

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

### **LÍMITES A LA IMPOSICIÓN DEL DESPIDO SUCESIVO HOMÓLOGO Y POSIBILIDAD DEL CONTROL DE VALIDEZ POR EL JUEZ CAUTELAR**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**

Presentada por:

**Bachiller: FRANKLIN VALDIVIA DÍAZ**

Asesor:

**Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**

**Cajamarca, Perú**

**2022**

COPYRIGHT © 2022 by  
**FRANKLIN VALDIVIA DÍAZ**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

### **LÍMITES A LA IMPOSICIÓN DEL DESPIDO SUCESIVO HOMÓLOGO Y POSIBILIDAD DEL CONTROL DE VALIDEZ POR EL JUEZ CAUTELAR**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**

Presentada por:

**Bachiller: FRANKLIN VALDIVIA DÍAZ**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya  
Asesor

Dra. Cinthya Cerna Pajares  
Jurado Evaluador

Mg. Rocio Salazar Chero  
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2022**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 9:00 horas, del día 16 de abril de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES, Mg. ROCIO SALAZAR CHERO, M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada "**LÍMITES A LA IMPOSICIÓN DEL DESPIDO SUCESIVO HOMÓLOGO Y POSIBILIDAD DEL CONTROL DE VALIDEZ POR EL JUEZ CAUTELAR**", presentada por el **Bach. en Derecho FRANKLIN VALDIVIA DÍAZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECIOCHO (18) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho FRANKLIN VALDIVIA DÍAZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las 10:21 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dr. Nixon Javier Castillo Montoya**  
Asesor

.....  
**Dra. Cinthya Cerna Pajares**  
Jurado Evaluador

.....  
**Mg. Roció Salazar Chero**  
Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. José Luis López Núñez**  
Jurado Evaluador

**A:**

Mis padres: Segundo y Julia, y hermanos: William y Roxana, quienes son y serán ejemplo e inspiración continua en mí.

Doris Patricia, Joshua Felipe y Julio Christopher Santino, quienes me retan permanentemente a construir, junto a ellos, un mundo mejor.

### **AGRADECIMIENTO A:**

Nixon Javier Castillo Montoya, por ser un ejemplo permanente de superación académica y personal.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA .....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
TABLA DE CONTENIDO .....	vii
LISTA DE ILUSTRACIONES .....	xi
LISTA DE ABREVIACIONES .....	xii
RESUMEN .....	xiii
ABSTRACT .....	xx
INTRODUCCIÓN .....	xvii

### CAPÍTULO I

#### ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA .....	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	7
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	8
1.4. JUSTIFICACIÓN .....	8
1.5. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN .....	9
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	10
1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE .....	10
1.6.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	10
1.6.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN .....	11
1.7. HIPÓTESIS .....	11
1.8. OBJETIVOS .....	11
1.8.1. OBJETIVO GENERAL .....	11

1.8.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	12
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	12
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	13
1.10.1. GENÉRICOS.....	13
1.10.2. JURÍDICOS.....	14
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	15
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS .....	15
1.13. UNIVERSO Y MUESTRA.....	16

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

1. PODER DE DIRECCIÓN Y DESPIDO EN LA RELACIÓN LABORAL.	17
1.1. Fundamentos del poder de dirección .....	17
1.2. Contenido del poder de dirección en el derecho laboral peruano ..	26
1.3. Límites al poder de dirección .....	30
1.4. El despido laboral como posibilidad jurídica a partir del poder sancionador del empleador .....	33
1.5. El Procedimiento disciplinario laboral formal en la legislación peruana.....	36
1.6. Extinción y terminación del contrato de trabajo .....	44
1.6.1. Tipos de despido en el derecho peruano .....	47
2. EL PROCESO LABORAL PERUANO .....	56
2.1. El proceso laboral: fundamento, conflicto y características .....	56
2.1.1 Principios del proceso laboral.....	61
2.2. La pretensión de reposición en la NLPT.....	76

2.2.1. El trámite de la pretensión de reposición en los procesos abreviado y ordinario laboral, regulados por la NLPT, y sus límites para revisar los actos sobrevinientes al planteamiento de la demanda .....	80
<b>3. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL .....</b>	<b>89</b>
3.1. Definición y finalidad de la medida cautelar .....	89
3.2. Fundamento constitucional de la medida cautelar .....	92
3.3. Principios del proceso laboral y su incidencia en las medidas cautelares .....	99
3.4. Características de la medida cautelar .....	100
3.4.1. Jurisdiccional .....	101
3.4.2. Prejuzgamiento .....	102
3.4.3. Provisoria .....	103
3.4.4. Instrumental .....	104
3.4.5. Variable .....	105
3.5. Requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo .....	106
3.6. Medida cautelar como garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y su relación con la pretensión de reposición .....	114
3.7. Trámite y efectividad actual del procedimiento cautelar que ordena la reincorporación del trabajador .....	117
3.8. Medidas cautelares en el proceso laboral que permiten la reposición del trabajador, y la posibilidad de imponer el despido durante su vigencia .....	120
3.8.1. Medida cautelar temporal sobre el fondo .....	122
3.8.2. Medida cautelar de ejecución anticipada de sentencia .....	124

<b>3.8.3. Medida cautelar de innovar .....</b>	<b>127</b>
<b>3.8.4. Medida cautelar de reposición provisional .....</b>	<b>128</b>

### **CAPÍTULO III**

#### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

<b>3. Contrastación de la hipótesis .....</b>	<b>132</b>
<b>3.1. La vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, reforzando la protección del derecho al trabajo en su dimensión de salida .....</b>	<b>133</b>
<b>3.2. El carácter vinculante de los principios del proceso laboral.....</b>	<b>147</b>
<b>3.3. El deber de los estados, a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo; a través de vías procedimentales céleres e idóneas .....</b>	<b>153</b>

### **CAPÍTULO IV**

<b>PROPUESTA NORMATIVA .....</b>	<b>163</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>168</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>170</b>

## LISTA DE ILUSTRACIONES

<b>Tabla 1.</b> Estructura del proceso abreviado laboral .....	80
<b>Tabla 2.</b> Estructura del proceso ordinario laboral .....	81
<b>Tabla 3.</b> El proceso Cautelar.....	121

## LISTA DE ABREVIACIONES

<b>NLPT</b>	: Nueva Ley Procesal del Trabajo
<b>CPConst.</b>	: Código Procesal Constitucional
<b>CPC</b>	: Código Procesal Civil
<b>CPE</b>	: Constitución Política del Estado
<b>TC</b>	: Tribunal Constitucional
<b>LPCL</b>	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral
<b>Art</b>	: Artículo

## RESUMEN

La protección contra el despido arbitrario en el Perú, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: FETRATEL (Exp. N 1124-2001-AA/TC), LLANOS HUASCO (Exp. N 976-2001-AA/TC) y BAYLÓN FLORES (Exp. N 206-2005-AA/TC), es, o la reposición o la indemnización por despido arbitrario. En este último caso, el trabajador puede plantear medida cautelar que le permita provisionalmente, prestar servicios laborales, generándose una relación laboral impuesta por mandato judicial.

En esta relación laboral, el empleador se encuentra habilitado para desplegar su poder de dirección, pudiendo despedir a dicho trabajador. Frente a este escenario, el trabajador está ante dos despidos sucesivos: el primero (despido originario), que motivó el planteamiento de la petición de reposición y la medida cautelar originaria; y el segundo, materializado durante la vigencia del mandato cautelar anteriormente otorgada (despido sucesivo).

En este contexto, las reglas procesales actualmente establecidas, permiten el planteamiento de una nueva acción judicial, que contenga – a su vez – la petición de reposición, y de necesitarlo, una nueva medida cautelar. Esta situación, genera algunas consecuencias procesales complejas: i. Acumular ambos procesos judiciales; ii. Suspender el trámite procesal del despido sucesivo; iii. Analizar – como posibilidad – el pedido de una segunda medida cautelar que busque neutralizar los efectos causados por el despido materializado durante la vigencia de la primera medida cautelar; situaciones que contravienen la naturaleza y principios del proceso laboral establecidos en la Nueva Ley Procesal

del Trabajo: celeridad, economía procesal, concentración, informalismo, equidad etc.

Adicionalmente, este segundo despido, pone en grave peligro la tutela otorgada cautelarmente, y con ello, a la tutela procesal efectiva en sí; justificando que estos actos sean revisados por el juez que otorgó la medida cautelar originariamente, así como los límites a la imposición del despido sucesivo; claro está, bajo determinadas condiciones de congruencia procesal.

**Palabras claves:** Despido, despido originario, despido sucesivo homólogo, juez cautelar, tutela procesal efectiva, medida cautelar.

## ABSTRACT

Protection against arbitrary dismissal in Peru, based on the jurisprudence of the Constitutional Court: FETRATEL (Exp. N 1124-2001-AA/TC), LLANOS HUASCO (Exp. N 976-2001-AA/TC) and BAYLÓN FLORES (Exp. N 206-2005-AA/TC) is, or reinstatement or compensation for arbitrary dismissal. In the latter case, the worker may apply for a precautionary measure that provisionally allows him to provide labour services, thereby creating an employment relationship imposed by a court order.

In this employment relationship, the employer is empowered to exercise his managerial power and may dismiss the worker. Faced with this scenario, the worker is facing two successive dismissals: the first (original dismissal), which motivated the approach of the request for reinstatement and the original precautionary measure; and the second, materialized during the term of the injunction previously granted (successive dismissal).

In this context, the procedural rules currently in place allow for the establishment of a new judicial action, containing - in turn - the request for reinstatement, and if necessary, a new precautionary measure. This situation has some complex procedural consequences: i. To consolidate both judicial processes; ii. To suspend the procedural process of the subsequent dismissal; iii. To analyze - as a possibility - the request for a second precautionary measure that seeks to neutralize the effects caused by the dismissal during the duration of the first precautionary measure; Situations that contravene the nature and principles of the labor process established in the New Labor Procedural Law: speed, procedural economy, concentration, informality, equity, etc.

In addition, this second dismissal seriously jeopardizes the protection granted precautionary, and thus the effective procedural protection itself; justifying that these acts are reviewed by the judge who granted the original precautionary measure, as well as the limits on the imposition of subsequent dismissal; of course, under certain conditions of procedural consistency.

**Keywords:** Original dismissal, subsequent homologous dismissal, precautionary judge, effective procedural protection, precautionary measure, dismissal.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca desarrollar las principales razones jurídicas, durante la vigencia de una medida cautelar, que: i) limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo, y ii) posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Para realizar tal tarea, presentaremos el análisis de diferentes instituciones jurídicas, tales como el despido, desde su configuración legal y jurisprudencial, y por supuesto, desde sus fundamentos constitucionales; así mismo, estudiamos el proceso laboral: su naturaleza, principios y reglas en el ámbito procedimental de la pretensión de reposición; y, finalmente, estudiamos la medida cautelar en el proceso laboral, para lo cual realizamos una mirada desde su naturaleza, finalidad y procedimiento.

Así, evidenciaremos que actualmente no existe un procedimiento célere y realmente eficaz, que garantice una tutela adecuada al trabajador despedido durante la vigencia de la medida cautelar que le permita adentrarse en una relación laboral; por lo que, en la presente investigación sustentamos las razones por las que la vigencia del mandato cautelar, que garantiza la tutela procesal efectiva y refuerza la protección contra el despido arbitrario; el carácter vinculante de los principios del proceso laboral; así como, el deber de los estados a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo, a través de vías procedimentales celeres e idóneas; todas, son límites a la imposición del despido durante la vigencia de la medida cautelar y a su vez, son razones que posibilitan la revisión de su materialización por el juez cautelar

# **CAPÍTULO I**

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA**

El artículo 611 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en los procesos laborales, según la primera disposición complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N 29497 (en adelante NLPT), establece que el Juez se encuentra posibilitado a dictar medidas cautelares con la finalidad de asegurar el cumplimiento efectivo de su decisión final, ya sea en la forma en que se le ha solicitado o en la que él considere más adecuada; siempre que se evidencie, prima facie, verosimilitud en el derecho, la necesidad de una decisión preventiva, y la razonabilidad de la medida, siendo que esta decisión importa siempre un prejuzgamiento, es provisoria, instrumental y variable, conforme establece el artículo 612 del mismo cuerpo normativo.

En el proceso laboral, dicha posibilidad de petición cautelar por el trabajador, puede estar referida a cualquier medida que considere le beneficie, de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, lo que incluye peticiones que aseguren la continuación de la prestación de servicios variando la situación fáctica de despido a la de una prestación de servicios provisional; y por tanto, materializar la continuación de la relación laboral.

En dicho contexto, es pertinente recordar que el artículo 8 y 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728 señala los elementos de la

relación laboral, dentro de los cuales se encuentra la subordinación, estableciendo que por ésta, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente; es decir, que durante la existencia de una relación laboral, en el caso, por mandato cautelar, el empleador puede materializar actos disciplinarios que pueden llevar al despido del trabajador; puesto que, la facultad disciplinaria es consustancial a la existencia misma de la relación laboral.

Ahora bien, esta facultad tiene determinados límites y procedimientos mínimos que el empleador tiene que respetar, pues además de que ninguna facultad o poder es absoluto, al recaer la decisión del despido en una persona, que conforme al artículo 1 de la Constitución Política del Estado es el fin supremo de la sociedad y del Estado, tiene que proscribirse las acciones injustificadas y desproporcionales.

Así, la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728 ha regulado los tipos de despido proscritos; siendo estos, los que en general, se materializan bajo supuestos distintos a los establecidos en la Ley; es decir, cuando no se ha realizado a partir de la conducta, capacidad del trabajador o condiciones empresariales justificantes, tal como se regulan en los artículos 52 y 58 de la referida disposición. En este sentido, la Ley de Fomento del Empleo, así como su reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N 003-97-TR, diseñaron los tipos de despidos, los cuales en su origen, únicamente eran: despido arbitrario, frente al cual procedía la tutela indemnizatoria (segundo párrafo del artículo 34 del

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728); despido nulo, frente al cual, procedía únicamente la tutela restitutoria (tercer párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728); despido arbitrario indirecto, frente al cual también se tiene la posibilidad indemnizatoria (literal b del artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728).

Sin embargo, a propósito de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en los casos FETRATEL, Eusebio Llanos Huasco, y Baylón Flores, las tipicidades del despido antes descritas no solo se ampliaron, sino que tuvieron un reforzamiento en la protección contra el despido que no se basa en causa justa establecida por Ley.

Así, en el caso FRETATEL (Exp. N 1124-2001-AA/TC-Lima: Sindicato Unitario De Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, del año 2002), en cuanto al mecanismo de protección contra el despido arbitrario establecido en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, el máximo intérprete de la Constitución estableció en el literal a) fundamento 12, que:

El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

En tanto que, en el Exp. N 976-2001-AA/TC-Huánuco (en adelante, caso Eusebio Llanos Huasco), el Tribunal Constitucional estableció que la readmisión en el empleo, son consecuencias de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la

Constitución o los tratados relativos a los derechos humanos, diseñando, a partir de la legislación vigente en interpretación conforme a la Constitución y Convenios Internacionales, los tipos de despido nulo, incausado y fraudulento, frente a los que procede la reposición o la indemnización, a elección del trabajador.

Más adelante, luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional – Ley N 28237, el Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante recaído en el Exp. N 0206-2005-PAJTC-Huaura (en adelante, caso César Antonio Baylón Flores), donde se estableció en el fundamento 7, que de acuerdo al fundamento 33 de la sentencia citada constituye precedente vinculante, lo siguiente:

Esta nueva situación 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-ANTC, 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.

Así entonces, los mecanismos de protección frente al despido que no se sustenta debidamente en las causas establecidas por Ley, son en la actualidad, el indemnizatorio y readmisión en el empleo.

Dichas condiciones, sin embargo, no protegen a los trabajadores que sufren despidos incausados sucesivos, generados, el primero, antes de la medida cautelar, y el segundo, dentro de su imperatividad. Ahora mismo,

incluso, a nivel procesal, únicamente existe posibilidad de plantear una nueva acción judicial que materialice las protecciones contra el despido arbitrario, en sentido genérico, en tanto se asume como un hecho nuevo al despido surgido posteriormente al dictado de la medida cautelar; sin embargo, ello implica en principio, comenzar un nuevo proceso, mayor carga procesal, posible acumulación de procesos, y sobre todo, la posible búsqueda de generar un 'hecho nuevo' a fin de desconocer, realmente, el mandato judicial que permite que se continúe la relación laboral por mandato judicial provisional.

Así, se puede generar una serie de conflictos procesales que agoten en el tiempo, la posibilidad de acceder a una verdadera tutela procesal efectiva a la que se refiere el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con el deber de los Estados sujetos a diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos, que exigen que existan procedimientos céleres y sencillos para corregir la vulneración de derechos fundamentales, como el del trabajo.

En semejante sentido, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley"; en tanto que, el artículo 2, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a.- Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

En la misma dirección, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció en su artículo 25, que:

Artículo 25°.-

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En este contexto, se evidencia la necesidad de estudiar determinados fundamentos que resuelvan esta limitación procesal de revisión de validez del despido sucesivo homólogo, garantizando a su vez, la eficacia de la medida cautelar dictada a favor del trabajador.

En la casuística de nuestra Corte Superior de Justicia de Cajamarca, hemos podido evidenciar un caso, en el que los sucesos fácticos que motivaron la demanda son semejantes a los hechos que motivan esta investigación. Así, en el Expediente N 00026-2008-67-0601-JR-LA-01, en cuyo expediente principal se tramita la pretensión de inclusión a planillas del trabajador demandante (Carlos Cueva Villanueva y otros), se dictó medida cautelar de innovar, con la finalidad de que se incluya en planillas al demandante y en consecuencia, se otorgue funciones bajo apercibimiento de posesión de cargo, multas y remisión de actuados al Ministerio Público; siendo que, en plena vigencia de dicha medida cautelar, se le imputó faltas que serían causales de despido (pérdida de la buena fe, y apropiarse de bienes de la empresa para obtener un beneficio indebido), lo que finalmente, motivó su despido. Para materializar esta decisión, no se pidió previamente la cancelación de la

medida cautelar, debido a que las reglas procesales actualmente vigentes no lo exigen.

A partir de ello, dicho trabajador planteó – en la vía del procedimiento abreviado laboral – una demanda de reposición (Exp. N 0642-2016-0-0601-JR-LA-03), señalando que había sido víctima de un despido fraudulento, cuya principal intención era cuestionar la validez del despido materializado durante la vigencia de una medida cautelar, y en el que también solicitó medida cautelar con la finalidad de ser repuesto provisionalmente, como efectivamente lo logró (Auto de Vista N° 173–2017, cuaderno 3).

Es preciso hacer notar, en principio, que dicho trabajador tuvo que demandar en dos oportunidades la defensa de sus derechos laborales, en procesos estructuralmente vinculados, y además, tuvo que pedir dos medidas cautelares; donde, la segunda buscaba controlar la validez de las acciones que se habían tomado durante la vigencia de la primera; e incluso, como se evidencia del sistema de seguimiento de Expedientes del Poder Judicial, en este último despido – a la fecha – se tiene sentencia que declara fundada la demanda aun cuando el primer proceso no tiene sentencia firme; lo cual, conlleva a un desorden procesal y al sometimiento de procedimientos que contravienen los principios de celeridad, economía procesal y otros.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Como consecuencia del otorgamiento de la medida cautelar dentro de un proceso cuya petición es la de reposición al empleo, se reconoce provisional y judicialmente la existencia de una relación laboral plena. En

consecuencia, por uno de sus elementos: el poder de dirección, el empleador puede imponer sanciones como el despido, al favorecido con la medida cautelar, generando la necesidad de que el afectado con el despido sucesivo plantee un nuevo proceso judicial, así como que peticione nuevamente medidas cautelares a su favor, sobre la marcha del anterior proceso.

Esta situación, genera la necesidad de analizar, en procesos separados, con la posibilidad de ser tramitados en vías procedimentales distintas, y medidas cautelares variadas, si los motivos del despido – materializados durante la vigencia de la medida cautelar primigenia – son o no válidos, y si se reúnen o no los requisitos para el otorgamiento de las nuevas medidas cautelares; frente a lo cual, debe analizarse si existen razones jurídicas limitativas, durante la vigencia de una medida cautelar, para la imposición de un despido sucesivo homólogo al materializado anteriormente, que posibilitan la revisión judicial por el juez que otorgó la tutela cautelar; ello, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo ( NLPT).

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son las principales razones jurídicas que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo, durante la vigencia de una medida cautelar, y que posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo?

### **1.4. JUSTIFICACIÓN**

Si bien, están regulados los supuestos de otorgamiento de medida cautelar, así como la protección a la que se puede acceder frente a un

despido arbitrario, no encontramos regulación legal o jurisprudencial, ni propuesta argumentativa, sobre la posibilidad que en determinados supuestos fácticos y jurídicos homólogos entre el primer y segundo despido ocurrido durante la vigencia de aquél, el Juez que emitió la medida cautelar primigenia a favor del trabajador, imponiendo judicialmente una relación laboral, pueda realizar un análisis prima facie del despido sucesivo homólogo, a fin de garantizar la vigencia efectiva de la tutela procesal efectiva, la finalidad de la medida cautelar y los principios del proceso laboral; así como, el deber de los estados de dotar a los ciudadanos de un proceso célere y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales; y en consecuencia, pueda autorizar la cancelación de la medida u ordenar la continuación de la vigencia de esta.

#### **1.5. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN**

El ámbito de la investigación abarca dos contenidos. Uno espacial, relacionado al espacio territorial en donde se realiza y tendrá sus efectos la investigación; y el otro, temporal, referido al tiempo/momento en que se realiza la investigación en relación al objeto de la investigación.

A partir de ello, la presente investigación, al realizarse a partir del estudio del contexto legal y jurisprudencial peruano, el ámbito espacial es el nacional. Ahora, si bien en el desarrollo de la investigación se citan autores internacionales, ello es sobre aspectos dogmáticos y con efectos ilustrativos.

En cuanto al ámbito temporal, es el actual; pues, el objeto de investigación es plenamente vigente.

## **1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE**

#### **a. Básica**

La investigación realizada es básica; pues, busca incrementar el conocimiento doctrinario y jurídico respecto del objeto de la investigación; y, si bien se contrastan los fundamentos hipotéticos y se propone un marco legislativo, no se busca aplicar fácticamente, medir o comprobar su resultado, ya que ello dependería de factores externos no controlados por el investigador.

