

# LA CONTRACAUTELA EN EL DISEÑO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO



**Luis MENDOZA LEGOAS**

*Abogado laboralista (PUCP) con estudios de especialización en relaciones laborales (UCLM). Asesor de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas desde 2012.*

## SUMARIO

I. La reforma procesal laboral y el régimen cautelar. II. El ámbito de la contracautela: un presupuesto operativo de las medidas cautelares. III. Repensar la naturaleza de la contracautela en los procesos laborales: indemnizar los daños por medidas cautelares injustas para prevenir la temeridad. 1. Contracautela y principio de gratuidad: un deslinde necesario. 2. La contracautela y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Algunas expectativas

## I. LA REFORMA PROCESAL LABORAL Y EL RÉGIMEN CAUTELAR

Con la reforma procesal laboral que viene operándose a propósito de la dación e implementación progresiva de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo<sup>(1)</sup>,

(1) Fuera de la línea discursiva de este artículo, quisiéramos aprovechar este espacio para expresar nuestra discrepancia con el rótulo de "Nueva" con que se ha denominado a la Ley 29497. Si lo que el legislador se propuso con ello fue denotar lo novedoso del diseño procesal que perdure en el tiempo, en algún momento lo que hoy legisló como nuevo tarde o temprano dejará de serlo. ¿Será acaso nueva esta ley procesal cuando cumpla cinco o diez años? Es cierto que el rótulo pone énfasis en sus novedades, pero igualmente discrepamos con tal justificación, porque el hecho de que la Ley introduzca al uso de técnicas e instrumentos tecnológicos contemporáneos en el proceso laboral no justifica que esta por ello se llame "Nueva Ley Procesal del Trabajo". Bajo esa lógica, nos preguntamos: ¿Cómo debería denominarse a una futura ley que haga uso de futuras "nuevas" tecnologías, hoy todavía no inventadas? ¿Habrá que pensar por ello en denominar a la siguiente ley como "Novísima Ley Procesal del Trabajo"? Quizá, la verdadera razón de esta curiosa denominación es la coexistencia temporal en algunos ámbitos de dos cuerpos normativos que contienen leyes procesales, la número 26636 (en extinción) y la número 29497, cuestión que, creemos, tampoco importa una justificación.

los operadores del sistema presentan un progresivo interés por comprender las técnicas del nuevo diseño legislativo (señaladamente ello ocurre con la oralidad y el uso de las tecnologías que ahora se usarían extensivamente en los litigios) y también por volver la vista hacia instituciones procesales que tradicionalmente no han sido comprendidas como “instrumentos del proceso laboral” en la experiencia forense, como es el caso las medidas cautelares laborales.

En otro lugar hemos llamado a la atención sobre el tremendo impacto que puede tener la apertura del régimen cautelar en la dinámica de los procesos laborales (tanto en la forma en que se litiga como en la que se resuelven las solicitudes cautelares), y aún más, en el comportamiento de empleadores y trabajadores con respecto al incumplimiento de la normativa laboral<sup>(2)</sup>. Y es que todavía causa recelo para ciertos comentaristas de la Ley 29497 el que contemple un régimen amplio de medidas cautelares dentro de un tipo de proceso caracterizado por su unilateralidad (donde el trabajador asume generalmente la posición de demandante y el empleador, por consiguiente, la de demandado), por el cual, cuando se satisfagan los presupuestos de las medidas cautelares, ellas podrán ser ordenadas por los jueces de trabajo (a pedido de la parte interesada) en cualquier momento del *iter procesal*, incluso antes de que se interponga la demanda.

Cabe insistir en que esta regulación termina siendo consecuente con la alta consideración que tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en nuestro ordenamiento –contenido en el artículo 139.3 de la Constitución de 1993– y corresponde precisamente al carácter de uno de los componentes de ese derecho complejo (que a su vez es también un derecho fundamental): la tutela cautelar<sup>(3)</sup>.

Quienes pensamos que este es el principal eje de la reforma procesal laboral, consideramos que esta es la oportunidad para que la justicia laboral pueda dar espacio a una mayor vigencia del Derecho del Trabajo en nuestro país, otorgándole a sus normas eficacia en la realidad. Sin embargo, la eficiencia del proceso laboral peruano requiere, junto a la reivindicación del papel del juez (protagonismo que penetra también al proceso cautelar) adecuados mecanismos que impidan la saturación del propio sistema de justicia, que sin ellos correrían el riesgo de convertir a “cuello de botella” lo que en esencia debiera ser una válvula de escape.

Y es que, como está enunciado en el artículo 139.3 de la Constitución, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho-principio que supone un deber constitucionalmente impuesto al poder público de promover su verdadera *eficacia*, aspecto que vincula a sus facultades legislativas, ejecutivas y judiciales<sup>(4)</sup>. De esa forma, superada ya la aparente restrictividad de la regulación del tema cautelar en la

Ley 26636 (en vías de extinción)<sup>(5)</sup>, queda pendiente tratar de comprender los seguros implícitos que la institución cautelar conlleva para asegurar que ella misma no sea un instrumento para el uso temerario de litigantes viciosos.

