

VII. CONCLUSIONES

Primera: La conciliación laboral es un medio alternativo de solucionar el conflicto que puede darse fuera del proceso judicial o dentro de este en la etapa correspondiente y hasta antes de la notificación de la sentencia que tenga calidad de cosa juzgada.

Segunda: La conciliación judicial es conducida por el juez del proceso quien actuará como conciliador y podrá utilizar todas las técnicas posibles para que las partes logren la solución al conflicto.

Tercera: Para aprobar la conciliación, esta deberá superar el test de disponibilidad, especialmente velar por el respeto de la irrenunciabilidad de derechos laborales, lo que en la práctica es muy difícil, teniendo el juez la tarea de encontrar fórmulas que no vulneren este principio.

Cuarta: Dentro de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, hay colisiones entre la ejecución de la conciliación privada y el principio de irrenunciabilidad de derechos, así como en el test de disponibilidad y la defensa no cautiva.

Quinta: La conciliación es una forma muy saludable de solucionar el conflicto laboral, que es beneficiosa para las partes y hasta para el aparato judicial.

PALABRAS CLAVES

- Conciliación, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

LA TRAMITACIÓN DE LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL. A PROPÓSITO DEL PRIMER PLENO LABORAL SUPREMO



Mónica PIZARRO DÍAZ

Abogada del Estudio Echecopar, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO

I. La reparación frente al despido en la normativa laboral y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; II. La pretensión de reposición en la vía del proceso ordinario laboral; III. El Pleno Supremo Laboral y la reposición en la vía laboral.

I. LA REPARACIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA NORMATIVA LABORAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, las normas laborales sustantivas establecen dos tipos de reparación frente al despido que no se encuentre sustentado en una causa justa: (i) el pago de una indemnización o (ii) la reposición en el empleo.

En efecto, de acuerdo a lo previsto por el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-R (en adelante LPCL), en los casos en los cuales no pueda demostrarse que el despido se basa en una causa justa, o esta no haya sido alegada, corresponderá abonar al trabajador una indemnización por despido arbitrario. Paralelamente, el artículo 29° de la misma norma dispone que es nulo (y por ende, da lugar a la reposición en el empleo) el despido basado en cinco razones específicamente señaladas en la norma legal, a saber:

- “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;
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir (...)”.

Esta norma ha sido complementada por el artículo 6° de la Ley N° 26626 que califica también como nulo al despido que tiene como causa la discriminación por ser portador del VIH/SIDA. Adicionalmente, el artículo 31° de la Ley N° 27050 precisa que el despido también es nulo cuando tiene como causa la discriminación de una persona discapacitada.

Es decir, de acuerdo al diseño normativo de nuestro sistema legal, en principio, **la reparación ordinaria frente a un despido arbitrario será el pago de una indemnización, mientras que la reposición solo procederá en ciertos supuestos particulares que la legislación ha considerado especialmente dañinos para el trabajador y, por ende, merecedores de una tutela especial.**

Pese a la existencia de esta regulación legal, desde hace más de diez años, el Tribunal Constitucional viene extendiendo los alcances de la protección restitutoria (reposición) frente al despido sin causa justa, a través del mecanismo del proceso de amparo⁽¹⁾. Esta extensión fue objeto de una sistematización en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, publicada el 13 de mayo de 2003, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada por el señor Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A. por vulneración del derecho al trabajo.

A través de esta extensa sentencia el Tribunal aclaró su posición alrededor de la posibilidad de que los trabajadores obtengan protección frente al despido arbitrario en la vía del proceso constitucional de amparo, precisando que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú no reconoce el derecho de los trabajadores a la estabilidad laboral absoluta sino el derecho a obtener una “protección adecuada” frente al despido arbitrario. Protección que debe ser determinada por el legislador

(1) Al respecto puede verse: TOYAMA MIFAGUSUKU, Jorge. “Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, noviembre, 2006, pp. 103-225.

dentro de un marco de proporcionalidad, de forma tal que esta resulte realmente “adecuada”. Al respecto, el Tribunal indicó que esta protección adecuada se manifiesta de distintas maneras:

