

LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

Michael Vidal Salazar^()*

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más destacables de la Ley N° 29497, más conocida como la nueva Ley Procesal del Trabajo (“NLPT”), es la regulación que contiene en relación a la tutela cautelar. Y es que sin un cambio legislativo radical sobre la materia, no habría sido posible sostener un verdadero reconocimiento del derecho de tutelar jurisdiccional efectiva. Tal situación adquiere especial importancia considerando además que el artículo III del Título Preliminar de la NLPT recoge el citado derecho como uno de los fundamentos del proceso laboral.

De otro lado, la regulación sobre el particular contenida en la NLPT, contrasta con el tratamiento que recibe la tutela cautelar en la Ley N° 26366, Ley Procesal del Trabajo (“LPT”), el mismo que ha sido materia de constante cuestionamiento debido a su carácter limitativo.

A continuación un análisis de los principales cambios que presenta el nuevo proceso laboral en materia cautelar y la importancia de los mismos.

(*) Abogado. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Asociado Principal del Estudio Ehecopar.

I. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, TUTELA URGENTE Y TUTELA CAUTELAR

Cualquier análisis sobre la tutela cautelar debe partir de la definición de la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto, se define como tal al derecho que tiene toda persona (por el solo hecho de serlo) de exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional⁽¹⁾. Dicha definición debe ser complementada con aquella que señala que nos encontramos ante “aquel derecho que tiene todo sujeto de derecho, por el solo hecho de serlo, de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado a solicitarles protección o amparo jurídico eficaz o efectivo para solucionar o evitar un conflicto intersubjetivo de intereses, eliminar una incertidumbre jurídica, vigilar la constitucionalidad normativa o controlar las conductas antisociales—delitos o faltas—”⁽²⁾.

De esta manera, la tutela jurisdiccional efectiva apunta a que el litigante pueda acceder a un proceso eficaz, a una tutela efectiva, a un pronunciamiento final ejecutable.

Es en esa medida que, al interior de la tutela jurisdiccional efectiva toma especial relevancia lo que se conoce como tutela urgente o tutela de urgencia, nacida como consecuencia de la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria y cuya finalidad específica es neutralizar o eliminar la frustración que puede producir la demora en la tramitación de un proceso⁽³⁾.

La principal manifestación de la tutela urgente es la tutela cautelar, especie que por su desarrollo extraordinario tanto doctrinal como jurisprudencial, ha opacado a su género⁽⁴⁾. Esta tutela se manifiesta en lo que conocemos como medidas cautelares, mecanismos que tiene como fin principal “evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional, procurando garantizar ya desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones con anterioridad a esta, la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda”⁽⁵⁾.

Considerando lo antes señalado, las medidas cautelares son consideradas como uno de los mecanismos más importantes para el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que cualquier limitación a su utilización puede considerarse como una vulneración de tal derecho. Así pues, el Tribunal Constitucional

(1) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1996. p. 245.

(2) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: PRIORI POSADA Giovanni y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Apuntes sobre derecho procesal*. ARA, Lima, 1997, p. 74.

(3) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. “Del Mito del Proceso Ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes iniciales”. En: *Sentencia Anticipada*. Despachos Interinos de Fondo. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000. p. 190.

(4) Ibid.

(5) SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, 1974. p. 12

Español ha señalado que “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”⁽⁶⁾.

Sobre las medidas cautelares existen muchas consideraciones y discusiones. Sin embargo, hay cierto consenso en determinadas características de las mismas. En primer lugar, no son satisfactivas, es decir, las decisiones cautelares no generan firmeza o definitividad⁽⁷⁾, y en ello podemos incluso encontrar la diferencia entre las medidas ejecutivas⁽⁸⁾. De otro lado, tienen un fin autónomo⁽⁹⁾, que no es otro que lograr la eficacia del proceso, y no la satisfacción misma de una pretensión, lo que diferencia al proceso cautelar del proceso principal, a pesar de la pendencia existente del primero con el segundo.⁽¹⁰⁾

Asimismo, son características de las medidas cautelares su provisionalidad o provisoriedad, y su instrumentalidad. Sobre la primera, Calamandrei ha señalado que la cualidad provisorio de las medidas cautelares se refiere a que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal, sino que además tienen duración limitada a aquel periodo que deberá transcurrir desde que se ordena la ejecución de la medida, hasta cuando se expida la resolución final del proceso principal⁽¹¹⁾.

Acerca de la instrumentalidad como característica, por la cual se liga a todo proceso cautelar al proceso principal en previsión del cual se dicta, nace en espera de un pronunciamiento definitivo posterior, en defectos del cual no solo, no aspira a convertirse en definitiva, sino que está absolutamente condenada a desaparecer por falta de objeto⁽¹²⁾.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 14/1992.