### **1.6.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

#### **a. Explicativa correlacional**

Ya que, identificando el problema de investigación, revisamos y analizamos sus elementos constitutivos, atribuyéndoles ciertas características; además, explicamos mediante la contrastación de los fundamentos hipotéticos, la correlación existente entre estos y las consecuencias fácticas que generan.

#### **b. Propositiva**

Pues, elaboramos una propuesta doctrinal argumentativa, así como un modelo de disposición normativa de rango legal, que deviene del resultado de la contrastación de la hipótesis, partiendo de que en la actualidad no existe investigación semejante conocida por el tesista, ni disposición normativa que regule los supuestos bajo los que el Juez que emitió la medida cautelar a favor del trabajador manteniendo la relación laboral, pueda revisar prima facie, el despido materializado dentro de este.

### **1.6.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN**

#### **a. Cualitativa**

Pues, el problema de investigación se desarrolla en función a discutir argumentos, categorías, principios y dogmas jurídicos, así como jurisprudencia, más no en datos estadísticos a partir de la sociología jurídica.

### **1.7. HIPÓTESIS**

Las principales razones jurídicas que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo, durante la vigencia de una medida cautelar, y que posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; son:

- a. La vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, reforzando la protección del derecho al trabajo, en su dimensión de salida.
- b. El carácter vinculante de los principios del proceso laboral.
- c. El deber de los estados, a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo; a través de vías procedimentales céleres e idóneas.

### **1.8. OBJETIVOS**

#### **1.8.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar cuáles son las principales razones jurídicas que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo, durante la vigencia de una medida cautelar y que posibilitan la revisión judicial por el juez

cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

### **1.8.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Analizar la posibilidad del despido durante la vigencia del mandato cautelar.
- b. Analizar los límites procesales de la estructura del proceso laboral: abreviado, ordinario y medida cautelar, a efectos de revisar la validez del despido sucesivo homólogo.
- c. Estudiar la incidencia normativa de los principios del proceso laboral, en la medida cautelar.
- d. Determinar la efectividad de un mandato cautelar, como garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y la protección contra el despido arbitrario.
- e. Proponer un proyecto de ley que establezca límites a la imposición del despido sucesivo homólogo al materializado anteriormente, y que posibilite la revisión judicial por el juez cautelar.

### **1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Si bien, existen estudios dedicados al análisis de las medidas cautelares del proceso laboral, así como de la viabilidad del despido durante la relación laboral, mismos que han sido reiteradamente citados en la presente tesis, no tenemos conocimiento de investigaciones jurídicas que busquen determinar cuáles son las principales razones jurídicas, durante la vigencia de una medida cautelar, que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo al materializado anteriormente, y que posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la NLPT.

Ahora bien, en el ámbito del proceso constitucional, existen diversos estudios sobre la “represión de actos homogéneos”, a partir de que el propio Código Procesal Constitucional (CPConst.), en su artículo 60, establece que:

**Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos**

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

Antecedente, que es de gran importancia para nuestra investigación, en tanto permite procesalmente la protección de actos lesivos homogéneos a los discutidos y resueltos previamente en el proceso.

## **1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.10.1. GENÉRICOS**

#### **a. Analítico**

Considerando, que a través de este método de investigación se puede analizar de modo independiente los componentes y/o elementos de un determinado objeto, como la “relación laboral”, “protección contra el despido arbitrario”, “medida cautelar” y otros; siendo necesaria su aplicación a efectos de entender de modo preciso y detallado sus características.

#### **b. Sintético**

Teniendo en cuenta que este método de investigación nos ayudó a entender cómo es que, elementos aparentemente aislados, a partir

de nuestra formulación de la pregunta, hipótesis y objetivos, se relacionan entre sí. Así, los conceptos de tutela jurisdiccional efectiva, libertad de empresa, principios del proceso laboral, y otros, formarán parte del concepto al que arribaremos al contestarnos la pregunta formulada y contrastar la misma.

**c. Dialéctico**

Este método de investigación es de vital importancia, ya que además de que se observa la realidad respecto de las reglas que permiten ser beneficiado con una medida cautelar, despido y revisión del mismo, nos adentramos en el desarrollo de nuestra investigación, a crearnos una tesis y antítesis, a fin de llegar a contrastar válidamente nuestra hipótesis.

**1.10.2. JURÍDICOS**

**a. Hermenéutico**

Ya que, la presente investigación señala los criterios interpretativos de las normas referidas, principalmente, a la medida cautelar y debida protección contra el despido arbitrario; así como, realiza un análisis respecto de dichas figuras jurídicas, con la finalidad de contrastar nuestra hipótesis y cumplir con nuestros objetivos.

**b. Dogmático jurídico**

Pues, el problema de investigación es desarrollado en base a la interpretación sistemática de las normas y proposición de estas, partiendo del análisis interpretativo de los principios y demás fuentes del derecho, en relación al trabajo, referidas a la debida protección contra el despido arbitrario, medida cautelar y otros.

### **c. Argumentativo**

Teniendo en cuenta el estado de la cuestión del problema de investigación, y otros factores, como el hecho de que no existe regulación directa que nos proyecte una posible salida al desarrollo de la investigación, construimos argumentos suficientes con el objetivo de contrastar nuestra hipótesis; y por tanto, el resultado novedoso sea válido. Argumentos que se basan en disposiciones normativas: reglas y principios, y sus consecuencias interpretativas.

### **1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

En el presente problema de investigación se utilizarán, debido a su idoneidad con los métodos y tipo de investigación, instrumentos de fichas bibliográficas y hemerográficas.

Ello, con la finalidad de que se tenga un contenido informativo de respaldo debidamente sistematizado, y debido a que la presente investigación se desarrolla a partir de la discusión doctrinaria existente, siendo necesario la identificación plena de los autores, ya sea de publicaciones en libros o revistas jurídicas, así como su ubicación rápida; por lo que, resulta de aplicación los instrumentos de fichaje en estas dos modalidades.

### **1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS**

La unidad de análisis lo constituye:

- La Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley N 29497, donde se estudió sus principios (establecidos en su Título Preliminar), así como las reglas que permiten el trámite de la pretensión de reposición, sea en

el proceso ordinario laboral (Capítulo I del Título II), o en el proceso abreviado laboral (Capítulo II del Título II). Así mismo, se estudió las reglas correspondientes a las medidas cautelares, establecidas en el Capítulo IV de su Título II.

- El Código Procesal Civil, principalmente, las reglas bajo las que se tramita la petición, otorgamiento, efectos y límites de las medidas cautelares (Título IV de la Sección Quinta del CPC). Así mismo, también se estudian las reglas establecidas en cuanto a la acumulación de pretensiones (Capítulo V de la Sección Segunda del CPC).

### **1.13. UNIVERSO Y MUESTRA**

No resulta aplicable, dado el tipo de problema de investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **1. PODER DE DIRECCIÓN Y DESPIDO EN LA RELACIÓN LABORAL**

##### **1.1. Fundamentos del poder de dirección**

A través del contrato de trabajo, una persona llamada trabajador se obliga a poner a disposición de otra persona, llamada empleador, su fuerza de trabajo, a cambio del pago de una remuneración equitativa y suficiente (Zegarra, 2015, p. 474). Dicha disposición a favor de otro, ha sido definida por la legislación nacional como subordinación. Así, el artículo 9 del Texto Único del Decreto Legislativo N 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), establece que:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Como se aprecia, el poder de dirección forma parte esencial de la relación laboral, pues a través de esta, se materializa el control de los quehaceres que desarrollará el trabajador a favor del empleador, pudiendo este último, reglamentar los procedimientos a seguir, fiscalizar su cumplimiento, sancionar razonablemente la desobediencia de estos y modificar las condiciones de trabajo.

Así, es la facultad de poder dirigir el desarrollo pleno de la actividad la que otorga de caracterización laboral a esta relación jurídica; pues, a diferencia de los contratos de naturaleza civil, regulados en el Título IX del Código Civil como prestación de servicios, existen prestaciones recíprocas donde uno está subordinado a favor del otro.

Ahora bien, el poder de dirección no solo tiene sustento legal o se basa en la mera relación jurídica laboral; sino que se sustenta, sobre todo, en el derecho constitucional de libertad de empresa. Así, el artículo 59 de la Constitución Política del Estado (en adelante CPE), establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria; siendo que, dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa, no solo está la facultad de constituirse como tal según la iniciativa individual o colectiva, sino también, la de definir y materializar sus objetivos, los cuales realizará con la acción concreta de los trabajadores dirigidos por aquella.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 9. de la Sentencia emitida en el Expediente N 03116-2009-PA/TC, que:

cuando el artículo 59. de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

De ahí que, a partir del derecho fundamental a la libertad de empresa, el empleador se encuentra facultado a materializar acciones de dirección o

reglamentación de la actividad que su empresa realizará, y en consecuencia, de las acciones que el trabajador debe realizar; pues, es aquél quien diseña los objetivos empresariales y es responsable de dirigir la materialización de estos.

En este sentido, Hernández Rueda (1997) señala que el poder de dirección se concreta en la facultad de impartir órdenes e instrucciones, de acuerdo con las necesidades de la empresa, para que esta pueda cumplir con sus fines (p. 406). Así, continúa sosteniendo que el poder de dirección:

Se trata no sólo de un poder sobre las cosas, sino también sobre el servicio prestado por el trabajador en la empresa, necesario para que esta pueda alcanzar sus fines. El interés público en la empresa y en la buena marcha de la empresa, se evidencian también en la circunstancia de que en el ordenamiento jurídico, la libertad de empresa es una garantía constitucional, universalmente reconocida, con los alcances y limitaciones previstas en la Ley. De modo que queda garantizada la unidad, que es la empresa, dentro de una pirámide funcional de poder de dirección o autoridad del empleador y subordinación del trabajador, productora de dichos bienes y servicios, en interés de la sociedad y no únicamente de los integrantes de la empresa. (p. 409)

De otro lado, Barría Mansilla (2009) señala que:

El poder de dirección se fundamenta en el derecho constitucional de propiedad, al ser el empresario el dueño de los recursos productivos y de las herramientas que pone al servicio de la consecución de sus fines empresariales. Como propietario de los medios de producción en su empresa, el empleador debe tener control sobre el uso que se hace de ellos, razón por la cual el legislador le concede tal facultad, e incluso consagra ciertos medios para llevar a cabo el control referido. (p. 16)

Marx (1890), a su vez, señala que:

El obrero trabaja bajo el control del capitalista, a quien su trabajo pertenece. El capitalista se cuida de vigilar que este trabajo se ejecute como es debido y que los medios de producción se empleen convenientemente, es decir, sin desperdicio de materias primas y cuidando de que los instrumentos de trabajo se traten

bien, sin desgastarse más que en aquella parte en que lo exija su empleo racional. (p. 533)

Siendo así, el poder de dirección no sólo se funda en el derecho a la libertad de empresa, sino también en el derecho a la propiedad; siendo el empresario – empleador (lo que es lo mismo), dueño de los medios de producción, quien, por su calidad de propietario, es responsable por lo que hace con estos, y por tanto, responsable de guiar su uso en el decurso de materialización de sus fines.

En cuanto al derecho de propiedad, nuestra CPE lo ha reconocido como un derecho fundamental, al establecer en el inciso 16 del artículo 2, que toda persona tiene derecho a la propiedad, siendo que, sobre ello, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha establecido en el fundamento 9 de la sentencia emitida en el expediente N 03881 2012-PA/TC-Lima, 2016, que:

El derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que el artículo 70 de la CPE establece que el derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley; de lo cual, se puede apreciar que el Constituyente resaltó la importancia de su protección, más allá del solo reconocimiento, expresando implícitamente que ningún agente exterior al propietario puede decidir el destino o uso de su propiedad, en tanto esta es inviolable.

Sin embargo, el Constituyente también señaló que este derecho se ejercerá en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la Ley; los cuales consistirían en tanto propietario empleador, en ejercer su derecho de acuerdo a los fines empresariales, el bien común (lo que incluye a sus trabajadores) y dentro de los límites que las leyes establezcan, ya sean de carácter laboral o no.

Sobre los fundamentos del poder de dirección que ostenta el empleador durante la relación laboral, y aun cuando hemos abordado, en tanto derechos fundamentales, su fundamento en la libertad de empresa y en el derecho a la propiedad, no podemos dejar de señalar los fundamentos institucionalistas y contractualistas que, de acuerdo a parte de la doctrina, la sustentan.

Respecto a la teoría contractualista, señala que las facultades del empleador surgen del contrato. Además, tales facultades están reconocidas por la ley, los convenios colectivos o el contrato individual. En tal virtud, el trabajador acepta y está obligado a aceptar el poder jerárquico del empleador; mientras que, sobre la teoría institucionalista, el mismo doctrinario señala que esta considera a la empresa como una agrupación de personas reunidas y organizadas permanentemente, conforme los estatutos que confieren determinados poderes a los órganos de dicha asociación, semejantes – guardando las distancias – a los poderes del Estado. (Hernández Rueda, 1997, p. 408)

Así también, desde la teoría contractualista se ha intentado explicar múltiples supuestos que evidencian más que el inicio, el reconocimiento

de la relación laboral; ello, más en consecuencia que en causa. Así, Marquet Guerrero (1997), ha señalado:

El factor constante que aparece en los diversos conceptos de contrato y de contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades, en el último caso del trabajador y del patrón, pudiendo este acuerdo manifestarse de manera expresa o tácita. Es en este último argumento en el que descansa la defensa del contractualismo, ya que ante los múltiples argumentos que desvirtúan la manifestación de voluntad específicamente del patrón, se sostiene que ciertamente dicha voluntad puede no ser expresa pero sí tácita. Igualmente se expresa que aunque esa voluntad patronal no esté plasmada por escrito, puede haberse manifestado de manera verbal. Aun en los casos en que la incorporación de trabajadores de una empresa es el resultado de la aplicación de la cláusula de admisión, pactada en un contrato colectivo de trabajo, se argumenta que la voluntad patronal se manifestó al haber convenido la incorporación de la cláusula en el pacto colectivo y que cuando dicha inclusión pudiera ser el resultado de una voluntad forzada por la presión de la huelga o por una orden jurisdiccional, expresa en una sentencia o laudo de un tribunal laboral, la voluntad patronal existió en el primer caso, aunque no plenamente libre, en tanto que en el segundo, la voluntad patronal se manifestó tácitamente al haberse sometido a la jurisdiccional del tribunal laboral. (p. 521)

No obstante, que la teoría contractualista podría fundarse en la libertad de contratar con fines lícitos, y que se sustentaría en el inciso 14 del artículo 2 de la CPE, consideramos que ésta, en estricto, no constituye un fundamento esencial de la subordinación o poder de dirección que el empleador tiene como atributo; puesto que, el contrato de trabajo es un contrato normado, donde más allá de la voluntad de las partes, la propia ley y la Constitución han fijado condiciones mínimas sobre las cuales se configura – o no – una relación laboral.

Al respecto, Xavier O'Callaghan (1994), como se citó en Benitez Caorsi (2000), afirma que:

Los límites a la autonomía privada, pueden ser de tres tipos, el primero, el cual ha sido llamado intrínseco, surge del interior, tanto de la propia naturaleza de la autonomía privada, como de la

relación entablada, el ejemplo clásico es el abuso del derecho; el segundo límite es el conceptual, siendo aquél que nace de la propia relación jurídica incoada, tal sería el caso de la relación negocial que realicen las partes del acto que llevarán a cabo, no importando el nomen iuris que éstas le hayan designado, sino se condice con la realidad obligacional que del mismo surja a través del objeto explicitado en la instancia de su celebración, por último, la tercera frontera a la autonomía privada está dada por sus límites extrínsecos, siendo estos los que proceden fuera de la esfera interna de la misma, (...) en el que cual se sitúa la reglamentación imperativa, la moral y las buenas costumbres. (p. 218)

De lo cual, se puede evidenciar que en el campo del derecho del trabajo, la autonomía de la voluntad se sitúa en los límites conceptual y extrínseco; pues, está predefinida por imperativos normativos (legales y constitucionales), así como por la propia definición fáctica que el trabajo contiene; sobre el cual, incluso se operativiza el principio de primacía de la realidad. Estos límites, justifica el referido autor, se sostienen en que en ocasiones dejar librado a la entera voluntad de las partes (el contenido del contrato) puede fácilmente traducirse en un privilegio para el contratante fuerte y en un daño para el débil.

En ese sentido, no cabe duda, que el contrato de trabajo es uno normado, tal como afirma Marquet Guerrero (1997), debido a que:

En la teoría de la relación de trabajo, su contenido fundamental y primario está determinado por los ordenamientos normativos aplicables, los cuales son: la propia Constitución, y la convención colectiva del trabajo aplicable. Puede especularse que en aquellos casos en que no exista una convención colectiva, el contenido de la relación laboral puede ser convenido por los sujetos individuales. Aun en este supuesto, el ámbito de la libertad contractual sería limitado, toda vez que no podrían convenirse condiciones menos favorables para los trabajadores que las que se establecen en las disposiciones constitucionales, legales y aun reglamentarias. Esta limitante está consagrada no sólo en las normas nacionales, sino en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 19, párrafo 8, que data de 1919. (p. 527)

Mucho más, cuando la posición contractual de las partes: empleador o trabajador, viene definido realmente, por las cualidades de éstos, siendo que el acuerdo al que arriban no es más que consecuencia de la naturaleza de la relación jurídica. Así, el empleador y el trabajador no son catalogados como tal por un acuerdo de voluntades, sino por situaciones externas y anteriores al acuerdo de prestación de servicios, bajo subordinación y con la correspondiente remuneración. Por ello, consideramos que la categorización de empleador y trabajador, está definida por quién tiene la propiedad de los medios de producción que se utilizarán en la actuación empresarial, y por quién define los objetivos y planes empresariales; mientras que, desde el otro lado, la categorización de trabajador está definida por quien tiene, o la fuerza de su trabajo o su capacidad intelectual, que pueda prestar a aquella; y a su vez, tiene la necesidad de hacerse de recursos a cambio de sus capacidades. En tal sentido, si bien existe un acuerdo de prestación de servicios, no implica que sea el fundamento esencial del poder de dirección, sino que, es consecuencia natural de condiciones predefinidas. En todo caso, podríamos decir que la obligación contractual es un fundamento secundario del poder de dirección.

En este sentido, De Buen Lozano (1997), señala que la teoría contractualista no es satisfactoria, puesto que, con muy escasas excepciones, el trabajador acude a la formación de la relación de trabajo en estado de necesidad y esa es condición que suele invalidar la voluntad contractual de acuerdo al viejo concepto de la lesión. (p. 316)

Ahora bien, respecto a la teoría institucionalista, debemos precisar que esta no puede sustentarse en sí misma, sino en la condición de que un agente de la relación jurídica, puede imponer al otro un mando normativo; lo cual, se sustenta de mejor manera en la libertad de empresa, a partir del cual, el empleador, puede normar sus objetivos y procedimientos para materializarlos, e incluso guiar las actividades de quienes contribuyen con él.

Así, dentro del marco del presente estudio, los fundamentos del poder de dirección son la libertad de empresa y el derecho a la propiedad; siendo que si bien, desde las teorías contractualistas e institucionalista se podría sustentar el poder de dirección, lo haría en consecuencia y no como fundamento esencial.

En consecuencia, se explica lo señalado por Marquet Guerrero (1997), cuando sostiene que:

El acto o la causa que le da origen resulta intrascendente, por lo que puede o no tratarse de un acto contractual, o incluso en el contrato las partes pudieran haber convenido, en apariencia, algún otro acto jurídico distinto a un contrato de trabajo, por ejemplo un arrendamiento, una compra – venta o una comisión mercantil, pero si el efecto del acto resulta ser un servicio subordinado, la relación de trabajo se configura. (p. 526)

Y ello es precisamente, debido a las posibilidades de quien puede dirigir la actividad laboral y quien debe seguir dicha dirección, más allá de los que las partes pudiesen pactar, lo cual, como hemos visto, se diferencia por quien tiene bajo su control los medios de producción y la decisión de los objetivos empresariales: el propietario empresario.

En semejante sentido, Barassi (1901), como se citó en Ermida Uriarte (2002), afirma que:

Como es lógico, los distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación, pero que en esencia, no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, al menos, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurre en faltas. (...). Es en efecto cierto que de todos los contratos civiles o mercantiles nacen obligaciones, al menos para una de las partes contratantes y que la parte que se obliga subordina su conducta al contrato, en el sentido de que debe dar cumplimiento a la obligación asumida mediante el mismo. Pero en el contrato de trabajo, la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Justamente, son ese sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquél pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa. (p. 284)

## **1.2. Contenido del poder de dirección en el derecho laboral peruano**

Como se ha visto anteriormente, el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, establece que:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Dicha disposición normativa, es exactamente concordante con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728. Como se observa entonces, el legislador ha concordado en que, por el poder de dirección, el empleador puede: 1. Reglamentar las

labores; 2. Dictar órdenes para la ejecución de las responsabilidades laborales; 3. Sancionar disciplinariamente; 4. Introducir modificaciones en los turnos y jornada laboral; y 5. Determinar la forma de prestación de servicios.

De lo cual, queda claro que en la normatividad que regula el régimen laboral privado, cuando menos, se evidencian tres poderes que el empleador tiene a partir del poder de dirección que ostenta: poder reglamentario, poder disciplinario, y poder de dirigir la realización de la actividad encomendada; los cuales, se encuentran condicionados uno con otro, de tal manera que conllevan a que el poder de dirección no sea una mera declaración sin poder de hacerse cumplir, y que en su cumplimiento, existan justificaciones previas plenamente conocidas.

Ahora bien, para doctrinarios como Blancas Bustamante (2010), el poder de dirección comprende la facultad de fiscalizar y controlar la actividad del trabajo (p. 157); mientras que, para Toyama Miyagusuku (2015), el poder de dirección contiene cuatro principales manifestaciones: el de contratación, de organización, de modificar la prestación, y de apreciar conductas privadas. Respecto de la manifestación de contratación, señala que ésta consiste en que “El empleador puede contratar a los trabajadores que estime conveniente, elegir al adecuado para la labor indicada: puede clasificar a los trabajadores de confianza, trabajadores de dirección, empleados u obreros, etc.; puede también determinar el puesto de trabajo. (p. 241)

Sin embargo, no consideramos que la contratación sea una manifestación del poder de dirección, sino precisamente lo contrario: es el poder de

dirección una manifestación del contrato, como lo hemos dicho antes, en su fundamento secundario. No obstante, el poder de dirección sí resulta ser el fundamento para determinar quién desempeña o realiza determinados cargos o funciones (trabajadores de dirección, de confianza, empleados u obreros), lo cual, bien puede entenderse dentro de las manifestaciones consistentes en organización y de modificaciones de la prestación de servicios.