- a. A través de una protección sustantiva, que a su vez puede ser:
- i. Preventiva (estableciendo unas causas determinadas por las que se puede despedir y un procedimiento previo que permita la defensa del trabajador).
 - ii. Reparadora (por medio de la indemnización). Al respecto, el Tribunal precisa que la indemnización establecida por la Ley constituye una protección adecuada, siempre y cuando el trabajador haya elegido cobrarla. Es decir, está en manos del trabajador decidir si para él la indemnización es o no una protección adecuada y dicha decisión se manifiesta con el cobro de la misma⁽²⁾.
- b. A través de una protección procesal, cuyos efectos pueden coincidir o ser distintos a los establecidos por el régimen de protección sustantiva y comprende:
- i. La acción impugnatoria de despido en la vía laboral, a través de la cual el trabajador puede pretender el pago de una indemnización.
 - ii. El proceso de amparo, por medio del cual el trabajador puede pretender su reposición en el empleo.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal estableció que **la protección procesal del amparo (que acarrea la reposición en el empleo) procedía en tres casos:**

- **Despido Nulo:** En los supuestos establecidos en la Ley Productividad y Competitividad Laboral (despido discriminatorio, despido antisindical, despido como consecuencia de la queja del trabajador y despido durante el embarazo) y cuando el despido tenga por motivo ser portador ser VIH o presentar alguna discapacidad.
- **Despido Incausado:** Se procederá la reposición cuando se despidiera al trabajador sin expresarle una causa que justifique el cese.

(2) A efectos de permitir que el trabajador ejerza su derecho a optar entre el pago de la indemnización por despido y su reposición en el empleo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el pago de dicha indemnización debe ser ofrecido por el empleador de manera separada al pago de los beneficios sociales. (Compensación por tiempo de servicios, vacaciones, gratificaciones, utilidades, etc.), precisándose que el cobro de estos últimos no implica que el trabajador consienta la extinción de su vínculo laboral (precedente de observancia obligatoria contenido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03052-2009-PA/TC).

- **Despido fraudulento:** Se configura este tipo de despido cuando, aun cumpliendo con el procedimiento establecido en la norma, se imputan al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o se alega una causa de despido no establecida en la Ley o se produce la extinción de la relación de trabajo por un acto viciado de voluntad, como sucedería en el caso de la renuncia llevada a cabo bajo coacción.

Ahora bien, esta jurisprudencia se desarrolló durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, de acuerdo con la cual la acción de amparo constituía una vía **alternativa** a la que podía acudir aun cuando existiera un proceso ordinario que también pudiese ser utilizado para la defensa del derecho vulnerado o amenazado, con la única condición de que el recurrente no hubiese optado previamente por acudir a la vía ordinaria⁽³⁾. Es decir, de acuerdo a lo previsto por la norma vigente en ese momento, el amparo podía ser un proceso alternativo a los procesos ordinarios. Por ende, en este sistema resultaba admisible que el TC señalase que el trabajador despedido podía optar entre acudir a la vía del proceso del amparo solicitando su reposición o ir a la vía del proceso laboral ordinario solicitando el pago de una indemnización.

Empero, la Ley N° 23506 quedó derogada el 31 de diciembre de 2004, por efecto de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional, que implicó la aplicación de un nuevo sistema procesal constitucional. Así, en este nuevo sistema procesal constitucional, el proceso de amparo dejó de ser un proceso alternativo, para ser un **proceso residual**, que solo puede ser utilizado cuando no exista un proceso ordinario a través del cual la persona pueda obtener una tutela igualmente satisfactoria frente a la vulneración o amenaza de sus derechos constitucionales⁽⁴⁾. En consecuencia, **la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional permitía esperar que se produjera una restricción respecto a las circunstancias en las cuales los trabajadores pueden acudir a la vía del amparo para solicitar su reposición en el empleo luego de haber sido despedidos.**

Es en estas circunstancias que el TC expidió la Sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, publicada el 22 de diciembre de 2005, en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.,

(3) "El artículo 6 inciso 3) de la Ley 23506 establece que: "No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria. (...) el referido dispositivo niega la posibilidad de obtener pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del problema planteado, si es que el agraviado". ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Proceso Constitucional de Amparo*. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 265.

