

Determinación probatoria del despido nulo en sede judicial

Joel Cáceres Paredes

ASESOR DE LA DIRECCIÓN DE POLÍTICAS Y NORMATIVAS DE TRABAJO DEL MTPE

1. Introducción

Una de las cosas más difíciles en el proceso judicial es acreditar nuestras alegaciones. A diferencia del plano material o sustantivo de las relaciones intersubjetivas, en el proceso judicial ponemos a consideración de un tercero nuestras aseveraciones y, a su vez, de modo general, tenemos la carga de acreditarlas.

Así pues, la prueba constituye uno de los aspectos centrales a la hora de hacer valer los derechos que alegamos en el proceso judicial y, más aún, si se trata de acontecimiento que no se registran necesariamente en documentos o que, peor aún, se tiende a ocultar.

Esa es la situación de la probanza del despido nulo en el proceso laboral: generalmente los móviles de este despido no se declaran expresamente o se tienden a encubrir con otras figuras aparentemente válidas (despido justificado, por ejemplo), dificultando con ello la garantía estatal de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esbozada así la importancia de la prueba del despido nulo en el proceso laboral, el presente artículo abordará la temática vinculada sobre la prueba indiciaria y otros mecanismos de facilitación probatoria a la hora de dilucidar la existencia de este tipo de despido. Ello en concordancia con lo señalado en el Pleno Jurisdiccional de 1997 sobre dicho tema.

Para lograr dicho objetivo, se hablará sobre la configuración jurídica del despido nulo en el régimen laboral privado (desarrollo legal y jurisprudencial) y su determinación judicial desde las normas procesales laborales.

2. El despido nulo

El despido nulo o la nulidad del despido se produce cuando el acto extintivo del empleador se realiza por un motivo prohibido por el ordenamiento jurídico, los cuales, en principio, se encuentran enumerados taxativamente por nuestra normativa laboral. Se trata pues de una clase de despido que, atendiendo a los móviles para su materialización, se la define por sus efectos: la nulidad del acto extintivo del empleador.

Los motivos prohibidos determinado en el despido nulo son aquellos vinculados con los derechos fundamentales del trabajador, no solo con los derechos fundamentales de carácter laboral, tales como el ejercicio de actividades sindicales (Capítulo I del Título I de la Constitución), sino también, y por sobre todo, con los derechos fundamentales en tanto persona humana (Capítulo I del Título I de la Constitución).

Así pues, la regulación jurídica del despido nulo desde el Derecho del Trabajo manifiesta, a nuestro entender, la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a través de la cual se exige el respeto de estos derechos no solo en la

relación jurídica entre persona y Estado, sino también en la esfera de las relaciones entre privados (la persona del trabajador con el empleador)¹.

Según el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (TUO de la LPCL) y otras normas especiales, los supuestos en los que se configura un despido nulo son aquellos que tienen por motivo:

- La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.
- La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.
- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento.
- En los caso de un despido basado en discriminación por ser portador de Sida (Ley N° 26626, Encargan al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual).

Adicionalmente a dichos supuestos, es importante agregar que el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evidenciado que existen otros derechos fundamentales que es posible de vulnerar mediante el despido (nulo), tales como por

¹ Blancas Bustamante, informando sobre la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, ha señalado que: “La respuesta tradicional del Derecho Constitucional a esta cuestión (si los derechos fundamentales son oponibles entre particulares) ha sido negativa. La teoría de los derechos fundamentales como ‘derechos públicos sujetos’, formulada por Jellineck, atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante y en el Estado, configurando un ‘*status libertatis*’ (...) Esta concepción, como es obvio, restringe el ámbito de eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquella que tienen su origen, y están reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo” (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 96.). Es por esta razón, que la concepción actual de los derechos fundamentales se sustenta en la potestad de los poderes públicos no ya de abstenerse, sino de intervenir para garantizar el respeto y goce de los mismos en las relaciones entre particulares. En efecto, “la existencia de situaciones de asimetría entre los sujetos privados, por el hecho de que algunos de ellos tengan una posición de poder económico y social, no solo afecta la presunta igualdad de las partes en la celebración del negocio jurídico privado, sino que al aceptar el contratante débil las condiciones que le impone el fuerte, refuerza la posición de este y, en contraposición, acentúa su propia posición de dependencia y sometimiento (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*, PUCP, Lima, 2007, p. 34)”. En ese sentido, considerando que la relación laboral se sustenta en la disparidad de poderes entre el empleador, esto es, la persona que se beneficia del trabajo dado y lo direcciona de acuerdo a su utilidad empresarial, con el trabajador, es decir, aquella que enajena su fuerza de trabajo –y el tiempo invertido para su ejecución- a favor empleador en el contexto de un contrato de trabajo; podemos concluir que en esta situación fáctica de poder el trabajador se encuentra propenso a la vulneración de derechos fundamentales por parte del empleador, por en esta situación resultaría plenamente aplicable la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en cuanto persona.