Debemos resaltar, antes de entrar en materia, que lo que acabamos de anotar no puede hacer perder de vista que la amplitud del régimen cautelar es coherente con el asidero constitucional de los valores en juego. Esa amplitud otorga al trabajador demandante un potente instrumento para que se ordene al empresario el cumplimiento de cierta norma resistida por el, generándose este efecto en un momento oportuno: o antes de que el derecho que quiera proteger sea lesionado; o bien, cuando la lesión que estuviera padeciendo se agrave. Es muy importante dejar esto en claro, pues con frecuencia determinada literatura procesalista ha apoyado criterios restrictivos de la tutela cautelar bajo el pretexto de prevenir el empleo temerario de las medidas cautelares en diversos órdenes jurisdiccionales. Precisamente, el estudio de la contracautela permitirá perfilar con un buen grado de precisión al instrumento que normativa y judicialmente existe para, de un lado, asegurar la indemnidad de los derechos de la parte afectada por una posible medida cautelar injusta, y de otro lado, para desincentivar que este tipo de solicitudes temerarias desvirtúen a los objetivos que tiene la tutela cautelar en la protección de derechos subjetivos de los trabajadores y en el correcto funcionamiento del sistema de justicia laboral.

## II. EL ÁMBITO DE LA CONTRACAUTELA: UN PRESUPUESTO OPERATIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Todas las medidas cautelares requieren de la verificación de tres presupuestos esenciales, sin los cuales ellas no pueden ser dictadas. El **peligro en la demora**; la **verosimilitud de fundabilidad de la pretensión**; y la **adecuación** son esos mínimos irreductibles<sup>(6)</sup>, que deben ser apreciados por el órgano jurisdiccional antes de ordenar el dictado de la medida cautelar solicitada o aquella otra (cuando sean varias las aplicables al caso) que asegure el fin perseguido (la protección de un interés o derecho del demandante) sin intervenir excesivamente en la esfera de derechos del demandado.

A diferencia de los presupuestos esenciales para el otorgamiento de una medida cautelar, la contracautela no constituye un criterio que el juez deba considerar

(2) MENDOZA LEGOAS, L. *Las medidas cautelares laborales*. Lima, Ara Editores (2011).

(3) La consideración de derecho fundamental que corresponde a la tutela cautelar ha sido sustentada en la doctrina nacional por el profesor. PRIORI POSADA, G. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima, Ara Editores, (2006).

(4) Vid. CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial efectiva*, F. Barcelona; Bosch (1994), p. 280.

(5) Cuestión que aconteció incluso antes de la dación de la Ley 29497, con la celebración del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en la ciudad de Lima (28 de junio de 2008). Un interesante relato sobre este hecho cuasi normativo puede encontrarse en PRIORI POSADA, G. “Comentario al pleno jurisdiccional en torno a la procedencia de las medidas cautelares en el proceso laboral”. En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* (agosto de 2008). Lima, pp. 45-46.

(6) Las excepciones a esto provienen de la legislación. Un ejemplo aparece en el artículo 55 de la Ley 29497, en donde, para la reposición provisional de un trabajador que merezca protección especial (en función a su actividad sindical, su minoría de edad, su condición de madre gestante o su discapacidad) se libera de la carga de acreditar el peligro en la demora.

a la hora de otorgar la medida específica. Más bien, en algunos casos, la contracautela se constituirá como un requisito para la ejecución de la medida cautelar que pudiera ordenarse en un caso concreto. Esta distinción conceptual resulta decisiva para entender que, en tanto requisito no esencial, la constitución de una contracautela por parte del solicitante de la medida no representa en sí misma un requisito para el **acceso a la tutela cautelar** –pues no puede condicionar el que se otorgue la medida peticionada– sino que viene a constituirse como una garantía del derecho de la parte afectada por la medida cautelar que el juez hubiera decidido dictar. Desde esta perspectiva, una vez puesta a disposición del órgano jurisdiccional, la contracautela termina legitimando, de alguna forma, la intervención sobre la esfera jurídica del afectado por la medida al garantizar su reparación en caso se esté incurriendo en algún tipo de error no perceptible todavía dentro del proceso cautelar<sup>(7)</sup>.

Sin embargo, esta distinción entre el momento del dictado de la medida cautelar y el de la ejecución propia de la medida puede –en algunos casos– resultar engañosa por no reflejar el funcionamiento que tienen determinadas medidas cautelares que se caracterizan por su mayor intensidad, al empezar a generar efectos similares (idénticos, en algún caso) a los que obtendría el demandante con una sentencia a su favor en el proceso principal.