(7) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 193.

(8) Sobre el particular, SERRA DOMINGUEZ, señala que: “(...) como acertadamente advierte Carreras entre la medida cautelar y ejecutiva debe cierta homogeneidad, que sin embargo no debe suponer en ningún caso una identidad. En efecto, la inmediata actuación del derecho constituiría la medida cautelar por excelencia, en cuyo caso sobrarían incluso las medidas cautelares. Pero al hallarse el derecho en periodo de incertidumbre, el juez no puede actuarlo sin el consentimiento que supone el procedimiento judicial, no puede por lo tanto coincidir la medida cautelar o la medida ejecutiva. Pero si puede el juez adelantar algunos efectos que permitan una situación de equilibrio entre las partes” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 19).

(9) MONROY GALVEZ; Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 193.

(10) Rasgo sobre el cual SERRA DOMINGUEZ señala “La pendencia de un proceso principal opera así como presupuesto de la mayoría de las medidas cautelares, que solo pueden adoptarse una vez iniciado el proceso principal” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 45), pensando en las medidas cautelares dentro del proceso, indicando, para el caso de las medidas fuera del proceso que “incluso en estos supuestos excepcionales, es la posibilidad y la consideración del proceso posterior el que justifica la adopción de la medida cautelar” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 46).

(11) CALAMANDREI, Piero. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 36-37.

(12) *Ibid.* p.44-45

Por último, hay quienes señalan como característica principal de las medidas cautelares su temporalidad, por la cual, pese a producir sus efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho, es decir, están condenadas a extinguirse, tanto si se afirma la condición que le dio origen como si se la niega.⁽¹³⁾ Sin embargo, para una gran parte de la doctrina, dicha temporalidad se encontraría en su provisionalidad o provisoriedad. En ese sentido, Monroy Gálvez y Monroy Palacios, han señalado que “lo provisional se diferencia de lo temporal en que lo segundo comprende aquellas situación procesales sujetas a plazo, en cambio, las provisionales están sujetas a la configuración de una nueva situación jurídica, para referirnos al género”.⁽¹⁴⁾

Ahora bien, pese a su amplio desarrollo y regulación en los distintos ordenamiento jurídicos, la tutela cautelar ha empezado a convivir con mecanismos de protección más sofisticados, conocidos como tutela autosatisfactiva y tutela anticipatoria, cuya origen lo encontramos en la necesidad de hacer cada vez más eficaz la vía jurisdiccional.

Al respecto, nos encontramos ante la tutela autosatisfactiva cuando se presentan medidas que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, pero que se agotan en sí mismas satisfaciendo al requirente sin generar un proceso accesorio de otro principal que no es necesario promover⁽¹⁵⁾. Se trata pues de un proceso autónomo, que no necesita ni depende de otro, cuyo resultado, de ser favorable, es definitivo⁽¹⁶⁾, y para cuya tramitación no se necesita una simple verosimilitud del derecho, sino, una fuerte probabilidad, casi una certeza de estar asistidos del derecho que se invoca⁽¹⁷⁾. Así pues, se les ha definido como “soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”⁽¹⁸⁾. La ejecución de la decisión declarada en este tipo de proceso recibe la autoridad de cosa juzgada, siendo inmutables sus efectos⁽¹⁹⁾.

Sobre la tutela anticipatoria, manifestada en las denominadas medidas anticipatorias, debemos indicar que existe una gran discusión sobre si estas últimas son realmente una forma especial de tutela, distinta a la cautelar, o si forman parte de esta. Quienes sostienen su autonomía, afirman que las medidas anticipatorias

(13) SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco Ob. cit., p.17.

(14) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p.194.

(15) PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”. En: *ADVOCATUS* Nueva Época, Primera Entrega. Lima, 1998. p.12.

(16) SEDITA, José Luis. “Tutela Anticipada en General y en el Derecho Laboral”. En: *Sentencia Anticipada*. Despachos Interinos de Fondo. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 705.

(17) Ibid. p. 706.

(18) DE LOS SANTOS, Mabel A. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° III. Lima, 1999. p. 74.

