

APUNTES SOBRE LA REPOSICION EN EL EMPLEO EN LOS NUEVOS JUICIOS LABORALES



César PUNTRIANO ROSAS

Abogado laboralista. Profesor de la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO

I. A manera de introducción: Alcances conceptuales del despido y formas de tutela previas a la Nueva Ley Procesal del Trabajo; II. La reposición en la Nueva Ley Procesal del Trabajo: ¿Cambio de esquema?; 1. Traslado parcial de la carga de la prueba al empleador; 2. La reposición como pretensión principal única: mayor celeridad al tramitar las causas; 3. Regulación de la medida especial de reposición provisional y posibilidad de solicitarla antes de iniciar un proceso laboral; 4. Legitimación sindical para interponer una demanda impugnando el despido de un trabajador en sede judicial ordinaria; 5. Aplicación de presunciones; III. La pretendida desamparización del proceso laboral a partir del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema; IV. A manera de conclusión: La NLPT no crea una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo ante un despido inconstitucional.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ALCANCES CONCEPTUALES DEL DESPIDO Y FORMAS DE TUTELA PREVIAS A LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

El despido es concebido como la extinción unilateral de la relación laboral por decisión del empleador. Como lo afirma el profesor Baylos, "el despido entendido de manera amplia (...) comprende no solo la rescisión unilateral del empresario por motivos disciplinarios, sino cualquier otro cese unilateralmente impuesto

por el empresario al trabajador aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de este (...) ⁽¹⁾”

Nuestro ordenamiento laboral no admite el despido libre (*ad nūtum*) siendo indispensable la existencia de causa justa. La causa debe encontrarse prevista en la legislación (principio de tipicidad). Inclusive, para que un despido sea legal, no basta con que exista la causa anotada ⁽²⁾, sino que también el empleador deberá acreditarla ⁽³⁾ e imputarla siguiendo el procedimiento legalmente previsto para ello ⁽⁴⁾.

En forma previa a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional (TC), a la que nos referiremos en las líneas que siguen, ante un despido sin causa justa el trabajador podía demandar el pago de una indemnización por despido arbitrario, la misma que equivale a una remuneración y media mensual por año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, tal y como lo dispone el artículo 38° del el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, (en adelante LPCL) ⁽⁵⁾. Esta indemnización era concebida como la única reparación por el daño sufrido, tal y como lo dispone el artículo 34° de dicha norma.

Una excepción a la mencionada tutela resarcitoria contra el despido arbitrario es la posibilidad legal de demandar la reposición del empleo, en la medida que el trabajador demuestre que su cese obedeció a uno de los motivos prohibidos

(1) BAYLOS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta, Madrid. 2009, p. 25.

(2) La causa justa de despido puede basarse en la conducta o capacidad del trabajador. Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. En tanto, son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador.

(3) Al respecto, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece en su artículo 22° que: “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, **es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.** (...)” (el resaltado es nuestro).

(4) El empleador deberá otorgar al trabajador por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

(5) Es importante comentar que la indemnización por despido arbitrario del personal contratado a plazo fijo (incluyendo trabajadores extranjeros), equivale a 1.5 remuneraciones mensuales por mes pendiente hasta el vencimiento del plazo del contrato, con un tope de doce remuneraciones.

enumerados en el artículo 29° de la LPCL, a través de un proceso de nulidad de despido. Así, es nulo el despido fundado en:

- 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.
- 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 (noventa) días posteriores al parto.
- f) Ser portador de VIH-SIDA (Ley N° 26626)
- g) Discapacidad del trabajador (Ley N° 27050).

A partir de la sentencia del 11 de julio de 2002 recaída en el proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) y del 13 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. (“caso Llanos”), el TC estableció una nueva tipología de despidos que habilitan al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y ser así reparado en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

Luego, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (en adelante “CPC”) el 1° de diciembre de 2004 ⁽⁶⁾, se modificó el esquema alternativo del proceso de amparo frente a la vía judicial ordinaria que imperaba en nuestro ordenamiento desde hace dos décadas para pasar a un amparo de carácter residual ⁽⁷⁾. Este hecho generó que el TC decantara su doctrina jurisprudencial expidiendo un precedente vinculante en la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2005 ⁽⁸⁾, en adelante “Caso Baylón”.

