

cuanto, si bien permite el prorrateo, establece como límite que su aplicación no puede ser mayor a una hora diaria, no así con nuestra norma Constitucional que sí lo permite y está desarrollado a nivel infraconstitucional. En consecuencia sería necesario que el gobierno peruano solicite a la OIT la revisión y actualización del citado Convenio, habida cuenta que la realidad empresarial existente cuando se dictó (año 1919) difiere sustancialmente de la actual.

4. En el ámbito minero, sólo las empresas que cumplan conjuntamente las condiciones previstas el "test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros", las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo por períodos superiores a tres semanas, siempre que, sumados a los descansos acumulativos, en promedio no excedan de las 8 horas diarias o 48 horas semanales.

Las empresas mineras que no cumplan con el mencionado test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos.

5. Aún cuando las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre esta materia obligan directamente a las empresas demandadas, por su carácter vinculante resulta aconsejable que los empleadores mineros observen los preceptos generales que contiene el "test", por cuanto, de plantearse una acción de amparo contra ellos por motivos similares, los jueces tendrían que resolver en la misma forma en que lo ha hecho el Tribunal Constitucional.

INCONVENIENTES EN LA REMISIÓN DE PROCESOS DE AMPARO A LA JURISDICCIÓN LABORAL SEGÚN RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ (*)

Sumario

I. Antecedentes. II. Posibles inconvenientes procesales. III. Problemas respecto a la competencia de los juzgados laborales. IV. Problemas respecto de la admisión y trámite de los procesos remitidos. V. Inconvenientes que pueden presentarse en la admisión de las causas. 5.1. Respecto a la causal. 5.2. Respecto a la caducidad. 5.3. Respecto a la ampliación o modificación de las demandas. 5.4. Respecto a los medios probatorios. 5.5. Respecto a las medidas cautelares. 5.6. Respecto a la compatibilidad de procesos. VI. Conclusiones. Bibliografía

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) publicó la sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. En dicho proceso de amparo, el demandante solicitó la reposición en su puesto de trabajo, con el consiguiente pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

El TC resolvió declarando improcedente la demanda, en el entendido que el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a

* Juez Titular del 19° Juzgado Laboral de Lima. Catedrático de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Post – Grado de la Universidad de San Martín de Porres.

probanza. Asimismo, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, fijó en calidad de precedente vinculante inmediato los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral.

En anteriores pronunciamientos, el TC refirió que el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador¹; mencionando el colegiado que, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo era la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

Así, como consecuencia de la jurisprudencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, el Tribunal determinó en el fundamento número 38 que para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en la jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

Lo que no se estableció en la mencionada jurisprudencia fue la forma cómo pasarían estos procesos de amparo a los juzgados laborales, si es que habría una remisión expresa en las sentencias y la forma cómo deben adaptar las demandas para los fines del proceso ordinario laboral, por lo que surgen algunas dudas que merecen ser esclarecidas.

II. POSIBLES INCONVENIENTES PROCESALES

En la sentencia bajo análisis, el TC no determinó la forma cómo deben pasar los expedientes a los juzgados laborales, por lo que recién se podría ver ello cuando efectivamente un proceso con esas características sea remitido al ámbito laboral. Así, en la resolución del proceso de amparo signado con el Expediente N° 6655-2005-PA/TC de fecha 17 de enero de 2006, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 31 de enero de 2006, en los seguidos por Alejandro

¹ Revisar, por ejemplo, el criterio asumido por el TC en el fundamento número dieciséis de la sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, en el caso Eusebio Llanos Huasco.

Arnaldo Zenón Jara y otro contra Consultora "A" SAC y otro, el TC resolvió lo siguiente:

1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en el fundamento 4, supra.

El fundamento número 4 de la referida resolución señala que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubieran establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (fundamento número 38 de la sentencia del TC en el Expediente N° 206-2005-PA/TC).

Encontramos entonces dos problemas en esta remisión: primero si es procesalmente posible remitir un proceso de amparo a una instancia que no conoce de este tipo de procesos, pudiendo surgir complicaciones respecto a la competencia de los juzgados laborales; y segundo, de ser competente la judicatura laboral para tramitar estas causas, cuál deberá ser el trámite que deben seguir dichos procesos una vez recibidos por los juzgados laborales.