Ahora bien, según el mismo autor, por el poder de dirección, en su manifestación de reglamentación, el empleador puede organizar la prestación de servicios del trabajador y regularla, lo cual, no solo implicaría el establecimiento de un reglamento interno de trabajo, sino también los reglamentos de ética, seguridad y salud en el trabajo, y cualquier otra manifestación de describir la estructura de puestos, actividades o funciones, límites y derechos que cada uno tiene respecto del otro, dentro de la relación laboral. En esta línea argumentativa, se señala que la facultad reglamentaria, no se restringe únicamente a la expedición del Reglamento Interno de Trabajo, ni de los demás reglamentos que señalan las normas estatales, sino que se extiende a cualquier norma de tipo general y abstracta que considere necesario implementar el empleador en el ejercicio regular de su poder de dirección. (Cortés Carcelén y Pizarro Díaz, 2009, p. 147)

En cuanto a la manifestación de poder modificar la prestación (del servicio), el profesor Toyama señala que esta implica la adaptación o la adecuación en el tiempo de las condiciones de trabajo. Como el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, el empleador puede ir

adaptando la prestación y, respecto de la manifestación de apreciar conductas privadas, precisa que en estas se encuentran los casos típicos de los registros al trabajador al término de su labor y la facultad del empleador para fiscalizar la prestación de servicios. (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 243)

Ahora bien, Alarcón Salas (2016), sobre el poder de dirección, establece que faculta al empleador a dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores. Sin embargo, ello no implica que el empleador ejerza dichas facultades siempre, basta con que el empleador tenga la potestad de dirigir al trabajador y que este tenga la obligación de sujetarse a dicha dirección. (p. 37)

Agrega el mismo autor, que estos tres contenidos del poder de dirección: dirección, fiscalización, sancionador, consisten en:

Dirección: El empleador dirige el trabajo del trabajador. Asigna funciones y responsabilidades a este a través de órdenes verbales o escritas.

Fiscalización: El empleador supervisa y controla el trabajo del trabajador, verificando si cumple con las órdenes impartidas.

Sanción: El empleador puede sancionar al trabajador si verifica el incumplimiento de una orden o de las funciones y responsabilidades propias de su puesto (Alarcón Salas, 2016, p. 37).

En semejante sentido, Neves Mujica (2004), señala respecto del poder de dirección, que:

Según la doctrina, esto le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda la empresa, como en forma específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello. (p. 32)

Por tanto, si bien existen autores para los cuales las manifestaciones del poder de dirección van más allá del solo poder de dirección propiamente dicho, reglamentario, fiscalizador y sancionador, la mayor parte de la doctrina, así como del propio texto del artículo 9 de la LPCL, coincide en que estos son las principales manifestaciones o contenido del poder de dirección; a partir de los cuales, el empleador puede, de manera efectiva, materializar los fines empresariales.

### **1.3. Límites al poder de dirección**

Como se ha sostenido, el poder de dirección se fundamenta en dos niveles: primarios y secundarios. Mientras en los primeros se ubican la libertad de empresa y la propiedad, en los segundos se ubican el contrato y la institución empresarial. Así, por este poder, el empleador tiene la posibilidad de dirigir al trabajador en sus actividades, imponiéndole condiciones y situaciones de trabajo, bajo las que deberá materializarse la actuación de este, bajo la posibilidad latente de ser sancionado.

Sin embargo, debemos advertir que dicho poder, aun cuando tenga fundamento constitucional, no es absoluto; sino que, tiene límites, ya sea por su propia naturaleza, o porque dicho poder recae en una persona humana que sostiene su existencia en una gama de derecho de distinta naturaleza, entre ellos, los denominados derechos fundamentales.

Así, Martínez Fons (2002), como se citó en Blancas Bustamante (2010), señala que:

El poder de control y vigilancia, en tanto emanación o prolongación del poder de dirección, está sometido a límites internos y externos. Los 'internos' se basan en los criterios de 'funcionalidad' y de 'razonabilidad'. En el primer caso, el control tiene como ámbito y límite insuperable el contenido de la prestación comprometida por el trabajador. En tal sentido, cualquier forma de control que vaya

más allá de la estricta obligación del cumplimiento de la obligación laboral, y de forma especial, aquellas que pudieran constituir 'controles de actividad', esto es, los que se ejercen sobre el comportamiento de la persona del trabajador. La importancia de este criterio es innegable, porque justifica descartar la legitimidad del control que se ejerce sobre las actividades extra-laborales del trabajador o para indagar sus convicciones políticas, religiosas o cualquier otra. Impide, igualmente, controlar las actividades del trabajador en el centro del trabajo y durante la jornada laboral, pero durante las pausas de esta como el refrigerio, cambiarse de ropa o asistir a los servicios higiénicos. (p. 158)

Agrega Goñi Sein (1988), como se citó en Blancas Bustamante (2010), sobre el criterio de razonabilidad:

Que este exige que el poder de control sea ejercido de forma tal que excluya la arbitrariedad y el abuso. La intensidad del control y los medios que se adopten para la función de control deben ser, por esta razón, únicamente, los indispensables para vigilar la labor del trabajador, siendo vedado recurrir a procedimientos que excedan de dicha finalidad. Por tal motivo, el ejercicio regular de la facultad de control, cuando esta excede la prestación laboral o cuando se ejerce abusivamente legitima al trabajador para resistirse a la medida en que aquella consista. Al respecto, dice Goñi, que 'el trabajador queda escusado de cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión. (p. 159)

Respecto de los límites externos, el profesor Blancas Bustamante (2010), señala que:

tienen su origen en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el enunciado de derechos fundamentales que este contiene. Desde esta perspectiva, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador representan un límite infranqueable para la facultad de control y vigilancia del empleador. Ya que la proyección de aquellos valores y derechos sobre esta, 'permiten superar una visión patrimonialista de la relación, puesto que en el control la implicación de la persona no es grado primario o esencial casi inescindible de la propia actividad de control, sino que sitúa la actividad de control en sus justos términos. (p. 159)

Al respecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la CPE, establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; textos

sobre el cual, Alonso Olea y Casas Bahamonde (1991), como se citó en Marcenaro Frers (1995), han señalado que “El trabajador, no obstante estar dentro del ámbito de organización y en una relación de subordinación del empleador debe preservar sus derechos constitucionales y su dignidad.” (p. 76)

Ahora bien, debemos recordar que el poder de dirección se fundamenta, también, en derechos fundamentales, como el de libertad de empresa, derecho a la propiedad y libertad contractual; a partir de lo cual es razonable, en principio, tener en cuenta que cuando se pretenda por necesidad fijar limitaciones al poder de dirección, nos encontremos con un conflicto que “debe ser resuelto en mérito al equilibrio que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro sino que busque, en la medida de lo posible, la ‘ concordancia práctica’ de ambos derechos fundamentales”. (Marcenaro Frers, 1995; p. 79)

En consecuencia, podemos afirmar que los límites al poder de dirección son: la funcionalidad, razonabilidad, los derechos de configuración legal y constitucional. Los dos primeros se reconocen por una auto limitación al poder de dirección, que dirige el seguimiento a un nivel de estricta relación a la prestación del servicio, y a la necesidad de las decisiones empresariales. Dicha funcionalidad y razonabilidad, como no podría ser de otra manera, a partir de los fundamentos del poder de dirección.

En cuanto a los denominados límites externos, donde se encuentran las obligaciones de carácter legal y constitucional, se observan no solo en su nivel de aplicación inmediata, sino también, en su nivel principista, y en determinados casos, bajo los criterios de ponderación.

#### **1.4. El despido laboral como posibilidad jurídica a partir del poder sancionador del empleador**

Como hemos visto, una de las manifestaciones o contenidos del poder de dirección, es la facultad que el empleador tiene para sancionar al trabajador cuando este, desconoce por su propia voluntad, los reglamentos y directrices que el empleador materializa, en relación a la actividad empresarial; en ambos supuestos, generales o específicos.

En este sentido, queda claro que el empleador puede imponer sanciones que pueden llevar hasta el despido del trabajador. Sin embargo, debemos tener presente que no toda sanción tendría que recaer en el despido del trabajador; pues, si bien la posibilidad de imponer sanciones menos gravosas al despido, como la amonestación verbal, escrita o suspensión, no devienen de la literalidad de las disposiciones normativas, si lo hacen de su interpretación conjunta (literal h. del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728), así como de los contenidos analógicos en los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico, como el de ad maioris ad minus (quien puede lo más, puede los menos), y por supuesto, de la razonabilidad de la sanción a imponerse, que como hemos visto, constituye un límite al poder directriz, y por tanto sancionador, del empleador.

En este sentido, el despido es aquel acto jurídico que nace de la voluntad exclusiva del empleador, con el objeto de resolver el contrato de trabajo, por lo que ha sido caracterizado por la doctrina como un acto unilateral, constitutivo y recepticio. (Montoya Melgar, 2002, p. 465)

Así entendido, para la doctrina citada, no cabe duda que el despido es un acto jurídico cuya materialización no depende más que de la sola voluntad del empleador, que constituye una nueva situación jurídica, extinguiendo por tanto y de manera definitiva, la anterior; y además, que dicho acto tiene efecto en una persona ajena a quien toma la decisión: el trabajador. Es importante anotar también, que se otorga al despido, una manera de resolver el contrato del trabajo; es decir, que únicamente sería viable, de acuerdo a los citados autores, cuando exista una causa sobreviniente que no permita la continuación de la relación jurídica (laboral) existente.

Ahora bien, dentro de las sanciones posibles a imponer, el Capítulo IV del Título I del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, permite la materialización del despido, para lo cual, ha establecido un conjunto de procedimientos a seguir, así como las causas válidas del despido; es decir, no cabe duda que el despido es una posibilidad perfectamente lícita. Así, el artículo 22 de la referida disposición reglamentaria ha establecido 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”; y, en los artículos 23 y 24 establece, cuáles son las causales justas, referidas a la capacidad y conducta del trabajador. Las primeras, referidas al desempeño de la labor o productividad, mientras que las segundas, referidas al comportamiento del trabajador respecto del empleador, sus compañeros de trabajo, los bienes empresariales, así como, en supuestos específicos, como consecuencias de comportamientos externos a la actividad laboral, pero que inciden

directamente en él o en la confianza que naturalmente debe tener el empleador en el trabajador (supuesto de condena por delito doloso).

Dentro de este marco, es necesario tener en cuenta que al ser el despido una facultad natural al empleador, sustentado en su poder sancionador, proveniente del poder de dirección, se materializa con la sola decisión del empleador, lo que no implica, por cierto, que no existan controles previos y posteriores. Sin embargo, la única forma de verificar la validez del despido, es en un momento posterior a su materialización. Así, Toyama Miyagusuku (2009), señala:

Las sanciones disciplinarias que pueda aplicar el empleador tendrán un efecto inmediato y producirán, en cada caso, las consecuencias correspondientes a una simple llamada de atención, a la suspensión por un determinado tiempo de las labores y de la omisión de la obligación remunerativa por los días que dure tal medida, o la extinción del vínculo laboral.

No obstante, las sanciones disciplinarias practicadas no siempre implican un ejercicio legítimo de la facultad sancionatoria del empleador, razón por la cual el trabajador castigado tendrá expedito su derecho de acción orientado a impugnar la sanción a la que se encuentra sujeto. No puede resistirse a la aplicación de la sanción en tanto que rige el principio solve et repete derivado de la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador en tanto estamos ante prestaciones subordinadas de servicios. De este modo se verificaría en el fuero judicial si, en efecto, la medida correctiva del empleador supone un ejercicio irregular o no de su atribución disciplinaria. (p. 126)

Dicha afirmación, no sólo tiene carácter doctrinario, sino que precisamente, se basa en lo establecido en los artículos 22 y 37 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728. Mientras el primero establece en su tercer párrafo que la demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido; el segundo, establece que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa

debe probarlos. Como se observa, el empleador no solo está dotado de la facultad para despedir, sino también, para hacerlo sin ningún tipo de fiscalización previa o durante al trámite del despido; siendo, únicamente, cuando el trabajador plantee (si es que lo hace) alguna acción judicial para cuestionar la validez del despido, cuando está obligado a demostrar que existe una causa justa; es decir, que la facultad actual del despido únicamente tiene un control posterior externo cuando el despido ya se ha materializado. Sin embargo, lo anterior no nos puede llevar a concluir que el empleador se encuentra autorizado tácitamente a despedir sin demostrar la causa justa de despido intra procedimiento; pues, esta se tiene que demostrar a fin de materializar la causa justa; siendo en todo caso, el control posterior un auténtico control de la actividad previa.

#### **1.5. El Procedimiento disciplinario laboral formal en la legislación peruana**

Como ya hemos hecho notar, en la relación laboral, en tanto se contiene en un acto jurídico bilateral, existen obligaciones recíprocas entre empleador y trabajador; siendo una de las obligaciones del empleador, seguir un debido procedimiento a efectos de que imponga su decisión de sanción.

En este sentido, Blancas Bustamante (2013), señala que:

La relación de trabajo resulta lesionada, grave e irreversiblemente, no solo cuando el trabajador incumple sus obligaciones fundamentales, sino, de la misma manera, cuando el empleador incurre en falta a sus obligaciones y prestaciones. Es natural que sea así, por ser el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral, de prestaciones recíprocas, lo que supone que cada parte tiene, respecto a la otra no solo derechos sino, también, obligaciones, cuyo incumplimiento es susceptible de ocasionar la ruptura de la relación creada entre ambas. (p. 633)

Respecto de las obligaciones que el empleador tiene al momento previo de imponer una sanción disciplinaria, el artículo 67 de la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728, concordante con el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR, establece que:

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulta 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.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 68, debe observarse el principio de inmediatez.

Así mismo, el artículo 68 de la Ley de Fomento del Empleo, concordante con el artículo 32 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR, establece que:

El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

Al respecto, Toyama Miyagusuku (2009), señala que:

El procedimiento previo al despido diferirá de acuerdo a la causa invocada. En tal sentido tenemos que, si se quiere despedir por una causa justa relacionada con la capacidad del trabajador, el empleador tendrá que cursar una carta de imputación (pre aviso) al trabajador otorgándole un plazo de treinta (30) días con la finalidad

de que éste demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Para tales casos el legislador no ha establecido que el trabajador tenga que responder por escrito la imputación de su falta de capacidad, en todo caso su respuesta deberá hacerla en los treinta (30) días otorgados para que demuestre su capacidad para laborar en el puesto asignado o corrija su deficiencia.

De otra parte, el procedimiento previo al despido por falta grave o por causa justa relacionada con la conducta empieza igualmente con la remisión al trabajador de una carta de imputación de falta grave (pre aviso) en la que se le detalla la supuesta falta cometida y se le concede a éste un plazo de seis (6) días naturales para que tenga la oportunidad de defenderse. Durante tal plazo el empleador podrá exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de labores sin que tal exoneración limite el derecho de defensa del trabajador. (p.150)

En dicho procedimiento disciplinario laboral, se entiende, se debe cumplir con el objeto de probar la responsabilidad del trabajador en la falta que se le acusa. Así, el artículo 75 de la Ley de Fomento del Empleo, concordante con lo establecido en el artículo 37 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR, establece que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

De lo cual, puede advertirse que en el procedimiento disciplinario que el empleador, dentro de sus facultades, impondrá al trabajador, mínimamente se tienen que seguir las siguientes reglas: 1. Imputación concreta de falta grave causal de despido, a través de algún medio que le permita al trabajador, ejercer su derecho de defensa; 2. Otorgamiento de seis días al trabajador, como mínimo, a efectos de que ejerza su derecho de defensa, donde se le puede exonerar de asistir al trabajador, siempre que no afecte su derecho de defensa; 3. Estos procedimientos no serán necesarios, en los casos de flagrancia 4. Comunicación del despido, por escrito, donde se indique claramente la causa del despido; 5. En el caso

del despido por capacidad, existe un trámite previo de otorgamiento de 30 días a efectos de que el trabajador corrija su deficiencia productiva.

Ahora bien, es importante anotar que durante este procedimiento, no sólo se debe respetar el seguimiento del procedimiento señalado, sino también, el principio de inmediatez, el cual implica una correspondencia temporal, entre el momento en que se conoce la falta, se inicia el procedimiento disciplinario y se impone, finalmente, la sanción; el cual, de no verificarse, se entiende, más allá del seguimiento del procedimiento señalado en el párrafo anterior, o de la existencia de responsabilidad, por condonada la falta. Al respecto, el artículo 10 de la Recomendación N 166 de la Organización Internacional del Trabajo, ha establecido que:

Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta.

Sobre este principio, en el fundamento noveno de la Casación Laboral N 3090-2015-Cusco, del año 2017, se ha establecido:

En cuanto al principio de inmediatez, el Tribunal Constitucional [Numeral 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N 00543-2007-PA/TC] ha señalado que el principio de inmediatez tiene dos etapas definidas: (i) El proceso de cognición, que estaría conformado por todos los hechos que ocurren después de la comisión de la falta por el trabajador, lo que significa, primero, tomar conocimiento (de la falta) a raíz de una acción propia, a través de los órganos que dispone la empresa o a raíz de una intervención de terceros como los clientes, los proveedores, las autoridades, etc. En segundo lugar, debe calificarse, esto es, encuadrar o definir la conducta descubierta como una infracción tipificada por la ley, susceptible de ser sancionada. Y en tercer lugar, debe comunicarse a los órganos de control y de dirección de la empleadora, que representan la instancia facultada para tomar decisiones, ya que mientras el conocimiento de la falta permanezca en los niveles subalternos, no produce ningún efecto para el cómputo de cualquier término que recaiga bajo la responsabilidad de la empresa (Ibídem. Comentario a la Casación N. 1917-2003-

Lima (El Peruano, 31 de mayo de 2007). Citando el comentario de Jaime Beltrán Quiroga, pág. 231); es decir, que se tome conocimiento pleno de los hechos sucedidos para posteriormente tomar decisiones en el marco de las facultades sancionadoras del empleador. (ii) El proceso volitivo se refiere a la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido, ya que éste por esencia representa un acto unilateral de voluntad manifiesta o presunta del patrono. El inicio de este proceso está dado por la evolución de la gravedad de la falta, por las repercusiones que causan al nivel de productividad y a las relaciones laborales existentes en la empresa, y por el examen de los antecedentes del trabajador infractor y la conducta desarrollada en el centro de trabajo, para establecer si excedía los márgenes de confianza depositados en él. Con este cuadro de perspectivas la segunda etapa está dada por la toma de decisión que depende de la complejidad que tenga la organización empresarial, ya que mientras mayor sea ésta, las instancias que intervengan en la solución deberán ser más numerosas y, por el contrario, mientras más simple sea, como el caso de un empresario individual que dirija su propia pequeña empresa, bastará con su sola decisión, la que podrá ser adoptada en el más breve plazo (Ibídem).

A partir de ello, podemos concluir que el respeto del principio de inmediatez, implica una actuación razonablemente inmediata dentro del procedimiento determinado por Ley, a fin de concluir en el despido. Este principio, no implica el respeto de plazos concretos, pues como hemos visto, dentro del referido procedimiento únicamente se exige un plazo, el de 06 días para efectos de que el trabajador imputado ejerza su derecho a la defensa; sin embargo, en todos los otros procedimientos, no se determina plazo alguno; no obstante, sí se exige una actuación inmediata a partir del conocimiento de la falta, la imputación al trabajador, y la toma de la decisión disciplinaria frente a la absolución de cargos.

Dicha actuación inmediata, tendrá que verificarse del conjunto de posibilidades fácticas del procedimiento disciplinario; algunas de ellas, evidenciadas en el noveno fundamento de la Casación Laboral N 3090-2015-Cusco, ya citada en los párrafos anteriores. Adicionalmente a ello,

debemos precisar que, en todo caso, el análisis del respeto del principio de inmediatez deberá realizarse en cada caso en concreto.

Así, Toyama Miyagusuku (2015), señala que:

La exigencia de la inmediatez entre el reconocimiento de una falta laboral y su sanción responde al hecho de evitar el perdón tácito de esta que implicaría la inexistencia de la infracción. Ahora bien, nuestra norma no ha establecido qué plazo debe verificarse entre el conocimiento de la falta y su sanción mediante el despido por lo que se entiende que en todo caso tal intervalo temporal no debe ser extenso o dilatado sino que, por el contrario, debe caracterizarse por ser un plazo prudencial. Ciertamente, es necesario apreciar cada caso concreto para determinar si se respeta o no el principio de inmediatez pero todo se relaciona, como lo ha señalado la jurisprudencia, con el proceso de investigación necesaria que determina la imputación de la falta grave tales como cruce de información, la aparición de una nueva falta laboral [Cas. N 586-97-JUNÍN], la necesidad de identificar al autor de la falta [Cas. N 1676-98-HUAURA], el volumen de la empresa [Cas. N 552-2000-HUÁNUCO / Cas. N 1839-2000-AREQUIPA], la implementación de auditorías [Cas. N 708-2002-SAN MARTÍN], y en general valorada en cada caso concreto bajo las reglas de la 'prudencia' [Cas. N 882-99-HUÁNUCO]. (p. 538)

Finalmente, debemos incidir en que, aun cuando dentro del debido procedimiento formal se exija el respeto del principio de inmediatez, la aplicación de éste, está vinculado a la razonabilidad y prudencia de acuerdo al caso en concreto. Sin embargo, ello no quiere decir que se exija, en el debido procedimiento formal, el respeto al principio de razonabilidad al momento de imponer una sanción, pues ello es parte del debido procedimiento material, sino que, a efectos de determinar si se ha respetado o no el principio de inmediatez, se tendrán que analizar los plazos de actuación razonablemente en todas las etapas que comprende el procedimiento disciplinario laboral.