(6) Aprobado por Ley N° 28237.

(7) Es decir, que el amparo procedía ante la ausencia de una vía judicial específica, e igualmente satisfactoria para tutelar el derecho fundamental cuya amenaza o violación se alegaba.

(8) Es pertinente precisar que el precedente recogido en la sentencia recaída en el Caso Baylón es de vinculación inmediata desde el 23 de diciembre de 2005, por lo que, según el TC, toda demanda que sea presentada y no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

En cuanto a los procesos de amparo en trámite en materia laboral privada a la fecha de entrada en rigor del precedente, el TC ha establecido que los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al

En el citado precedente, el TC ha dispuesto que el proceso de amparo para cuestionar un despido proceda en los siguientes supuestos:

- i) Ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito⁽⁹⁾.
- ii) Ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

El TC señala que solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía judicial ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de los hechos que se imputan.

Al igual que en el caso anterior, no existe en sede laboral una vía específica que otorgue un nivel de tutela similar al trabajador ante un despido fraudulento.

- iii) Ante un despido nulo. El TC se reafirma en lo expuesto en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco⁽¹⁰⁾ (Expediente 976-2001-AA/TC), por lo que se mantiene la procedencia del proceso de amparo cuando un despido se base en los motivos prohibidos previstos en el artículo 29° de la LPCL mencionados anteriormente.

Cabe enfatizar que el Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores ha señalado que los trabajadores que ocupen puestos de confianza desde el inicio de su relación laboral poseen estabilidad relativa y tampoco pueden ser repuestos ante un despido sin causa justa⁽¹¹⁾, ni tampoco aquellos trabajadores que cobren su indemnización por despido arbitrario⁽¹²⁾.

proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen 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.

- (9) Para el TC entonces, el trabajador que sea objeto de un despido incausado o arbitrario, podrá optar, entre recurrir a la vía judicial ordinaria demandando el pago de una indemnización o ante la vía procesal constitucional para su reposición en el puesto de trabajo.
- (10) Esto se ve corroborado en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se señala que: "(...) 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 (...)".
- (11) Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR). Expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.
- (12) Expediente N° 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao.

Entonces, luego del precedente del TC, un trabajador que sea despedido sin causa justa podrá optar entre demandar el pago de una indemnización por despido o su reposición en el empleo a través de un proceso constitucional de amparo basándose en el precedente del TC o la reposición en un proceso ordinario laboral si es que su despido se encontró viciado de nulidad⁽¹³⁾.

Finalmente, procede comentar que cierto sector de la jurisprudencia, habilita el cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios ante un despido sin causa, pronunciamientos que contravienen expresamente al artículo 34° de la LPCL⁽¹⁴⁾. En efecto, en tanto el trabajador opte por la tutela resarcitoria, es decir, el pago de una indemnización ante un despido, el mencionado artículo 34° dispone que la indemnización por despido arbitrario allí regulada constituye la única reparación contra el despido. Se trata pues de una indemnización tarifada.

Hasta aquí hemos expuesto el estado de la cuestión antes de la regulación contenida en la NLPT, en el acápite siguiente comentaremos los cambios, de existir.

II. LA REPOSICIÓN EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ¿CAMBIO DE ESQUEMA?

El 15 de enero de 2010 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) la que, en aplicación a lo establecido en su Novena Disposición Complementaria ha venido entrando en vigencia en forma progresiva a nivel nacional⁽¹⁵⁾ desde los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio de 2010, derogando a la actual Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley N° 26636.

- (13) Nos referimos, que duda cabe, al trabajador del sector privado, pues un trabajador estatal sujeto al régimen laboral público deberá agotar la vía administrativa y luego plantear una demanda contencioso administrativa, tal y como lo ha señalado el propio TC en el precedente correspondiente al Caso Baylón. Solo en defecto de dicha posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.
- (14) La Corte Suprema en un pronunciamiento recientemente publicado en el diario oficial *El Peruano*, (ejecutoria recaída en el expediente N° 1420-2009 sobre indemnización), le ha otorgado valor definitivo al contenido indemnizatorio tasado del artículo 38 de la LPCL, lo que impide que se pueda solicitar una mayor indemnización (bajo el concepto de daño moral en este caso) ante el fuero civil. El caso es polémico por lo que existen votos en discordia en la sentencia.
- (15) Actualmente se encuentra vigente en Tacna desde el 15 de julio de 2010, en Cañete desde el 16 de agosto de 2010, La Libertad (1 de setiembre de 2010), Arequipa (1 de octubre de 2010), Lambayeque (2 de noviembre de 2010) Cusco (1 de diciembre de 2010), Moquegua, (1 de julio de 2011), Ica (8 de julio de 2011), Junín (19 de julio de 2011), Santa (22 de julio), Cajamarca (26 de julio de 2011) y Lima Norte (setiembre 2012). Próximamente regirá en el Callao (octubre 2012), y Lima Metropolitana (5 de noviembre).