III. PROBLEMAS RESPECTO DE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS LABORALES

El primer problema respecto a la remisión de procesos de amparo a los juzgados laborales, debe ser analizado con detenimiento, dado que pueden surgir problemas con la competencia de estos juzgados. De conformidad con lo señalado en el artículo 35° del Código Procesal Civil, norma que establece que la incompetencia por razón de la materia, cuantía, grado, turno y territorio, ésta última cuando es improrrogable, se declara de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción. Por su parte el artículo 36° del mismo cuerpo legal establece que al declarar su incompetencia, el juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, con excepción de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 451°.

En efecto, el inciso 6 del artículo 451° del Código Procesal Civil, establece que una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones del artículo 446°, (entre ellas la de incompetencia), produce, entre otros,

los siguientes efectos: "6) remitir los actuados al juez que corresponda, si se trata de la excepción de competencia territorial relativa." (subrayado agregado). Como en el presente caso no se trata de una competencia territorial relativa sino de una incompetencia por razón de la materia, entonces no es de aplicación este inciso.

Por ello, el TC, en estricto sentido procesal, dado que el Código Procesal Civil es de aplicación supletoria, y al no hacer mención alguna el Código Procesal Constitucional respecto a la remisión de demandas, debió declarar la improcedencia de la acción y proceder a archivar la materia. Pero no lo hizo así debido a que si procedía de esta forma habría operado la caducidad de estas nuevas demandas que se hubiesen presentado ante los juzgados laborales², por lo que, al parecer, por dicho motivo el TC ordenó, en contra de lo que establecen las normas procesales, la remisión de los procesos a los jueces laborales para su tramitación.

Respecto a este punto PALACIOS PAREJA³ señala que desde su punto de vista, el inciso 6 del artículo 451° del Código Procesal Civil incluido por Ley N° 28544 es inconstitucional, pues opina que: "La competencia es la potestad estatal para buscar la actuación del derecho objetivo al caso concreto, para lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares, la sanción de determinadas conductas antisociales por medio de decisiones definitivas y ejecutables con la finalidad de mantener la armonía social. Es la aptitud que tienen los distintos jueces para ejercer jurisdicción en determinados ámbitos, según la materia, cuantía, territorio, grado y turno, ante la imposibilidad del juez único. Estamos ante un presupuesto procesal, sin el cual no existe una relación procesal ni proceso válido. En consecuencia, lo actuado ante un juez incompetente es irremediablemente nulo. Y lo que es más importante aún, mediante la competencia se actúa la garantía constitucional del juez natural prevista en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, entendida como el derecho de las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por el juez predeterminado por la ley, lo cual a su vez integra el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva." (subrayado agregado)

El autor con acierto señala que lo tramitado ante un juzgado incompetente resulta nulo, por que ello rompe el principio constitucional del juez natural, situación que no ha sido contemplada por el TC. En el mejor de los casos, ha sido contemplada por dicha instancia jurisdiccional, pero el colegiado ha preferido el

2 Una de las características de la caducidad, de conformidad con el artículo 2005° del Código Civil es que no admite interrupción ni suspensión, salvo que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

3 PALACIOS PAREJA, Enrique, Excepción de incompetencia declarada fundada, en *Jurídica* N° 96, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano, martes 30 de mayo de 2006. Pág. 8.

tema descrito de la caducidad de las demandas antes que el principio del juez natural, por lo que ha procedido a resolver de esta forma, privilegiando que los demandantes no se perjudiquen por una incorrecta interposición de demandas.

Los juzgados laborales entre tanto, no pueden sustraerse a la tramitación de estas causas dado que se encuentran frente a un mandato del órgano supremo de la legalidad en el país, por lo que es debido a esta disposición del TC que se deben tramitar ante la instancia laboral los procesos materia de análisis remitidos por la instancia constitucional.