La tutela cautelar es un tipo de tutela urgente que admite una amplia variedad de medidas (algunas expresadas en figuras previstas normativamente y otras no previstas). De allí que el procesalismo científico conciba que incluso medidas como las innovativas, prohibiciones de innovar e incluso las llamadas medidas autosatisfactivas puedan presentar coincidencia o inclusive contemporaneidad entre los momentos de dictado y el de ejecución. Por eso, puede que en un proceso laboral concreto la evaluación sobre la procedencia de la contracautela se haga en forma conjunta con los tres presupuestos esenciales para el dictado de la medida cautelar. Desde esa perspectiva, atendiendo a la tipología de las medidas cautelares que hace el CPC, presentamos en forma gráfica cómo algunas medidas unifican ambos momentos (el del dictado de la medida cautelar con el de su ejecución), en función a la manera en la que operan para otorgar tutela jurisdiccional efectiva (TJE) al solicitante de la medida cautelar:

(7) Así, se señala que “[...] se puede conceder cautela, aun sin materializar la contracautela, pero para la ejecución de la contracautela, requiere necesariamente de la incorporación de la contracautela”. LEDESMA NARVÁEZ, M. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima, Gaceta Jurídica (2008), p. 43.

CUADRO N° 1. MOMENTO DE DICTADO Y MOMENTO DE EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR		
Tipo de medida cautelar	Función: TJE	¿Coinciden los momentos de dictado y ejecución de las medidas cautelares?
Medidas para futura ejecución forzada	Asegura la ejecución de lo que ordene la sentencia	No
Medidas temporales sobre el fondo	Anticipa efectos de la sentencia	Sí
Medidas innovativas	Propician la alteración de la relación material para la eficacia del proceso	Quizá
Prohibiciones de innovación	Impiden la alteración de la relación material para la eficacia del proceso	Quizá
Medida cautelar genérica	Cualquier otra	Quizá

De acuerdo con lo expuesto, en determinados casos el momento de la ejecución de la posible contracautela sí podría coincidir con el del dictado de la medida cautelar laboral. De ahí que sea necesario delimitarla en su ámbito de actuación: ¿cuándo ella es un requisito aplicable a la solicitud cautelar presentada por un trabajador?

Según una asentada tradición procesalista, la contracautela se fundamenta en el principio de igualdad procesal entre las partes litigantes, pues reemplaza a la bilateralidad o contradicción –que no existen dentro el proceso cautelar, desde la presentación de la solicitud hasta el otorgamiento de la medida específica– al asegurar que la medida ejecutada tienda a preservar por igual tanto el derecho del solicitante de la medida como el derecho del que es (o será) demandado<sup>(8)</sup>. Entonces, reconociendo que esa medida está siempre sujeta a la cláusula de variabilidad, según lo que pueda determinarse en el proceso principal, se reconoce en manos de la parte afectada por la medida cautelar no solamente la acción revocatoria de la medida, sino que también se le permite cobrarse un posible resarcimiento por los daños que pudieran haberse causado.

De ahí que para la doctrina la contracautela o caución se defina como “la garantía que ofrece el solicitante de una medida cautelar con la que respalda el pago de la eventual indemnización de daños y perjuicios al que se pudiera ver obligado, en caso la medida cautelar obtenida haya sido ejecutada indebidamente<sup>(9)</sup>”. Asimismo, “la caución podrá ser impuesta judicialmente en función de un cálculo, por equivalente monetario, de los eventuales daños que pueda causar una medida innecesaria<sup>(10)</sup>”. De estas definiciones se evidencia que la no esencialidad de la contracautela, a diferencia del peligro en la demora o la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión (ambas recogidas en el artículo 611 del CPC) y la adecuación de la medida cautelar, según se expresa en el artículo 54 de la LPT.

(8) PODETTI, R. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV, Tratado de las medidas cautelares. Buenos Aires: Ediar (1956), p. 61.

(9) PRIORI POSADA, G. 2006, Ob. cit., p. 95.

(10) MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Comunidad (2002), p. 204.

Incluso, en el análisis exegético de la Ley 29497, los comentaristas han coincidido en señalar que al no regularse la contracautela en ese cuerpo normativo en forma expresa, surja la duda acerca de si ella es un requisito exigible o no dentro del proceso laboral<sup>(11)</sup>. Como se recuerda, la anterior Ley 26636 contempla (aunque de manera polémica) un principio de moderación de la contracautela en su artículo 97.3, cuando señala que “el juez, tomando en consideración la condición económica del solicitante, puede considerar suficiente la caución juratoria”. Hoy, en cambio, la ley procesal especial no contempla ningún tipo de previsión que se refiera a este requisito operativo, por lo que es necesario remitirse al CPC –de aplicación supletoria en el proceso laboral– que en virtud de sus artículos 613 y 614 permiten que el juez gradúe el monto de la contracautela o que incluso puedan exonerar al solicitante de la obligación de constituirla. Sobre este tema volveremos en el punto 3 de este trabajo.