(4) El artículo 5° del Código Procesal constitucional señala:

Artículo 5°.- Causales de improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;

(...)

a través de la cual se establece, con calidad de precedente de observancia obligatoria, en qué supuestos procede el inicio de procesos de amparo para la impugnación de despidos⁽⁵⁾.

De acuerdo a lo señalado en el fundamento 33 de la referida Sentencia, los fundamentos 7 al 25 de la misma constituyen precedente de observancia obligatoria. Es decir, son criterios que deben ser utilizados por los jueces al resolver procesos de amparo en materia laboral. Para los empleadores pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada, los criterios más relevantes que componen este precedente vinculante se encuentran en los fundamentos siguientes:

(...)

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación [la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional] modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será 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.

(...).

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

(...)

(5) Un comentario a esta sentencia ha sido realizado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La subsidiariedad en los procesos de amparo laboral". En: *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Palestra, Lima, 2006, p. 387 y ss.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

(...)

20. (...) aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo⁽⁶⁾, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria (...). Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo⁽⁷⁾.

De los fundamentos transcritos se observa que, si bien el TC reconoció que el proceso de amparo se convirtió en una vía residual, dicho órgano jurisdiccional continúa considerando que los trabajadores pueden recurrir al amparo para impugnar el despido del que pudieran ser objeto en los mismos supuestos señalados en el caso Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú, que fue dictado durante la vigencia de la Ley N° 23506 y que ha sido reseñado en el punto precedente. Esta interpretación del TC se asentaría en el hecho de que el Código Procesal Constitucional indica que no se puede recurrir a la vía del amparo cuando exista otra vía **igualmente satisfactoria** para la tutela del derecho y el proceso laboral ordinario **no sería una vía igualmente satisfactoria**, ya que a través de él el trabajador no puede lograr su reposición en el empleo. Inclusive, para los casos en los cuales el trabajador sí puede pretender su reposición en el empleo en un proceso laboral ordinario⁽⁷⁾, el TC sostiene que si es posible acudir a la vía del amparo (en la que se

(6) De acuerdo a lo indicado en el fundamento 20 de la misma Sentencia, estos casos serían:

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
 - b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
 - c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
 - d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.
- (7) De acuerdo a lo indicado por el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley N° 27050 y la Ley N° 26626, es nulo el despido que tenga por motivo: (i) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión idioma, por ser portador de VIH o por presentar algún tipo de discapacidad; (ii) desarrollar actividades sindicales o estar afiliado a un sindicato; (iii) ser candidato a representante de los trabajadores, o haber actuado en condición de tal; (iv) presentar una queja contra el empleador; o (v) estar embarazada,

obtendría un idéntico resultado: la reposición del trabajador), indicando que esta última vía resulta más satisfactoria por su celeridad⁽⁸⁾.

De esta forma, los únicos supuestos de impugnación de despido que el TC excluyó del ámbito del proceso de amparo son los siguientes⁽⁹⁾:

- i) La impugnación del despido cuando se pretenda la indemnización. Lo que no constituyó ninguna variación ya que siempre ha sido jurídicamente imposible obtener el pago de una indemnización a través de un proceso constitucional, cuyo único efecto posible es retrotraer el estado de las cosas al momento en el cual se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental.
- ii) La impugnación del despido cuando se trate de situaciones controvertidas que requieren una extensa actuación probatoria. Lo que tampoco constituyó ninguna variación, toda vez que los procesos constitucionales carecen de estación probatoria, lo que impide acudir a ellos en este tipo de casos⁽¹⁰⁾.

De lo anterior, resulta claro que, de acuerdo a los criterios establecidos por el TC, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional continuaron siendo procedentes los amparos en los casos de despidos nulos, incausados o fraudulentos.

II. LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN EN LA VÍA DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL

Ahora bien, pese a que, como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha ampliado la protección restitutoria frente a supuestos de despido injustificado, comúnmente se entendía que dicha protección solo podía ser otorgada a través del proceso de amparo. Ello en la medida que, al no existir una norma sustantiva específica que permitiese la reposición de los trabajadores en tales supuestos, esta solo podía lograrse a través del proceso de amparo, por tener este como efecto "retrotraer

(8) Sobre este punto, Samuel Abad ha comentado que la admisión de estas pretensiones en el proceso de amparo genera "la sensación de que en tales casos funcionaría una especie de 'amparo alternativo'". "Amparo y residualidad. Los cambios introducidos y su desarrollo jurisprudencial". Lima: *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2009, p. 68.