IV. PROBLEMAS RESPECTO A LA ADMISIÓN Y TRÁMITE DE LOS PROCESOS REMITIDOS

El segundo problema que se genera es la forma cómo van a recibir, admitir y tramitar los juzgados laborales estas causas que deben ser ordinarizadas según el proceso laboral. Verifiquemos entonces el trámite que deben seguir estos procesos una vez remitidos por la instancia constitucional hacia la laboral:

- 1) Una vez recibido el expediente judicial por el juez laboral, éste debe emitir una resolución previa para que el demandante "adecue" su demanda de conformidad con la Ley Procesal del Trabajo. Por ello, es obligación del juez emitir una resolución previa. No podrá admitir este proceso, sino que notificará a las partes de su avocamiento, y ordenará a la parte accionante la adecuación de la materia al proceso ordinario laboral, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 26636.
- 2) El demandante debe adaptar y ajustar su pedido a las reglas que contienen las normas laborales, y en especial las del artículo 29° del Decreto Supremo 003-97-TR, norma que contiene las causales del despido nulo. Cabe señalar que estas causales son, para la legislación laboral nacional, las únicas situaciones que establecen la reposición de un trabajador en su puesto de trabajo.⁴

4 El TC en la sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC, ha determinado que la forma de protección contra un despido arbitrario, no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, siendo la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional. Con este criterio, los jueces laborales, aplicando esta línea jurisprudencial, pueden admitir a trámite demandas en las que no se ha invocado causal expresa señalada en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Admitidas estas a trámite, podrán entonces sentenciar, de ser el caso, ordenando la reposición de un trabajador que haya sufrido un despido arbitrario. Volveremos con este tema más adelante.

- 3) Una vez adecuada la demanda por parte del accionante, deberá admitirse a trámite y correr traslado a la demandada para que proceda a contestar la misma. En este momento la parte emplazada podrá interponer excepciones, defensas previas y contradecir los extremos demandados.
- 4) El Juzgador deberá entonces llamar a audiencia única y posteriormente resolver la materia. Siendo esto así, existen algunos problemas que se pueden presentar, los cuales pasaremos a desarrollar en el siguiente punto.

V. INCONVENIENTES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS

5.1 Respetto a la causal

¿Si es que el motivo del despido no se encuentra prescrito como causal dentro de las establecidas por el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, puede invocar cualquier otra causal ajena a estas para que se efectivice la reposición?

La incertidumbre sobre este tema se ha originado como consecuencia de la sentencia emitida por el TC en el proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra la empresa Telefónica del Perú, en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC de fecha 11 de julio de 2002. En dicha resolución el colegiado declaró fundada la demanda y ordenó la reposición de los trabajadores que fueron objeto de un cese colectivo por parte de la empresa demandada, sentando algunos criterios. Para tal efecto, seguiremos lo opinado por NEVES MUJICA⁵ quien ha apuntado que "el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé dos supuestos de despido arbitrario: aquél en el que no se invoca causa y aquél en el que alegándose no se prueba en el proceso posterior. En la sentencia, el Tribunal Constitucional parecía considerar que ambos eran inconstitucionales y que, por tanto, la única reparación apropiada frente a ellos era la reposición en el empleo. En la aclaración, sin embargo, únicamente el primero merece tal calificativo y provoca tal efecto. Así fluye de los puntos 2.4 y 2.7. De este modo, subsiste el régimen mixto de estabilidad laboral que tenemos en el Perú: absoluta para unos casos y relativa para otros. Lo que ha ocurrido tras estos pronunciamientos, es que el

⁵ NEVES MUJICA, Javier, en Diálogo con la Jurisprudencia, Especial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, N° 49, Año 8, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2002, Pág. 46.

campo de la estabilidad absoluta que comprendía originalmente los supuestos de despido nulo (contemplados en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, complementados por otras disposiciones referidas al VIH/SIDA y la discapacidad) se ha ampliado, para abarcar también al despido que podríamos llamar 'radicalmente arbitrario' (en el que no se esgrime causa justificada); y, correlativamente, el de la estabilidad relativa se ha acortado, abarcando ahora solo los despidos meramente arbitrarios (en los que se invoca un motivo justificado pero no se logra demostrar). En adelante, pues, el despido en el que no se alega causa justificada queda proscrito de nuestro ordenamiento."