ejemplo el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la intimidad. Se trataría pues de la configuración del denominado despido lesivo de derechos fundamentales, el cual únicamente tiene una construcción jurisprudencial.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0866-2000-AA/TC (Mario Hernán Machaca Mestas contra Dirección Subregional de Salud Moquegua y otros) resuelve un caso en que evalúa si la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador por expresar en un medio de difusión radial información en su calidad de representante sindical se circunscribía en una falta laboral, como fue alegada por su empleadora. El Tribunal Constitucional estimó que “no es constitucionalmente suficiente que la sanción se haya impuesto en base a las opiniones, información y declaraciones emitidas por el actor en una entrevista radial sostenida en una emisora local”. Otro ejemplo es el pronunciamiento contenido en el expediente N° 1058-2004-AA/TC (caso Rafael García Mendoza contra Serpost), en la que se resuelve un conflicto relativo al despido de un trabajador por haberse encontrado en sus correos electrónicos material pornográfico. Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció que toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley.

Como se aprecia en los casos citados, el Tribunal Constitucional determinó la vulneración del derecho fundamental y resolvió la reincorporación del trabajador a su puesto de empleo.

Finalmente, cabe agregar que las consecuencias de la declaración judicial de despido nulo es la readmisión al puesto de trabajo y con el respectivo cobro de las remuneraciones devengadas en tanto el acto de despido fue declarado nulo.

3. La determinación judicial del despido nulo

Como hemos señalado, el despido nulo se define en virtud de los motivos prohibidos que moviliza al empleador al momento de despedir, los cuales, precisamente, se encuentran proscritos porque vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores. De ahí que para la determinación del despido nulo y que estos puedan desplegar sus efectos es necesario contar con una instancia judicial que lo califique como tal. Será pues el Juez Laboral o Constitucional el que, en escrito, esté encargado de calificar un despido como de carácter nulo.

Actualmente, la norma sustantiva que regula la figura del despido nulo establece una regla procesal estricta sobre su determinación: “ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos” (el artículo 37° del TUO de la LPCL).

Esta situación, sin embargo, debe verse complementada, entre otras normas adjetivas, con las disposiciones de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), las cuales establecen en relación a la carga de la prueba al momento de despedir, lo siguiente:

Artículo 23.- Carga de la prueba

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la

carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

(...)

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

(...)

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

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

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

Adicionalmente, es necesario identificar las normas sobre determinación judicial de un despido nulo vigentes al momento en que se emitió el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997. Así, en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo vigente a dicha fecha, establecía las siguientes reglas sobre la carga probatoria en el despido:

Artículo 27°.- Carga de la prueba.- Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

(...)

2. Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.

3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto”.

Cabe agregar que en ambas normas procesales laborales funciona(ba)n la prueba de oficio a cargo del Juez Laboral y la supletoriedad del Código Procesal Civil.

4. Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997

Los jueces integrantes de las Salas Especializadas (tanto de la Corte Superior como de la Corte Suprema de Justicia de la República) están habilitados para reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales, a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial (artículo 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El pleno jurisdiccional laboral es pues el mecanismo que tienen los jueces para homogeneizar los criterios que se vienen aplicando en las decisiones judiciales, con la finalidad de dar uniformidad a dichas decisiones judiciales.

En materia laboral, los jueces de las salas laborales han llevado a cabo diversos plenos jurisdiccionales laborales, donde han fijado criterios importantes sobre la aplicación de la jurisprudencia en materia laboral. Así, se han emitido plenos jurisdiccionales a nivel nacional y a nivel regional o emitido por jueces de las Salas Supremas o por jueces de las Salas Laborales.