(19) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 203

cumplen una finalidad distinta a las cautelares, en tanto no apuntan a garantizar la eficacia de la sentencia, sino a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción puede derivarse un perjuicio irreparable. Así pues, Peyrano señala que, estas manifestaciones, nacidas del ingenio brasileño (en cuyo Código Procesal Civil – artículo 273–están reguladas en los procesos de conocimiento y no en los cautelares), no tienen naturaleza precautoria, ni engendran un proceso accesorio o instrumental de otro principal, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene la resolución anticipatoria, la cual en vez de asegurar la futura realización del derecho, realiza el mismo, antes que el proceso finalice.⁽²⁰⁾ Sobre el particular, se considera que, si en el caso de las medidas cautelares se necesita una mera verosimilitud, para las medidas autosatisfactivas una fuerte probabilidad, para la tutela anticipada se requiere certeza suficiente, así como una urgencia impostergable (plus sobre “el peligro en la demora”), y un conjunto de circunstancias que justifiquen una respuesta jurisdiccional fundamentada en la equidad, debiendo sus efectos ser fácilmente reversibles.⁽²¹⁾

Sin embargo, existe una parte de la doctrina que niega la existencia de una tutela anticipatoria diferente a la tutela cautelar, señalando que dichos casos pertenecen a las medidas cautelares, pero que se trata de cautelares coincidentes,⁽²²⁾ las cuales aseguran la eficacia de la sentencia final, pero su contenido tiene una íntima relación con el contenido de la relación principal. Para quienes postulan esta teoría, el hecho que dichas medidas cautelares sean discutidas por un amplio sector de la doctrina⁽²³⁾ que se resiste a admitir que los efectos de lo solicitado se pueden concretar sin que exista cognición plena y cosa juzgada (postulando la existencia de una anticipación de tutela), se debe a la percepción equivocada de que esta anticipa los efectos de la sentencia. Esta última resultaría errada, por cuanto toda medida cautelar en contingente⁽²⁴⁾ y la identidad que pudiera existir entre los efectos de las medidas cautelares coincidentes y la sentencia del proceso principal no es carácter jurídico.⁽²⁵⁾

Es la última posición la adoptada por el Código Procesal Civil (“CPC”),⁽²⁶⁾ y por la LPT. Si bien, la discusión sobre su naturaleza puede continuar aún mucho

(20) PEYRANO, “Aspectos (...)”. Ob. cit., p. 13.

(21) SEDITA, Ob. cit., p. 706; PEYRANO, Ob. cit., pp. 13-14

(22) En contraposición a las cautelaresno coincidentes, caracterizadas por asegurar la eficacia de la sentencia final, sin referirse a la pretensión principal.

(23) Que toma como punto de partida la regulación brasileña sobre el particular (Artículo 273 del Código Procesal Civil)

(24) Es decir, si el proceso concluye de manera desfavorable para el peticionante de la medida cautelar, esta lo que produce es una perjuicio a quién lo soportó, debiendo por su lado, quien la obtuvo, retornar la situación jurídica o fáctica al estado anterior de la ejecución de la medida e incluso reparar los daños que su pedido produjo si fuera el caso.

(25) Por cuanto, lo que en realidad hace la medida cautelar coincidente es únicamente establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido.

(26) “Art. 674.- Medida temporal sobre el fondo: Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la

tiempo, lo cierto es que en nuestro ordenamiento, se ha regulado como una medida cautelar más, siéndole aplicable las reglas establecidas para estas (tanto en el proceso civil como en el laboral), teniendo en cuenta que procederá solo en virtud de la necesidad impostergable del que la pide (plus del peligro en la demora) y la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada (más que una mera verosimilitud o fuerte probabilidad), debiendo obviamente tener efectos reversibles (en virtud a la misma naturaleza de las medidas cautelares).

II. LOS AVANCES DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Considerando las críticas realizadas a la LPT, los avances más importantes de la NLPT en materia cautelar, están relacionados a la regulación expresa de la medida cautelar fuera de proceso, la ampliación de los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en un proceso laboral y las medidas cautelares específicas recogidas.

1. La medida cautelar fuera de proceso

El artículo 54 de la NLPT señala que “(...) todo juez puede dictar medida cautelar, **antes de iniciado un proceso o dentro de este (...)**”. Ello resulta una novedad relevante y destacable. El primer párrafo del artículo 96 de la LPT señala que “Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar **dentro de un proceso (...)**”. A partir de esto último, se ha afirmado que, en el proceso laboral, el demandante carece de la posibilidad de solicitar tutela cautelar antes que se inicie el proceso, situación que si es admitida expresamente en el proceso civil sujetando su vigencia al posterior inicio de un proceso principal, figura a la que se denomina “medida cautelar fuera de proceso” (artículo 636 del CPC).

La limitación a la que nos lleva el texto de LPT contrasta con la finalidad de la medida cautelar consagrada expresamente en el mismo artículo (“(...) asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (...)

”), y con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Al respecto, debemos tener presente que, en algunos países, se ha regulado como oportunidad para presentar la solicitud cautelar en el proceso laboral cualquiera que sea posterior a la presentación de la demanda⁽²⁷⁾.