Así, de la sentencia analizada en el párrafo precedente se determinó jurisprudencialmente que era posible solicitar la reposición si es que se había consumado un despido arbitrario (ad nutum), claro está por que el TC ha considerado que el segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, vacía de contenido el derecho constitucional al trabajo.

Debemos tener presente que este criterio fue determinado en un proceso de amparo, en donde puede ser posible que se ordene la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, dado que en materia constitucional no tienen las limitaciones impuestas al ámbito laboral respecto a las causales específicas de reposición, subsistiendo la pregunta: ¿es posible que esto también sea aplicable en materia laboral y sobre todo en un proceso laboral, en donde existen las limitaciones impuestas tanto por el artículo 29° y tercer párrafo del artículo 34° ambos del Decreto Supremo N° 003-97-TR? En dichas normas queda claro que la única forma de reponer a un trabajador debe ser mediante un proceso de nulidad de despido, sustentado en una de las causales que establece el señalado artículo 29°.

En efecto, en lo que respecta al proceso laboral sólo se podrá reponer a un trabajador si es que demanda la nulidad de despido basado en una de las cinco causales establecidas por la norma laboral.⁶ Pero ¿qué sucede si la causal del despido propuesta en la original demanda constitucional no fue ninguna de las

⁶ Cabe señalar que el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25 (Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador...);
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto.

descritas por el artículo 29° debido a que el despido fue uno de naturaleza arbitraria, es decir por decisión unilateral del empleador, sin que haya mediado, por ejemplo, causa justa de despido y se remitió simplemente una carta de despido sin mención alguna a causal prevista? ¿Estaremos entonces ante presupuestos que no se encuentran dentro los establecidos por el artículo 29° como por ejemplo si se ha producido un despido ad nutum⁷, el cual no se encuentra contemplado como causal de reposición? Todo esto en el entendido que el artículo 29° contiene cláusulas cerradas que no permiten el ingreso de nuevas causales como generadoras de una reposición como consecuencia del despido.

Al parecer lo que ha ordenado el TC es que se abran las cláusulas del artículo 29° y se permita solicitar la reposición inclusive cuando se haya cometido un despido sin expresión de causa, por la sola voluntad del empleador, debiendo entonces preguntarnos: ¿si en cualquier circunstancia en la que se haya producido el despido por causa relacionada con la sola voluntad del empleador va a ser motivo para solicitar la reposición en el trabajo?

A criterio del TC parecería que sí, pero subsiste la limitante legislativa de mantener el artículo 29° como *numerus clausus*, debiendo el juzgador laboral en caso de amparar una demanda que contenga como pretensión principal la reposición de un trabajador que ha sido despedido de forma arbitraria, aplicar el control difuso e invocar los criterios constitucionales establecidos por el TC para determinar la reposición solicitada, al no tener este tema respaldo legal; claro está, también pueden ampararse estas demandas siguiendo la jurisprudencia del TC.

De otra forma, no vemos cómo se puede aplicar lo ordenado por el TC, dado que los juzgados de trabajo si bien es cierto deben aplicar los criterios asumidos por el colegiado, no pueden soslayar ni pasar por encima lo establecido por la norma para el caso de los despidos arbitrarios; razón por la cual somos de la idea que se puede inaplicar la normatividad laboral pudiendo reponer a un trabajador que haya sido objeto de un despido arbitrario, pero utilizando para tal efecto la facultad que tienen los jueces de aplicar el control difuso o aplicando los criterios asumidos por el TC, dejando el tema de la indemnización por despido arbitrario sólo para los

7 Para GÓMEZ VALDEZ, Francisco, en *El Contrato de Trabajo*, parte general, Tomo I, Lima, San Marcos, pág. 514, a diferencia del despido justo, el despido arbitrario es inmotivado, incausal, ad nutum, es decir que el empleador no se toma la molestia de señalar las razones contenidas en el despido asumido o, simplemente, señalándolas carece de elementos suficientes para demostrarlos en juicio, probándose, de esta manera, que el despido ejecutado es el resultado de su libre albedrío, antes que del respeto a la normatividad existente. Por eso, tratándose de un despido incausado, el empleador responde pecuniariamente por el daño causado al trabajador, al resolver, de forma repentina, su contrato de trabajo.

casos en los que el demandante pretenda ello o, cuando el trabajador demandante opte por la indemnización, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR⁸.