El cambio en la concepción del proceso laboral que implica la entrada en vigencia de la NLPT es fundamental, porque no solo supone una variación normativa sino fundamentalmente una modificación integral en el sistema del litigio laboral. La norma procesal apunta a introducir la oralidad al proceso laboral, es decir, otorgar un rol muy activo al magistrado a efectos que se involucre con el expediente y sea el director del proceso, procurando que los juicios sean más ágiles y se resuelvan en el menor tiempo posible. En suma, modernizar nuestra justicia laboral y colocarla a la altura de los ordenamientos procesales de otros países de nuestra región es el objetivo primordial de la nueva regulación de los procesos laborales en el país.

En materia de tutela de los trabajadores contra el despido individual, creemos que la NLPT se limita a otorgar mayor celeridad a los reclamos sin añadir nuevos supuestos que habiliten al justiciable a recurrir ante la vía judicial ordinaria.

En efecto, el inciso 2 del artículo 2° de la NLPT, que contempla que la reposición planteada como pretensión principal única se tramita como proceso abreviado ante el Juez Laboral, debe ser leído conjuntamente con las normas laborales sustantivas y la jurisprudencia vinculante del TC. Así, como se vio en el numeral anterior, las normas sustantivas únicamente permiten la reposición en caso de un despido viciado de nulidad, mientras que de acuerdo al TC la reposición opera en el proceso de amparo ante un despido incausado, nulo o fraudulento.

Discrepamos con quienes consideran que al referirse la norma a “reposición” pueda entenderse que se abre la posibilidad de demandar la readmisión a partir del precedente expedido en el “Caso Baylón” en la vía judicial ordinaria. Dicha posición es una lectura equivocada del citado precedente pues en realidad el propio TC señala que en el proceso ordinario laboral no procede la reposición salvo ante un despido nulo.

Esto ha sido ratificado por el TC en posteriores pronunciamientos como los recaídos en los Expedientes N° 05242-2005-PA/TC, 07772-2005-PA/TC, 01318-2006-PA/TC, 03002-2006-PA/TC y recientemente en el N° 03727-2011-PA/TC. En esta última sentencia, en alusión a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República cuestionado a través de un proceso de amparo, el Tribunal sostuvo que, “la resolución cuestionada se encuentra adecuadamente motivada, pues la Sala Suprema emplazada ha fundamentado debidamente la aplicación del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) al no encontrarse la demanda motivada en alguna de las causales contenidas en el artículo 29° del Decreto Supremo indicado, resultaba improcedente, toda vez que la recurrente optó por solicitar la protección de su derecho por la vía ordinaria que tiene causales específicas, en vez de la vía constitucional, que también contempla una protección de carácter restitutorio”.

En esa medida, es claro a nuestro parecer, que la reposición en la vía ordinaria por motivos distintos a aquellos que configuran un despido nulo exige un cambio normativo, tal como se pretende por ejemplo en el Proyecto de Ley General de Trabajo.

Creemos que la gran novedad de la NLPT, además de la introducción de la oralidad como eje del proceso laboral y el uso de la tecnología en los procesos laborales, consiste en crear una serie de mecanismos que facilitan la impugnación del despido en sede ordinaria sin que dicha vía pase a ser idónea e igualmente satisfactoria como para generar la improcedencia del amparo salvo en el caso del despido nulo⁽¹⁶⁾.

1. Traslado parcial de la carga de la prueba al empleador

En lo que se refiere a la carga de la prueba⁽¹⁷⁾, el artículo 27° de la LPT inicia su texto con la regla procesal consistente en que quien afirma algo debe probarlo, para luego detallar cuáles son los deberes probatorios de cada una de las partes del proceso.