En este sentido, el fundamento noveno de la sentencia emitida en el expediente 1939-2017-Cañete del año 2017, se ha establecido que:

Para determinar la razonabilidad del período de tiempo que debe mediar entre el conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, nuestro Tribunal Constitucional, ha considerado que debe tenerse en cuenta la estructura del procedimiento de despido compuesto de tres etapas: i) etapa previa, que se inicia cuando el empleador toma conocimiento de la comisión de la falta grave cometida, la cual tendrá que valorarse conforme a cada caso concreto la forma en que el empleador tomó conocimiento de la falta grave pues de ello dependerá que se inicie o no un procedimiento interno de investigación antes del envío de la carta de imputación de cargos; ii) etapa procedimental, que se inicia cuando el empleador envía al trabajador la carta imputando los cargos para que efectúe su descargo. Para determinar la razonabilidad del plazo de esta etapa, debe valorarse si el trabajador tuvo una conducta diligente al momento de presentar su carta de descargo, o si por el contrario, asumió comportamientos obstructivos o dilatorios, como por ejemplo, presentar solicitudes de prórrogas sucesivas para presentar la carta de descargo; iii) etapa de decisión, que se mide luego de que el trabajador presentó su carta de descargo o venció el plazo para presentarla y no lo hizo. Si efectuado el descargo, o vencido el plazo no lo hizo, el empleador dentro de un período inmediato debe decidir si procede el despido o no.

Así entonces, podemos decir que el empleador está obligado a realizar el procedimiento formal de despido, respetando imperantemente en todas sus etapas, el principio de inmediatez. Dicho procedimiento, debemos tener en cuenta, es consecuencia de la exigencia constitucional de otorgar al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario, en su dimensión sustantiva o también denominado carácter preventivo. Al respecto, el TC ha establecido en el fundamento 11 y 12 de la sentencia emitida en el caso Eusebio Llanos Huasco del año 2003, que:

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen de carácter "sustantivo" y, por otro, con un régimen de carácter "procesal":

a) Según la primera, en su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la

Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes:

a.1) Protección "preventiva" del despido arbitrario

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N°. 276.

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley - inspirado, a su vez, en el artículo 7° del Convenio N°. 158 de la Organización Internacional del Trabajo -, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgado un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante. Al respecto este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N°. 976-96-AA/TC, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió a amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 1112-98-AA/TC; 970-96-AA/TC, 795-98-AA/TC, 482-99-AA/TC, 019-98-AA/TC, 712-99-AA/TC y 150-2000- AA/TC.

De lo cual, bajo una condición de logicidad y predominancia del principio pro homine (que incluso no tiene característica estrictamente laboral, sino y sobre todo, constitucional), se concluye que para despedir (es decir, antes de) debe quedar plenamente demostrada la imputación realizada, dentro de un procedimiento disciplinario; pues, lo contrario, implicaría abusar o aplicar desproporcionalmente el poder disciplinario del empleador, quien estaría facultado para despedir sin probar durante el

procedimiento disciplinario la existencia de causa justa del despido, y solo estaría obligado a hacerlo, si es que el trabajador o trabajadora demanda, conclusión errada a la que se llegaría desconociendo el principio protector que reviste a las relaciones laborales.

#### **1.6. Extinción y terminación del contrato de trabajo**

Como sostiene el maestro Neves Mujica (2015), la LPCL acoge el concepto estricto de despido: terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, ante un motivo imputable al trabajador. Quedan, por tanto, fuera del término, los ceses por causa objetiva (p. 2); es decir, que desde el punto de vista del legislador, no se considera despido a las razones de terminación de la relación laboral, que escapan a la voluntad estricta de las partes, ya sea en la causa imputada o en la decisión arribada, sino a factores como los establecidos en artículo 86 de la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728, el cual establece que “Son causas objetivas para la terminación del contrato de trabajo: a) El caso fortuito y la fuerza mayor; b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra.

Adicionalmente a ello, el artículo 52 del Decreto Legislativo N 728, anteriormente citado, concordante con lo establecido en el artículo 16 de su Texto Único Ordenado – Decreto Supremo N 003-97-TR, establece:

Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador,
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;

- e) La invalidez absoluta permanente;
- f) La jubilación.
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
- i) El cese colectivo por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

La disposición citada, contenía también al literal h), que establecía como supuesto de extinción del contrato de trabajo, a la sentencia judicial ejecutoriada a que se refiere el artículo 72. A su vez, el referido artículo 72 establecía en su último párrafo, que la sentencia judicial ejecutoriada extingue el contrato cuando determina que el despido no da lugar a reposición sino al pago de indemnización; es decir, que frente al supuesto de que el trabajador interponga una acción judicial buscando su reposición, cuando esta haya sido declarada infundada, determinando que únicamente procede la indemnización, estaríamos frente a una causa objetiva de extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, más allá de que con esta disposición se validaba el despido arbitrario con la correspondiente indemnización como único mecanismo de protección, no se encuentra vigente, puesto que ambas disposiciones fueron derogadas por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley N 26513, de julio de 1995.

También es importante anotar, que a diferencia de lo establecido en el literal i) del artículo 52 de la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728 (Causas de extinción del contrato: El cese colectivo por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley), el literal h) artículo 16 de su Texto Único Ordenado – Decreto Supremo N 003-97-TR, establece como una causa de extinción del contrato a la terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma

permitidos por la presente Ley. Como vemos, la diferencia radica en el supuesto de ambas disposiciones normativas: Mientras la primera utiliza el concepto de 'cese colectivo', la segunda utiliza el concepto de 'terminación de la relación laboral'. Al respecto, debe considerarse que una de las formas de terminar la relación laboral es el cese colectivo (por motivos económicos, tecnológicos u otros establecidos en el artículo 86 de la Ley de Fomento del Empleo), más no el único; es decir, que el Decreto Supremo N 003-97-TR, entiende a todas las causas objetivas para la terminación del contrato de trabajo, como supuestos de extinción del contrato de trabajo, mas no a todas las formas de extinción del contrato, como causas objetivas para la terminación del contrato.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, más allá de que el legislador únicamente haya limitado la definición a tres supuestos como causas objetivas de terminación del contrato, debemos advertir que evidenciamos en el artículo 52 del Decreto Legislativo N 728, concordante con lo establecido en el artículo 16 de su Texto Único Ordenado – Decreto Supremo N 003-97-TR, que existen otras causas objetivas de terminación de contrato, teniendo en cuenta que estas no obedecen a la voluntad o actuación de las partes directamente. Así, los supuestos del fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural, terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad, la terminación de la obra o servicio, la invalidez absoluta permanente, se evidencian más que condiciones subjetivas, cuestiones fácticas que transbordan la voluntad de las partes: condiciones objetivas.

De otro lado, también se puede concluir que el despido es una causa de extinción del contrato de trabajo, más no es una causa de terminación objetiva del mismo.

#### **1.6.1. Tipos de despido en el Derecho Peruano**

Ya teniendo claro, el supuesto de configuración de un despido: subjetivo u objetivo, veamos los tipos de despido que ha diseñado en el primer grupo, tanto la legislación laboral, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En principio, debemos advertir que los tipos de despido, tal y como los conocemos ahora, no fueron los diseñados por el legislador peruano. Este, de acuerdo a la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo – Decreto Supremo N 001 – 96 – TR, y el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Decreto Supremo N 003 – 97 – TR, únicamente han reconocido tres tipos de despido: nulo (art.: 65, 53, 29; respectivamente); arbitrario (art.: 71, 31, 34; respectivamente); por actos de hostilidad equiparables al despido (art.: 66, 49 y 57, 30; respectivamente).

Cada uno de estos, tuvo una protección procesal distinta: en el despido arbitrario, procede la tutela indemnizatoria (segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728); en el despido nulo, procede la tutela restitutoria (tercer párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728); y en el acto hostil equiparable al despido, se tiene a la indemnización

(literal b. del artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728).

Sin embargo, a propósito de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en los casos FETRATEL, Eusebio Llanos Huasco, y Baylón Flores, las tipicidades del despido antes descritas, no solo se ampliaron, sino que tuvieron un reforzamiento en la protección contra el despido que no se basa en causa justa establecida por Ley.

Así, en cuanto al mecanismo de protección contra el despido arbitrario establecido en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, el máximo intérprete de la Constitución, estableció en el caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL del año 2002, en su fundamento 12, que:

El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

En tanto que, en el caso Eusebio Llanos Huasco del año 2003, el TC estableció que la readmisión en el empleo, son consecuencias de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, diseñando, a partir de la legislación vigente en interpretación conforme a la Constitución y Convenios Internacionales, los tipos de despidos nulo, incausado y fraudulento; frente a los que, procedería, la reposición o la indemnización, a elección del trabajador.

Más adelante, luego de la entrada en vigencia del CPConst. – Ley N 28237, que tiene distinta configuración (de alternativa a residual, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 4) en la procedencia de acciones de garantía que su predecesora Ley de Hábeas Corpus y Amparo – Ley N 23506, el Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante recaído en el caso César Antonio Baylón Flores del año 2005 en su fundamento 7, que de acuerdo al fundamento 33 de la sentencia citada, constituye precedente vinculante, en el cual se estableció que:

Esta nueva situación 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.º 976- 2004-ANTC, 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.

Así entonces, los mecanismos de protección frente al despido que no se sustenta debidamente en las causas establecidas por Ley, son en la actualidad, el indemnizatorio y readmisión en el empleo.

Ahora bien, siendo que el legislador y el Tribunal Constitucional, dentro de sus facultades jurisprudenciales (artículo VI y VII del Código Procesal Constitucional), ha conceptualizado los supuestos de tipos de despido, es imperativo que los abordemos.

### **1.6.1.1. Despido Nulo**

Respecto al despido nulo, el literal a) del fundamento 15 de la Sentencia N 976-2001-AA/TC, ha establecido que:

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales. Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición).
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

### **1.6.1.2. Despido incausado**

Sobre el despido incausado, conforme lo establece el literal b) del fundamento 15 de la Sentencia N 976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

Este tipo de despido tiene configuración legal, como un subtipo del despido arbitrario, regulado en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, LPCL, donde se

hace mención a la posibilidad de recurrir a la Indemnización por Despido Arbitrario frente a un despido incausado; sin embargo, no es hasta las sentencias referidas en el párrafo anterior, en que se lo conceptualiza propiamente.

Sobre el despido incausado, Blancas Bustamante (2003), ha señalado:

Cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad ad nutum del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional.

El Tribunal Constitucional introduce una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no vulnera derechos fundamentales, aun cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa.

La sentencia precisa que el despido incausado se produce no sólo cuando se omite en la comunicación escrita señalar la causa del mismo, sino, igualmente, cuando éste se produce verbalmente. Siguiendo la misma lógica, tendrá que incluirse en esta categoría a los despidos de hecho, a los que se refiere como un supuesto de despido, la norma reglamentaria de la ley laboral y en los que, igualmente, no hay expresión de causa, porque ni siquiera existe comunicación del despido, sea escrita o verbal.

La sentencia del 9 de octubre de 2002 [refiriéndose al Expediente N 1397-200 1-AA-TC] ha establecido que es incausado el despido que se produce invocando la terminación de un contrato de trabajo de duración determinada (sujeto a modalidad) cuando dicho contrato es simulado o fraudulento por haberse celebrado con carácter temporal cuando las labores desempeñadas por los demandantes tenían carácter ordinario y permanente. Por ese hecho, la relación de trabajo debe reputarse de duración indeterminada, razón por la cual solo puede extinguirse por una causa justa y no por cumplimiento de un plazo establecido con finalidad fraudulenta. Señala, por ello, el Tribunal Constitucional, que "La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el sólo hecho de no haber cumplido con la ley, por lo que ésta, strictu sensu, representa, sino por haber utilizado la figura del contrato de trabajo sujeto a modalidad y el ulterior despido supuestamente habilitado por el mismo, como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales. (p. 167)

En consecuencia, el despido incausado puede presentarse en los siguientes supuestos fácticos: i) despido comunicado por escrito, sin expresión de causa; ii) despido comunicado verbalmente, sin expresión de causa; iii) despido de facto; iv) despido materializado a partir del supuesto vencimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, que resulta fraudulento.

### **1.6.1.3. Despido injustificado**

El despido injustificado, al igual que el despido incausado, nace de la voluntad del legislador, que en el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, LPCL, establece que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o por "...no poderse demostrar esta en juicio...". Al primero, se lo conoce como despido incausado, en tanto al segundo se le ha denominado despido injustificado.

Sobre esto, Blancas Bustamante (2003), ha señalado que:

No vulnera derechos fundamentales, aun cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada. A este despido –fundado en causa no demostrada – le son aplicables las categorías propias de un régimen de estabilidad laboral, absoluta o relativa, según que se prevea la reposición o la indemnización como reparación del despido injustificado. (p. 167)

Estando a ello, es necesario tener en cuenta que una vez redefinido por el Tribunal Constitucional, la tipificación de los despidos a los que se refería la Ley, la calificación de despido arbitrario únicamente se remitió al despido injustificado, dejando de abarcar en su contenido al despido incausado; por ello, el mismo autor, señaló que:

Si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, sólo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de

gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de "despido lesivo de derechos fundamentales" a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador. (p. 165)

De ahí que, podemos afirmar que el despido injustificado parte de la imputación de una falta existente; sin embargo, al momento de verificar su suficiencia o gravedad para tenerla como causa "justa" de despido, no se logra probar; quedando en todo caso, como un despido desproporcionado.

#### **1.6.1.4. Despido Fraudulento**

Este tipo de despido, al igual que los anteriores, también fue definido y configurado por el Tribunal Constitucional, mediante el literal c) del fundamento 15 de la Sentencia N 976-2001-AA/TC. Así, éste estableció que:

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que "El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica.

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22°, 103° e inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

En consecuencia, en la misma sentencia se estableció:

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

Se despiden al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas". En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo (fundamento 15).

Para Neves Mujica (2015) la creación del despido fraudulento se explica en que:

El Tribunal Constitucional había provocado involuntariamente un problema con la sentencia anterior [referida al caso FETRATEL]. Antes, cuando el despido incausado era meramente ilegal y se reparaba solo con una indemnización, el empleador extinguía el vínculo laboral, sin invocar motivo y pagaba por adelantado la reparación.

Ahora, ello ya no iba a ocurrir, porque el despido sería declarado inconstitucional y el trabajador podría optar por la reposición. Por tanto, el empleador inventaría una causa y obligaría al trabajador a seguir un proceso por despido injustificado, tras el cual recién cobraría la indemnización. ¿Cómo remediar el problema? Calificando este despido como fraudulento. (p.4)

Agrega el maestro, en el mismo estudio, que el despido fraudulento se asemeja más al injustificado que al incausado, porque tiene imputación. Solo que ésta se produce en un contexto de malicia, que debe ser probado por el demandante.

Estos tres tipos de despido, derivados todos del despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, fueron, por utilizar el término más idóneo posible, ratificados por el

Tribunal Constitucional en el Exp. N 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005: Caso César Antonio Baylón Flores; donde, en el fundamento 7. de la misma, luego de hacer una revisión jurisprudencial y doctrinal respecto de la procedibilidad de las demandas de amparo a la entrada en vigencia del CPConst, para efectos de proteger el derecho fundamental al trabajo en su dimensión de protección de salida, se establece, que:

El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación 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.

Incluso, en el extremo resolutivo 3. de la sentencia emitida en el expediente N 0206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional establece que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, siendo que si bien, la finalidad de este precedente es fijar criterios jurisprudenciales de procedibilidad de la demanda de amparo bajo un nuevo contexto procesal, y no redefinir los tipos de despido ya existentes, cuando se fija el precedente vinculante se establece que

este comprende al fundamento número 7., en el cual se hace alusión a que los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, expediente 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; es decir, que a través de este precedente vinculante, se establece que los criterios fijados en el caso Eusebio Llanos Huasco, en cuanto a la tipificación de los tipos de despido, también son vinculantes.

## **2. EL PROCESO LABORAL PERUANO**

### **2.1. El proceso laboral: fundamento, conflicto y características**

Ovalle Favela (2016), como se citó en (Jiménez López, M. y Pérez Martínez, T. (2003), ha señalado, que:

La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.

(...) un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que sirven de él para la satisfacción de sus intereses. (p. 67)

A partir de ello, sostuvo que:

El principio que sustenta al Derecho Procesal Laboral, como parte del Derecho procesal Social, es el principio de igualdad por compensación, también conocido como el principio de justicia social, mediante el cual el legislador trata de nivelar la desigualdad económica que existe en la vida real entre el empleado y el empleador, concediendo mayor ventaja al primero al momento de crear la norma jurídica, procurando impedir que los trabajadores pueden renunciar los derechos que la norma les otorga, en el entendido de que en caso de que lo hicieran, dichas renunciaciones serían nulas. (p. 68)

En igual sentido, Santos Azuerla (2010), señala que:

Ni en el campo sustantivo ni aquel instrumental, puede pasarse por alto la necesidad de tutelar en forma privilegiada el interés de los trabajadores, vista su desigualdad, que en materia procesal se colma mediante el respeto y la promoción del principio incuestionable de igualdad por compensación, vinculado de manera irremisible al principio in favor prestatoris. (p. 240)

Paredes Palacios (1997), teniendo como base lo anterior, ha dicho que:

Al hablar de 'igualdad por compensación' expresamos una necesidad que no es privativa del proceso laboral, pero que urge alcanzar de manera más firme, más contundente, más humana en aquellos supuestos en los que el interés desborda al estricto interés de las partes para convertirse en un interés social que va a colorear, con diversos principios, y en peculiar tonalidad, los llamados procesos sociales de entre los cuales el proceso laboral es el más representativo. Desde esta perspectiva es que podemos sostener que en el proceso laboral, estructurado fundamentalmente para compensar la desigualdad de una de las partes en particular, el trabajador, y no, de cualquiera de ellas que se encuentra en desventaja (como podría ocurrir en el proceso civil), su peculiar tonalidad puede condensarse en una específica función tuitiva expresada en el principio que, al decir de Montoya Melgar resume los principios específicos que inspiran el proceso laboral: 'la especial protección o tutela que se dispensa al trabajador en el curso del proceso. Esta sería la particular lectura de la 'igualdad por compensación' desde el proceso laboral. (p. 88)

Al proceso laboral, a su vez, se le reconoce una naturaleza y sentido social, al tratarse del derecho procesal del trabajo, en virtud de su propósito de reivindicar y proteger a los grupos humanos homogéneos económicamente débiles, como sucede en la especie con los trabajadores. (Santos Azuela, 2010, p. 243)

Otra razón presupuestal del proceso laboral, a decir de Couture (1945), como se citó en Ermida Uriarte (2011), es que:

La particular autonomía que caracteriza al Derecho sustantivo al que sirve, es lo que determina la necesariamente fuerte autonomía del proceso laboral respecto del proceso civil. Esta no puede ser inferior al grado de independencia que el Derecho del trabajo ha alcanzado respecto del Derecho civil. Es por eso que Couture decía que "el conflicto de trabajo exige el apartamiento de todas las

características tradicionales del proceso civil. Ante él, ni uno solo de los postulados clásicos queda en pie. (p. 159)

Por tanto, el proceso laboral debe ser entendido como autónomo, en tanto que partiendo de la teoría general del proceso (como todos los demás procesos), se guía por sus propios principios y reglas, los cuales no pueden dejar de observar que en su finalidad instrumental y reivindicativa, deben asegurar la justicia social en un conflicto cuyos componentes son materialmente desiguales y que la discusión tiene como objeto el mecanismo más seguro para materializar la dignidad del hombre: el trabajo.

Así, se explica que, dentro del proceso laboral, resulte imperativo para el orden y la paz proveer mecanismos procesales adecuados para encausar y resolver esa conflictividad, pues de lo contrario se tornaría inmanejable, insoportable (Pasco Cosmópolis, 1997, p. 13); mucho más, si como refiere el mismo autor, sobre la controversia laboral:

El juez no puede apreciarla únicamente en su dimensión crematística, ni prescindir de la circunstancia de que, en la base de la disputa, hay un hecho social al que el Derecho da especial protección. Tampoco puede olvidar que el salario, que es la medida económica de ese hecho, tiene un carácter alimentario, que de su percepción oportuna y completa depende la sobrevivencia del trabajador y su familia.

En la controversia laboral las partes tienen roles arquetípicos y representan genéricamente, al capital y al trabajo. En cada litigio entre un trabajador y un patrono está reproducida la contradicción fundamental entre los factores de producción; no se trata, simplemente, de las personas naturales o jurídicas que contienen, sino de la permanente oposición de intereses que separa socialmente a las clases.

Las partes de la relación laboral son jurídicamente desiguales: al empleador le son conferidas facultades normativas, directivas y sancionadoras, cuyo correlato en el trabajador es el deber de cumplimiento, obediencia y disciplina. Aunque iguales civilmente, son sensiblemente desiguales en lo jurídico por su diversa posición funcional, fruto de una necesidad social cual es la de organizar la producción, lo que requiere de una relación verticalizada.

En lo económico, el patrono detenta los medios de producción; el obrero solo tiene su fuerza de trabajo y, a través de ella, su salario. La capacidad de uno y otro para afrontar un litigio guarda proporción con sus respectivos patrimonios.

El desequilibrio o desigualdad económica se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono. El trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario en función de las necesidades que tiene a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica, sino a una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos de su capital.

Frente a tal desigualdad material, se hace más necesaria que en cualquier otro tipo de proceso, la prevalencia de la igualdad procesal; sin embargo:

dicha igualdad procesal adquiere un diferente contenido desde un régimen liberal individualista, predominantemente dispositivo y formalista que, desde la óptica del Debido Proceso que da fundamento al moderno Derecho Procesal, formado a partir de una Teoría General del Proceso que el impulsa el procesalismo científico, formalista en lo necesario, humano y con una marcada orientación social. (Paredes Palacios, 1997; p. 65)

Ello explica, sobre el Derecho Procesal del Trabajo, que su:

surgimiento es solo una etapa dentro de una vasta obra de política legislativa de amparo al trabajador y aseguramiento de ciertos resultados mínimos de justicia dentro de este tipo especial de relación jurídica, en la cual está en juego la más noble de todas las sustancias del derecho: la sustancia humana. (Couture Etcheverry, 1988, p. 275)

Mucho más, si tenemos en cuenta, que:

El grueso de normas que regulan los derechos laborales son indisponibles, el proceso a configurar sería uno sistematizado a partir del principio dispositivo, con algunos aspectos del inquisitivo, en el que se acentúan los poderes de dirección formal y material del juez; y en el que la igualdad por compensación es el derrotero para permitir el acceso a la justicia de parte de los trabajadores dada la desigualdad estructural de la relación laboral, que se asume por parte del derecho jurisdiccional como un dato fáctico, no por imposición del derecho laboral, sino como necesidad del propio derecho jurisdiccional para cumplir su función con justicia. (Paredes Palacios, 1997; p. 83)

Así, a decir de Rodríguez Piñero (1981) y Capelletti (s/f), como se citó en Paredes Palacios (1997):

La esencia propia de la jurisdicción de trabajo y del proceso que aquella conoce radica en el propio carácter de las pretensiones que en el mismo se deducen y que ante aquella se plantean. Con ello, aludimos (...) que los derechos que se deducen dentro del proceso ordinario de trabajo son derechos cuya realización y cumplimiento no es indiferente para el ordenamiento.