5.2 Respecto a la caducidad

¿Qué pasa con el tema de la caducidad, puede deducirla el demandado? Y si la respuesta es afirmativa ¿Desde cuándo va a ser contabilizado el plazo para tal efecto?

Un tema que siempre ha generado grandes controversias en materia laboral es el relativo a la caducidad, sobre todo desde la publicación del pleno jurisdiccional laboral de 1999 que determinó en el Acuerdo N° 05-95 (declarado de carácter obligatorio para Magistrados que conozcan materia laboral por Resolución Administrativa N° 05-99-SCS/CSJR) que para efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad que establece el referido artículo 36°, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36° del mencionado Texto Único Ordenado, siendo que la caducidad en materia laboral tiene regulación propia en cuanto al plazo y ejercicio de la acción.

Tenemos entonces que en materia laboral los jueces contabilizan el plazo de caducidad tomando como referente los días hábiles, ocurriendo lo mismo en materia constitucional, dado que el artículo 44° del Código Procesal Constitucional establece que el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Como se puede apreciar, existirá entonces un vacío temporal en cuanto al momento en el que las demandas fueron presentadas. Nos explicamos:

Como ya mencionáramos, el motivo por el que el TC ha ordenado la remisión directa de los procesos de amparo a los juzgados laborales fue para que los trabajadores demandantes no pierdan la fecha de interposición de la demanda, por que si se vieran obligados a presentarla nuevamente el plazo de caducidad

8 El último párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, el trabajador opte por la indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

operaría y todas las demandas que fueron presentadas como procesos de amparo estarían caducadas. En consecuencia, si una demanda presentada en el año 2003 mediante un proceso de amparo, fue declarada improcedente por el TC, la obligación procesal de este colegiado al declarar la improcedencia de la demanda debió ser el de remitir el proceso al archivo, como hemos visto anteriormente.

Pero es justamente por medio de la jurisprudencia materia de análisis que esto ha sido dejado de lado por el TC, ordenando la remisión del proceso a los juzgados laborales. Como también hemos explicado anteriormente, la remisión que hace el TC es una de tipo directo, ordenando a dichos juzgados a admitir estas demandas. El tema de discusión entonces va a ser si se admitirán o no las excepciones de caducidad propuestas por la demandada o si el juez de oficio debe declarar la caducidad de la acción.

En este punto, encontramos tres supuestos, teniendo en consideración las fechas de interposición de la demanda.

- I) Si el despido hubiese ocurrido con fecha 31 de diciembre de 2004, la caducidad laboral (30 días hábiles) hubiese operado el 14 de febrero de 2005, y la caducidad para un proceso constitucional (60 días hábiles) hubiese operado el 28 de marzo de 2005. En consecuencia, si es que el proceso constitucional (que después pasará a los juzgados laborales) fue presentado antes del 14 de febrero de 2005 no habría problema con la caducidad si es que es recibido por un juzgado laboral, por que el mismo fue presentado dentro del plazo de treinta días hábiles señalado por la normativa laboral.
- II) Siguiendo el mismo ejemplo, el problema viene con los procesos constitucionales que fueron presentados entre el 14 de febrero y el 28 de marzo de 2005, (entre los treinta y sesenta días hábiles) los mismos que si bien fueron presentados dentro de los sesenta días hábiles que otorga la norma procesal constitucional, no se encuentran dentro de los treinta días hábiles que otorga la norma laboral.

Esto reviste especial importancia dado que, con lógica razón, el demandado que observe este punto puede solicitar la caducidad de la acción si es que el proceso fue presentado entre el 14 de febrero y el 28 de marzo de 2005. A la fecha no se ha encontrado jurisprudencia emitida por juzgado o sala laboral alguna, pero consideramos que este tema puede acarrear una lógica disputa respecto a la caducidad.