Así, al demandante le corresponderá probar la existencia del vínculo laboral, la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto.

Si analizamos la carga establecida por la Ley Procesal del Trabajo en lo que se refiere al despido, advertimos que cuando un extrabajador demande el pago de una indemnización por despido arbitrario o la nulidad de su despido en la vía laboral, deberá demostrar que su empleador decidió poner término en forma unilateral a su vínculo laboral, y si es nulidad, que dicha opción empresarial obedeció a alguno de los motivos prohibidos contemplados en el artículo 29° de la LPCL. Se trata de una alta exigencia al demandante que ha generado más de una complicación, pues por lo general se presentan despidos arbitrarios para cuya ejecución ni siquiera se cursan comunicaciones.

En estos casos, al extrabajador no le queda más que recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la verificación del despido o a la autoridad policial para que ejecute la constatación correspondiente⁽¹⁸⁾. En el caso del despido nulo la carga no queda ahí, pues el demandante deberá también demostrar la relación causa- efecto entre el motivo alegado y su despido, es decir, por ejemplo, que el despido obedeció a sus actividades sindicales. Esta complejidad probatoria en ambos casos ha sido salvada parcialmente por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

(16) Creemos que el TC se equivocó al considerar que la vía ordinaria con la Ley N° 26636 no era igualmente satisfactoria que el amparo. Si antes había duda creemos que ya no debería existir pues el proceso abreviado pretende ser tan célere como el amparo.

(17) La carga de la prueba vendría a ser entendida como la obligación que tienen las partes de aportar al proceso los elementos necesarios al Juzgador para generarle convicción en un determinado hecho a probar, como la existencia de la relación laboral, la causa justa en un despido, entre otros.

(18) Muchas veces hemos advertido que ni la autoridad laboral ni la policial verifican o constatan el despido, lo que hacen es recoger las manifestaciones de las partes. Actas con manifestaciones no son de utilidad en procesos laborales pues no contienen lo verificado por la autoridad.

En efecto, la NLPT no solamente facilita al extrabajador la prueba de su relación laboral al recoger una presunción de laboralidad⁽¹⁹⁾, sino que desplaza al empleador la carga de probar el estado del vínculo laboral y la causa del despido. Esta regulación, frente a la LPT que solamente requería al empleador demostrar la causa del despido, facilita el deber probatorio del demandante, pues ya no tendrá que demostrar la ocurrencia del despido.

Así, cuando un extrabajador o prestador de servicios demande el pago de una indemnización por despido, deberá acreditar que prestó servicios en forma personal a su empleador y alegar su despido, ante lo cual el empleador deberá demostrar si efectivamente el vínculo laboral se encuentra vigente o no, y de ser esto último, la causa del despido.

2. La reposición como pretensión principal única: mayor celeridad al tramitar las causas

Siguiendo lo señalado anteriormente, la regulación de la reposición en proceso abreviado tiene como efecto dotar de mayor celeridad a la tramitación de los juicios en que se plantee dicha pretensión, en razón a que el mencionado proceso es más corto que el ordinario laboral. No se trata de una vía procedimental igualmente satisfactoria que genere la improcedencia del proceso de amparo en todos los casos (despido incausado, nulo o fraudulento) sino solamente en el despido nulo. Esto último en tanto el demandante podrá ser repuesto en un proceso célere e inclusive cobrar sus remuneraciones dejadas de percibir (recordemos que esto es impropio en el amparo).

3. Regulación de la medida especial de reposición provisional y posibilidad de solicitarla antes de iniciar un proceso laboral

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) dedica un capítulo al proceso cautelar (artículos 54° a 56°), siendo su primer gran cambio el relativo a la posibilidad de dictar una medida cautelar antes de iniciado el proceso, con lo que se otorga una mayor eficacia a este mecanismo de tutela urgente. Esta decisión legislativa es saludable, pues el artículo 96° de la LPT restringía el dictado de medida cautelar al inicio del proceso laboral.

En el artículo 54° la NLPT también señala expresamente que además de las medidas cautelares previstas en dicho capítulo procede cualquier medida prevista en el Código Procesal Civil u otro dispositivo legal, sea para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar, no innovar o genérica. Consideramos acertada esta expresa remisión a las medidas cautelares previstas en el Código Procesal

(19) Artículo 23.2: Acreditada la prestación personal de servicios se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Civil, así como a las medidas que de acuerdo a dicha norma pueden dictarse, lo cual permite zanjar cualquier controversia aun vigente sobre la aplicación supletoria⁽²⁰⁾.

