reconoce la ley para lograr sus objetivos empresariales siempre y cuando se respeten las garantías previstas en la constitución.

Por lo que en el presente caso se debió obtener la respectiva autorización judicial como se señala en el numeral 10 del art. 2° de nuestra Carta Magna, ya que ésta representa una limitación al ejercicio abusivo que pueda tener el empleador al momento de ejercer su potestad de control y vigilancia.

Al respecto es importante señalar que la parte demandante argumenta la vulneración al secreto de las comunicaciones; sin embargo, la corte no se pronuncia al respecto de este derecho y se limita a desarrollar el derecho a la intimidad y llega a concluir que dado a que no se tuvo acceso al contenido de la comunicación no se ha vulnerado dicho derecho. Como se puede apreciar, existe una incoherencia en lo que la parte demandante reclamó y los argumentos esgrimidos por la Corte.

Considero que sí existe una vulneración al secreto de las comunicaciones, en tanto que a pesar de que el empleador era titular de la línea telefónica del trabajador, esto no le daba derecho de poder obtener el reporte de llamadas sin la debida autorización judicial, como en ese momento venía resolviendo el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema¹². Asimismo, podemos sumar a ello que dicha prueba resultaba siendo insuficiente ya que solo ofrecía un mero indicio.

Por lo tanto, si bien es cierto ahora hay una flexibilización respecto al tema, aun así, no resultaría razonable el uso del reporte de llamadas, en el presente caso, para demostrar un incumplimiento laboral y proceder con el despido en tanto que dicha medida no resultaba proporcional ni razonable al caso en concreto, por lo que se pudo haber aplicado otra sanción de menor grado.

- **Sobre el incumplimiento laboral**

La empresa alega que el trabajador no ha cumplido con sus funciones, para ello presenta el informe técnico mediante el cual se da cuenta que hay averías no atendidas; asimismo, presenta el reporte de llamadas del trabajador mediante el cual se da cuenta que hay días que el trabajador se encontraba en una localidad distinta de la que debía prestar los servicios.

¹² Véase las sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes N° 1058-2004-AA/TC, 03599-2010-PA/TC, 04224-2009-PA/TC 00114-2011-PA/TC, 05532-2014-PA/TC y la sentencia de la Corte Suprema en la Casación N° 14614-2016 LIMA.

Al respecto, la Corte Superior argumenta que el Juzgador de primera instancia ha hecho una correcta valoración del reporte de llamadas ya que éste demuestra que el trabajador estaba en otra localidad. No obstante, esta prueba al ser inválida, debió haber sido excluida del análisis, y debió haberse analizado la otra prueba presentada por el empleador como era el informe elaborado por el área de mantenimiento que daba cuenta de que existía un incumplimiento de las labores encomendadas.

- **Sobre lo resuelto por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa**

En el presente caso, la Corte Superior resuelve declarando **INFUNDADA** la apelación en tanto considera que sí existió una falta grave por lo que no cabe la reposición al centro de labores.

Considero que sí hubo una vulneración a la reserva de las comunicaciones, tal como se venía resolviendo por la jurisprudencia de aquel entonces, por lo que el reporte de llamadas del trabajador no debió haber sido objeto de valoración.

Por lo que, en el caso en concreto, se debió analizar la otra prueba presentada por el empleador relacionada al informe técnico elaborado por el área de mantenimiento que daba cuenta que el trabajador no había realizado las llamadas de verificación de las averías los días 13 y 14 de mayo de 2010.

Por lo tanto, tomando en cuenta dicho informe técnico y la propia aceptación del trabajador de que efectivamente los días en cuestión no cumplió con realizar las llamadas de verificación respectivas porque no contaba con su teléfono celular, se puede concluir que en los hechos existió una falta laboral, sea por no asistir a trabajar los días 13 y 14 de mayo o por no realizar la constatación de las reparaciones telefónicas los días mencionados.