Uno de los plenos jurisdiccionales laborales es el que se emitió en el año 1997, en la cual se estableció, entre otros temas, la posibilidad de utilizar las pruebas indiciarias en la determinación judicial del despido nulo. Así pues, el referido pleno acordó lo siguiente:

“En los procesos en que se ventile la Nulidad del despido, si bien el Juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivo el despido”.

Como hemos indicado, consideramos que debe entenderse la emisión del referido pleno en el marco del contexto de dichos años. La Ley N° 26636 establecía de forma clara que en los casos de despido nulo corresponde al trabajador probar la existencia del mismo, no contemplando normativamente algún mecanismo de facilitación probatoria para esta clase de despido.

No obstante ello, a nuestro parecer, y dentro del contexto señalado, debe precisarse que era (y es) posible la aplicación de la prueba indiciaria del despido nulo. Y no solo porque así lo ha señalado el Pleno Jurisdiccional Judicial de 1997, sino en virtud de la regla de supletoriedad del Código Procesal Civil a las normas del proceso laboral.

En efecto, el Código Procesal Civil establece que los indicios constituyen un sucedáneo de los medios probatorios, el cual puede ser asumido por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de este (artículo 27). De modo más preciso, se indica que el indicio es:

“El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia” (artículo 276).

A su vez, el artículo 41° de la Ley N° 26636, establecía en relación a los indicios que estos son:

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

No obstante lo anterior, debe precisarse, tal como lo hemos citado previamente, que en la actualidad la NLPT admite la posibilidad de recurrir a la prueba indiciaria y a otros mecanismos de facilidad probatoria para el trabajador en la determinación judicial del despido nulo.

5. Las facilidades probatorias en la determinación judicial del despido nulo

A nuestro criterio, la determinación judicial del despido nulo en el proceso laboral se determina mediante la utilización de las reglas de facilitación probatoria vinculadas a la existencia de presunciones y de indicios. Es decir, a través de la presencia de los denominados sucedáneos de los medios probatorios.

Esto es así, como ya lo hemos señalado, porque generalmente los móviles del despido se encubren a través de otras figuras jurídicas aparentemente válidas. En dicho sentido, el estudio general de 1995, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, observó que “en los casos de terminación, la aplicación de la regla general aplicable en derecho contractual, según la cual la carga de la prueba incumbe al demandante, podría hacer que fuera prácticamente imposible para el trabajador demostrar que la terminación estaba injustificada, en consideración del hecho de que las pruebas de las causas reales son, por lo general, detentadas por el empleador”². De modo similar, se ha afirmado que “la carga de la prueba que se impone al trabajador presenta tal dificultad que, aun tratándose estrictamente de una cuestión de orden procesal, puede comprometer, hasta el punto de tornarla inocua la protección contra el despido lesivo de derechos constitucionales configurada mediante el ‘despido nulo’”³.

Adicionalmente, debe precisarse que una de las primeras reglas probatorias en la determinación judicial del despido nulo es aquella que va determinada por la probanza del motivo que se encuentra encubierto (por ejemplo en los casos de alegación de existencia de un despido justificado). En esta primera etapa, las reglas probatorias aplicables a las partes serán las determinadas en la verificación de existencia del motivo encubierto, tales como por ejemplo, la existencia de un despido justificado, del vencimiento del contrato sujeto a modalidad, entre otros.

Dicho esto, debemos recalcar que para la determinación judicial del despido nulo, la NLPT ha establecido que la distribución de la carga de prueba es la siguiente (artículo 23º):

- i) Corresponde al trabajador la carga de probar el motivo de la nulidad que invoca.

² COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, *Estudio general de 1995, Protección contra el despido injustificado*, párrafo 199.

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El Despido en el Derecho Laboral Peruana*, Ara Editores, 2da Ed., 2006, p. 353.

- ii) Empleador deberá acreditar la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

Como se aprecia, en el despido nulo no existe, en estricto, una inversión de la carga de la prueba, por lo que, en principio, correspondería al trabajador la existencia de un motivo de despido, por ejemplo, que el acto extintivo obedeció a un motivo discriminatorio o al ejercicio de actividades sindicales. Cabe resaltar que dicha inversión no es posible debido a que, de suceder esta, se generaría una carga excesiva y casi imposible para el empleador mediante la exigencia de la denominada prueba diabólica.