Medida especial de reposición provisional

El artículo 55° de la NLPT señala que la medida cautelar de reposición provisional podrá ser otorgada por el juez si el demandante cumple con los requisitos ordinarios de toda medida cautelar, es decir, acreditar que el derecho es verosímil, el peligro en la demora y ofrecer contracautela.

Sin embargo, afirma también que esta reposición provisional puede ser dictada por el juez si el demandante cumple con los siguientes requisitos:

- a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad.
- b) Estar gestionando la conformación de una organización sindical⁽²¹⁾ y
- c) El fundamento de la demanda es verosímil.

El presupuesto relativo a ostentar la condición de dirigente sindical al momento del despido o estar gestionando la conformación de una organización sindical obedecen a la especial tutela que otorga la NLPT a la libertad sindical⁽²²⁾, y se relacionan con los supuestos de nulidad de despido previstos en el artículo 29° de la LPCL. En efecto, como se indicó, constituyen motivos para que un despido sea calificado como nulo⁽²³⁾, el hecho que su desvinculación se deba a su condición de dirigente sindical o encontrarse realizando actividades sindicales.

4. Legitimación sindical para interponer una demanda impugnando el despido de un trabajador en sede judicial ordinaria

De acuerdo a las reglas previstas en la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, para que una organización sindical pueda representar a sus afiliados en conflictos de naturaleza individual, como es el caso de un despido individual, es indispensable

(20) En tal sentido y pese a que no existe regulación expresa en la Nueva Ley Procesal del Trabajo como ocurría con su predecesora, procederá el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque la misma fuera impugnada (artículo 615° del Código Procesal Civil).

(21) En cuanto a la redacción, el artículo es confuso pues si bien se entendería por lógica que los supuestos de a) y b) son distintos y por ende alternativos, ello no queda claro de la redacción pues se omitió el uso de una "o" en vez del "punto y coma".

(22) La NLPT contiene diversas reglas que facilitan la tutela jurisdiccional de la libertad sindical como la facilitación de la comparecencia de los sindicatos al proceso laboral (artículo 8 inciso 3), la legitimación especial en caso de una afectación colectiva de la libertad sindical (artículo 9.2), el conocimiento de las pretensiones relativas a la vulneración a la libertad sindical en proceso abreviado laboral (artículo 2 inciso 3), y la prueba indiciaria del hecho lesivo alegado que bien podría referirse a la libertad sindical, en cuyo caso se presume su existencia (artículo 23.5).

(23) Y por ende se habilite la reposición del trabajador.

que estos le confieran un poder que cumpla con las formalidades previstas por la ley correspondiente⁽²⁴⁾.

La NLPT difiere de la norma previa pues en su artículo 8° señala que: “los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados” señalándose en este último caso (numerales 2 y 3), que:

- No se requiere poder especial de representación;
- En la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones;
- El empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta;
- La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso; y,
- La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados.

Entonces a partir de la nueva regulación en materia de legitimación sindical podemos afirmar que la organización sindical podrá demandar la nulidad de despido de un afiliado ante la vía judicial ordinaria, sin requerir de formalidad alguna para validar su representación.

5. Apicación de presunciones

La presunción de laboralidad

El artículo 23. 2 de la NLPT recoge la presunción de laboralidad al señalar que, “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

La presunción de laboralidad supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral, pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o ex empleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral, lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada, con la presunción únicamente se espera que acredite, aunque sea en forma indiciaria que prestó servicios en forma personal al demandado.

(24) Cuando nos referimos a conflictos de naturaleza individual, apuntamos a aquellos conflictos que carezcan de trascendencia en el plano colectivo. Por ende, un despido de un dirigente sindical, de efecto pluriofensivo, en tanto afecta a la organización (colectivo) que este representa, se entendería como un conflicto de naturaleza colectiva.

Esta facilitación o alivio tiene su sustento jurídico en el despliegue del Principio Protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país en lo que a contratación laboral se refiere, constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial.

Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza, por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión.