Como hemos visto, el ámbito de la contracautela se define por un marcado carácter patrimonialista –ya que cuantifica el daño de quien es afectado injustamente por una medida cautelar– pero no solamente se circunscribe a aquellos casos en donde las pretensiones tengan carácter dinerario (por ejemplo: las demandas de pago de beneficios sociales), sino que también alcanza a aquellas otras cuyo objeto principal no tenga dicho carácter (por ejemplo: una impugnación de la movilidad geográfica de la que pueda ser objeto el trabajador demandante). Esta extensión de la contracautela a ámbitos que en principio no son patrimoniales se explica por un doble motivo. En primer lugar, en esos casos las pretensiones no patrimoniales pueden derivar en condenas a indemnizar a la parte agraviada. Eso mismo ocurre, por ejemplo, en los procesos de impugnación del acoso moral, cuando el demandante se considera despedido y decide optar por la indemnización; o cuando quien demandó la nulidad del despido opta no por la reposición, sino por el pago de una indemnización. Y en segundo lugar, porque en todos los casos el error de la judicatura podría generar un supuesto de daño al demandado contra el que se ejecutó la medida cautelar, daño cuya reparación sería responsabilidad de quien solicitó la medida cautelar.

### III. REPENSAR LA NATURALEZA DE LA CONTRACAUTELA EN LOS PROCESOS LABORALES: INDEMNIZAR LOS DAÑOS POR MEDIDAS CAUTELARES INJUSTAS PARA PREVENIR LA TEMERIDAD

El elenco de consecuencias que se presenta a propósito del otorgamiento de una medida cautelar en el proceso laboral presenta las siguientes variables:

(11) En el sentido expuesto, ver en PRIORI POSADA, G. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* et al. Lima, Ara Editores (2011), p. 271.

- a. Si el trabajador demandante no tiene razón y se deniegan las medidas cautelares, no existirán daños para ninguna de las partes.
- b. Si el trabajador demandante no tiene razón y aún así logra que se dicte en su favor una medida cautelar, el demandado sufrirá daños injustificados.
- c. Si el trabajador demandante tiene razón y no se otorga una medida cautelar, los daños injustificados de esa mala decisión los soportará el propio solicitante.
- d. Finalmente, si el trabajador demandante tiene razón y se dicta la medida cautelar que hubiera solicitado, no habrán daños ilegítimos para ninguna de las partes.

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho se ha anotado que mientras **a.** y **d.** presentan situaciones deseables desde la perspectiva de la sociedad, pues la resolución judicial sería óptima; en los supuestos **b.** y **c.** se introduce lo que se considera como el gran problema de la justicia cautelar: al adelantarse un pronunciamiento que no se desembara de la incertidumbre implícita de saber qué parte tiene la razón –algo que en principio sí ocurre en el momento de la sentencia que dé término al proceso principal– el órgano jurisdiccional podría incurrir en un error al dictar una medida cautelar. En esa línea de pensamiento, la medida cautelar óptima será aquella que, tomando en cuenta sus posibles consecuencias para las partes, “llega a minimizar los daños esperados de la situación si los daños esperados de su adopción son inferiores a los daños esperados de su denegación”<sup>(12)</sup>.

La contracautela es una pieza importante en el engranaje del proceso cautelar, y por ende su importancia dentro del funcionamiento del sistema procesal entero exige que los operadores sean concientes de la función específica que cumple. Precisamente, esa función es el producto de un diseño legislativo más amplio que la comprende: la regulación de las medidas cautelares. De acuerdo con Ramos Romeu<sup>(13)</sup>, existen cinco mecanismos posibles por los cuales se legisla un proceso cautelar específico limitando la posibilidad (siempre latente) de que se incurra en un error al otorgar la medida solicitada. Esta es una clasificación que atiende al daño causado al sujeto pasivo de la medida cautelar: mientras algunos de ellos tienen carácter preventivo (buscan evitar que se produzcan daños); otros son reparadores (reaccionan al posible daño). En común, puede decirse que ambos grupos de mecanismos generan desincentivos para los litigantes temerarios:

(12) RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico y económico*. Atelier, Barcelona, (2006), p. 37.

(13) *Ibidem*, p. 40 y ss.

GRÁFICO N° 2: MOMENTO DE DICTADO Y MOMENTO DE EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

Enfoque preventivo en la regulación de las medidas cautelares	Enfoque reparador en la regulación de las medidas cautelares
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Que el juez determine qué medida es realmente óptima</li> <li>- Pago de tasas o impuestos para acceder a la medida cautelar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sistema de responsabilidad del demandante por los daños no justificados que causara su solicitud de tutela cautelar</li> <li>- Privación del demandante de todos aquellos beneficios injustificados que obtuviera con su solicitud de tutela cautelar</li> <li>- Sistema de multas administrativas o penales</li> </ul>

Por cierto, los mecanismos pueden encontrar distintos grados de combinación dentro de los diversos sistemas jurídicos. En nuestro ordenamiento procesal, por ejemplo, debe notarse que al Juez le es reconocida la capacidad de corregir la adecuación de la medida cautelar peticionada, dado el carácter público de la función cautelar<sup>(14)</sup>, llegando incluso a reconocerse un poder cautelar genérico (artículo 629 CPC). Este mecanismo es de tipo preventivo con respecto al posible error judicial en el dictado de la medida cautelar. Como puede apreciarse, este rol protagonista del juez en la determinación de la medida cautelar adecuada es particularmente afín con el carácter del proceso laboral, donde al juez de trabajo le son reconocidos poderes de dirección en el proceso más intenso, que llevan a que incluso tradicionalmente se caracterice a este como un proceso dispositivo atenuado o cuasi inquisitivo.