- III) Si el proceso fue presentado después del 28 de marzo de 2005, y en la vía constitucional no fue advertido este tema o fue resuelto por la instancia constitucional desestimando la excepción de caducidad propuesta por la demandada en el entendido que hay una violación continuada, entonces el juez laboral podría declarar la caducidad de la acción si esta fuese propuesta vía excepción por la demandada, pudiendo también declararla de oficio.

Fecha Despido	30 días hábiles	60 días hábiles	más de 60 días hábiles
31/12/2004	14/02/2005	28/03/2005	del 29/03/2005 en adelante
Proceso Ordinario Laboral	si procede	no procede - ha caducado	no procede - ha caducado
Proceso de Amparo	si procede	si procede	procede sólo si hay violación continuada

Vemos pues cómo el asunto de la caducidad va a traer temas controvertidos, pues al advertir un juzgador que la demanda fue presentada después del 14 de febrero de 2005 puede, aplicando las normas laborales, de oficio declarar la caducidad de la acción pese a que el TC haya ordenado la remisión expresa a la competencia de trabajo, dado que es el mismo Tribunal quien ha dejado abierta dicha posibilidad, al indicar que los procesos deben pasar a los juzgados laborales debiendo el demandante adecuar su pretensión al ámbito laboral, con lo que el Juez debe emitir una resolución previa y luego dictar un auto admisorio corriendo traslado a la demandada, como ya se analizó.

5.3 Respecto a la ampliación o modificación de las demandas

¿El trabajador demandante puede ampliar su demanda o modificar sus pretensiones originales y alternativamente interponer como pretensión principal la de reposición y como accesoria la de indemnización por despido arbitrario, o se encuentra sujeto a la pretensión originaria presentada ante las instancias constitucionales?

Puede generar controversia el hecho de que el demandante al ser solicitada su adecuación de demanda, decida incluir a su pretensión restitutoria una pretensión subordinada de indemnización por despido arbitrario o modificar su

demandada solicitando una indemnización por despido arbitrario y el pago de sus beneficios sociales.

Caben dos posibilidades respecto a este tema: la primera que el demandante tendría la obligación de adecuar su pedido a las normas procesales laborales respetando en todo momento su pretensión original, no pudiendo ampliar ni modificar sus pretensiones originales dado que el TC únicamente ha ordenado "adecuar" la demanda a la vía ordinaria laboral, encontrándose sujeto a la pretensión original planteada en la demanda presentada en sede constitucional.

La segunda posibilidad es que, como se trata de una nueva admisión de la demanda interpuesta, entonces estamos frente a una nueva demanda, y por lo tanto es posible modificar o ampliar la misma.

No se debe descuidar el tema relativo al señalado en el artículo 428° del Código Procesal Civil, norma que regula el tema de la modificación y ampliación de la demanda. Señala el artículo en mención que el demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Pero, pese a que la emplazada ha conocido del texto y de las pretensiones demandadas, el juzgador debe necesariamente otorgar un plazo para que el demandante adecue sus pretensiones al ámbito laboral, lo que constituye una demanda nueva y por lo tanto, de conformidad con el artículo 428° del Código Procesal Civil, puede ampliar o modificar la misma.

No debemos olvidar por otro lado que el fundamento número 4 de la sentencia emitida en el Expediente N° 6655-2005-PA/TC, señala que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, habiendo ordenado el Tribunal únicamente la adaptación de la demanda, más no ordenó su posible modificación o ampliación.

Consideramos que pese a que el TC únicamente ha ordenado la adaptación de estas demandas, por las características distintas de los procesos de amparo y ordinario laboral, es posible ampliarlas o modificarlas, pero sólo en temas relativos a la impugnación del despido, es decir, que si en la demanda de amparo se pretende la reposición en el puesto de trabajo, en la nueva se podría ampliar como pretensión subordinada la indemnización por despido arbitrario; pero no puede, por ejemplo, modificarse la demanda solicitándose el cobro de beneficios

sociales, dado que el amparo justamente se planteó en el entendido que lo que se discutía era la impugnación del despido.

Cabe señalar para redondear esta idea que el artículo 52° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, excluye la posibilidad de presentar una demanda de indemnización por despido arbitrario como pretensión principal y como pretensión subordinada la nulidad de despido, pero en la jurisprudencia laboral se han admitido procesos que tienen ambas pretensiones como subordinadas, en el entendido que no se excluye una de la otra.