La presunción de existencia del hecho lesivo alegado (artículo 23.5 de la NLPT)

El artículo 23.5 de la NLPT dispone que, en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Este inciso recoge una presunción judicial de la existencia de un hecho lesivo por parte del empleador a partir de los indicios que se desprendan de la demanda y prueba actuada en el proceso, salvo que, como señala también la norma, el demandado (generalmente el empleador) demuestre que las medidas que adoptó son justificadas y razonables.

Esta presunción es útil en aquellos procesos en los que el trabajador pretenda obtener tutela ante un despido nulo, pues de aportar indicios suficientes, el juez podrá presumir que efectivamente existió el hecho lesivo del despido.

III. LA PRETENDIDA DESAMPARIZACIÓN DEL PROCESO LABORAL A PARTIR DEL PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA

A partir de una convocatoria efectuada por la Presidencia de la Corte Suprema, el 4 y 14 de mayo de 2012 se realizó el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, con participación de los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, que resuelven los juicios laborales principalmente en casación.

Un Pleno Jurisdiccional es una reunión de magistrados de una determinada especialidad para tratar de llegar a acuerdos sobre cómo resolver en adelante casos frecuentes que se han venido sentenciando de manera distinta y eventualmente

hasta contradictoria. Es la primera vez que tal reunión se realizó con los jueces Supremos que conocen casos laborales. Los acuerdos adoptados no son en estricto vinculantes, pero revelan el criterio de cómo se resolverán determinados tipos de conflictos si llegan a la Corte Suprema, por lo que los jueces superiores, de primera instancia y de paz letrado seguramente van a acatar el Pleno y, más aún, se apoyarán en él para resolver los mismos tipos de conflictos sometidos a su consideración. En ese sentido, los acuerdos pueden ser entendidos como vinculantes en la práctica.

Uno de los acuerdos que confirmó un criterio jurisprudencial que venía siendo asumido un sector de la magistratura laboral era el relativo a la interpretación del artículo 2.2 de la NLPT que permite conocer las demandas de reposición en el empleo en proceso abreviado, sobre el cual hemos opinado en el acápite precedente de esta ponencia. Los Jueces Supremos han sustentado la competencia de los jueces laborales para conocer, en la vía ordinaria, aquellas demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o a un despido fraudulento. Un detalle de las consecuencias que ello acarrea se plantea en el cuadro que sigue.

CUADRO N° 1			
Supuesto	Ley (D.S. N° 003-97-TR)	Criterio del Tribunal Constitucional	Pleno de la Corte Suprema
Despido incausado	Indemnización	Reposición (amparo)	Reposición (vía ordinaria)
Despido nulo	Reposición	Reposición (amparo/ vía ordinaria)	Reposición (vía ordinaria)
Despido fraudulento	Indemnización	Reposición (amparo)	Reposición (vía ordinaria)
Despido injustificado	Indemnización	Indemnización	Indemnización

A continuación reproducimos los principales argumentos de los Jueces Supremos y manifestamos nuestras impresiones a cada uno de ellos:

- “Negar la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional laboral, sea por elección del demandante y/o remisión expresa de un proceso de amparo previo, implica no atender el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, concebida en estos tiempos como derecho fundamental cuyo respeto irrestricto debe ser una de las finalidades primordiales de un Estado Constitucional y Social de Derecho”. El derecho a la tutela jurisdiccional⁽²⁵⁾, a

(25) El artículo 4° del Código Procesal Constitucional, establece que: “[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

decir del Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00763-2005-PA/TC, es un “derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada (...)”. Esta necesidad de tutela es satisfecha cuando el extrabajador puede ser restituido en su derecho al trabajo en un proceso de amparo o reparado (indemnizado) en un proceso ordinario laboral (salvo nulidad de despido). En esa medida, no se desatiende al mencionado derecho si se niega la reposición en sede laboral en los supuestos pretendidos por la Corte Suprema.