(...) Si el proceso es una forma de intervención del Estado en las relaciones sociales, una forma de relación entre el individuo y el Estado, debe ser 'sensible' al carácter disponible o indisponible de los derechos que se postulan en él; teniendo en cuenta si se trata de una situación jurídica a la que el ordenamiento atribuya mera relevancia privada (proceso dispositivo) o 'una relevancia que trasciende al individuo y afecta a la colectividad misma o al Estado, y en tal caso, como falta en el plano sustancial el poder absoluto de disponer, serán inadecuados los esquemas del proceso puramente dispositivo. (p. 85)

Al respecto, el propio Paredes Palacios (1997), señala que el proceso laboral tendría las siguientes características:

Primera característica del proceso laboral sería la de estructurarse a partir del principio dispositivo con notas relevantes del principio inquisitivo. Es decir, un 'proceso dispositivo atenuado (...)

Segunda característica, fuertemente ligada a la primera, sería la acentuación de los poderes de dirección formal y material del proceso que poseería el juez laboral como producto de las notas inquisitivas involucradas y de la necesidad de alcanzar – y mantener – la 'igualdad por compensación'

Una tercera característica, atañe a la igualdad de las partes en el proceso. Los requerimientos de compensación o equilibrio no solo son cargo de los jueces sino que siendo la relación laboral naturalmente descompensada es posible diseñar – y aquí se involucra al legislador – normas procesales tendenciosamente tutelares del trabajador.

La cuarta característica sería la 'aspiración' de todo el proceso: lograr una justicia más rápida, más oportuna, más limpia y más cierta, es decir, una justicia más eficaz.

La quinta característica del proceso laboral expresión del principio de economía procesal y de la tutela dispensada al trabajador se configuraría en la promoción de la conclusión del proceso por conciliación. Aquí la intervención del juez viene a cumplir un rol importantísimo: la tutela del orden público laboral que garantiza los derechos indisponibles del trabajador. (p. 99)

### 2.1.1 Principios del proceso laboral

Los principios del derecho del trabajo, a decir de Alonso García (1960), como se citó en Plá Rodríguez (1998), son “Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho”. (p. 13)

Detallando a sus características, Rivero Lamas (1974), como se citó en Plá Rodríguez (1998), señala que los principios son:

Jurídicos, normativos, indeterminados y de relajamiento.

Jurídicos, porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales.

Normativos, porque no son descriptivos, al no precisar el supuesto de hecho.

Indeterminados, porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta. La flexibilidad de estos conceptos permite una amplitud en su apreciación, que da entrada a lo justo variable por quien lo tiene que aplicar.

De relajamiento, porque surgen como excepción frente a regulaciones generales, esto es, la previsión de un tratamiento casuístico particular mediante la configuración de un supuesto legal que abarca la configuración de un supuesto de hecho legal que abarca grupos de casos especiales. (p. 15)

Ahora, el mismo Plá, recalca tres elementos que estructuran a un principio:

a) Son enunciados básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones.

Un principio es algo más general que una norma porque sirve para inspirarla, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas.

El proceso lógico para obtener un principio consiste en inducir una solución más general de la comparación de disposiciones particulares concordantes, a fin de aplicar el principio así obtenido a cualquier hipótesis no alcanzada por ninguna provisión legal.

Se ha dicho que constituye un cauce general del ordenamiento, un sentido de la legislación, una orientación recurrente a ella, que se trasluce en una pluralidad de disposiciones. (GELSI, BIDART, Adolfo, Principios de derecho agrario, “Rivista di Diritto Agrario”)

De allí que se hable de principios básicos o fundamentales, porque sirven de cimiento a toda la estructura jurídico – normativa, laboral.

b) Por ser propios del derecho del trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del derecho. Sirven para justificar su autonomía y su peculiaridad. Por eso, tienen que ser especiales, diferentes de los que rigen en otras zonas del derecho.

Por eso, también se habla de principios propios o peculiares del derecho del trabajo.

Esto no significa necesariamente que todos sean diferentes de todos los que inspiran las otras ramas jurídicas. Puede haber alguno repetido o similar que se aplica en la misma forma, o con muy ligeras variantes, en más de una rama del derecho.

Es decir, que no tienen por qué ser absolutamente exclusivos. Pero como conjunto, deben configurar un elenco que no se reproduce, en la misma forma, en las demás disciplinas jurídicas.

c) Todos los principios deben tener alguna conexión, ilación o armonía entre sí, ya que en su totalidad perfilan la fisonomía característica de una rama autónoma del derecho que debe tener su unidad y su cohesión internas. (p. 16)

Ahora bien, en el caso peruano, el artículo I del Título Preliminar de la NLPT – Ley N 29497 establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad; siendo que, en el artículo III del mismo texto normativo, establece, como Fundamentos del Proceso Laboral, lo siguiente:

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Ahora bien, en estos denominados Fundamentos del Proceso Laboral, también están presentes principios procesales laborales. Así, se evidencia: 1) Socialización del Proceso (los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes); 2) Informalismo (privilegian el fondo sobre la forma); 3) Pro actione (interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso); y otros, como el debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, y razonabilidad.

Sobre el artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Priori (2011), como se citó en Arévalo Vela (2018), quien los denomina Principios de Organización, ha señalado:

Los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, enunciados en el artículo I del Título Preliminar, constituyen, en la perspectiva de la teoría general del proceso, principios del procedimiento, es decir, postulados que sirven para describir la naturaleza y contenido del sistema procesal adoptado en la NLPT, que como quedará demostrado al explicar cada uno de los principios, es un sistema procesal publicístico cuya finalidad primera es otorgar efectivamente la tutela jurisdiccional requerida para la reivindicación de los derechos laborales, en el marco del Estado constitucional. Para que sea posible una mayor precisión, se puede identificar a estos principios como principios estructurales, en tanto establecen el contenido esencial del cómo se lleva a cabo el proceso. (p. 257)

En tanto que, sobre el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Arévalo Vela (2018) quien señala que son Principios Fundamentales, ha establecido que:

Constituyen postulados propios de las sociedades democráticas y del Estado social de derecho. Estos principios resultan aplicables a otras ramas del proceso como es el civil, penal, tributario, entre otros; sin embargo, en el caso de los procesos laborales corresponde que su aplicación sea más intensa en la medida de la naturaleza social de la materia que se está resolviendo. (p. 261)

A partir de ello, desarrollaremos – principalmente – los principios especiales en los que se enmarca el proceso laboral peruano.

#### **2.1.1.1. Principio dispositivo atenuado**

Ha sido señalado como principio por Paredes Palacios (1997) quien ha establecido que este es:

Caracterizado por sus notas dispositivas (que ponen el acento en la actuación de las partes):

- a. Iniciativa de parte (*nemo iure sine actore*).
  - b. Determinación de parte del objeto litigioso (*ne eat iudex ultra petita partium*: el juez no puede pronunciarse más allá de lo pedido; y, *secundum allegata et probata, iudex, iudicare debet*: el juez debe pronunciarse según lo alegado y probado).
  - c. Las excepciones y defensas son traídas al proceso por las partes (*secundum allegata et probata...*).
  - d. El material probatorio es aportado por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*: lo que no está en los actos no está en el mundo; y, *ubi partis sunt concordantes nihil ab iudicem*: donde hay acuerdo de partes no hay juicio).
  - e. Disponibilidad privada del proceso; y
  - f. Impugnabilidad privada de la sentencia.
- Y, por las notas atenuantes (inquisitivas) siguientes:
- a) Impulso de oficio.
  - b) Posibilidad de pronunciamiento *ultra y extra petita*.
  - c) Procedencia de la declaración de oficio sobre ciertas excepciones en que se ve involucrado el orden público.
  - d) Aporte de oficio de material probatorio sin exceder, sin embargo el marco de hechos fijados por las partes; y
  - e) Indisponibilidad privada del proceso, dado el carácter irrenunciable de los derechos laborales de origen constitucional y legal. (p. 108).

Como observamos, este principio parte del reconocimiento de la actividad preponderante de las partes en el proceso, pero a su vez, reconoce una actividad permanente del Juez, en tanto director del proceso y garante de la tutela jurisdiccional efectiva. Este, en tanto principio, vincula a todo el proceso, y no solo a una etapa, de ahí que importe no solo su respeto en el trámite, sino en la ejecución de lo decidido, en cuanto ello evidencia en realidad, el resultado del proceso.

### 2.1.1.2. Principio de oralidad

Capelletti (s/f), como se citó en Paredes Palacios (1997) señala que:

Como se ve, lo que podemos considerar, pues, como el valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral y de una valoración crítica de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia (trial) pública y oral, y lo más concentrada posible, en la que las pruebas sean practicadas ante el órgano decisor entero. Bajo este aspecto, el proceso oral asume, por tanto, un doble significado: de proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírica – inductiva en la búsqueda de los hechos y en la valorización de las pruebas. (p. 109)

Así entendido, el principio de oralidad implica que los principales actos procesales, una vez comenzado este, serán prevalentemente orales, intensificando la inmediación, concentración, celeridad y economía procesal, e incluso, el informalismo, pues éste es, a decir de Paredes Palacios (1997), el remedio contra la lentitud por estructurar un proceso concentrado, pero además en el que se han simplificado las formas. Esto sin perjuicio de la necesaria protocolización del debate oral, especie de resumen breve de todo lo actuado, dicho y oído”. (p. 109)

Por su parte, Gómez Valdez (2006), ha afirmado que:

La oralidad pretende que los actos procesales se actúen a través de la voz hablada, no siendo excluyente su estructuración, cuando tengan que interponerse los recursos procesales como son la demanda, su contestación, la actuación de las pruebas, alegatos escritos, etc. La oralidad toma su esplendor en la *audiencia única* y sobre todo en el acto conciliatorio, donde, por cierto, por tratarse de la pieza procesal más importante del proceso mismo, las partes y sus abogados, harán gala del mejor conocimiento de las técnicas de defensa, de los hechos ya expuestos durante los pasos previos a esta diligencia, del conocimiento de la legalidad y avance jurisprudencial, para conducir al juzgador a una relación procesal acorde con sus intereses.

Como se sabe, en la Audiencia única, las parte por primera vez expresarán ante el juez de la causa sus temores, pesares,

convicciones, depondrán las confesiones o declaraciones testimoniales; por ende, el principio oral va a ocupar aquí la parte más importante del proceso; pues gracias a ella, el juez sacará sus convicciones preliminares y acaso también definitivas, sobre el asunto controvertido elevado a su jurisdicción.

En función de este principio, el juez puede interrogar a las partes, a los testigos y a los terceros (litisdependientes) con la mayor seguridad, a fin de llegar a obtener la verdad.

La oralidad permite la transmisión simple, económica y rápida de las acciones procesales en general (p. 56)

En aplicación de este principio, entonces, las vicisitudes que se presenten en el devenir del proceso, deben resolverse – en aplicación, también, de la inmediatez y concentración procesal – en las audiencias orales que contienen el proceso laboral. Así, las partes pueden, según la Casación Laboral N 19811-2016-Tacna - 2019, respecto de los hechos:

contradecir o rebatir dentro de las audiencias mencionadas, pues, el modelo procesal laboral está principalmente orientado y regido tanto por el principio de oralidad como la inmediatez, tanto es así que las deficiencias que se produzcan en el proceso deben ser solucionadas dentro de este. (considerando Décimo Primero).

Ahora bien, en tanto principio, la oralidad no solo vincula al Juez, o a los procedimientos que el proceso contiene, sino también a las partes, quienes tienen que forjar una teoría del caso y una presentación de esta, con coherencia, lógica, desarrollando técnicas de litigación oral, en el que contrarresten siempre los hechos, las normas y los medios de prueba. En este sentido, en la Casación N 00007-2012-La Libertad del año 2012, se ha establecido que:

Con el nuevo proceso laboral regulado por Ley N 29497, se introduce un esquema procesal que trae entre sus notas más características el uso de la oralidad, y con ella, de la inmediación, celeridad y concentración; lo que a su vez exige

de las partes que, atendiendo a esta nueva - y real - posición del juez de trabajo de conocer directamente el sustento de la litis, conozcan no sólo la parte sustantiva del derecho laboral y las nuevas reglas procesales introducidas por este esquema, sino que también posean destrezas y/o habilidades en técnicas de litigación oral. Precisamente el uso de este instrumento, concebido como aquella versión que construyen cada una de las partes respecto de la forma en que ocurrieron los hechos, mencionando las pruebas en que lo sustentan, y la norma en que respaldan su pretensión; hace que el juez laboral dirija su atención a la dilucidación de aspectos relevantes de la litis, excluyendo aquellos que no guarden relación por ser impertinentes.

En principio para la construcción de la teoría del caso se exige seguir el orden de lo jurídico, lo fáctico y lo probatorio, culminando con la fórmula de una historia con sentido (...) relevante (...), y además mantener la misma orientación a lo largo del proceso con la finalidad de que los hechos - sustentada en la prueba indicada - y expuestos ante el juzgador resulten creíbles. En sentido contrario, una alegación variante desde el escrito postulatorio hasta los alegatos en audiencia de juzgamiento o audiencia única, según se trate de un proceso ordinario o abreviado laboral, respectivamente, no puede sino conllevar a la convicción del órgano jurisdiccional acerca de la no veracidad de los hechos expuestos como defensa. (Considerando décimo tercero y décimo cuarto).

### **2.1.1.3. Principio de inmediación**

Paredes Palacios (1997), sostiene que a diferencia de la oralidad, este principio refiere no a la forma de exteriorizar las actuaciones procesales, sino ante quien tienen lugar (p. 110). A su vez, Eisner (1991), como se citó en el mismo estudio, ha señalado que:

cuando el juez está en relación directa, personal, inmediata, con los justiciables, escucha sus alegaciones, recibe y pide sus explicaciones, aclara sus dudas, oye a los testigos, y ve y ausculta sus reacciones y semblantes, sus oscilaciones y reticencias, pide aclaraciones a los peritos, ve los lugares y las cosas sobre las que versa el litigio, recibe entonces una fuente de convencimiento y evidencia muy superior a la que le brinda cualquier otro medio de convencimiento. (p. 110)

Sobre este principio, Monroy Gálvez (1996), ha señalado que:

El principio de inmediación tiene por finalidad que el juez – quien en definitiva va a resolver el conflicto de intereses o la

incertidumbre con relevancia jurídica – tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, más exactamente que configuran el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial. (p. 94)

Como puede verse entonces, este principio es relevante en el proceso, y aún más en el proceso laboral, el cual está guiado estructuralmente por su oralidad y con ello, la inmediación; pues, se actúa oralmente frente al juzgador y en acción dinámica entre las partes. Pero esto, puede suponer, a su vez, un problema, como advertía Gómez Valdez (1998), relacionado con el ausentismo (enfermedades, permisos, descansos, etc.) que se advierte dentro de los juzgadores, cuyos efectos son devastadores, pues sin la presencia del ente juzgador, simplemente se detiene el aparato judicial con nefastas consecuencias para los justiciables. (p. 56)

#### **2.1.1.4. Principio de concentración**

Paredes Palacios (1997), ha señalado sobre este principio, que:

Alude a la reunión de diversos actos procesales en una unidad de acto: el debate oral. Aquí se reúne la mayor cantidad y calidad posible del material del proceso que aportan las partes. Si bien la demanda y su contestación quedan fuera de este momento, ello no impida que en el momento del debate oral se precise resumidamente las posiciones de las partes. El principio de concentración tiene un segundo significado: todas las cuestiones previas prejudiciales, incidentales y las excepciones que se pueden proponer no impiden se entre en el fondo del asunto ni provocan su paralización sino que en ella se resuelvan con sentencia, es decir, se concentran junto a la causa principal para ser resuelta por ella. Consecuencia de esto es que (generalmente) no se abran procedimientos paralelos sino que corran junto con el principal. Otra consecuencia es la concesión de apelaciones (de autos) sin efecto suspensivo con trámite diferido hasta que se apele de la sentencia. (p. 110)

En este sentido, Alonso Olea (1987), como se citó en Gómez Valdez (1998), ha afirmado, que:

Por la concentración, se pretende apretar en el tiempo todos los actos del proceso, para que éste pueda desarrollarse en un reducido lapso, sin mayores distancias entre un acto y otro; pues, los procedimientos de trabajo tienen la particularidad de traer consigo reclamaciones puntuales, muchas de ellas fundamentales y de un hondo contenido social, con la salvedad de que hallándose de por medio reclamos de trabajadores, no es posible que para ellos las dilaciones procesales sean una constante para procurar restituir un derecho. Además está expresado, que buena parte de los litigios están relacionados con los salarios, sobre todo ahora que ha decrecido la atención de las acciones de reposición al trabajo, y que, por su carácter alimentario, exige que el proceso esté asociado con un número breve; por eso, para Alonso Olea la concentración consiste en “reunir actividades procesales unitarias, numerosas y variadas en el seno de un acto complejo, sin solución de continuidad y sin plazos ni términos de tiempo que los separen.

Finalmente, dentro de esta concentración, el juez está facultado a reducir aún más los pasos procesales dispuestos por ley, si acaso esta decisión es acorde con lo actuado o razonabilidad, siempre que no vulnere el debido proceso. Es el caso. P. ej. , de prescindir de la actuación de una prueba, dictar una sentencia parcial, etc. (p.53)

#### **2.1.1.5. Principio de celeridad**

Paredes Palacios (1997), sostiene que:

En primer lugar, la celeridad es un resultado; es el resultado de instaurar un proceso oral, concentrado y en el que el juez está en contacto con las partes, las pruebas y la causa. La celeridad, también conocida como “concentración temporal” refiere a un proceso estructurado en plazos breves, es decir, con “momentos procesales” sensiblemente recortados y hasta suprimidos en relación a otros procesos sobre todo al proceso ordinario de conocimiento civil contemplado en la mayoría de las legislaciones. Pero este último es una indicación para el legislador. La utilidad del principio de celeridad en el proceso, viene dada en la indicación al juez de otorgar eficaz y prontamente el servicio público de la justicia, para lo cual ha de acercarse en el tiempo los actos procesales de admisión a la instancia, prueba y sentencia. (p. 110)

A su vez, Gómez Valdez (1998) señala que este principio tiende a garantizar un proceso célere; pues la demora afecta al trabajador y

afecta estructuralmente al debido proceso (p. 57); mientras que, Monroy Gálvez (1996), reconoce que este principio se extiende a todos los actos procedimentales a lo largo del proceso, entendiendo que justicia tardía no es justicia; de allí que el juez deberá optimizar actuaciones como el de impulso de oficio siendo efectivo, entendiendo que la calidad de los procesos dependerá de todas los actores del proceso (p.100).

#### **2.1.1.6. Principio de elasticidad**

Paredes Palacios (1997), sostiene que:

Este principio, dirigido a los jueces, permite que adecuen los ritos y formas procesales a las necesidades de justicia del caso que ante ellos se ventila. Aquí es el juez el que recorta (y hasta suprime) los “momentos procesales”. Y, dirigido a las partes permitirá dejarlos en cierta libertad para escoger el momento más oportuno para la realización de los actos procesales. (p. 110)

Para realizar tal actuación, Monroy Gálvez (1996), señala que debemos tener en cuenta que:

En efecto, en cualquier ordenamiento procesal podemos encontrar cierto número de normas que no tienen carácter de orden público, tomada esta categoría en el sentido de normas obligatorias o vinculantes.

Se trata de normas que contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta social consensualmente aceptadas.

Si embargo, dado que la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado, las normas procesales que regulan la conducta de los intervinientes en el proceso y la ciencia que las integra – el derecho procesal – son de derecho público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público. Aquel concepto tiene que ver con la ubicación; este con su obligatoriedad. (104)

#### **2.1.1.7. Principio de preclusión**

Paredes Palacios (1997), sostiene que:

Tiene su explicación en un proceso dividido en fases. El proceso laboral es reducible a tres fases esenciales: demanda

y contestación a la demanda, la de pruebas y la de conclusiones o sentencia. El orden de los “momentos procesales” indica el momento preciso para la realización de los actos procesales previstos en los mismos, por tanto, si no se realizan cuando deben la parte pierde la posibilidad de ejercerlas luego.

Preclusión, consecuencia de la escritura; elasticidad, consecuencia de la oralidad son extremos de un mismo rango, ninguno es absoluto (y esto es una característica de todos los principios procesales), la preclusión exige sinceramiento de las partes desde el inicio pero también partes ágiles, precisas, ordenadas; la elasticidad permite mayor juego estratégico, mejorar las defensas y un consiguiente relajamiento de formas; y por ello encontramos a ambos principios en los diversos procesos marcando uno de ellos la tendencia de procesos. (p. 111)

Al respecto, Monroy Gálvez (1996), señala que este principio conlleva a que el derecho se pierda si es que no se realizan en el momento oportuno, cuidándose de que las actuaciones de las partes tengan un orden mínimo que no conlleve actos sorpresivos (p. 107). En este sentido, los actos procesales no se podrán materializar si es que no se realizan en su oportunidad, salvo está, en material laboral, cuando razonablemente se pueda flexibilizar las actuaciones de las partes, teniendo en cuenta que, junto a este principio, opera el informalismo y la elasticidad procesal que se optimizan con la oralidad.