(9) Para una síntesis de los supuestos de conflicto laboral en los que es posible recurrir a la vía del amparo, puede verse: PUNTRIANO ROSAS, César. "Criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido. A propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 147. Gaceta Jurídica. Lima, Febrero, 2006, pp. 239-247.

(10) Al respecto, Sanguinetti ha señalado que: "la aptitud del despido fraudulento para desencadenar el proceso de amparo queda, de este modo, si bien no eliminada, al menos matizada, al situarse fuera del mismo todas aquellas extinciones que, aún pudiendo ser consideradas pertenecientes a esta categoría, precisen para la acreditación de la presencia de una vulneración de la Constitución de una actividad probatoria dotada de cierta complejidad". SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima, 2007, p. 100.

las cosas” al estado anterior a la violación del derecho fundamental⁽¹¹⁾. Así, se sostenía que en dichos casos **la reposición no podía ser requerida en la vía del proceso ordinario laboral**.

Lo anterior se desprendía, no solo del contenido expreso de las normas laborales, sino de lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. Así, en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, signado con el número de expediente 976-2001-AA/TC, el Tribunal señaló que:

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 (con excepción del supuesto de despido “nulo”) en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, **el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada**; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

(...)

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.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N° 23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional” (el resaltado es nuestro).

(11) **Artículo 1°.- Finalidad de los Procesos.**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (Código Procesal Constitucional).

Según se observa de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional en ningún momento ha pretendido crear nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición en el empleo por la vía del amparo⁽¹²⁾. Por el contrario, este órgano jurisdiccional ha sido claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho fundamental.

Lo anterior fue oportunamente advertido por la doctrina nacional. Así, por ejemplo, Toyama⁽¹³⁾ ha indicado que:

“Desde nuestro punto de vista, los criterios del TC no podrían extenderse a los procesos judiciales ordinarios. En otras palabras, no es posible que en un juicio laboral ordinario se ventile una acción de reposición de un trabajador despedido de forma incausada y se solicite la inaplicación del artículo 34° de la LPCL.

A nuestro juicio, en un proceso ordinario solamente se pueden ventilar las acciones expresamente tipificadas y se debe cumplir con el trámite legal correspondiente: así, si la reposición está reservada para la nulidad de despido, solamente por esta vía cabe el retorno al centro de trabajo.

Recuérdese que el objeto de la acción de amparo es diferente al previsto en un proceso ordinario: toda acción de amparo estimatoria debe conducir a la reposición al estado anterior a la violación, circunstancia que no se aprecia en todo proceso judicial ordinario que tiene sus reglas de acción, competencia y resolución tipificadas”.

Por lo tanto, resulta claro que, de acuerdo a lo establecido por la propia jurisprudencia del TC, **la protección que se brinda ante un determinado supuesto en la vía del amparo no es la misma que la que se origina en un proceso laboral ordinario, debiendo el trabajador elegir la protección que desea recibir**. Así, cuando nos encontremos frente a un despido sin causa justa que no constituya uno de

(12) Si bien un sector de la doctrina considera que el Tribunal Constitucional puede, a través de la imposición de interpretaciones acordes al sentido de la Constitución, tener facultades legislativas positivas, es decir, crear normas jurídicas (Al respecto puede verse: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Proyecto Justicia Viva. Lima, 2006, p. 15), la lectura de las propias sentencias del Tribunal muestran que en el caso de los mecanismos de protección frente al despido, el máximo intérprete de la Constitución no ejerció tal facultad, como lo demuestra el hecho de que considerase que la protección restitutoria era ofrecida a través de la “protección procesal” del proceso de amparo.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones de Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 494.

los supuestos de despido nulo taxativamente recogidos por la norma y el trabajador desee acceder a la reposición, debería solicitarla en la vía del proceso de amparo.