- Se afirma que los jueces en general, son los primeros guardianes de la Constitución cuyas normas fundamentales contienen el estatuto de protección laboral. Al respecto, no creemos que los criterios vinculantes del TC en materia de reposición impidan que los jueces laborales dejen de ser guardianes de la Constitución, lo que ocurre es que la legislación sustantiva laboral no los habilita a reponer en su puesto de trabajo a una persona que no demande la nulidad de su despido.
- Se indica que ordenar la reposición en caso de un despido incausado o fraudulento en sede jurisdiccional ordinaria no implica una reducción de las garantías procesales de las que gozan los justiciables en un proceso constitucional como sería el amparo, sino que por el contrario, al ser un proceso más largo, genera la posibilidad de que ambas partes estructuren un andamiaje probatorio y argumentativo que posibilite la mejor comprensión del conflicto. Este fundamento no es del todo cierto porque los propios Jueces Supremos señalan en el Pleno de que el proceso abreviado laboral se erige como una vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia del despido incausado o fraudulento, hecho que genera la improcedencia del amparo (artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional). Con ello se privaría a los justiciables de la posibilidad de acceder en vía de agravio constitucional al TC, Supremo Intérprete de nuestra Constitución.
- La Corte también justifica su pronunciamiento basándose en el razonamiento del TC en la Sentencia N° 1124-2011-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que restringir la consecuencia jurídica en la extinción –sin invocación de causa– de los contratos de trabajo únicamente a la indemnización prevista en la ley, resultaba inexorablemente inconstitucional. Esta posición esgrimida por el Tribunal no justifica la competencia atribuida a los jueces laborales para reponer a los demandantes en casos distintos a la nulidad de despido, sino más bien justifica la apertura del amparo como mecanismo de tutela reparatoria ante la ocurrencia de un despido según se detalló anteriormente.

Creemos que los argumentos de la Corte Suprema no son sólidos y que más bien existe un apartamiento del precedente del TC recaído en el caso Baylón y ratificado en posteriores sentencias. Nos encontramos ante un nuevo capítulo de la "guerra de las Cortes", en el cual la Corte Suprema desconoce que el supremo intérprete constitucional es el Tribunal Constitucional, y este ha señalado en qué casos cabe que un demandante sea repuesto en su empleo. Este acuerdo del Pleno Jurisdiccional ha generado una serie de dudas, las cuales planteamos a continuación: (i) Si la Corte Suprema ha señalado que el proceso abreviado en sede laboral ordinaria es una vía igualmente satisfactoria en comparación al proceso de amparo, ¿se encuentran los jueces obligados a acatar el acuerdo plenario y declarar improcedentes las demandas de amparo sustentadas en el precedente emitido por el TC recaído en el caso Baylón? ¿Si la demanda de reposición en la vía laboral ordinaria es planteada por un extrabajador que ocupó un cargo de confianza, deberá declararse su improcedencia en atención a los criterios expuestos en la sentencia N° 3501-2006-PA/TC o no resultará aplicable por tratarse de un proceso de amparo? ¿qué ocurre con aquellos trabajadores que cobraron la indemnización por despido, podrán demandar su reposición o se aplicará el precedente del TC recaído en el Expediente N° 3052-2009-PA/TC?, ¿corresponde disponer el pago de remuneraciones devengadas cuando se ordene reponer a un extrabajador ante un despido incausado o fraudulento?

Son preguntas que los Jueces Supremos no han respondido, sobre las cuales nos animamos a opinar. En cuanto al acatamiento del acuerdo plenario, dado que no constituye jurisprudencia de carácter vinculante y que el precedente recaído en el caso Baylón si posee tal carácter, corresponderá que los jueces acaten el precedente y no admitan a trámite demandas de reposición por motivos distintos al despido viciado de nulidad, salvo que exista una modificación en la norma sustantiva en el sentido que se propone en el Proyecto de Ley General de Trabajo⁽²⁶⁾.

Esto exige valentía en los jueces, y la decisión de los litigantes de cuestionar los pronunciamientos de la Corte Suprema que les ordenen admitir las demandas en la vía del amparo para que el TC tenga la última palabra.

Sobre la segunda cuestión, opinamos que debería respetarse la jurisprudencia constitucional vinculante, que, sin ser precedente, ha señalado que quien ocupó un cargo de confianza al cese, y que además no fue promovido de un cargo común

al calificado como de confianza, no tendrá derecho a reposición sino solamente a indemnización por despido al poseer estabilidad relativa.

Respecto al cobro consideramos que debe mantenerse el criterio de que si el trabajador cobró la indemnización por despido en forma voluntaria, se entiende que optó por ser resarcido económicamente ante su despido.