Sin embargo, consideramos que no existe razón alguna para que, en esta materia, se establezca una regulación distinta a la del proceso civil. Por el contrario, lo señalado por el artículo 96 de la LPT implica un obstáculo para el ejercicio idóneo

ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales a esta”.

(27) En nuestro país la LPT habla de medidas cautelares “dentro de un proceso” (artículo 96), mientras la LPL española liga la solicitud del embargo preventivo a la presentación de la demanda y a cualquier momento posterior pero anterior a la sentencia (artículo 79).

de la tutela jurisdiccional efectiva de los accionantes en el proceso laboral, toda vez que gozarían de una tutela cautelar limitada. Además, implica un atentado contra el derecho de igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993) del accionante que recurre a la vía laboral con respecto al que recurre a la vía civil, en la medida que no tiene la misma protección de su derecho a tutela jurisdiccional efectiva, a pesar de estar consagrado en la Constitución a favor de cualquier persona (sin distinciones).

Por su parte, como se ha citado, el texto de la NLPT regula expresamente la utilización de la medida cautelar fuera de proceso, siendo posible la aplicación de las normas sobre la materia contenidas en el CPC, lo que resulta bastante positivo.

2. La ampliación de los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en el proceso laboral

De otro lado, el artículo 54 de la NLPT, señala que, cumplidos los requisitos correspondiente, *“el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar (...)”*. Con ello se permite la aplicación de cualquiera de las medidas cautelares reguladas en el CPC (norma supletoria), incluso la denominada medida cautelar genérica.

Para no dejar dudas sobre el particular, el último párrafo del artículo 54 señala que *“son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, o incluso una genérica no prevista en las normas procesales”*.

Esta resulta ser definitivamente la novedad más importante con relación al texto de la LPT, cuyo tenor ha llevado a limitar la tutela cautelar en el proceso laboral a tres tipos de medidas cautelares. En efecto, el artículo 96 de la LPT establece que *“son procedentes en el proceso laboral las medidas cautelares que contempla esta ley”*. Por su parte, los artículos 100 y 101 de la misma norma regulan dos modalidades de medidas para futura ejecución forzosa (el embargo en forma de inscripción y el embargo en forma de administración) y una modalidad de medida temporal sobre el fondo (una asignación, precedente solo en el caso que se impugne un despido o se solicite el pago de beneficios sociales), respectivamente. Es así como, basado en lo dispuesto en el artículo 96, en varias oportunidades el Poder Judicial ha declarado que, en el proceso laboral, únicamente pueden ser solicitadas las medidas cautelares reguladas por los artículos 100 y 101 de la LPT⁽²⁸⁾.

(28) Por ejemplo, el Décimo Segundo Juzgado Laboral de Lima declaró IMPROCEDENTE una medida cautelar de embargo en forma de retención, considerando que la *“medida cautelar no estaba contemplada en la Ley 26636, conforme se aprecia de la del artículo 96 y 100 de la misma norma legal”* (Resolución de fecha 16 de marzo del 2001) Expediente N° 4662-98, Cuaderno Cautelar). En ese sentido también se expresa la Resolución de fecha 27 de diciembre de 1999 (Expediente N° 4781-97).

Sobre el particular, se ha manifestado que una lectura del artículo 96 de la LPT que lleve a concluir que no procede la aplicación supletoria del CPC para ampliar los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en el proceso laboral, vulneraría el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, así como del principio de igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993) del accionante que recurre a la vía laboral con respecto a quién recurre a la vía civil, en la medida que no tendrá la misma protección a su tutela jurisdiccional efectiva⁽²⁹⁾.

Si bien es cierto, una interpretación de ese tipo significa un grave atentado contra la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que las medidas cautelares citadas son insuficientes para garantizar la eficacia de la sentencia que pondrá fin al proceso⁽³⁰⁾, la limitación normativa citada ha subsistido hasta el día de hoy.

Considerando ello, alguna jurisprudencia ha calificado de inconstitucional el citado precepto señalando que “una interpretación literal de la norma impediría al Juez laboral dictar una medida cautelar distinta al embargo en forma de inscripción o administración prevista por la norma Adjetiva, lo cual resulta un obstáculo al ejercicio de derecho, a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado”⁽³¹⁾, llegando a ser materia de pronunciamientos de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en los que se ha aceptado la aplicación supletoria de las medidas cautelares previstas en el CPC al proceso laboral⁽³²⁾.