Por otro lado, desde un enfoque reparatorio, la regulación de la contracautela supone para el solicitante de la medida la interiorización del costo que supone el posible daño al demandado (lo que se refleja en que, al menos en principio, la contracautela debe alcanzar un monto aproximado al monto que pudiera alcanzar el referido daño). La traslación de este esquema al ámbito del proceso laboral podría resultar en sumo complicada en una serie de supuestos, cuando concurra un desnivel económico entre ambas partes procesales (lo que ocurrirá en la generalidad de casos); pero en otros casos distintos, ese mismo desnivel no impedirá al trabajador constituir una contracautela, así ella sea diminuta o reducida.

La articulación de ambas perspectivas (preventiva y reparatoria) en torno a la regulación de las medidas cautelares –y en específico, de la contracautela, que dentro del proceso cautelar incorpora un sistema de responsabilidad del demandante por los daños no justificados que causara su solicitud de tutela cautelar– deja claro que la vigencia de la contracautela no es un asunto baladí y que su ámbito de aplicación y la intensidad de su exigibilidad resulta muy importante. Bien podría ocurrir que con el transcurso del proceso el juez advierta que la apariencia de “buen derecho” que vislumbró en el momento de dictar la medida no se ha visto confirmada por lo actuado y que más bien, en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, llegue a determinar que la situación que antes pareció merecer la tutela jurisdiccional de carácter urgente hoy ha quedado claro ser suficientemente asegurado por la

(14) MONROY PALACIOS, J. Ob. cit., pp. 197-198.

tutela ordinaria; o incluso, podría darse el caso, que la percepción del juez haya variado a tal punto que encuentre mayores razones en los argumentos de aquel contra el que ordenó una medida cautelar. En este segundo supuesto corresponderá reparar el daño generado en el empleador demandado a raíz de una solicitud cautelar que a la postre se ha comprobado injusta.

La naturaleza jurídica de la contracautela es –de acuerdo con la opinión mayoritaria– la de una garantía con la cual se indemnizaría al agraviado por una medida cautelar ordenada injustamente<sup>(15)</sup>. La medida cautelar requiere de algún tipo de seguro jurídico que legitime la intervención en la esfera jurídica del afectado, pues durante la extensión de la vigencia de la medida cautelar se le habría privado del libre goce de sus derechos<sup>(16)</sup> o, en todo caso, habría sufrido un perjuicio evidente por el error a que es inducido el juez por la contraparte. En estos casos la contracautela es funcional con una perspectiva indemnizatoria, donde su objeto es el de reparar íntegramente al afectado por una medida cautelar injusta. Desde esta perspectiva, se acentúa el rol que el juez tiene como juzgador de los hechos que va conociendo en el proceso, pues la ejecución o no de la contracautela dependerá de si determina que el solicitante de la medida tenía o no tenía a la verdad de su lado.

Es importante tener en cuenta que, dados los roles típicamente adoptados por las partes de la relación de trabajo cuando están inmersas dentro del proceso laboral, el riesgo implícito de que el juez incurra en un error en la resolución cautelar perjudicaría esencialmente al empleador (el demandado contra quien usualmente se solicitan las medidas cautelares laborales), de quien difícilmente se podría sostener que –dada su mejor posición económica– podría sortear el perjuicio de medidas cautelares laborales injustamente concedidas<sup>(17)</sup>. En línea de principio, si un trabajador convence al juez de trabajo de ordenar una medida cautelar y al cabo del proceso se determina que esa solicitud fue manifiestamente temeraria y artificiosa, la tutela de la parte débil del contrato de trabajo o el principio protector carecerán de relevancia en el análisis de la responsabilidad que dicho comportamiento merezca por parte del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer la validez de esta visión de la contracautela, la perspectiva indemnizatoria en sí misma se ve enfrentada a dificultades que no pueden pasarse por alto, cuando se la confronta con la naturaleza social de un orden jurisdiccional como es el que inspira al proceso laboral, en donde siempre

(15) En ese sentido: PRIORI POSADA, G. (2006), ob. cit., p. 95 y SIMÓN, L. “La contracautela”. En: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, número 4, Montevideo (2006), p. 587.

(16) Vid. BLASCO PELLICER, A. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Valencia: Colegio de abogados de Valencia y Editorial Civitas (1996), p. 45.