5.4 Respecto a los medios probatorios

¿Son válidos los medios probatorios presentados en el expediente ante las instancias constitucionales o el Juzgado debe ordenar nuevamente la remisión del arsenal probatorio? ¿Pueden presentar las partes nuevos medios probatorios?

Los medios probatorios que obran en el expediente, como por ejemplo la prueba documental no debe ser nuevamente presentada por las partes, dado que ya obra en el expediente. Lo que más bien debe hacer el juzgador es dar por ofrecidos dichos medios de prueba, correr traslado de los mismos a la parte contraria y actuarlos en la audiencia única.

Respecto al ofrecimiento de esta prueba, una vez admitida por el juzgado y corrido el traslado de la misma a la contraria, se pueden presentar cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) respecto a estos medios de prueba, teniendo el juzgador la obligación de resolver estas cuestiones probatorias en la audiencia única.

Con relación a si se pueden presentar nuevas pruebas consideramos que sí, dado que en el proceso de amparo, como no hay etapa probatoria, las partes por lo general no presentan cierto tipo de pruebas como por ejemplo las declarativas por que saben que van a ser rechazadas.

En el proceso ordinario, como las mismas pueden ser admitidas, creemos que no habría ningún problema si es que las partes presentan nuevos medios de prueba como por ejemplo declaraciones de parte, testigos, pericias o nuevos documentos que acrediten su pretensión.

Esto, a diferencia de lo que ocurre con el tema de las pretensiones demandadas, debe admitirse, al no contar el proceso de amparo con una etapa probatoria claramente definida, por lo que de alguna manera las partes limitan su actividad probatoria en los procesos constitucionales, actividad que podría verse enriquecida en un proceso ordinario laboral, donde existe inclusive la obligación del juez de llegar a la verdad real.

Además, una de las razones por las que el TC remite estos procesos al ámbito laboral es por que en la vía de conocimiento que manejan estos Juzgados existe una etapa probatoria lata, extendida, amplia, en donde se puedan demostrar fehacientemente los hechos discutidos, etapa de la que carece el proceso de amparo.

5.5 Respecto a las medidas cautelares

¿Qué sucede con las medidas cautelares promovidas por la parte demandante que hayan sido admitidas por las instancias constitucionales, deben ser nuevamente solicitadas o han sido dejadas sin efecto al haberse declarado la improcedencia de la demanda?

Si es que en el proceso de amparo existiera una medida cautelar que fue admitida por el juzgado constitucional, al declarar la improcedencia de la demanda el TC, dicha medida cautelar queda automáticamente sin efecto, dada la característica de instrumentalidad que poseen este tipo de solicitudes cautelares⁹, debiendo en todo caso la parte demandante solicitar nuevamente dicha medida para que el juez laboral la califique y ampare, de ser el caso.

El Código Procesal Civil en su artículo 630° establece que si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda desestimada de pleno derecho, aunque aquella hubiese sido impugnada. Este artículo no ayuda a resolver esta controversia dado que el contenido de dicho precepto es aplicable a un proceso en el que se ha desestimado la demanda, entendiéndose por desestimar que ha sido declarada infundada la pretensión. En el caso que nos ocupa, la pretensión no ha sido desestimada, sino que se ha ordenado, por razón de la competencia material, que sea otra instancia la que resuelva la controversia, pero insistimos que la medida cautelar debe quedar sin efecto, por el criterio discrecional que tiene el Juzgador respecto de este tipo de medidas, por lo que de ser el caso, las mismas deberán volver a ser presentadas ante el juzgador laboral.

5.6 Respecto a la compatibilidad de procesos

¿Son incompatibles los procesos constitucional y laboral o por el contrario son semejantes respecto a su tramitación y resolución?

⁹ Al respecto revisar ABADYUPANQUI, Samuel, citando a MONROY GÁLVEZ, Juan, en *El Proceso Constitucional de Amparo*, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004, Pág. 497.

Respecto a la tramitación, los procesos laboral y constitucional son evidentemente diferentes, siendo la principal diferencia que en el proceso ordinario laboral existe una etapa probatoria, de la que carece el proceso de amparo.