Acorde con dicha regla de distribución, en la Casación Nº 1774-2005-Lima la Corte Suprema de Justicia de la República no verificó la inexistencia de un despido nulo por falta de la acreditación probatoria. Así, dicho fallo judicial establece que:

“[N]o obstante, la Sala Superior no explica adecuadamente como el solo hecho del despido *ad nutum* o incausado del demandante sin vincularlo al examen o análisis de ninguna otra circunstancia o hecho que en su conjunto puedan servir para persuadir razonablemente de tal intención a la emplazada, puede llevarlo a la convicción que el móvil oculto de tal medida fue el desarrollo de su actividad sindical”

Ahora bien, sin perjuicio de dicha distribución, las dos reglas que facilitan la labor probatoria del trabajador en la determinación del despido nulo son las presunciones y los indicios y/o la prueba indiciaria.

En cuanto a las presunciones, estas pueden ser definidas como el razonamiento lógico a partir del cual en virtud de uno o más hechos conocido se concluye la existencia de otro hecho no conocido, el cual, precisamente se desea determinar. En virtud de ello, no nos encontramos ante aseveraciones arbitrarias y/o carentes de sustento. Se trata de reglas mediante las cuales una norma jurídica preestablece, de acuerdo con la normal ocurrencia de los hechos, que un determinado evento tendrá el carácter de cierto o posible.

Las presunciones funcionan como facilitador de la propia decisión judicial, debido a que establece anticipadamente como cierto, un hecho que no ha sido acreditado a través de un medio probatorio directo. También tiene otros objetivos: permiten la obtención de una decisión célere en un proceso judicial, justifica la decisión judicial cuando en un determinado proceso no existen pruebas para acreditar los hechos alegados, tutelan los intereses de los sujetos menos favorecidos en un proceso, al invertir la carga de la prueba que, en principio, recaía sobre ellos.

En buena cuenta, estas presunciones constituyen una tipo de razonamiento judicial de corte deductivo, en la medida que el Juez da por cierto la información contenido en una norma legal, para aplicarlo en un caso concreto⁴.

En materia laboral, encontramos los siguientes supuestos de despido nulo vinculados a la existencia de una presunción legal, a saber:

⁴ A su vez, las presunciones legales pueden ser absolutas y relativas. Son presunciones absolutas aquellas cuyo conocimiento adquirido (mediante la presunción) no admite la prueba en contrario, mientras que las de carácter relativo permiten la presentación de prueba en contrario que refute el conocimiento extraído por la presunción. En materia laboral, y específicamente en la determinación judicial del despido nulo, encontramos las presunciones relativas o *iuris tantum*.

- i) Las actividades sindicales (incisos a) y b) del artículo 29º del TUO de la LPCL) vinculadas a los supuestos de protección del fuero sindical establecidos en los artículos 30º y 31º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, TUO de la LRCT).

Como se sabe, mediante el fuero sindical⁵ se “garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación” (artículo 30º del TUO de la LRCT).

En tal sentido, los trabajadores que se encuentran comprendidos dentro del fuero sindical (artículo 31º del TUO de la LRCT) son: i) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después; ii) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales; iii) Los delegados de los trabajadores en aquellos casos que no se supere el número mínimo para constituir un sindicato (veinte (20) trabajadores) y en los casos de representantes de una sección sindical; iv) los candidatos a dirigentes o delegados, por treinta (30) días calendario antes y después del proceso electoral; v) los miembros de la comisión negociadora de un pliego de reclamos hasta tres (3) meses después de concluido el procedimiento respectivo⁶.

- ii) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento.

En este supuesto, se establece la presunción de la existencia del despido por esta causal cuando “el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir”.

Cabe precisar que esta regla se aplica siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. Ello, en razón a que debe garantizarse la toma de conocimiento del empleador de la situación de embarazo. De otra forma no podría operar dicha presunción.

En ambos supuestos, y luego de haber verificado la inexistencia de un despido justificado, el trabajador podrá acreditar únicamente que se encuentra amparado en algunos de los supuestos de fuero sindical o que se encuentra en el periodo temporal vinculado con la maternidad, para que se determine la certeza de la existencia del despido nulo.