III. EL PLENO SUPREMO LABORAL Y LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL

No obstante, utilizando una incorrecta interpretación de los precedentes aprobados por el Tribunal Constitucional, algunos trabajadores han solicitado a lo largo de los años su reposición por causa de despido nulo o fraudulento en la vía del proceso ordinario laboral, lo que debería traer como consecuencia que la demanda fuese declarada improcedente y que el trabajador quedase finalmente sin ningún tipo de reparación frente al despido.

En estas circunstancias, el Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, realizado en Lima los días 4 y 14 de mayo de 2012, ha validado esta incorrecta interpretación. En efecto, los magistrados supremos han acordado que:

“Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulador por la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, están facultados por conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo”.

y que:

“Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única”.

Es decir, el Pleno ha acordado que las pretensiones de reposición hasta ahora reservadas al proceso de amparo, también pueden tramitarse en la vía laboral, tanto con la Ley Procesal del Trabajo que se aplica actualmente en Lima (Ley N° 26636), como con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

En lo que respecta a la admisión de estas demandas de reposición en los procesos tramitados con la Ley N° 26636, el Pleno ha sustentado su acuerdo señalando que los jueces ordinarios son “los primeros guardianes de la Constitución”, lo que supuestamente los facultaría a otorgar a los trabajadores una adecuada protección contra el despido arbitrario. Entendiéndose que una protección adecuada es aquella que incluye todos los mecanismos de reparación (indemnización y reposición) que han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los magistrados supremos no han visto o no han querido ver que la protección restitutoria reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible porque existe una norma jurídica (la que regula el proceso de

amparo) que habilita a los jueces constitucionales a dejar sin efecto toda acción u omisión que vulnere un derecho fundamental, facultad que no ha sido concedida a los jueces ordinarios. Tampoco mencionan los fundamentos del acuerdo del Pleno que, como hemos visto en el punto precedente, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que esta protección restitutoria no puede ser otorgada por los jueces ordinarios, al no encontrarse contenida en una norma sustantiva. Por lo tanto, debe admitirse que al adoptar este acuerdo, el Pleno Jurisdiccional Supremo no ha recogido un mandato constitucional, sino que se ha irrogado, a través de una incorrecta interpretación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, una facultad que nuestro sistema legal en su conjunto no le concede.

Esta situación resulta aún más grave en relación al nuevo proceso laboral. En efecto, el Pleno ha considerado que en el marco del nuevo proceso laboral la acción de reposición por despido nulo, incausado o fraudulento debe ser admitida, no sobre la base de una interpretación de los precedentes constitucionales, sino por un supuesto efecto de la propia ley procesal. Esta posición se sustenta en lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 2° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, de acuerdo con el cual:

“Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

(...)

2. En proceso abreviado laboral; de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única”.

Así, a criterio del Pleno, el propio texto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo permite que se tramiten en la vía del proceso laboral las pretensiones de reposiciones, lo que supuestamente incluiría a las reposiciones en los casos de despido nulo, incausado y fraudulento⁽¹⁴⁾. No obstante, esta interpretación resulta a nuestro juicio errada. Sostenemos esto último porque, como su propio nombre lo indica, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es una norma de orden procesal y, como tal, **se limita a regular la forma en la cual se tramitarán las controversias concernientes a derechos reconocidos por las normas sustantivas**. En consecuencia, cuando la Nueva Ley Procesal del Trabajo indica que los jueces laborales conocen las pretensiones de reposición, debe admitirse que dichas pretensiones deberán apoyarse en los supuestos en los cuales las normas sustantivas reconocen a los trabajadores el derecho a ser repuestos en su puesto de trabajo. Ello en la medida en que no se puede sustanciar un proceso judicial para solicitar el reconocimiento o el otorgamiento de un derecho que ninguna norma confiere.

(14) Esta interpretación ha sido sostenida también por DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “El nuevo proceso laboral abreviado como vía igualmente satisfactoria en relación al amparo. Bondades y algunos apuntes para su consolidación”. En: *Curso: IV Congreso Nacional SPDTSS*. pp. 157-168.