En lo relativo a la resolución de la controversia (el fondo del asunto), nos parece que son iguales en lo esencial, dado que en ambos deben aplicarse en primer lugar normas de tipo constitucional, teniendo el juez laboral la facultad de utilizar el control difuso si observa contradicción entre una norma legal y la constitución, pero sobretodo, son similares por que en el ámbito laboral se encuentran presentes y tienen mucha relevancia jurídica los principios que han sido recogidos por la Constitución de 1993 como por ejemplo el de igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y por la Ley así como el de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable.

De otro lado, se tienen en materia laboral también muy presentes otro tipo de principios como el de veracidad o verdad-real, el de primacía de la realidad entre otros, los que hacen del derecho laboral un derecho que se ampara o tiene como guía los derechos fundamentales otorgados a los trabajadores, que siempre han sido materia de protección por el ámbito laboral peruano.

VI. CONCLUSIONES

1. Tanto el TC como los juzgados civiles o mixtos, siguiendo la jurisprudencia emitida por el colegiado, están remitiendo los procesos de amparo en los que se solicita la reposición del trabajador de la actividad privada a su puesto de trabajo a los juzgados laborales, instancia en donde se deben tramitar estos procesos por expresa indicación del Tribunal.
2. Los referidos procesos van a tener un tránsito (del ámbito civil al laboral) un tanto complicado, debiendo la judicatura laboral resolver temas pendientes como la caducidad de la acción, la ampliación o modificación de la demanda y la presentación de nuevos medios probatorios.
3. Estos problemas han surgido justamente porque el TC no ha observado los preceptos procesales que determinan cuestiones como por ejemplo las consecuencias de la declaración de improcedencia de las demandas, que conllevan el archivo de las causas, con la oculta voluntad de no perjudicar a los trabajadores con la caducidad de la acción.
4. Para evitar estos inconvenientes procesales, el TC debió terminar con la carga procesal que tenía a su cargo y ordenar que a partir de determinada fecha, las

nuevas demandas que ingresen, se tramiten con las directivas e indicaciones señaladas para este tipo de procesos.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD YUPANQUI, Samuel, El Proceso Constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004.
- ALONSO OLEA, Manuel, Derecho Procesal del Trabajo, Décima Edición Revisada, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución Política de 1993. Análisis comparado.
- COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, Bs. As. 1988.
- DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Zavalía Editores, Bs. As. 1985.
- GÓMEZ VALDÉZ, Francisco, en El Contrato de Trabajo, parte general, Tomo I, Lima s/f, San Marcos.
- MONROY GÁLVEZ, Juan, Introducción al Proceso Civil. Tomo I, Temis – Estudio de Belaúnde Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan, Introducción al Proceso Laboral, Quinta Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid 2000.
- NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Ara Editores, Lima, 1997.
- NEVES MUJICA, Javier, en Diálogo con la Jurisprudencia, Especial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, N° 49, Año 8, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2002.
- PALACIOS PAREJA, Enrique, Excepción de incompetencia declarada fundada, en Jurídica N° 96, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano, martes 30 de mayo de 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Aee, Lima, 1997.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Segunda Edición Actualizada, Depalma, Bs. As.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Primera Edición, Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2004.

“EL CARÁCTER REMUNERATIVO DE LOS PAGOS RECIBIDOS CUANDO NO EXISTE PRESTACIÓN EFECTIVA DE SERVICIOS: EL CASO DE LOS DESPIDOS NULOS”

MÓNICA PIZARRO DIAZ*

Sumario

I. Presentación. II. Los posiciones en conflicto. 2.1. La posición del Tribunal Constitucional. 2.2. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR). III. La naturaleza de las remuneraciones dejadas de percibir. IV. Los alcances de la reparación a través del amparo. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

Con la utilización de la vía del amparo como mecanismo procesal de reparación frente al despido, reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia correspondiente al Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.A.)¹ y ratificada luego

* Abogada del Estudio González & Asociados. Profesora de Derecho Laboral de la Facultad de la PUCP.

1 “13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen “sustantivo” de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter “procesal”. Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.
b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (...)
b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. (el resaltado es nuestro)