Sin embargo, el debate sobre el particular se ha mantenido en Salas Laborales y Juzgados Laborales, por lo que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, se pronunció sobre este tema acordando que “en el proceso laboral son procedentes todas las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente”. De esta manera, se ha buscado acabar con la visión limitativa de la tutela cautelar en el proceso laboral.

(29) Considerando ello, en oportunidades anteriores, se ha defendido la aplicación supletoria del CPC a partir de la utilización de los principios constitucionales de “fuerza normativa de la Constitución” y de “interpretación conforme a la Constitución”, los cuales permitirían una interpretación flexible del artículo 96 de la LPT, considerando su contenido como meramente enunciativo y no como prohibitivo (VIDAL SALAZAR, Michael. “Las medidas cautelares en el proceso laboral”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 84. Febrero, Lima, 2008, pp. 520-533).

(30) En efecto, existen realidades que hacen necesaria la aplicación de medidas cautelares reguladas por el CPC, y no por la LPT. Es el caso por ejemplo del embargo en forma de retención (artículo 658 del CPC), de gran utilidad para un trabajador si demanda una pretensión dineraria. Algo similar sucede en el caso del embargo en forma de intervención en información, por la cual el demandante podría controlar el movimiento económico de la empresa demandada. La citada insuficiencia lleva además a la necesidad de dejar abierta la posibilidad de solicitar medidas cautelares de innovar (artículo 682 del CPC) y de no innovar (artículo 687 CPC), o incluso la conocida medida cautelar “genérica” (artículo 629 del CPC), por la que el demandante puede solicitar una medida cautelar no regulada expresamente.

(31) Resolución de la Corte Superior de Lima, de fecha 30 de octubre de 1998 (Expediente N° 541-98). En ese mismo sentido, la Resolución de fecha 18 de mayo del 2001 (Expediente N° 654-2000).

(32) Resolución de fecha 08 de abril de 1999 (Expediente N° 1034-98-Lima) y Resolución de fecha 17 de abril de 2000 (Expediente N° 573-00-Lima).

Esa es la línea recogida por la NLPT, en el que se ha resuelto el tema reconociendo expresamente la aplicación supletoria del CPC en relación a los tipos de medidas cautelares que pueden solicitarse en el proceso laboral. Y es que, el tratamiento del proceso cautelar en el ámbito laboral no merecería un desarrollo especial importante frente a la regulación establecida en el proceso común (civil), por cuanto, en ambos las necesidades pueden ser muy parecidas.

Al respecto, el CPC regula una serie de medidas cautelares cuya consagración tiene como dirección común la efectividad de la sentencia próxima a emitirse, es decir, obedecen al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Se regulan en dicha norma las medidas cautelares para futura ejecución forzada (embargo, secuestro), medidas temporales sobre el fondo (sobre las que se discute si su naturaleza es cautelar o de sentencia anticipada), medidas innovativas, y de no innovar. Pero no solo eso, sino que además otorga al litigante la posibilidad de solicitar cualquier clase de medida que no encuentre en alguna de las anteriormente mencionadas, sujetándose a la denominada medida cautelar genérica, contenida en el artículo 629⁽³³⁾.

Esta amplia gama de posibilidades corresponde a la necesidad de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los litigantes que, a nuestro entender, se hace más evidente en el proceso laboral, en el que existe una parte más débil y más necesitada de protección (tal como sucede en el derecho de familia o el derecho público).

La necesidad de regular medidas cautelares suficientes en cualquier proceso (incluido el laboral), ha quedado ratificada por el mismo Tribunal Constitucional Español, quién ha señalado: “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁽³⁴⁾. Así pues, el rol de la tutela jurisdiccional efectiva en la relación entre proceso laboral y medidas cautelares es fundamental.

Es así como, podemos afirmar que, si en el proceso común (privado por excelencia) se regulan una gran variedad de medidas cautelares a fin de proteger debidamente al demandante, ello es aún más necesario e indispensable en procesos como el laboral, donde el recurrente reclama un derecho fundamental, que en muchos casos prima sobre los derechos privados.

Con relación a este punto, concluiríamos llamando la atención sobre lo establecido por el artículo 54 de la NLPT al señalar que el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar “(...) cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal”. Entendemos que tal análisis está referido a la idoneidad o adecuación de la medida solicitada para efectos de su admisión

(33) “Artículo 629: Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

(34) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 238/1992.

y no de una potestad del juez para encauzar el pedido en un tipo distinto al señalado por el demandante.

3. Medidas cautelares reguladas expresamente por la nueva ley procesal del trabajo

Como se ha señalado anteriormente, la LPT regula expresamente tres tipos de medidas cautelares: el embargo en forma de inscripción, el embargo en forma de administración y una modalidad de medida temporal sobre el fondo, bajo la figura de una asignación provisional, procedente solo en el caso que se impugne un despido o se solicite el pago de beneficios sociales.