#### **2.1.1.8. Principio de eventualidad**

Paredes Palacios (1997), ha sostenido que:

Este principio está estrechamente vinculado a la preclusión por lo que incluso se les suele mencionar como sinónimos, sin embargo, ambos tienen su identidad. Gráficamente, este principio nos dice que antes que el principio de preclusión cierre la puerta, debemos acumular en tal momento todos los medios de defensa que nos franquea la ley: aprovisionarnos de todo lo que nos permite ese momento al fin de estar preparados (protegidos) ante situaciones inesperadas que de otra manera resultarían para la parte sin posibilidades de hacerles frente por haber precluido el momento para prepararse. Según la norma procesal laboral, el momento para interponer las excepciones

es junto con la contestación de la demanda. Si llegado el momento únicamente se interponen excepciones, más tarde, si ellas fueren declaradas infundadas, el juez, al entrar al fondo del asunto sólo contaría con la demanda de la que además gozaría de presunción relativa de veracidad por encontrarse en demandado en rebeldía. Si aun estando seguro del fundamento de la excepción propuesta también se contesta la demanda en el momento debido, la parte estará debidamente protegida si el juez desestima la excepción (p. 112)

#### **2.1.1.9. Principio de economía**

Paredes Palacios (1997), señala que a través de este principio se busca el mayor resultado con el menor costo y esfuerzo. Son muchos los rasgos que imprime este principio. Así por ejemplo abreviar términos, simplificar trámites, limitar números de peritos, permitir acumulaciones, reprimir maniobras dilatorias. (p. 113)

Monroy Gálvez (1996), a su vez, señala que la economía procesal puede evidenciarse en tres condiciones: tiempo, costo, y esfuerzo. El primero, referido a los plazos y celeridad en las acciones, los cuales deben ser razonables, cuidando que en la búsqueda de una respuesta eficaz no se afecte la defensa de los actores; el segundo, referido a los costos económicos que pueden surgir del proceso, tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional; y el tercero, garantizando únicamente los recursos suficientemente necesarios, a fin de evitar acciones (mayor esfuerzo) innecesario. (p. 99)

#### **2.1.1.10. Principio de socialización**

Paredes Palacios (1997), sostiene que sólo mejorando la posición del trabajador será posible el logro de la necesaria igualdad real entre las partes que permita acceder a la justicia no de quien tiene la mejor situación económica, social o cultural, sino de quien tiene razón. (p. 114)

Esta especial condición principista, optimizado sobre todo en los procesos sociales, y dentro de este, en los procesos laborales, tiende entonces a garantizar una igual real procesal entre las partes en contienda; la cual, debe ser la finalidad del director del proceso: juez.

En este sentido, a diferencia de los procesos de predominancia privatística, como señala Monroy Gálvez (1996), en los sistemas publicísticos no solo importa la igualdad procesal, sino que esta viene estructuralmente vinculada a tener una decisión justa. (p. 101)

#### **2.1.1.11. Principio del favor processum**

Paredes Palacios (1997), sostiene que

Nos enseña este principio que ante supuestos de nulidad salvable se opta por la continuidad del proceso. No cabe declarar la nulidad si, no obstante, los vicios, se ha logrado la finalidad a la que estaba destinado. Tras este, encontramos al principio de economía procesal y la teoría de los actos reconducibles. Así, por ejemplo, no sería una decisión adecuada declarar la nulidad de una prueba testimonial si, a pesar de los vicios, la declaratoria puede servirnos como prueba indiciaria. Una vez más, se trata de aprovechar para conseguir la realización del derecho. (p. 114)

#### **2.1.1.12. Principio de impulso de oficio**

Respecto de este principio, Gómez Valdez (2006), señala que:

Como se ha indicado, al juez se le atribuye el papel de director activo al interior del proceso, de ahí la entereza de encausarlo en el sentido estatuido por la ley, prerrogativas que surgen de su *ius imperium* e investiduras de las que legítimamente goza. Siendo esto así, el juez está en condiciones de promover el proceso, sin anteponerse al ejercicio de defensa normal de las partes, que son las auténticas tenedoras de sus propias verdades. Dentro de esta perspectiva, puede requerirlas para que aporten la o las pruebas que entiende son convenientes para crear su propia convicción. Lo propio podrá ejercer frente a terceros. Por cierto, el juez tendrá en cuenta que el proceso trasmite por una sucesión de actos, y que la preclusión de todos ellos, es una circunstancia que deberá ser tomada en cuenta; por eso que es deseable que este impulso sea acorde con los pasos procesales ya dados hasta entonces, a fin de que éstos

no se vean afectados por el impulso procesal reservado a las mismas partes: principio dispositivo, como tampoco con los nexos causales que contiene cada paso procesal. (p. 56)

Bajo este principio, entonces, el juez director del proceso, deberá ser un permanente preocupado de que el proceso sea célere y no tenga demoras innecesarias para la finalidad del mismo. Para ello, no solo deberá proveer que las partes no tengan actitudes dilatorias, sino que de presentarse deben ser debidamente sancionadas conforme al artículo 11 de la NLPT.

Ahora bien, el impulso de oficio, se invoca directamente en el artículo III de los principios de la NLPT, estableciendo categóricamente que "...Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso..."; lo cual, implica que este impulso no solo debe materializarse en las etapas postulatoria, de juzgamiento; sino también, en la ejecución de la sentencia, entendiendo que el término proceso vincula también a esta etapa.

#### **2.1.1.13. Principio de veracidad**

A decir de Pasco Cosmópolis (1997), en el proceso laboral:

Existe consenso, virtual unanimidad en la doctrina acerca de la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se dé primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal, que se logre la "materialidad de la verdad".

Sin embargo, tal postulado resulta impecable solo en su formulación teórica conforme hace notar *Teixeira Filho (1998: p.27)*. "*Real* es la que se puede denominar como verdad en sí, vale decir, aquello que efectivamente aconteció en el mundo sensible; *formal* es la que se establece en los autos, como resultado de las pruebas producidas por las partes. No siempre la verdad formal corresponde a la real, lo que es soberanamente lamentable y atentatorio a la respetabilidad del proceso como institución jurídica y como instrumento estatal de composición de conflictos intersubjetivos de intereses.../ De esta manera, en que pese a que el proceso apunta,

fundamentalmente a la verdad *real*, es, en concreto, la *formal* la que vincula la formación del convencimiento (que de cierto modo *también es formal*) del juzgador, en medida en que la ley le compele a respetarla. Podemos afirmar, por eso, que el proceso solamente alcanza, con plenitud, su verdadera razón teleológica cuando la verdad *formal* coincide con la *real*. Disentimos (...) de todos los que sustentan que el proceso no se dirige hacia el conocimiento de los actos con la finalidad de establecer la verdad de éstos, sino apenas, de buscar obtener una fijación formal de ellos. De ser así, tendría que admitirse, inevitablemente, que el proceso desprecia la verdad y se deja impresionar (y se satisface) con su versión, con la mera verosimilitud de los hechos, hipervalorizando categorías conocidas por todos como falsas – verdades (no hay contradicción en esta afirmación), que el propio sentido común repele. No se puede ignorar, además, que el proceso está dotado de un contenido inminentemente ético, que autoriza al juzgador, siempre que lo entienda necesario, a sobreponerse a la negligencia de la propia parte para tomar la iniciativa de procurar, donde se encuentre, la verdad real.

Ciertamente, la primacía de la verdad es un ideal difícilmente alcanzable en cualquier proceso; pero en la medida en que se restrinjan los elementos de forma tal amplíen los medios de inquisición, más estrecho será el margen que separe a la verdad de la apariencia. Es pues, a través de manifestaciones concretas y no de puras lucubraciones que debe plasmarse este principio de veracidad. (p. 41)

Cabe recordar, por ser oportuno, que el derecho del trabajo se sustenta sustantiva y procesalmente en el principio de primacía de la realidad; el cual, como consenso académico, se entiende como predominancia de los hechos frente a los documentos; es decir, que importa profundizar en lo que realmente ocurrió para tener por válida a la decisión. Para ello, el juez laboral deberá actuar activamente para materializar este principio optimizando sus poderes probatorios: prueba de oficio, interrogatorio a las partes, valoración racional de la prueba y sentido de la decisión basada no solo en los alegatos de cada una de las partes, sino en lo que se evidencia realmente en el proceso; esto es, principalmente, garantizar el principio de veracidad.

## **2.2. La pretensión de reposición en la NLPT**

Conforme señala la Constitución Política del Estado en su artículo 27, todo trabajador tiene derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario. Sobre este concepto, legal y jurisprudencialmente (caso FETRATEL, Eusebio Llanos Huasco y Baylón Flores, revisados por el Tribunal Constitucional) se ha establecido que puede ser clasificado como despido arbitrario propiamente dicho, que comprende al despido incausado e injustificado; despido nulo y despido fraudulento. Así, el concepto de Despido Arbitrario tiene un sentido genérico y un sentido específico; siendo que, en cada tipo de clasificación se deben desarrollar un conjunto de actos ya diseñados por el Tribunal Constitucional para que se configuren como tales. Ahora bien, aparentemente, salvo en el despido injustificado, que, al no ser reglado por el Tribunal Constitucional, y por tanto quedó conforme a la configuración establecida en el Decreto Supremo N 728, en todos los demás ha quedado establecido que el trabajador, como tutela restitutoria procesal frente al despido arbitrario, puede elegir entre la Indemnización por Despido Arbitrario o la Reposición.

Sobre esta última posibilidad, el numeral 2 del artículo 2 de la NLPT establece, en cuanto a la competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo, que pueden conocer “En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única”; en tanto que, el literal a) del numeral 1 del mismo artículo establece que los jueces especializados de trabajo conocen, en proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a los siguientes: a) El nacimiento,

desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

Ahora bien, ¿qué implica que el trabajador plantee en contra de su empleador, la pretensión de reposición?; pues, que basándose en determinadas causas (justificaciones fácticas: causa petendi), peticione la reposición a su empleo (petitorio); es decir, que cesen los efectos del despido y se reincorpore a prestar servicios, continuando el vínculo laboral existente en similares, sino idénticas, condiciones que tuvo antes del despido (Sentencia emitida en el Expediente N 03297-2007-PA/TC); y, de ser el caso que durante el despido se hayan mejorado las condiciones laborales de sus compañeros de trabajo, a su retorno, que también se le reconozca tales mejoras al trabajador demandante.

Así entonces, la pretensión de reposición tiene la finalidad de salvaguardar el derecho al trabajo y sus efectos: protección al desarrollo al proyecto de vida, adquisición de un estatus social y económico, carácter alimentario, optimización de la dignidad misma, y otros derechos fundamentales; mucho más, si tenemos en cuenta que la propia Constitución reconoce que este derecho tiene especial atención por Estado; por lo que, no cabe duda de que cuando se plantee la necesidad de revisión procesal, se debe tramitar en un proceso que no solo sea sencillo en sus vías procedimentales (socialización y equidad en el proceso), sino también eficaces (tutela procesal efectiva).

Ahora bien, la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala en su Título II, que los procesos laborales son el Proceso Ordinario Laboral, Proceso Abreviado Laboral, Proceso Impugnativo de Laudos Arbitrales

Económicos, Proceso Cautelar, Proceso de Ejecución, y finalmente los Procesos No contenciosos. De estos, únicamente el Proceso Ordinario Laboral y el Proceso Abreviado Laboral permiten la tramitación de la pretensión de reposición, con conocimiento sobre el fondo de la causa; pues, así ha sido establecido en el numeral 2 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, como en el literal a) del numeral 1 del mismo artículo.

Sobre la pretensión de reposición en la NLPT, la Corte Suprema, en la Casación Laboral N 7677-2013-Tacna del año 2013 ha señalado en su fundamento 2.2 que:

*i)* los jueces en general, son los primeros guardianes de la Constitución Política del Estado, norma fundamental en la que se halla contenido el estatuto de protección laboral, estructurado contenido en lo que se conoce como *Constitución Laboral*, y como tal, el deber de protección que le impone el propio ordenamiento jurídico implica que estos resuelven el conflicto puesto a su conocimiento de manera *integral*, buscando que la respuesta jurisdiccional sea acorde con lo normado en nuestra Constitución; *ii)* ordenar la reposición en caso de un despido incausado o fraudulento en sede jurisdiccional ordinaria, en supuestos distintos a los previstos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no implica una transgresión al ordenamiento jurídico nacional pues precisamente es la norma constitucional la que le impone como deber a los jueces laborales (que también son guardianes de la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos en ella), a hacer prevalecer la Carta Magna, los principios, valores, derechos y libertades que se contemplan en ésta ante cualquier disposición que busque lesionarla, como es la restricción legal de no contar con una definición y consecuencias jurídicas positivizadas en los supuestos de despido incausado y fraudulento; y, *iii)* porque la tramitación de estos supuestos de reposición en caso de despido incausado y fraudulento en la vía ordinaria laboral no implica una reducción de las garantías procesales de las que gozan los justiciables en un proceso constitucional, sino por el contrario, al ser un proceso jurisdiccional genera la posibilidad de que ambas partes estructuren un andamiaje probatorio y argumentativo que posibilite la mejor comprensión del conflicto en sí.

En semejante sentido, respecto de un proceso en que se planteó la pretensión de reposición por vulneración al derecho a la libertad sindical, el Tribunal Constitucional en el expediente N 02383-2013-PA/TC, en el fundamento 15, estableció como precedente vinculante, que:

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
  - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
  - Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
  - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
- En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

Agrega el TC, en la misma sentencia en el fundamento 25, se establece que:

Al respecto, este Tribunal señala que, a pesar de la existencia de referida norma procesal [NLPT], en sustancia mantiene los criterios materiales referidos a la procedencia del amparo laboral. Así, como antes, en caso que la vía laboral no permita la reposición satisfactoria o eficaz del trabajador (supuesto de estructura idónea, previsto en el fundamento 13, supra), o cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos, en caso no vaya a obtener tutela satisfactoria en la vía laboral (supuesto de tutela idónea y urgencia iusfundamental, previstos en los fundamentos 13 y 14, supra), deberá admitirse a trámite la demanda de amparo. Igualmente, para los casos que no se encuentran regidos por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, resulta de aplicación el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional fijados en esta sentencia como precedente, que son compatibles con los precedentes que fueron establecidos en la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC.

Por tanto, no queda duda de que la pretensión de reposición, sea que la causa se despido fraudulento, nulo o incausado, son pasibles de ser

tramitados en las vías ordinarias diseñadas en la NLPT; siendo que, en el caso en que surjan situaciones que conlleven a la necesidad de optimizar aún más la protección de los derechos fundamentales afectados con el despido arbitrario, se deberían tramitar en el proceso de amparo regulado en el CPConst.

**2.2.1. El trámite de la pretensión de reposición en los procesos abreviado y ordinario laboral, regulados por la NLPT, y sus límites para revisar los actos sobrevinientes al planteamiento de la demanda**

La estructura diseñada en el denominado proceso abreviado laboral, es la siguiente:

Tabla 1  
*Estructura del proceso abreviado laboral*

1	2	3	4
Demanda	Emplazamiento	Contestación	<ul style="list-style-type: none"> <li>. Conciliación (En caso de no conciliarse, se precisan las pretensiones materia de juicio)</li> <li>. Confrontación</li> <li>. Actuación probatoria</li> <li>. Alegatos</li> <li>. Sentencia</li> </ul>

*Nota:* Elaboración propia

A su vez, el proceso ordinario laboral tiene la siguiente estructura:

Tabla 2  
*Estructura del proceso ordinario laboral*

1	2	3
Demanda	Emplazamiento	Audiencia de Conciliación  En caso de no conciliarse, se precisan las pretensiones materia de juicio

4: Audiencia de Juzgamiento			
Confrontación de posiciones	de	Actuación probatoria	Alegatos finales

*Nota:* Elaboración propia

Como se observa, en ambas vías procedimentales, como puede parecer obvio, el proceso inicia con el planteamiento de la demanda; la cual, señala la Nueva Ley Procesal del Trabajo, deberá respetar los lineamientos establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC; y, si bien, se señalan algunas precisiones adicionales, las pretensiones sólo pueden plantearse en este momento, salvo los supuestos de acumulación sucesiva de pretensiones; de la cual, debemos obviar a la reconvencción; en tanto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 19 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, esta es improcedente.

Ahora bien, en el caso de la vía procedimental del proceso abreviado, está diseñada para conocer la reposición como pretensión principal

única, y ante el Juez Especializado Laboral; pues, así ha sido establecida en el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; lo que implica, que, de plantearse más de dos pretensiones principales, la vía procedimental sería la del proceso ordinario laboral, conforme lo establece el numeral 3.3. del acuerdo tomado en el Tema 3 del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, 2014, al precisar que:

Mientras que, al amparo de la Ley N 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, si son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquélla, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley del Trabajo.

Debemos tener en cuenta que la pretensión procesal de reposición, tramitada en el proceso abreviado como pretensión principal única, no implica, en absoluto, que para que sea procedente, la relación laboral en que se dio origen tiene que estar plenamente reconocida (o que su naturaleza sea a plazo indeterminado); puesto que, cuando se presentan situaciones en las que hay que discutir, a la par con la reposición, si la relación jurídica tiene naturaleza laboral, o si es a plazo indeterminado, podemos ampararnos en la denominada pretensión implícita, la cual nos permite que estas discusiones, aparentemente previas, se desarrollen en conjunto con la pretensión que persigue la reincorporación del trabajador o trabajadora, por estar vinculadas estructuralmente. Ello, por supuesto, siempre que se garantice el derecho de defensa de la demandada, conforme ha sido

precisado en el acuerdo sobre el tema 1 del Pleno Laboral del año 2013.

En tanto que en el proceso ordinario laboral, al no existir limitación respecto del número de pretensiones a plantear; y, mucho más, teniendo en cuenta que de acuerdo lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que establece que los jueces laborales conocen en esta vía procedimental del nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos, es óptimo reconocer que no es necesario que la relación jurídica sea, previamente al proceso, reconocida o que esta sea declarada a plazo indeterminado.

En ambas vías procedimentales, la pretensión de reposición planteada originariamente (en el acto postulatorio de la demanda), no puede ser reformulada posteriormente a su planteamiento (como permitía el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de setiembre de 2013), sino que, puede ser, en todo caso, precisada. Así, quedó establecido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2017, donde se acordó que no se puede modificar la demanda de audiencia de juzgamiento de conformidad con el art. 428 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, pero excepcionalmente se pueden efectuar precisiones o aclaraciones respecto de una pretensión en tanto no altere sustancialmente; por lo que, así las cosas, existe únicamente una sola oportunidad para definir la pretensión (que contiene al petitorio de reposición), y ella es, el planteamiento de la

demanda. Se observa entonces, que se optimiza la aplicación del artículo 428 del CPC, el cual establece, que el demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio.

Lo anterior, dota de seguridad en el trámite del proceso a ambas partes procesales, potencializándose el derecho a la defensa del demandado; pues, la contestación de demanda se realiza a los diez días después de haber sido emplazado con la demanda en el caso del proceso abreviado, en tanto que, en el proceso ordinario laboral, la contestación de demanda se realiza en la Audiencia de Conciliación. En ambos casos, solo si es que no ha existido acuerdo o si este ha sido parcial, luego de lo cual, el juez precisa las pretensiones. Esta contestación de demanda, se realiza bajo los términos fácticos y jurídicos invocados por la demandante, y ofreciendo medios probatorios – a la demanda y su contestación – de acuerdo al artículo 21 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Por ello, es vital que la demanda contenga una pretensión, no sólo inteligente, sino también precisa, a efectos de garantizar el debido proceso y derecho defensa de todas las partes procesales.

Siendo ello así, cualquier suceso fáctico cualitativo que devenga durante el trámite del despido, aun cuando esté estructuralmente vinculado a este, no puede introducirse al proceso cuyo trámite ya inició, que fue notificado a la parte demandada y cuyas pretensiones

ya fueron precisadas; pues, si bien, el proceso laboral está dotado estructuralmente del principio de informalismo y oralidad, no deja de estar guiada por la escrituralidad que fija el camino en el desarrollo del proceso judicial laboral.

Esta limitación, sin embargo, no se presenta cuando los sucesos ampliatorios tienen carácter económico (cuantitativo); pues, en estos casos se podría fácilmente invocar el ya citado artículo 428 del Código Procesal Civil, que en su penúltimo párrafo establece:

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originarias en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con traslado a la otra parte.

E incluso, conforme lo establece el artículo 31 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en cuanto al contenido de la sentencia, el juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.

En las relaciones laborales, estos supuestos pueden evidenciarse en el caso de remuneraciones devengadas, indemnizaciones por responsabilidad civil, beneficios sociales y otros; siendo que, el término común entre estos nuevos montos y el planteado originariamente, es que la relación obligacional es la misma, pero que además (sino, por lo que), devengan de la misma pretensión (la cual, solo puede ser ampliada en el monto). En el caso del artículo 428 del Código Procesal Civil, se precisa que, a los efectos de este nuevo pedido, se tienen por realizados los trámites precedentes (actos

procesales) y basta correr traslado de este nuevo pedido a la parte demandada; luego de lo cual, se continúa el trámite conjuntamente en el estado en que esté. En tanto que en el supuesto regulado por el artículo 31 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no es necesario tal precisión, en tanto no son nuevos montos los que se “amplían”, sino que únicamente se corrigen en su cálculo. Ello genera la optimización del principio de concentración y economía procesal.

En sentido semejante, y sólo a manera de ejemplo, en tanto, a diferencia del Código Procesal Civil, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo – Ley N 27584 no es de aplicación supletoria en los procesos laborales, debemos citar su artículo 16, el cual establece, sobre la Modificación y Ampliación de la demanda, que:

El demandante puede modificar la demanda, antes de que ésta sea notificada.

También puede ampliarse la demanda siempre que, antes de la expedición de la sentencia, se produzcan nuevas actuaciones impugnables que sean consecuencia directa de aquella o aquellas que sean objeto del proceso. Para tal efecto, el demandante deberá haberse reservado tal derecho en la demanda. En estos casos, se deberá correr traslado a la parte demandada por el término de tres días.

De su lectura, podemos observar que a diferencia de la “ampliación de pretensiones” establecida en el Código Procesal Civil, o de la corrección en el cálculo posibilitada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no somete su posibilidad al “quantum de la pretensión”, sino que aspira a la ampliación de cualquier acto que necesite ser impugnado y que tenga relación de causa efecto con el objeto del proceso ya iniciado, sin la

necesidad de interponer nuevos procesos judiciales; pues, la búsqueda de tutela sigue siendo la misma.

Sin embargo, ninguno de los casos anteriores posibilita la acumulación de pretensiones originadas en hechos conexos pero sucesivos, donde uno se configura posteriormente a la interposición de la demanda o notificación de esta. Incluso, el artículo 88 del Código Procesal Civil establece únicamente cuatro supuestos de acumulación objetiva sucesiva. Así, señala:

La acumulación objetiva sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;
2. Cuando el demandado reconviene;
3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos; y
4. Cuando el demandado formula el aseguramiento de la pretensión futura.

De lo cual, se puede advertir que el inciso 1 se refiere a la acumulación, por ampliación de pretensiones, la cual debe seguir, para que sea válida, los requisitos establecidos en el artículo 428 del Código Procesal Civil; el inciso 2 se refiere a situaciones en que el empleador plantea, dentro del proceso ya iniciado, pretensiones contra el trabajador demandante, lo cual, como se dijo antes, es improcedente en el proceso laboral; el inciso 3 está referido a supuestos en que se requiera uniformizar la consecuencia de las decisiones jurisdiccionales, por lo que se acumulan procesos judiciales, iniciados uno después de otro, se entiende, con pretensiones que se configuran posteriormente a la notificación de la demanda en el primer proceso; y, el inciso 4 que posibilita la

pretensión del demandado de asegurar, frente a la posibilidad de ser vencido, que un tercero en el proceso, le responda por los daños que el resultado del proceso le produjo, lo cual será establecido en la misma sentencia.