Por lo expuesto, consideramos que el acuerdo adoptado por el Pleno Jurisdiccional Supremo a través del cual se permite la tramitación de pretensiones de reposición por despidos nulos, fraudulentos o incausados en la vía del proceso laboral (sea con la antigua ley o con la nueva), resulta jurídicamente errado.

Ahora bien, aun cuando podemos discrepar de los argumentos que han llevado a los magistrados supremos a adoptar este acuerdo, debe admitirse que la tramitación de estos procesos en la vía laboral concederá a ambas partes mayores garantías, al tratarse de un proceso con una mayor etapa probatoria.

No obstante, debemos advertir que la tramitación de los procesos de reposición por despido incausado o fraudulento en la vía laboral también generará algunos problemas. A nuestro juicio el más importante de ellos y que requiere urgente solución, es el referido al plazo con el que cuentan los demandantes para accionar.

Debe tenerse presente que, al no existir ninguna regulación legal para este tipo de acciones, no existe tampoco un plazo prescriptorio o de caducidad que les resulte aplicable. Cuando presentamos en la vía ordinaria una demanda de nulidad de despido o de indemnización por despido arbitrario, debemos sujetarnos a un plazo de caducidad de treinta días⁽¹⁵⁾, mientras que si demandamos la reposición en la vía del amparo, nos resultará aplicable el plazo de prescripción de sesenta días previsto por el Código Procesal Constitucional⁽¹⁶⁾. Empero, cuando iniciamos una acción híbrida de reposición en la vía ordinaria, ¿cuál será el plazo con el que contamos para demandar? Evidentemente, al no existir ninguna norma que habilite a la interposición de esta acción híbrida, tampoco existe ninguna disposición legal que dé respuesta a nuestra pregunta. Por ende, debe admitirse que la interpretación adoptada por el Pleno Jurisdiccional, lejos de beneficiar a los trabajadores concediéndoles un nuevo mecanismo de protección, perjudica a todos los usuarios del sistema de justicia, al crear una situación de inseguridad jurídica.

Otro tema que también debe ser aclarado es si, ahora que los jueces laborales pueden conocer las pretensiones de reposición por despido nulo o incausado, los jueces constitucionales han perdido la competencia para resolver estas pretensiones en la vía del amparo. Esto atendiendo al carácter residual que tiene el proceso de amparo en el Código Procesal Constitucional y a la mayor celeridad del nuevo proceso laboral que es eminentemente oral. Al respecto, estimamos que, si

(15) **Artículo 36.-** El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas líquidas que le adeude el empleador (Ley de Productividad y Competitividad Laboral)

(16) **Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda**
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. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

bien se ha creado también aquí una situación de incertidumbre, darle solución puede ser más sencillo.

A nuestro entender, pese a lo acordado por el Pleno y al carácter residual del proceso de amparo los jueces constitucionales no han perdido competencia para conocer las pretensiones de reposición en la vía del amparo. Sostenemos esto último porque, según explicamos en el punto uno del presente artículo, existe un precedente del Tribunal Constitucional que les otorga tal competencia y, de acuerdo a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho precedente es de obligatorio cumplimiento mientras no sea modificado por el propio Tribunal⁽¹⁷⁾. Efectivamente, el Pleno de la Corte Suprema no se encuentra facultado a modificar un precedente del Tribunal Constitucional y, por ende, no puede restringir a los jueces constitucionales una facultad que les ha sido conferida por esta vía. En consecuencia, pese al objetivo del Código Procesal Constitucional de convertir al amparo en una vía residual, debe admitirse que el acuerdo bajo comentario ha creado una vía paralela al amparo para la protección de los trabajadores objeto de un despido incausado o fraudulento.

En conclusión, nuestra opinión es que los acuerdos del Primer Pleno Jurisdiccional Constitucional Supremo referidos a la tramitación de las pretensiones de reposición por despido incausado o fraudulento en la vía del proceso laboral se apoyan en fundamentos jurídicos errados y que, pese a que permiten que estas pretensiones sean conocidas en un proceso que otorga mayores garantías a las partes, generan un grave problema: la imposibilidad de determinar cuál es el plazo para demandar en estos supuestos.

(17) **Artículo VII.- Precedente**

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.