A diferencia de la LPT, la NLPT ya no hace referencia a los citados embargos, lo que sería inútil considerando que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55, procede cualquier tipo de medida cautelar, y con ello, cualquier tipo de embargo.

Eso sí, la NLPT contempla una asignación provisional (artículo 56) admisible solo en aquellos procesos en que se exija la reposición del trabajador. Esta asignación provisional, distinta a la prevista actualmente en la LPT (regulada para los procesos de impugnación de despido y pago de beneficios sociales) consiste en una asignación mensual cuyo monto debe ser fijado por el Juez sin que pueda exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el demandante, con cargo a la compensación por tiempo de servicios. Si el resultado del proceso fuera favorable al demandante, y se ordenara su reposición, el empleador deberá restituir el depósito y sus intereses. Asimismo, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, debe deducirse del monto liquidado por tal concepto la asignación percibida.

De otro lado, se ha regulado expresamente una medida cautelar temporal sobre el fondo consistente en una reposición provisional del demandante. Dicha medida, entendemos, solo procederá en los casos en que el proceso tenga como objeto la reposición del demandante. Por ello, el último párrafo del artículo 55 establece que “si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia”.

La medida comentada, de acuerdo a la NLPT, procederá tanto antes como durante el proceso y, en principio, exige solo el cumplimiento de los requisitos previstos para toda solicitud cautelar (artículo 610 del CPC). Ello resulta sumamente importante, toda vez que, de acuerdo al CPC, las medidas cautelares temporales sobre el fondo, exigen una necesidad impostergable, y una firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada bastante particular (artículo 674). Ello no sería exigible en el caso de la medida regulada por el artículo 55 de la NLPT, la cual debería ser otorgada con la comprobación de los requisitos comunes: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

De otro lado, el artículo 55 regula un supuesto especial, por el cual se admite el pedido de reposición provisional cuando se cumple con lo siguiente: (i) el demandante ha sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con incapacidad; (ii) el demandante estuvo gestionando la conformación de una organización sindical; y, (iii) el fundamento de su demanda resulta verosímil.

Es cierto que el texto del artículo 55 resulta bastante confuso, y no deja en claro si se trata de requisitos copulativos. El Anteproyecto de la NLPT establecía como condiciones para acogerse al supuesto de procedencia especial, el ostentar la calidad de dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o impedido, a lo que debía sumarse la verosimilitud del derecho contenido en la demanda. Es decir, nos presentaba dos requisitos copulativos que, una vez reunidos, hacían innecesario exponer el peligro en la demora y otorgar contracautela (presupuestos de cualquier medida cautelar). Y es que no podía ser de otra forma pues, si se hubiese considerado que los requisitos mencionados no eran copulativos, hubiéramos llegado a la indebida conclusión de que bastaba acreditar la verosimilitud del derecho para obtener una medida cautelar.

Por su parte la NLPT ha incluido un requisito más para acogerse a este supuesto de procedencia especial, que no es otro que “estar gestionando la conformación de una organización sindical”. En este caso, considerar que se trata de tres requisitos copulativos significaría exigir que el dirigente sindical, el menor de edad, la madre gestante o el discapacitado estén participando además en la conformación de una organización sindical para acogerse al supuesto de procedencia especial. Ello carece de toda lógica, principalmente en los casos distintos a los del dirigente sindical.

A nuestro entender, lo que ha hecho el legislador es incorporar en la NLPT un supuesto más de situación especial en la que puede encontrarse el demandante, a partir del cual, acreditando además la verosimilitud del derecho alegado, puede obtener una medida cautelar de reposición, quedando exonerado de exponer el peligro en la demora correspondiente y otorgar contracautela alguna.

Así pues, a partir del artículo 55 de la NLPT, el trabajador que al momento de su despido sea dirigente sindical, madre gestante, menor de edad, discapacitado, o haya estado gestionando la conformación de un sindicato, podrá obtener una medida cautelar con solo acreditar que el fundamento de su demanda es verosímil.

Si a lo antes señalado agregamos lo dispuesto en el artículo 615 del CPC, según el cual obtenida una sentencia favorable en primera instancia ya no es necesario acreditar la verosimilitud del derecho, una vez obtenido un pronunciamiento de ese tipo, un demandante que se encuentra en alguno de los supuestos especiales de protección (dirigente sindical, madre gestante, menor de edad, discapacitado o participante en la conformación de una organización sindical), estará en aptitud de solicitar su reposición provisional sin que exista motivo para que le sea denegada.