Respecto a la prueba indicaría, debe precisarse que la misma es posible siempre que en su valoración concurren de un conjunto de indicios o evidencias que, de forma conjunta, permitan concluir la existencia de la existencia de los hechos alegados. A través de la prueba indiciaria, el Juez realiza un examen lógico para inferir una

⁵ El fuero sindical puede ser definido como “el conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puede sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical” (ERMIDA URIARTE, Óscar. “La protección contra actos antisindicales”, en *Derecho Laboral*. N° 146. Montevideo. 1997. p. 295).

⁶ Se recoge los supuestos genéricos de protección el fuero sindical, los cuales son precisar por el Reglamento del TUO de la LRCT.

conclusión de los hechos expuestos a través de indicios, esto es, de los actos, circunstancia o signos debidamente acreditados.

Los indicios se sustentan en el conocimiento a partir del presupuesto acreditado en el proceso. Se trata de un razonamiento a través del cual el Juez llega a la convicción de los hechos por un examen conjunto de indicios, máximas de experiencias o rasgos sintomáticos que le son puestos a conocimiento. Se trata entonces de un razonamiento judicial de corte inductivo.

Cabe precisar que en el proceso laboral pueden concurrir, en calidad de indicio, “las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes” (artículo 23º de la NLPT), entre otros supuestos.

Adicionalmente a lo señalado hasta aquí, es relevante mencionar un nuevo mecanismo de facilitación probatoria establecido por la NLPT en la cual interactúa la determinación de la prueba indiciaria con la existencia de una presunción legal. Nos referimos al artículo 23.5 de la NLPT, el cual indica:

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

Entonces, y sin perjuicio de la dinámica de las presunciones legales señaladas en los párrafos precedentes, cuando el trabajador alegue la existencia de un despido nulo deberá acreditar la existencia de un hecho lesivo vulnerado, el cual podrá ser demostrado mediante la utilización de indicios. Ya no deberá acreditar la existencia del motivo del despido ni mucho menos recurrir a la prueba directa, sino únicamente acreditará la existencia de dicha situación lesiva, mediante la recopilación de todos los indicios que sean necesarios para crear la convicción en el juez de la posible afectación de su derecho fundamental. Lograda la acreditación indiciaria del hecho lesivo alegado por el trabajador, operará la presunción de la certeza de dicha situación, la cual, por su propio mérito podrá configurar la existencia de un despido nulo.

En dicho caso, el empleador puede desvirtuar la existencia de dicha certeza a través de la acreditación (directa o indiciaria) de una justificación objetiva y razonable o de su proporcionalidad que hubiere adoptado en el despido del trabajador. No se le exige pues que acredite que no existió un despido nulo, sino que demuestre que su decisión (de despedir) tuvo una justificación objetiva y razonable o fue objeto de un examen de proporcionalidad.

Acorde con dicha dinámica probatoria, a nuestro parecer, la regla señalada en el artículo 23.5 de la NLPT desvirtúa actualmente la aplicación del Pleno Jurisdiccional de 1997 respecto a la utilización de indicios en los procesos de nulidad de despido, por cuanto no será necesario recurrir a indicios para acreditar que el despido fue nulo, sino únicamente se podrá acreditar indiciariamente el hecho lesivo alegado para que opere la presunción de existencia del este tipo de despido.

6. Conclusiones

- En la determinación judicial del despido nulo, generalmente, no se utiliza los medios de prueba directos, sino por el contrario se recurre a diversas formas de facilitación probatoria, tales como la prueba indicaría y las presunciones.
- El acuerdo plenario sobre la utilización de los indicios en el despido nulo establecida en el Plano Jurisdiccional Laboral se entiende dentro del contexto de su fecha de dación (1997), debido a que no existían mayores reglas sobre facilitación probatoria para los despidos nulos en las normas procesales del trabajo.
- En tal sentido, ya no es necesario recurrir a los indicios para acreditar la existencia de un despido nulo, en virtud del referido acuerdo plenario, en la medida que actualmente es posible aplicar la presunción de certeza del despido nulo cuando se acrediten, de modo indiciario “la existencia del hecho lesivo alegado”. Ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de desvirtuar dicha presunción por parte del empleador.