(17) *Ibidem*, p. 71. Nos distanciamos de esta posición por dos consideraciones. En primer lugar, implícitamente se estaría argumentando que el poder económico del empresario legitima que contra él se instauren solicitudes cautelares auspiciadas por la mala fe. Por otro lado, el desnivel económico entre empleador y trabajador es necesariamente una regla que admite excepciones que no pueden dejarse de lado, como es el caso de ciertas microempresas.

existe el reconocimiento de las desigualdades económicas y sociales existentes entre las partes dentro de la relación laboral<sup>(18)</sup>. En el proceso laboral es absolutamente indispensable que el juez de trabajo tenga la capacidad de graduar el monto de la contracautela en forma casuística, teniendo como criterio subjetivo a la capacidad económica del que solicita la medida cautelar. Y es que este tipo de proceso jamás puede construirse de espaldas a la condición socioeconómica de trabajador y empresario, de tal forma que la contracautela no podría nunca constituir una traba para el acceso a la justicia laboral, pudiendo en los casos en que exista fundamentos objetivos suficientes, eximirse al trabajador de otorgarla.

Entonces, podría surgir la interrogante: ¿para qué exigir la contracautela en el proceso laboral si ella, por la naturaleza de ese tipo de proceso, pudiera resultar virtualmente inaplicada? Nuestra doctrina presenta posiciones variadas: mientras que ciertos autores entienden que ella es un requisito de ejecución de una medida cautelar laboral, en virtud de la aplicación supletoria de las reglas del CPC<sup>(19)</sup>, —reglas que, ciertamente, permiten también su graduación y virtual exoneración, como veremos más adelante— otros autores sostienen que, dada la vigencia del principio de gratuidad en el proceso laboral, este requisito no resultaría inexigible cuando el solicitante de la medida cautelar tiene la condición de trabajador<sup>(20)</sup>.

### 1. **Contracautela y principio de gratuidad: un deslinde necesario**

La jurisprudencia laboral ha mantenido con uniformidad que las medidas cautelares solicitadas por trabajadores no requieren per sé de la constitución de la contracautela, en consecuencia de la aplicación del **principio de gratuidad y del principio de igualdad procesal de las partes** (aspecto este último que hemos desarrollado ya en el acápite anterior). En esta parte nos proponemos demostrar que la regla de la gratuidad no exige desterrar a la contracautela del ámbito del proceso laboral; y que ella es funcional dentro de un sistema procesal laboral eficiente.

Es necesario advertir algunos equívocos en que puede incurrirse al hablar del **principio de gratuidad y contracautela**. Ocurre que, tradicionalmente, el principio de gratuidad en el proceso laboral ha sido entendido como un principio totalizador, un arquetipo del proceso laboral a favor de quienes poseen una escasa resistencia económica para afrontar los costes del proceso<sup>(21)</sup>. Esa visión encontró respaldo positivo en la Ley 26636, cuyo artículo 49 contempla una regla de exención

(18) Vid. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid, Trotta (1995), p. 49.

(19) Por todos: ver en PRIORI, G. et al. Ob. cit., p. 271.

(20) Esta tesis es defendida por F. ROMERO MONTES. *El nuevo proceso laboral*. Lima, Grijley (2011), pp. 300-301. Nosotros sostuvimos una posición parecida hace algunos años (L. Mendoza Legoas. "En torno a la vigencia de las medidas cautelares en el proceso laboral". En: *Derecho & Sociedad* N° 30, p. 187); sin embargo ya hicimos patente nuestro cambio de posición en un trabajo posterior, citado en la tercera nota de pie de página de este artículo.

(21) Vid. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ. Ob. cit., p. 71.

a los trabajadores de la condena de costas y costos. Como es fácil apreciar, esta regla es permeable al mal uso del proceso por parte de malos litigantes, pero incluso esto es considerado como un mal menor por un amplio sector doctrinario<sup>(22)</sup> y jurisprudencial.

El artículo 14 de la Ley 29497 establece una remisión expresa al régimen de costas y costos del artículo 412 CPC, según la cual "el reembolso de costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, **salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración**"<sup>(23)</sup>. Esta última parte del precepto permite entonces que el principio de gratuidad pueda encontrar una ponderada aplicación, por parte de los Jueces de trabajo, en aquellos casos en que la condición económica del demandante (trabajador) no tolere una sanción económica, debiendo justificarse en forma específica esta situación.

Resumiendo lo dicho en este punto: la gratuidad se ha venido refiriendo, doctrinaria y legislativamente, a las costas y costos procesales. Pero, ¿qué conceptos están incluidos bajo esas categorías?

El concepto general de costas procesales dentro de nuestro ordenamiento está incluido en el artículo 410 CPC, que contempla los siguientes elementos:

- Las tasas judiciales.
- Los honorarios de los órganos de auxilio judicial.
- Los gastos realizados en el proceso.

Por otro lado, los costos procesales se encuentran expresados en el artículo 411 del CPC:

- Los honorarios del abogado de la parte vencedora.
- El 5% de tales honorarios, destinados al Colegio de Abogados del respectivo distrito judicial en que se desarrolló el proceso.