La regulación de este supuesto especial de reposición provisional va en la línea de la protección especial que deben tener determinados grupos de trabajadores, sea por su actividad sindical o por su situación personal (madre gestante, menor de edad, discapacitado), resultando por ello bastante positivo.

III. OTROS ASPECTOS REGULADOS POR LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Además de los aspectos antes desarrollado, la NLPT trata otros temas que también merecen algunos comentarios.

1. La finalidad de la medida cautelar

Según el artículo 54 de la NLPT, el juez puede dictar medida cautelar “(...) destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal”. Si bien en principio el texto se asemeja mucho a lo dispuesto por el artículo 96 de la LPT cuando señala que la medida cautelar dictada está “destinada a asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva”, existe una sutil diferencia que puede generar alguna controversia.

En efecto, la NLPT hace referencia a la eficacia de la “pretensión principal”, lo que puede llevar a afirmar que no cabría que se dicten medidas cautelares destinadas a asegurar una pretensión subordinada o accesorio. Entendemos que al hacer referencia a “principal”, podría haber querido referirse a la pretensión de un proceso principal, por diferenciarlo del proceso cautelar. Sin embargo, el término usado puede causar confusión.

De entenderse como pretensión principal, como diferenciada de las subordinadas o accesorias, podría darse el caso que, en un proceso de nulidad de despido no cabría solicitar una medida cautelar para garantizar el pago de las remuneraciones devengadas. En ese caso, se vería frustrada la posibilidad del demandante de solicitar una medida cautelar dirigida a garantizar que, de ser repuesto (pretensión principal), el empleador cumpla con el abono de tales remuneraciones (pretensión accesorio). De igual manera, tampoco cabría la solicitud de una medida cautelar en un proceso de nulidad de despido en el que se ha formulado como pretensión subordinada el pago de una indemnización por despido arbitrario (en caso de no comprobarse la causal de nulidad pero sí la arbitrariedad del cese), destinada a garantizar el cumplimiento de este último pedido.

Consideramos que lo más recomendable era mantener el texto actual de la LPT (que reproduce el artículo 608 del CPC), el cual, además de recoger las características de no satisfactoria, provisoria, instrumental y temporal de las medidas cautelares, no lleva a la confusión planteada.

2. El carácter *inaudita pars*

En relación a la tramitación de la medida cautelar, el artículo 54 de la NLPT recoge un aspecto que no está tratado en la LPT: el carácter *inaudita pars* de la

medida cautelar. Al respecto señala que “las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte”, situación prevista también en el CPC (artículo 637), por lo que, en principio, no resultaba necesario indicarlo. Esto último pues, ante la no regulación de dicho tema simplemente hubiese correspondido la aplicación supletoria del CPC, tal como ha venido sucediendo durante la vigencia de la LPT.

IV. DEFICIENCIAS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO EN MATERIA CAUTELAR

1. No regulación de los requisitos para solicitar una medida cautelar

A diferencia de la actual LPT, la NLPT no desarrolla los requisitos para solicitar una medida cautelar, haciendo una mera referencia a los mismos en su artículo 54 como presupuesto para que se dicte cualquier tipo de medida cautelar.

Consideramos que hubiese sido preferible que se regularán expresamente los requisitos o, por lo menos, se hiciera mención a la aplicación de lo dispuesto en el CPC sobre la materia. Ello, debido a que el tratamiento de los presupuestos exigidos para conceder una medida cautelar en el proceso laboral (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela), contenidos en los requisitos exigidos para solicitarlas, ha generado controversias importantes no solo en doctrina sino también en derecho comparado.

Así pues, en relación al peligro en la demora, se ha sostenido que en el proceso laboral “el juego del principio de celeridad” reduce sensiblemente la posibilidad de un daño ulterior que justifique un peligro en la demora⁽³⁵⁾. Por nuestra parte, no encontramos el sustento a dicha afirmación. Afirmar que las probabilidades de un daño que justifique dicho presupuesto se reducen por tratarse de un proceso laboral, es casi como decir que la tutela cautelar es innecesaria, lo que resulta insostenible. Además, el principio de celeridad es un principio que no se encuentra consagrado únicamente en el proceso laboral, sino que es una piedra angular dentro de la teoría general del proceso. Es cierto que el proceso laboral tiene como objeto derechos de alto grado de importancia como los laborales, pero ello no significa que la figura se repita en otros tipos de procesos como los de familia o derecho público. Sin perjuicio de ello, si hubiese sido interesante la regulación de supuestos especiales en que el peligro en la demora se presuma (tal como sucede en el artículo 98 de la LPT). Ello, considerando pues que en las relaciones laborales existen casos que evidencian por sí mismos la necesidad de una protección cautelar.