Sin embargo, considero que en ninguno de los casos mencionados ameritan la máxima sanción al trabajador, por lo que pudo considerarse dichas faltas como moderadas, más aún si se toma en cuenta que el trabajador manifiesta que no tiene antecedentes de amonestaciones y que en los 18 años que lleva laborando para la empresa ha tenido buena conducta, hecho que no ha sido negado por el empleador.

6. Conclusiones

- En el caso del presente informe no se encuentran los elementos característicos que definen el despido fraudulento; en tal sentido, es posible afirmar que se estaría presente ante un despido arbitrario en sentido estricto en tanto que se puede apreciar una falta de proporcionalidad y razonabilidad al momento de imputar la falta grave al trabajador.
- La demanda planteada por el trabajador es anti técnica porque solicita la reposición por despido fraudulento; sin embargo, sus argumentos parecen más sustentar un despido

arbitrario, en el cual la única reparación sería una indemnización establecida en la ley y no la reposición en el centro de trabajo como pretende el trabajador.

- La Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Arequipa se equivoca al considerar que el reporte de llamadas sería prueba suficiente para probar la falta grave cometida por el trabajador.
- La Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Arequipa se equivoca al señalar que no hay afectación a la reserva de las comunicaciones porque el empleador no tuvo acceso al contenido de la comunicación; no obstante, considero que dicho derecho protege al proceso de comunicación en sí, independientemente de su contenido.
- En estos tiempos de avance tecnológico, el empleador cuenta con más herramientas a su disposición para poder hacer uso de una potestad que es vital para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales: la fiscalización.
- El uso de estos medios tecnológicos es cada vez más empleado por resultar menos costoso y más eficaz al momento de establecer un control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del trabajador.
- Finalmente, el Tribunal Constitucional, respecto a la fiscalización e intervención del empleador sobre los medios de comunicación del trabajador, ha cambiado recientemente de postura en la sentencia Exp. N° 00943-2016-PA/TC; por lo que, siguiendo la jurisprudencia comparada, ha fijado ciertos parámetros que deben ser tomados en cuenta como es el caso de la debida comunicación al trabajador de la posibilidad de vigilar sus comunicaciones, así como la regulación de las condiciones de uso que estarían permitidos en la empresa.

7. Bibliografía

- Abad Yupanqui, S. (2012). El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial. *Pensamiento Constitucional*, 16(16), 11-24.
- Alarcón Salas, M., Cadillo Angeles, C., Castañeda Velásquez, E., Eric, C. P., Delgado De Marky, E., Pedro, D. R., . . . Zubiato Chávez, C. (2016). *Comentarios a la ley de productividad y competitividad laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arce Ortiz, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos Fundamentales De La Persona Y Relacion De Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2010). Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador. *Laborem*(10), 157-184.
- Calderón, J. C. (Marzo de 2016). La intervención del correo electrónico laboral por parte del empleador. (D. & Sociedad, Entrevistador).
- Devis Echandia, H. (2000). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Fidenter.
- Espinoza Escobar, J. (2018). *Los requisitos para el ejercicio válido de la potestad sancionatoria del empleador*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fons, D. M. (2002). *El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- González Hunt, C. (2005). *Los errores empresariales en el despido*. Lima: Actualidad Jurídica.
- Juan Gorelli Hernández, Antonio Ojeda Avilés. (1999). *Diccionario Jurídico Laboral*. Granada: Comares.
- Lama Laura, M. G. (2015). *Causales de despido en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Priori Posada, G., & Pérez-Prieto de las Casas, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *IUS ET VERITAS*(45), 334-354.
- Puntriano, C. (Martes de Junio de 2017). *Diario Gestión*. Obtenido de <http://mentepericial.blogspot.com/2017/06/cas-n-14614-2016-lima-empleadores-ya-no.html>
- Toyama Miyagusuku, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *IUS ET VERITAS*, 120-154.
- Toyama Miyagusuku, J. (Martes de Junio de 2017). *Diario Gestión*. Obtenido de <http://mentepericial.blogspot.com/2017/06/cas-n-14614-2016-lima-empleadores-ya-no.html>