La doctrina perfila como criterios delimitadores de estos conceptos a su causalidad (se originan dentro del proceso), necesidad (no incluyen actos no autorizados por ley, ni actuaciones inútiles) e imputabilidad (son soportados por las partes), excluyéndose, por tanto, a los gastos procesales que no son técnicamente costas, entre ellas, las indemnizaciones de daños y perjuicios<sup>(24)</sup>. Nosotros coincidimos con

(22) "El riesgo de que al amparo de esa situación se formulen demandas abusivas o impertinentes, resulta pequeño en comparación con los intereses vitales que en esta jurisdicción [el proceso laboral] se amparan". R. AGUILERA IZQUIERDO. *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*. Madrid, Civitas (2004), p. 77.

(23) Resaltado añadido.

(24) Vid. S. PLAZA GOLVANO. *Las costas en el proceso laboral*. Valencia, Tirant lo blanch (2010), p. 13.

tal criterio, pues la obligación de reparar a la parte que padeció una medida cautelar injusta no puede recibir el mismo tratamiento que un simple costo administrativo tarifado por el Poder Judicial. Se trata de cuestiones bien diferentes que no pueden asimilarse sin que se incurra en un error de simplificación.

A partir de esta constatación, la primera reflexión que puede extraerse es que el principio de gratuidad, uno de los pilares del proceso laboral, no está referido al deber de constituir la contracautela. Pero ello no quiere decir que la contracautela resulte siempre exigible, o que incluso cuando lo sea, que su monto no pueda sufrir graduaciones adecuadas y fundamentadas por el órgano jurisdiccional. Al contrario, esta graduación o exoneración, cuando resulte justificada, será una manifestación acabada del principio de igualdad material entre las partes.

## 2. La contracautela y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Algunas expectativas

Corresponde ahora reflexionar sobre la función que tiene la contracautela dentro del sistema procesal laboral que pretende instaurar la Ley 29497. Como se advertirá, necesariamente nos referiremos aquí a una perspectiva que trasciende a cada uno de los litigios laborales y más bien los considera desde una mirada global del sistema procesal laboral.

Con la regulación de la contracautela en la Ley 26636 –que no contuvo una especificación sobre cómo debiera ejercerse la reducción de la contracautela por el juez ni regula bajo qué parámetros se determina la incapacidad económica del trabajador para constituir una contracautela trajo por consecuencia que esta facultad de exención se ejerza en la justicia laboral en forma descuidadamente amplia, sin impugnación posible. Así, se dictaron y ejecutaron muchas medidas cautelares solicitadas por trabajadores sin que medie un procedimiento **mínimo** –en el sentido de celeridad y no exhaustivo, dado el carácter de la institución cautelar– de verificación de la real situación económica del solicitante de la medida cautelar o su disponibilidad patrimonial.

En efecto, en muchas ejecutorias se eximió al trabajador solicitante de la medida del otorgamiento de una contracautela sin que exista una debida fundamentación de por medio. Los jueces de trabajo en muchos casos se limitan a hacer referencia a un criterio tan genérico como es la posición de desventaja socioeconómica que tienen en general los trabajadores. Asimismo, debe señalarse que esta exoneración generalizada de la contracautela también ha encontrado ecos en la doctrina, como ocurre con la muy polémica **teoría del contrapeso entre los requisitos**

**de la contracautela**<sup>(25)</sup>, por la cual el juez puede considerar la suficiencia del peligro en la demora y de la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión para eximir de la contracautela al trabajador-demandante.

Desde tal óptica, los jueces de trabajo han sido particularmente propensos a aceptar a la **caución juratoria** como una garantía idónea dentro del proceso laboral<sup>(26)</sup>, opción que resulta muy criticable si se tiene en cuenta que tal mecanismo no puede considerarse como un desincentivo suficiente frente a las solicitudes cautelares temerarias, ni mucho menos, es capaz de reparar debidamente a los agraviados por tales medidas cautelares.

Con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la problemática en torno a la regulación de la contracautela ha sido resuelta no con una regulación específica, sino mediante la remisión a las reglas que sobre el tema se han previsto en el CPC, reglas que por lo demás, contienen preceptos a favor de la graduación de la contracautela cuando la discrecionalidad del juez establezca su pertinencia (artículo 613 CPC, segundo párrafo); y eventualmente su exoneración al solicitante cuando este haya recibido el beneficio del auxilio judicial (artículo 614 CPC).

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 613 CPC podría ser muy útil para afirmar como práctica judicial a la graduación de la contracautela, lo que garantizaría mejor a los intereses de los empleadores demandados, bastando para ello que el trabajador-demandante proponga al juez de trabajo su reducción. La aplicación de la graduación o la eventual exoneración casuística de la contracautela es un encargo que el legislador de la nueva ley procesal laboral ha hecho al juez de trabajo, donde deberán ponderarse las garantías judiciales para preservar los dos intereses en disputa: el derecho del trabajador a una tutela efectiva y a la vez el del empresario a que se le asegure una reparación frente a una medida cautelar que a la postre resulte injusta. De mediar una mínima actividad de verificación de la situación económica de quien solicita una medida cautelar laboral, se tendría con toda seguridad que no en todos los casos la exoneración sea justificable: existirán varios supuestos en los que un trabajador-demandante sí podría constituir algún tipo de contracautela.