Sobre la contracautela, una parte de la doctrina opina que este presupuesto no sería exigible en el proceso laboral toda vez que el riesgo de causar un daño al

(35) BLASCO PELLICER, Ángel. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Civitas, Madrid, 1996. p. 69.

demandado si la apariencia del derecho no se confirma resulta menor que en el proceso civil. A ello agregan que, condicionar la cautela a la prestación de una fianza puede hacer inútil su ejercicio, contradiciéndose el carácter tuitivo del derecho laboral⁽³⁶⁾.

A nivel nacional, la doctrina ha criticado el hecho que la LPT exija la contracautela, señalando que lo más idóneo era dejar a criterio del juez evaluar si el crédito del trabajador se encuentra acreditado para conceder la medida cautelar, sugiriendo inclusive la exoneración de dicho requisito tal como lo hace el CPC con algunos organismos públicos (artículo 614)⁽³⁷⁾. La inadecuación de tal requisito al proceso laboral también ha sido expresada por doctrina internacional⁽³⁸⁾.

A nuestro entender, si bien el exigir contracautela a un trabajador puede parecer inadecuado en tanto en la mayoría de los casos no contará con recursos económicos para enfrentarla, lo que no se soluciona con la posibilidad de otorgar una caución juratoria (pues, de ser el caso, el trabajador se encontrará en la misma incapacidad económica de responder frente a ella), ello no es una situación exclusiva de los trabajadores, sino también de la madre que exige la pensión para su hijo, o del litigante de escasos recursos económicos que reclama por su única propiedad.

En tal sentido, lo importante en este caso es considerar la finalidad de la contracautela. Una inadecuada y permisiva regulación de la contracautela, en cualquier ámbito del derecho, puede llevar a convertir a las medidas cautelares, según Serra Domínguez, en “poderosas armas al servicio de los litigantes de mala fe”⁽³⁹⁾. Por ello, una opción media podría haber sido, otorgar al juez la facultad de decidir si exige o no contracautela al demandante (atendiendo a la situación que se presente en cada caso en particular).

Finalmente, consideramos necesario hacer referencia al caso especial de procedencia regulado por el artículo 99 de la LPT, el mismo que no ha sido recogido por la NLPT, en el cual se señala que la medida cautelar procede cuando la sentencia de primera instancia ha sido favorable al demandante, aunque la misma fuera impugnada. A diferencia de lo previsto por el artículo 615 del CPC, en este caso el legislador ha quedado en deuda por cuanto ha olvidado mencionar las consecuencias de que exista una sentencia favorable al demandante. En efecto, la disposición del CPC mencionada indica que en el supuesto descrito, no es necesario cumplir con acreditar la verosimilitud del derecho, ni ofrecer contracautela. En esta materia ha resultado aplicable supletoriamente la regulación citada del CPC.

(36) Ibid, p. 71.

(37) ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Derecho Procesal del Trabajo*. Lima, 1977. p.236-237.

(38) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILALLON, Jesús, y FERNANDEZ, María Fernanda. *Instituciones del derecho procesal laboral*. Trotta, Madrid, 1991, p. 598.

(39) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 43.

Entendemos que, una vez vigente la NLPT, tal aplicación supletoria del CPC se extendería a todo lo referido a los requisitos para solicitar una medida cautelar⁽⁴⁰⁾.

2. La posibilidad de consagrar una tutela más avanzada

Como hemos señalado en líneas anteriores, la tutela cautelar convive hoy en doctrina, e incluso, en el derecho comparado, con figuras más avanzadas como la tutela anticipatoria y la tutela autosatisfactiva. Nuestro ordenamiento mantiene una posición conservadora en esta materia, limitándose a una regulación, fundamentalmente, de medidas cautelares.

Consideramos que, atendiendo al especial conflicto objeto de un proceso laboral, podría haber sido la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento instituciones más sofisticadas. Sin perjuicio de ello, no cabe duda que el avance en materia cautelar es destacable, y compatibiliza el articulado de la NLPT con la obligación de observar la tutela jurisdiccional recogida como fundamento del proceso laboral en su Título Preliminar.

COMENTARIO FINALES

A nuestro entender, la NLPT presenta una regulación mucho más completa de la tutela cautelar, y con ello, un reconocimiento legislativo apropiado de la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien existen algunos aspectos en que podrían haber existido otras opciones de regulación, ello no perjudica el interesante esfuerzo realizado por buscar una armonía entre los principios y fundamentos del proceso laboral, recogidos en la NLPT, y el articulado general de la misma.

(40) “Artículo 610.- Requisitos de la solicitud.-

El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de esta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal”.