Luego, en relación a las remuneraciones devengadas creemos que si los jueces se ciñen a la jurisprudencia del TC no deberían corresponder al extrabajador demandante, pues no efectuó trabajo efectivo durante el tiempo que estuvo despedido y además, no existe una norma que así lo disponga como en la nulidad de despido.

Como vemos, el Pleno ha dejado en este punto más preguntas que respuestas. No siendo usual que los Jueces Supremos se vuelvan a reunir para aclarar las dudas, creemos que estas serán despejadas con nuevos pronunciamientos jurisprudenciales. No nos cabe duda de que el TC tomará posición en algún caso que conozca más adelante, situación casi obligatoria pues lo que ha hecho el pleno es atentar contra la seguridad jurídica.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA NLPT NO CREA UNA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA E IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL PROCESO DE AMPARO ANTE UN DESPIDO INCONSTITUCIONAL

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, constituye sin duda el eje de una importante reforma en materia procesal laboral, que supondrá, esperamos, un cambio de mentalidad en nuestros operadores jurídicos, jueces y litigantes, así como en el Estado. Este último deberá otorgar la importancia que se merece la justicia laboral, a través de una dotación de recursos que permita la adecuada implementación del proceso laboral oral en el país, y principalmente en la capital, pues allí se concentra la mayor carga procesal.

Sin embargo, la nueva Ley no regula un proceso ad hoc para la tutela de derechos fundamentales ejercidos en el seno de la relación de trabajo pues, con ello, se cerraría el acceso de los trabajadores ante un despido al Tribunal Constitucional. Es innegable que el Tribunal ha tenido una importante participación en la configuración de las relaciones laborales en el Perú dado sus diversos pronunciamientos, como el relativo a la protección contra el despido.

En esa línea de pensamiento, la Nueva Ley facilita enormemente la interposición de demandas impugnando un despido como lo hemos estudiado en el presente trabajo. Sin embargo, no basta con una buena regulación sino que resulta fundamental una mejor aplicación práctica, lo cual supone una alta responsabilidad

(26) El artículo 127° del Proyecto de Ley General del Trabajo recoge la figura del despido fraudulento o violatorio del derecho de defensa (incausado) señalando lo siguiente: "Es nulo el despido que se basa en hechos notoriamente inexistentes o falsos, o en causa no prevista legalmente o que ha prescrito o cuando las pruebas que lo sustentan son falsas o han sido fabricadas u obtenidas ilícitamente; y el producido sin permitir al trabajador su derecho de defensa en el procedimiento de despido".

para la magistratura laboral, la cual, no dudamos, se encontrará a la altura de las circunstancias.

La reposición como tutela restitutoria contra una lesión al derecho al trabajo se podrá obtener en sede constitucional, en tanto el amparo tiene como finalidad retrotraer el estado de cosas al momento previo a la amenaza o afectación al derecho constitucional invocado⁽²⁷⁾. La vía judicial ordinaria no se encuentra legalmente habilitada para reponer a un trabajador en el empleo ante un despido, salvo que se trate de un despido nulo, al cual nos hemos referido en las líneas precedentes.

Por lo expuesto, nos permitimos discrepar de las conclusiones a las que arribaron los magistrados laborales de la Corte Suprema de Justicia.

(27) Artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

¿VAMOS HACIA LA PROFESIONALIZACIÓN DEL PROCESO ORAL LABORAL? EXPERIENCIAS Y ANÁLISIS SOBRE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO



Augusto SALDAÑA BRUNO

Abogado asociado del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados. Con estudios completos de Maestría en Derecho de Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Eduardo MERCADO VILLARÁN

Abogado asociado del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados. Profesor adjunto del curso de Derecho Laboral en la Maestría en Relaciones Laborales en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

"La realidad no está simplemente allí, debe ser investigada y conquistada"

Paul Celan

SUMARIO

I. Introducción II. La exposición de hechos: la oportunidad para fijar correctamente la controversia 1. Por el demandante 2. Por el demandado; 3. Por el Juez III. Actuación de medios probatorios: la evolución del modelo de búsqueda de la verdad material al de hechos acreditados IV. Alegatos: el arte de litigar V. La sentencia: un producto técnico del proceso oral laboral VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de dos años desde que la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) entrará en vigencia en enero de 2010, siendo que esta inició