Con toda seguridad, puede atribuirse al carácter eminentemente social que tiene el proceso laboral (que aquí venimos resaltando) el que la contracautela merezca un tratamiento más bien marginal tanto en la doctrina como en la legislación. Sin embargo, creemos que su concepción en los juzgados laborales requiere de una necesaria actualización que resalte la importancia de su función dentro

(25) Planteamiento de Vescovi que es recogido por SIMÓN, L. Ob. cit., p. 591.

(26) Ver por todas: la Sentencia recaída en el Expediente 167-2004-B.E. (A), del 3 de junio de 2004, considerando sexto.

de un régimen cautelar eficiente al servicio de un sistema procesal célere y cierto. Todo ello porque el adecuado funcionamiento del proceso laboral con medidas cautelares eficientes atraería a la jurisdicción a varias controversias hoy **fugadas** de los tribunales y a aquellos incumplimientos que no llegan a impugnar-se por distintos motivos, como por ejemplo el temor a la represalia del empleador que se ve demandado.

Ahora bien, de ocurrir esa **judicialización** de controversias fugadas y de las otras, no exteriorizadas, la contracautela cobraría una importancia hasta hoy inusitada dentro del proceso laboral peruano, pues de tenerse medidas cautelares plenamente vigentes (en la regulación y en su aplicación jurisprudencial) surgirían dos problemas estrechamente vinculados: en primer lugar, se incrementará la demanda del servicio de administración de justicia<sup>(27)</sup> y luego, como efecto colateral se elevará el número de solicitudes cautelares presentadas en los procesos laborales, siendo una parte de ellas seguramente infundadas. Bajo esas premisas la contracautela serviría como un poderoso desincentivo frente a las solicitudes temerarias de medidas cautelares laborales<sup>(28)</sup>, sin perjuicio de que lo verdaderamente relevante es que la graduación de la contracautela por el juez de trabajo se realice en forma ponderada, en cada caso concreto.

Con miras a lograr aquel resultado, es por demás importante que los jueces de trabajo desechen la fórmula heredada de la Ley 26636, que parece representar un binomio **todo-nada**, ya que la literalidad del artículo 97 de ese cuerpo normativo pareciera haber obligado a los jueces de trabajo a escoger entre exigir la contracautela completa o bien exonerar al trabajador solicitante de su entrega. A cambio de ello, resultaría más ponderado permitir que el propio juez de trabajo pueda graduar el monto de la garantía en cada caso específico, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso y, por cierto, mediante una evaluación sumaria.

En conclusión, defendemos la necesidad de que se exija algún grado de contracautela en aquellos procesos cautelares donde exista, por parte del solicitante

(27) Con razón se ha advertido que «lograr el objeto del proceso y satisfacer la necesidad de tutela, trae como lógica consecuencia: el aumento de la demanda [en términos de análisis de mercado] por servicios de calidad. Y si son gratuitos o de bajo costo, con mayor razón. [...] Ello obliga a la revisión permanente de los procesos para adaptarlos al incremento de la demanda o buscar fórmulas para limitar tal demanda». VINATEA RECOBA, L. «Análisis funcional de la Ley Procesal del Trabajo: condicionantes de la eficacia del proceso laboral». En: *Balace de la reforma laboral peruana*. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2001), p. 298.

(28) En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el fin de la contracautela es el de «garantizar el ejercicio moderado y racional de las cautelares». RESTREPO MEDINA, M. «Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar. El caso colombiano». En: *Colección Saberes*, número 4. Madrid, Universidad Alfonso X El Sabio (2006), p. 78.

de la medida, capacidad de constituirla, pues además de resguardar el derecho del afectado por la medida cautelar laboral, también puede funcionar como un desincentivo a los malos litigantes toda vez que las sanciones para la temeridad no resultan suficientemente eficaces. Evidentemente, esto solo garantiza que en principio los empleadores que padecen medidas cautelares injustamente trabadas puedan exigir su derecho a algún resarcimiento, pero evidentemente el monto de dicho resarcimiento podría ser disminuido por el juez o incluso suspendido, si la condición económica del trabajador hiciera inviable su ejecutabilidad. Y es que, «como quien suele solicitar la medida cautelar es un trabajador, y acontece que este es un sujeto sin capacidad económica, la potestad de exonerar de contracautela puede no ser excepcional»<sup>(29)</sup>. En términos simplistas, lo que se plantea es encarecer la medida cautelar laboral, pero sin que la contracautela suponga una barrera al acceso a la justicia para el trabajador-demandante. Esta consideración haría que los usuarios del sistema de justicia laboral interioricen que la tutela cautelar en el proceso laboral no podría utilizarse sino en los casos en los que ciertamente se requiera de la tutela urgente para proteger los derechos de los trabajadores.

(29) REYES OEHNINGER, A. «Medidas cautelares en el llamado proceso laboral». En: *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, número 4, Montevideo (2006), p. 703.