Así entonces, únicamente la acumulación de procesos permitiría tramitar en uno solo, dos causas sucesivas conexas (de acuerdo al artículo 88 del Código Procesal Civil; hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines a ellas; sin embargo, ello requiere, no solo el planteamiento de una nueva demanda, sino también seguir el trámite correspondiente establecido por el artículo 90 del Código Procesal Civil, el cual precisa:

La acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado. El pedido impide la expedición de sentencias hasta que se resuelva en definitiva la acumulación.

La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que se realizó el primer emplazamiento.

De la solicitud de acumulación se confiere traslado por tres días. Con la contestación o sin ella, el Juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido.

La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Esta acumulación será declarada de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo juzgado.

En consecuencia, actualmente, no es procedente que una pretensión (sin contenido económico) sucesiva sea incorporada al proceso laboral ya iniciado, cuando ya se han notificado a las partes procesales, sino que para ello, debe interponerse una nueva demanda, y en su oportunidad, pedir la acumulación procesal

siguiendo las reglas señaladas, lo cual afecta, el principio de economía y celeridad procesal, y la concretización de la tutela procesal efectiva en sí; mucho más, ante pretensiones ligadas estructuralmente a la prestación de servicios del trabajador (como es la reposición), que tiene efectos en el desarrollo social, personal y hasta alimentario.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL**

#### **3.1. Definición y Finalidad de la medida cautelar**

En principio, debemos tener en cuenta las medidas cautelares han surgido como:

una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria para lograr la eficacia de dichos derechos como es la tutela preventiva y la tutela de urgencia. La primera busca proteger el derecho contra la posibilidad de su violación. La tutela de urgencia tiene como finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso. A tal efecto, la referida tutela urgente acoge a la tutela cautelar y a la tutela anticipada, como expresiones de esa urgencia. No busca reemplazar a la tutela ordinaria o clásica, todo lo contrario, es un complemento pues ambas buscan lo mismo, proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva. (Ledesma Narváez, 2016, p. 16)

Como sabemos, el proceso judicial tiene la finalidad de que, escapando de la autotutela, se solucionen conflictos de intereses entre dos partes bajo la decisión de un tercero imparcial, siguiendo un conjunto de procedimientos regulados por las reglas procesales. Por supuesto, se espera que la solución de este conflicto sea definitiva y ejecutable; sin embargo, como sostiene Monroy Palacios (2002):

En el transcurso de esa discusión (litis) la relación material que motivó el proceso puede modificarse, a tal punto que la decisión final corra el riesgo de tornarse inocua. Es decir, aquella persona que recurrió al proceso, si bien obtiene una sentencia que en justicia declara el derecho a su favor, corre el

peligro de no poder concretar su pretensión debido a que la alteración de la relación material ha tornado irrealizable lo ordenado por el juez. (p. 41)

Así entendido, como sostiene el mismo autor, que las medidas o providencias cautelares constituyen un mandato judicial destinado a garantizar la efectividad del proceso, la tutela cautelar no es más que una forma de protección procesal que resuelve las controversias destinadas a asegurar la mencionada efectividad.

Por ello, cabe afirmar que:

La cautela está vinculada a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que al haber transcurrido un tiempo ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

En este sentido, la Corte Superior de Justicia de Lima ha indicado que 'las medidas cautelares son la modalidad de la actividad judicial que tiene por finalidad el resguardo de los bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica los cuales por falta de custodia, se podría frustrar la eficacia de la sentencia a expedirse. Las medidas cautelares tienen su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al proceso, busca asegurar de forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia a expedirse. (Ledesma Narváez, 2018, p. 11)

Así, la principal finalidad de la medida cautelar es asegurar el fiel cumplimiento de lo que se decidirá definitivamente en el proceso judicial, intensificando una protección adecuada, debido a los peligros que la demora del proceso pueda causar para el mismo: asegurar tutela procesal efectiva.

Ahora bien, como ha sido sostenido por la misma autora:

Las medidas cautelares no se sustentan en un juicio de certeza sino de razonable probabilidad. Es suficiente que de ese juicio de probabilidad resulte factible prever que en el proceso principal se declarará la existencia del derecho invocado por el actor. De allí que, se admita que, en ciertos casos, la comprobación de la existencia del derecho se haga de forma sumaria, o que en ciertas circunstancias pueda presumirse que exista, o que pueda admitirse su existencia, con la sola afirmación del actor.

Hay dos elementos que se requieren para construir la cautela: derecho y tiempo. El escenario en que se va a desarrollar esa tutela es uno de incertidumbres, de apariencias, donde se muestra, como referente mínimo, la verosimilitud del derecho invocado. También concurren justificantes para contrarrestar los efectos nocivos del tiempo y su incidencia con la sentencia final, de tal manera que se requiera – con carácter de urgente – acelerar la tutela judicial que se espera alcanzar.

Esta tutela puede ser asegurativa o anticipatoria, según el tipo de medida que se requiere. La medida para futura ejecución forzada y la anotación con la demanda nos ubica en el primer supuesto, en el que el embargo será por excelencia la medida tipo y se construirá con la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. En la segunda posibilidad encontramos a las medidas anticipatorias que se construyen con una alta probabilidad del derecho invocado o, como calificado por algunos autores, por una ‘certeza provisional’; y bajo la justificación de una necesidad impostergable para otorgar los efectos prácticos de la sentencia de fondo, que de manera anticipada se busca alcanzar. (p. 11)

Por tanto, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el Expediente N 1209-2006-PA/TC, citado por Ledesma Narváez (2018), debemos tener en cuenta que:

La tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del juez. (p. 11)

De allí, que su otorgamiento debe ser necesario y debidamente razonado; pues, de lo que se trata es de garantizar, en la medida idónea, la tutela jurisdiccional efectiva de la que gozan las partes en el proceso, que es

también, la finalidad de la medida cautelar, sin que ello signifique la necesidad de la certeza, pues esta solo se alcanza con la Sentencia, o Auto Final (en el caso de los procesos ejecutivos), sino de un grado de probabilidad suficiente (o en su caso, de cuasi certeza) que, en el ambiente de incertidumbre en que se encuentra el Juez y las partes del proceso durante su trámite, evidencie la eventual correspondencia del derecho peticionado.

Por tanto, la medida cautelar no solo tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de lo que en el futuro se vaya a decidir en Sentencia o Auto Final, sino de garantizar que lo que es suficientemente probable no corra el riesgo de tornarse – también – en una ilusión. Es decir, tiene una doble finalidad: 1. Asegurar la ejecución de la sentencia; 2. Asegurar que el grado de probabilidad suficiente reciba la protección adecuada para no agudizar su afectación. Esta protección resulta totalmente necesaria, sobre todo, como señala Ledesma Narváez (2018) “cuando está en juego la vida misma o la calidad de ésta, la intimidad, los derechos personalísimos”. (p. 17)

### **3.2. Fundamento Constitucional de la medida cautelar**

Con propósito de la acción tramitada en el expediente N 0023-2005-PI/TC, sobre la demanda de inconstitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del entonces vigente, artículo 15 de la Ley N 28237 - Código Procesal Constitucional, el supremo intérprete de la Constitución estableció, que:

De un lado, como norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo constituido por valores, principios y derechos fundamentales capaces de vincular a

todo el poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.

De otro lado, como norma política, su validez y eficacia está condicionada a servir de fortalecimiento del régimen democrático y a la adecuación de las normas que contiene a contextos sociales determinados, lo que impone a este Colegiado no reducir sus competencias únicamente a un mero examen formal de la Ley, sino orientarlas a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales, resolviendo los procesos constitucionales sin desconocer las cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

2. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas "(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso – de la mano del principio político de soberanía popular – al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico normativo (STC 5854-2005-PA, FJ 3)".

3. Dentro de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, el proceso en general tiene una configuración diferente en el Estado Constitucional de Derecho, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, (...).

Siendo así, el proceso, bajo la Constitución, y sobre todo, de su fuerza vinculante, cobra un sentido distinto, en tanto no solo busca resolver un conflicto bajo el aspecto procedimental o legalista; sino, busca que el proceso sea una oportunidad para evidenciar la vigencia efectiva y normativa de la norma fundamental; por supuesto, ello implica que desde el derecho de acción materializada en el planteamiento de la demanda, en el devenir procesal, y hasta la ejecución concreta de lo decidido, se

respeten los principio derechos diseñados por el Constituyente, salvaguardando no solo el debido proceso formal, sino también el debido proceso material (razonabilidad), como mínimas garantías.

Estas garantías razonables, a decir del Tribunal Constitucional, en el citado expediente N 0023-2005-PI/TC:

constituyen mandatos que buscan superar una concepción tradicional del proceso, de modo tal que éste pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de los gobiernos descentralizados – local y regional –. Ello, incluso, ha originado una nueva configuración de determinadas instituciones procesales como aquel de la acción existente para acudir a un órgano jurisdiccional en busca de tutela, sin abuso del derecho. La investigación comparatística, en base al análisis de la experiencia constitucional estadounidense del *due process*, destaca la imposibilidad de configurar una dimensión puramente “procesal” de la acción, por ello se ha destacado que la cláusula del debido proceso – *due process clause* – es susceptible de violación no solo cuando sean “irrazonables” las modalidades técnicas de ejercicio de los poderes procesales, sino también en los casos en los que la configuración misma de los derechos sustantivos – *substantive rights* –, en la incidencia sobre la posibilidad de probar su existencia en juicio, sea tal que perjudique la tutela, condicionando “irrazonablemente” el éxito del proceso. De allí que resulte razonable poder regular de manera especial el procedimiento cautelar frente a los actos legítimos de las autoridades locales y regionales.

7. De todo ello se desprende que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución se encuentra orientada a una protección procesal de los derechos fundamentales, lo que supone una teoría constitucional procesal, como primer paso para concretizar el contenido material de la Constitución, a través de la afirmación de un *contenido procesal autónomo de los derechos fundamentales (status activus processualis)*, que permite asegurar al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de la justicia constitucional para un ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales sobre la base de una autonomía procesal, constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. (fundamento A1.6)

Por su parte, Ledesma Narváez (2018), sostiene que los derechos constitucionales en cuestión se pueden clasificar de acuerdo con las partes participantes del procedimiento cautelar:

1. Para el solicitante de la medida

- a) Derecho a la jurisdicción. Traducido en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en procura de un pronunciamiento útil y eficaz que resuelva oportunamente la pretensión postulada.
- b) Acceso a la justicia. Este principio se entiende como la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la posibilidad real, concreta y sin excepciones de solicitar y obtener que el Estado, por medio del Poder Judicial, este garantice efectivamente en los hechos el ejercicio de sus derechos.

De este principio se derivan los siguientes sub principios:

- a) de pretensión a la tutela jurídica: en el sentido de que una de las partes pretende frente al Estado la tutela jurídica favorable correspondiente a una situación jurídica; b) razonabilidad técnica y axiológica que requiere de una adecuación entre los fines del proceso y los medios para lograrlos mirando siempre a la justicia intrínseca de la postulación.
- c) Justicia pronta y oportuna. El principio de afianzar la justicia, lleva a que se busque “lograr una justicia rápida dentro de lo razonable”. De este principio derivan los siguientes subprincipios: a) economía procesal: en lo tocante a la simplificación de las formas del debate; b) humanización de la justicia social: en el sentido de propender a la inmediatez y tender a la aceleración de los procesos, evitando dilaciones desleales; confianza en la buena justicia y tutela de la paz y de la armonía social; y c) eficacia de la tutela: a fin de obtener la finalidad principal del proceso, esto es: la justicia debe privilegiarse el valor jurídico eficacia.
- d) Para el afectado con la medida (destinatario)  
Derecho de defensa, que comprende:  
El derecho de ser oído (Pacto de San José de Costa Rica, arts. 7 y 9).  
El derecho a cuestionar, que comprende dos facetas: a) el principio procesal de contradicción, pero se admitirá una bilateralidad restringida previa al mandato y ejecución; y b) la posibilidad de postular la revisión judicial que se dicte, mediante los recursos legalmente autorizados.
- e) Para todos los implicados en el proceso (justiciables y jueces)  
Principio de razonabilidad que impregna todo el sistema jurídico. Vale decir, cualquier pretensión y cualquier

decisión en el proceso debe pasar por el tamiz de la razonabilidad directamente conectado con el valor justicia. (p. 300).

Estas garantías, entonces, son constitucionalmente vinculantes en el proceso laboral, debiendo respetarse no sólo en los aspectos formales, sino esencialmente materiales. Además, debe tenerse en cuenta que estas garantías no solo devienen del mandato estrictamente Constitucional, sino de disposiciones supranacionales que tienen vinculación en la normatividad interna a la luz de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Al respecto, Sumaria Benavente (2017), nos recuerda que el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que:

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un proceso breve y sencillo por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Esta norma, se precisa en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sanciona: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base del artículo 8 de la Convención Americana respecto de los alcances del “derecho al debido proceso”, el cual si bien

establecen como “Garantías Judiciales”, y que a pesar de no haber sido determinado expresamente en el texto de la Convención, la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana ha especificado este contenido como del derecho al “debido proceso” (p. 137).

Ahora bien, estas disposiciones de rango constitucional, se adentran a la esfera del proceso (y lo que ello implica: acción, defensa, procedimiento, pruebas, decisiones, impugnación, y por supuesto, medidas asegurativas), en tanto estamos frente a un ordenamiento jurídico constitucionalizado. ¿Qué implica ello?; Guastini (2015), señala al respecto:

La expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico” puede ser utilizada al menos tres significados.

(1) En un primer sentido – y éste posiblemente el significado intuitivo más común – se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución *escrita* en un ordenamiento que anteriormente no tenía.

(2) En un segundo sentido se habla también de Constitución para referirse a aquel proceso histórico-cultural que (entre el siglo XVII y el siglo XVIII) ha transformado en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y las personas sujetas al poder. Nótese, que este fenómeno es diferente del precedente, dado que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una *codificación* constitucional, es decir, en la adopción de una Constitución escrita.

(3) En un tercer sentido, se habla hoy de constitucionalización para dar a entender ese proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante. (p. 2024)

Siendo así, el ámbito constitucional y las disposiciones de la Constitución invaden al proceso, y antes de él, al legislador, y posteriormente, al juez y a todos quienes actúan en el proceso. Así, Guastini (2015), ha señalado que, “en un ordenamiento constitucionalizado, el Derecho Constitucional

tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia y las relaciones privadas”. (p. 2025)

Detalla, luego:

La legislación, por lo tanto, está condicionada por la Constitución en el sentido en que ya no es más concebida como una actividad “libre en el fin”, sino al contrario, como una actividad “discrecional”, dirigida para efectivizar la Constitución. Dicho de otro modo, el legislador no puede elegir libremente los *finés* a perseguir, sino puede únicamente elegir los *medios* más oportunos y/o más eficientes para realizar los fines heterónomos preconstituidos; aquéllos establecidos en la Constitución.

La jurisprudencia está condicionada por la Constitución en el sentido que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar directamente la Constitución en las controversias presentadas ante ellos, y no solo las leyes (civiles, penales, etcétera) (p. 2026).

Por tanto, más que nunca debe tenerse en cuenta el respeto de los derechos fundamentales en el proceso y en el procedimiento cautelar; que, como hemos visto, su finalidad es la de salvaguardar la tutela jurisdiccional efectiva del justiciable; por lo que, es acertado lo señalado por Sumaria Benavente (2017), al señalar que:

La tutela cautelar resulta de especial relevancia para asegurar la eficacia del proceso o mejor dicho de la sentencia, con lo que tiene una especial vinculación o conexión con el derecho a la tutela jurisdiccional, es en ese sentido que García de Enterría habla de la “constitucionalización de un verdadero a la protección cautelar como exigencia de una tutela judicial efectiva” (... ) en la actualidad los derechos fundamentales tienen un doble contenido subjetivo y objetivo, por ello no solo implica ese deber genérico de abstención del Estado, sino que tiene una función activa de crear las garantías institucionales para la protección de ese derecho. En consecuencia, la tutela cautelar como un derecho de protección en el proceso o la sentencia, bien puede ser un autónomo o derivado del derecho a la tutela jurisdiccional y desarrollarse a través de garantías. (p. 128).

Así, no cabe duda del fundamento constitucional que amparan a las medidas cautelares; mucho más, si el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece que:

Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

### **3.3. Principios del proceso laboral y su incidencia en las medidas cautelares**

En este punto, partiremos del reconocimiento de la vinculatoriedad de los principios en el proceso laboral, al que nos hemos referido en el punto 2.2.2. de la presente investigación. En este, se ha señalado que los principios son directrices que guían no solo la creación de disposiciones normativas (reglas), sino que también contribuyen a la interpretación adecuada que se pueda hacer sobre estas.

En cuanto a la vinculatoriedad de los principios de las medidas cautelares, debemos recordar que al ser esta institución, parte del proceso judicial, y que es el medio a través del cual, o se asegura lo que se vaya a decidir a futuro o se otorga anticipadamente y de manera provisional el petitorio planteado en la demanda, no escapa a la luz de los principios, que irradian toda actuación procesal; por ello, podemos afirmar que los principios de equidad, celeridad, economía, inmediación y otros establecidos como principios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, e incluso como fundamentos del proceso laboral, son vinculantes. Ello, incluso debe generar un mayor dinamismo en el trámite y decisiones que se tomen en las medidas cautelares, puesto que las características y fines de esta contribuyen a ello, al ser variables, instrumentales, provisionales y orientadas a la predominancia de la real tutela procesal efectiva.

### **3.4. Características de la medida cautelar**

Para adentrarnos al estudio de las características de la medida cautelar, previamente, debemos incidir que estas son propias, y se debe a la autonomía estructural de la que goza. Al respecto, el artículo 635 del Código Procesal Civil, establece que todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.

Sin embargo, en este acápite, debemos tener en cuenta que la medida cautelar no está contenida en un proceso en sí, sino en un procedimiento, tal como sostiene Monroy Palacios (2002); puesto que:

mientras una resolución de conocimiento (sea mera declarativa, de condena o constitutiva) o ejecutiva realizada en formato de sentencia implica la finalización del proceso, o por lo menos la culminación de una instancia o grado, la resolución cautelar siempre se da durante el trámite del proceso y su eficacia perece con la culminación del mismo. Por tanto, el procedimiento para otorgar una medida cautelar carece de un requisito esencial para convertirse en un proceso judicial: concluir un conflicto de intereses o con una incertidumbre con relevancia jurídica, satisfaciendo de manera definitiva a las partes. (p. 129)

Así pues, la medida cautelar, señala el mismo autor, es un instrumento del proceso que aparece en su tramitación bajo la figura de un incidente, es solo una herramienta del proceso, capaz, eso sí, de procurar la eficacia de éste. (p. 131). Este supuesto, dota a las providencias o incidentes cautelares de cierta autonomía y por tanto, de determinadas características que la diferencian del proceso al que se debe.

Al respecto, citando a la Corte Suprema, en la Cas. N 006-2001-Lima, ha señalado que:

el proceso cautelar, doctrinaria y legalmente es autónomo pero ello no quiere decir que la resolución final ponga fin a la

instancia toda vez que requiere del proceso principal, en la que se resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses o se elimine la incertidumbre jurídica, en donde pueda aplicarse la medida cautelar. (p. 23)

Siendo así, a partir de esta autonomía: característica estructural, el procedimiento cautelar tiene otras características, que serán señaladas a continuación.

### **3.4.1. Jurisdiccional**

Tal como sostiene, Ledesma Narváez (2013):

El aseguramiento no es una actividad exclusiva de las medidas cautelares; ella puede alcanzarse por mecanismos extrajudiciales, como la hipoteca, la prenda y la anticresis, por citar. Se constituye fuera del proceso y cumple fines análogos a las medidas cautelares.

Opera como cautela preconstituida como la prenda, la hipoteca, la fianza, cuyo origen es consensual, a diferencia del origen jurisdiccional de la medida cautelar pues nace por un mandato judicial para estar al servicio del proceso judicial que se ha iniciado o está por iniciarse; en eso radica el carácter jurisdiccional de la medida y porque, además, a través de ella se busca asegurar la paz social al lograr la eficacia de la sentencia. (p. 484)

Al respecto, Mauricio Ottolenghi (1946), como se citó en Ledesma Narváez (2013), ha señalado:

si la sentencia representa un acto por el cual el Estado resuelve con carácter definitivo una controversia entre partes, y cuya sentencia lleva implícita la cosa juzgada y su fuerza ejecutoria, es de toda lógica que el Estado, al pronunciarse, haya dispuesto poner en manos del que ha obtenido una sentencia favorable el derecho de exigirle el auxilio de la fuerza pública y de toda su autoridad, para obligar al vencido al cumplimiento de esa sentencia, en caso de que no lo hiciera voluntariamente. Y si ese poder, que va implícito con aquella sentencia, no pudiera ejercitarse por razones de demora en los trámites o inconvenientes de orden procesal, resultaría de toda evidencia que la función jurisdiccional carecería de objeto práctico, que la resolución del tribunal sería meramente teórica y solo posible para determinada clase de sentencias, pero no comprensiva de todas ellas. El Estado habría dejado así, por razones de técnica o de reglamentación, de cumplir con uno de sus fines. (p. 484)

Monroy Palacios (2002), sobre esta característica, señala que:

El carácter jurisdiccional de las medidas cautelares obedece, por tanto, a una prolongación del poder-deber del Estado de impartir justicia, en la cual se pretende “tutelar el orden – en realidad, ordenamiento – jurídico”, garantizando los derechos constitucionales que informan al proceso, a través de la concentración de los medios adecuados para la eficaz solución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica. (p. 150)

En este sentido, la medida cautelar está dotada de las características que la jurisdicción desata a partir de sus decisiones; esto es, coertio y executio.

### **3.4.2. Prejuzgamiento**

Ledesma Narváez (2013), ha señalado que:

La medida cautelar importa un prejuzgamiento porque el juez al pronunciarse sobre ella, sea estimándola o desestimándola, anticipa opinión, pero no vincula lo expuesto en la resolución cautelar con la decisión final (sentencia). El juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada en la sentencia. Si bien se obtuvo la medida cautelar con base a una apariencia del derecho, ese criterio puede ser alterado por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que hubiese tomado antes de ella. En otras palabras, la sentencia pronunciada en el expediente principal no se encuentra condicionada por la decisión cautelar; puede ser incluso desfavorable para quien obtuvo la medida, generando los efectos del artículo 630 del CPC (levantamiento de la medida) (p. 486)

Por tanto, este ‘prejuzgamiento’ no importa un análisis que vaya a incidir más que en la decisión cautelar, debiéndose a la estricta necesidad de analizar la pertinencia e idoneidad del otorgamiento de la medida solicitada. Al respecto, en el mismo estudio, se señaló que:

Este prejuzgamiento se realiza bajo la necesidad de una prevención urgente, para lo cual no se busca la certeza, pues alcanzar esta llevaría un largo tiempo. Lo que se busca es aproximarse a esa certeza a través de una simple apariencia del derecho como resultado de una cognición mucho más expeditiva y superficial. El prejuzgamiento se limita en todos los

casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud de la que se logra una hipótesis que cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si se corresponde con la realidad. (p. 64)

### 3.4.3. Provisoria

Sobre esta característica, se ha sostenido que:

La medida cautelar no es permanente ni absoluta, ni menos se puede asociar la cosa juzgada material a ella. Eso significa que tiene una duración limitada en el tiempo porque está relacionada con el fallo definitivo. Está vinculada con su vigencia, en cuanto está destinada a cesar tan pronto agote su función; por lo tanto, en el caso de las medidas cautelares se mantienen sus efectos mientras no se dicte resolución final en el expediente principal.

A través de este mandato provisorio se busca eliminar los efectos nefastos del tiempo (peligro en la demora). Precisamente, uno de los elementos a considerar en la medida cautelar es el tiempo; superado ello, la medida cautelar puede levantarse o desaparecer, por el carácter provisorio de esta. El otro referente que se toma en cuenta para dictar la medida es la apariencia del derecho. Esa apariencia puede afirmarse o desaparecer conforme avanza el proceso. A diferencia de lo que ocurre cuando se emite una declaración de certeza, la decisión que se dicte en una medida cautelar no será definitiva, pues se admite el efecto del principio del *rebus sic stantibus*, de modo que la medida puede ser variada si cambian las circunstancias que justificaron su dictado. (Ledesma Narváez, 2013, p. 489)

Monroy Palacios (2002), sostiene que:

Debemos tener en cuenta que es principio en derecho procesal que toda cognición sumaria tiene como característica la imposibilidad de que las resoluciones obtenidas en base a ella sean inmutables de plano, obligándose así al juzgador a que forme cognición plena para brindar una tutela definitiva. Por ello decimos que la medida cautelar es provisional, en oposición a la sentencia que, al ostentar la autoridad de cosa juzgada, está destinada a ser definitiva. (p. 154)

Esta característica, se evidencia a partir de que dentro del procedimiento cautelar no existe la resolución (decisión) inmutable: cosa juzgada, sino que esta decisión, que busca proteger la eficacia del proceso en sí, debe ser provisorio; dependiendo estructuralmente

del fin (si se mantiene o no) que en el caso en concreto busca materializar. Sin embargo, ello no quiere decir que las medidas cautelares no tengan eficacia, pues esta deviene de su propia naturaleza.

Al respecto, la misma autora, ha sostenido que:

Las medidas cautelares sí se encuentran sometidas a un régimen de estabilidad que, sin llegar a ser absoluto como el que impone la autoridad de cosa juzgada, ejerce una eficacia considerable respecto de los intereses de las partes y el adecuado desarrollo del procedimiento. Se trata de la preclusión. Se trata de la preclusión, principio que afecta a todas las actividades procesales y que por consecuencia se expresa, bajo ciertos matices, durante la tramitación de la controversia cautelar. (p. 159)

#### **3.4.4. Instrumental**

Las medidas cautelares tienen esta característica, puesto que, según

Ledesma Narváez (2013):

Más que hacer justicia, contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de esta. Definitivamente, no hay proceso cautelar sin la existencia del proceso definitivo, de ahí que se dice que la medida cautelar nace al servicio del proceso; agotado este, sea por sentencia, transacción, conciliación, desistimiento, abandono, entre otros supuestos, la medida cautelar cae.

Las medidas constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para la defensa de la persona y de los derechos; por lo tanto, deben encontrarse vinculadas con la pretensión principal a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho esgrimido. Dicho de otro modo, una resolución que no es instrumental respecto a la eficacia de una resolución principal no es en realidad cautelar. A pesar de la referida vinculación ello no puede significar que la medida cautelar tenga un “objeto” y un “trámite” que coincidan con el objeto y el procedimiento del expediente principal, pues si ello se admitiera conllevaría a que existan dos procesos iguales y paralelos, situación que no es el caso de la cautela, pues el objeto no es la definición del derecho de fondo, sino brindar “medidas de aseguramiento” sobre ese derecho, contenido en la sentencia final. El procedimiento cautelar es autónomo, sigue sus propias reglas y principios que lo distinguen del principal. (p. 431)

Sobre esta característica, Monroy Palacios (2002), siguiendo a Calamandrei y Montero, ha señalado que existe.

Una instrumentalidad cualificada, es decir, que la medida cautelar cumple una función especial en relación a los demás actos procesales; mientras ellos colaboran a la culminación del proceso, las medidas cautelares añaden un elemento vital al asegurar la eficacia de aquél.

La medida cautelar es instrumental respecto de la discusión principal desarrollada en el proceso porque, repetimos, garantiza la eficacia de éste, sin embargo, la discusión que se suscita en el plano cautelar para la obtención o rechazo de la medida, en nada incide respecto de la discusión sobre el mérito del proceso y, mucho menos, sobre el resultado de la decisión final. (p. 152)

#### **3.4.5. Variable**

Al respecto, Ledesma Narvárez (2013), sostiene que:

La variación permite la mutación de los elementos de la resolución cautelar, atendiendo a la modificación de las circunstancias sobre cuyas bases se decretaron; así como también, su restablecimiento en consonancia con nuevos elementos de juicio que se aporten, pues la providencia que las decreta no es alcanzada por los efectos de cosa juzgada material, es decir, pueden ser sustituidas unas por otras, ampliadas, revocadas o reducidas en cualquier momento luego del examen correspondiente al juez.

Precisamente porque la resolución que ordena la medida cautelar no causa estado, no rige el principio de preclusión, por cuyo motivo la sustitución o variación puede ser peticionada en cualquier momento luego que se produzca la modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo en que se dictó el mandato cautelar.

La medida anticipatoria no podría ser tributaria de esta característica porque el adelanto de la tutela aparece como la única manera de evitar el perjuicio irreparable que ocasionaría recorrer todo el desarrollo del proceso incoado, precisamente para satisfacer una pretensión concordante con la adelantada. (p. 495)

### **3.5. Requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo**

La NLPT regula en el capítulo IV el proceso cautelar, estableciendo:

#### **Artículo 54.- Aspectos generales**

A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte.

Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal.

En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales.

Como se evidencia de su lectura, tres aspectos resaltan: 1. La tutela cautelar sólo procede a pedido de parte y su otorgamiento es a solo conocimiento de esta; 2. El Juez es quien analiza la idoneidad de la medida cautelar, pudiendo variarla respecto de la que fue solicitada, si considera que es más idónea para asegurar la pretensión principal; 3. Procede cualquier tipo de medida cautelar (incluso genéricas); sin embargo, el proceso laboral ha diseñado medidas cautelares especiales.

En tanto, el artículo 55 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece:

#### **Artículo 55.- Medida especial de reposición provisional**

El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple 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; y
- c) el fundamento de la demanda es verosímil.

Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia.

Como se observa, la tutela cautelar puede devenir de una Reposición Provisional, la cual es otorgada si cumple los requisitos ordinarios. ¿Cuáles son los requisitos ordinarios? La Nueva Ley Procesal del Trabajo no da respuesta a esta interrogante, sin embargo, si consideramos que su Primera Disposición Complementaria establece que en lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil, entenderemos que estos denominados requisitos ordinarios son los establecidos en el artículo 610 y 611 del referido Código.

El artículo 610 del Código Procesal Civil establece:

610: Requisitos de la solicitud

El que pide la medida debe:

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

En tanto que el artículo 611 del Código Procesal Civil establece:

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar.-

El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Así entonces, observamos que existen dos tipos de requisitos “ordinarios”:

1. Los que debe cumplir el solicitante, y 2. Los que debe evidenciar y motivar el Juez. Si los primeros no se presentan, la petición cautelar será declarada inadmisibile, o en su caso, improcedente; en tanto, que si no se cumplen los segundos requisitos, la medida solicitada devendrá en infundada. Ahora, ambos requisitos deberán estar enlazados permanentemente; es decir, el solicitante de la medida tendrá que asegurarse de que el Juzgador comprenda, no solo su requerimiento, sino también las razones lógicas en las que se sustenta, a efectos de que, a su vez, motive la decisión cautelar.

Como vemos, existen requisitos de fundabilidad, los cuales una vez evidenciados, se otorga o rechaza la medida cautelar. De acuerdo a la disposición contenida en el artículo 611 del Código Procesal Civil estos son: verosimilitud del derecho, necesidad de la decisión preventiva por constituir peligro en la demora, adecuación en la medida. Es necesario evidenciar también, que el requisito de contracautela no se encuentra precisado dentro de este artículo, sino en el 610; lo cual, puede llevarnos a concluir, prima facie, que este, más que un requisito de fundabilidad de la medida cautelar, es un requisito de procedencia para su otorgamiento o de ejecución de la misma.

Ahora, el artículo 613 del CPC, establece que:

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de

propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

Siendo así, evidenciamos que, si la contracautela es personal, debe ser ofrecida en el escrito que contiene la solicitud cautelar, en tanto que si es de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución que admite la medida; por tanto, en el primer caso estaríamos ante un requisito de procedibilidad, y en el segundo, en requisito para la ejecución de la misma.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, Priori Posada (2011), ha señalado que:

Consiste en que el juez, sobre la base de los medios de prueba ofrecidos por el demandante y atendiendo a los fundamentos expuestos en la demanda, aprecie si es probable que al término del proceso dicte una sentencia que declare fundada la pretensión.

No es necesario, por ello, que el juez esté convencido acerca de la posición que debe adoptar: basta la probabilidad. Mientras que la certeza es requerida por el juez para dictar sentencia, la verosimilitud le es exigible para dictar una medida cautelar. (p.270)

Esta verosimilitud, por supuesto, no solo se debe fundar en los argumentos esbozados en el planteamiento de la demanda, sino también en los medios probatorios que se ofrezcan y que sean sustento de la acción planteada. Así, Vinatea Recoba (2011), precisa que existen tres momentos donde se pueden evidenciar el nivel de probabilidad:

1.1. Delimitación del hecho: Es el ejercicio en el que el juez debe fijar cual es el hecho materia de controversia y que genera la pretensión cautelar. Consideramos que esta acción es esencial en el proceso de calificación de una solicitud cautelar, porque permite al juez concentrarse en la materia controvertida, centrando únicamente su análisis en los hechos que componen el conflicto y que como tal requieren una posterior acreditación, dejando de lado hechos que no sean parte del conflicto de intereses entre las partes.

1.2. Acreditación liminar del hecho: Es el proceso de convicción liminar o inicial que los medios probatorios de la solicitud cautelar deben causar en el juez sobre la existencia o no del hecho materia de conflicto.

Lo anterior evidencia que el otorgamiento de una medida cautelar en el marco de nuevo proceso laboral rompe el esquema de la litigación oral que la norma ha introducido, porque en esencia se trata de una actividad de naturaleza unilateral del juez, sin la participación de las partes, sin el uso de la herramienta de la oralidad, sin la posibilidad de actuar medios probatorios en presencia del juez, por lo que se desprende que su uso debe ser en casos de excepción, cuando el juzgador tenga un nivel de convencimiento tan alto que difícilmente cambie en el desarrollo del proceso oral.

1.3. Consecuencia del hecho: Es la parte final de todo este proceso, cuando el juez concatena el hecho acreditado con una consecuencia jurídica determinada y por los efectos de antijuricidad del hecho procede a otorgar la medida.

Se puede concluir que dentro del cambio que la NLPT ha introducido en el tema cautelar, el requisito de la apariencia del derecho o fundabilidad de la pretensión para de ser un elemento (mal entendido en la actualidad) netamente jurídico-argumentativo a una real pretensión material-procesal, porque no basta la afirmación del hecho antijurídico que amerita una tutela de urgencia, es necesario el sustento material que acredite su existencia para la obtención de una acción judicial de urgencia, concepto que es una real garantía para la parte que será objeto de la medida cautelar. (p. 283)

Respecto al peligro en la demora, Priori Posada (2011) sostiene que para que se presente este i) El riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; y, ii) El riesgo de daño jurídico debe ser inminente (p.267), lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia. Sobre el primero, precisa que:

No basta por ello acreditar que la situación jurídica se encuentra en una situación de riesgo o de peligro (...); lo cual se debe acreditar es que el riesgo de daño jurídico se deriva de la demora del proceso en particular.

El análisis que hay que realizar es entonces el siguiente: de qué, cómo y sobre la base de qué hechos concretos (en este caso la demora en el proceso) puede generar un peligro de daño a la efectividad de la sentencia. (p.627)

En tanto que, sobre el segundo punto, el mismo autor ha señalado:

Se trata de verificar, entonces, que el riesgo sea inminente, lo que justifica la urgente necesidad de que se dicte una medida cautelar.

La inminencia no es cualquier evento que puede ocurrir en el futuro, sino un elemento que supone que la situación que se describe como peligro en la demora esté por ocurrir o esté ocurriendo, lo que debe ser evaluado atendiendo a las circunstancias del caso propuesto y la naturaleza de la situación material respecto de la cual se discute en el proceso. Lo inminente es algo cercano, próximo, que está por ocurrir.

De modo general, no se exige para el peligro en la demora la evaluación de si el daño que se teme es irreparable o no; salvo para los casos de las medidas cautelares, para los que específicamente la ley lo requiera. (p. 268)

Ahora bien, ¿tiene niveles de intensidad el peligro en la demora? Al respecto, la doctrina citada anteriormente señala que, dado el amplio alcance de la tutela cautelar en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario tener en cuenta que, para algunos casos específicos de medidas cautelares, el Código Procesal Civil, exige un peligro calificado o, si se quiere, un mayor peligro en la demora (p.269). Ha establecido también los siguientes supuestos:

Así, el artículo 674 del CPC, al establecer de manera general los presupuestos para la concesión de una medida cautelar anticipada sobre el fondo, establece: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide (...)”. En este caso, el legislador no se refiere al peligro en la demora en los términos en los que lo hizo en la norma general (“es necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora en el proceso”), sino que alude a él utilizando la frase “necesidad impostergable”, poniendo énfasis en el elemento de la *inminencia* del perjuicio; y a nuestro juicio, exigiendo un grado mayor de peligro.

Por otro lado, el artículo 682 del CPC, que regula la medida cautelar innovativa, señala que “ante la inminencia de un perjuicio irreparable (...)” puede el juez conceder una medida cautelar de innovar. Dicha referencia se repite en el artículo 685º del CPC al regular específicamente la procedencia de una medida cautelar de innovar ante supuestos de abuso de derecho. De igual forma en el artículo 687 del mismo Código, en el que se regula la medida cautelar de no innovar, se

dispone que ella procede “ante la inminencia de un perjuicio irreparable”.

De esta manera, se puede observar que en el caso de las medidas cautelares de innovar y de no innovar se requiere que el perjuicio sea *inminente*, a lo que se agrega la *irreparabilidad* del perjuicio, condición ésta última que determina que también las medidas cautelares de innovar y de no innovar tenga un carácter excepcional, carácter que el legislador ha cuidado repetir tanto en el artículo 682 (que regula la medida cautelar de innovar) como en el artículo 687 (que regula la medida cautelar de no innovar), utilizando en ambos casos la misma frase: “esta medida es excepcional, por lo que sólo procederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”. (p. 269)

En cuanto al requisito de adecuación o razonabilidad en la medida, Monroy Palacios (2002) señala que se busca:

a) mantener la igualdad en el proceso, y b) evitar perjuicios innecesarios, por medio de la represión de actos ilegítimos o que impliquen un abuso del derecho procesal. Se trata de la adecuación, es decir, de la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración. (p. 189)

Sobre este requisito, ha señalado el mismo autor:

En primer lugar, resulta necesario que tengamos claro que se trata de un requisito presente durante toda la tramitación del procedimiento cautelar y durante la vigencia de la medida, inclusive luego de que aquel procedimiento ha culminado. Se fundamenta en el hecho de que los procesos judiciales deben desarrollarse no sólo en base al cumplimiento estricto de las normas vigentes, sino en la necesidad de que aquellos preceptos deban ser adaptados a los particulares requerimientos del objeto del proceso y de la situación de las partes para, a través de un juez director del proceso – que no confunda imparcialidad con neutralidad, por ejemplo –, promover en los sujetos la puesta en práctica de los principios de lealtad y probidad, así como el principio de colaboración entre el juez y las partes – entre otros – con el firme propósito de llevar a cabo actos procesales destinados a concluir de la forma más justa y oportuna con una decisión sobre el fondo, pasible de tornarse eficaz también en el plano material (efectividad). (p. 194)

Ahora, esta adecuación no debe analizarse únicamente respecto del pedido cautelar, sino también – y principalmente – al momento de analizar

y decidir su otorgamiento. Para ello, debemos recordar el poder del Juez al momento de determinar el otorgamiento de la medida cautelar, reconocido por el Código Procesal Civil y por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, cuando establece: Artículo 611 del Código Procesal Civil el juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada; en tanto que, el artículo 54 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. Sobre este poder de adecuación del petitorio cautelar, Monroy Palacios (2002), señaló que:

En este supuesto, la cuestión es mucho más compleja teniendo en cuenta que entran en directa confrontación el aforismo *iura novit curia* y el carácter publicístico que se le puede otorgar a la medida cautelar, por un lado, frente al principio de la demanda y el de congruencia, como expresiones del principio dispositivo, por el otro.

Según el aforismo indicado, el juez tiene la potestad de interpretar el derecho objetivo de manera tal que se otorgue al justiciable una tutela procesal idónea con su particular situación jurídica. Por ello, comúnmente se señala que el juez conoce el derecho, pero le está vedada la posibilidad de modificar el petitorio o los fundamentos de hecho. Sin embargo, a nuestro entender, en sede cautelar se relativiza dicha información al punto en que el juzgador tiene el deber de adecuar la medida solicitada (el pedido), sea cuando encuentre que otra medida garantiza de igual forma la eficacia del proceso (con la ventaja, por ejemplo, de que provoca un perjuicio de menor magnitud sobre quién será afectado con aquella) o, principalmente, cuando advierta una incongruencia o desproporcionalidad entre el pedido cautelar y la que se pretenda asegurar. (p. 195)

Ledesma Narváez (2013) ha señalado que:

La adecuación de la medida está vinculada con la posibilidad de la flexibilización que permite que el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes,

pueda disponer de una medida cautelar distinta a la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger. La razón que se señala es que el juez solo cuenta con los elementos de juicio unilaterales aportados por el actor, por ello debe ejercer la facultad con extremada prudencia, circunscribiendo la sustitución o la limitación a aquellos supuestos en que la medida solicitada resulte manifiestamente exorbitante o inapropiada. Dicha facultad no puede ejercerse cuando la medida ya ha sido cumplida y notificada, en cuyo caso está a cargo del afectado requerir la sustitución o limitación. (p. 184)

### **3.6. Medida cautelar como garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y su relación con la pretensión de reposición**

Ahora bien, la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida como principio de la función jurisdiccional en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política, implica, por su naturaleza misma, la posibilidad de un acceso a la justicia (materialización de la acción), el desarrollo de un debido proceso (formal y material), y el pleno cumplimiento de lo decidido, traducido en actos materiales y no simples declaraciones. Así, en caso de la pretensión de reposición, cuando esta tenga fundados elementos de convicción y como consecuencia se declare fundada, deberá materializarse en la reposición concreta, dentro de los plazos establecidos por la judicatura; para lo cual, deberán respetarse los denominados principios y fundamentos del proceso laboral regulados en el Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo así como la naturaleza del proceso laboral: dispositivo – inquisitivo, que implica que en cualquier estado del proceso, incluido ejecución, el juez tenga un rol protagónico y cuide que la desigualdad fáctica entre las partes, no afecte el trámite y resultado del proceso.

En dicho objetivo, la medida cautelar contribuye a la formación del objeto de la tutela procesal efectiva, al buscar – y materializar – que las actuaciones dañinas contra el trabajador demandante, no sigan causando sus efectos, aun cuando el proceso denominado como principal, siga su trámite. Para ello, como ha quedado establecido en el marco teórico de esta investigación, el interesado en que se emita una decisión cautelar, debe peticionarla ante el mismo juez que conoce la causa principal, fundamentando la verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, idoneidad de la medida a dictar, y señalando la caución correspondiente (este requisito, puede señalarse en la ejecución de la medida). Estos requisitos, como hemos visto, son menos intensos en el caso se plantee una medida cautelar de ejecución anticipada de sentencia. Debe tenerse en cuenta, además, que existe una directa relación entre tutela procesal efectiva y medida cautelar, puesto que esta última asegura anticipadamente que la primera se materialice efectivamente. De allí que se sostenga, que en múltiples ocasiones, cuando por fin se obtiene una decisión judicial fundada a favor del demandante, esta no es más que una simple declaración, pues en el ánimo de desconocer los derechos reconocidos, el demandado puede materializar un conjunto de actos a desaparecer el bien u objeto que aseguren la materialización de lo decidido. O, incluso cuando ello no se provoque, la intensidad de la protección de los derechos afectados que motivaron la acción judicial, pueden verse afectados al punto de convertirlos en irreparables o con graves lesiones a su contenido esencial; por ello, nuevamente, la medida

cautelar tiene relación directa con la tutela jurisdiccional, pues es, su instrumento asegurador.

Así entonces, la pretensión de reposición únicamente se verá protegida, siempre que se otorgue efectividad a la fundabilidad de la misma, lo que implica, no sólo la materialización de lo decidido, sino también la protección de lo que puede, a futuro decidirse; así como, que no se permita, en el trámite mismo del proceso judicial, que los derechos conculcados con el despido arbitrario (en sentido genérico) se sigan viendo mellados. Por ello, las medidas cautelares que puedan permitir la reposición del trabajador antes de que la decisión a sentenciar tenga la calidad de cosa juzgada, deben ser realmente efectivas.

¿Qué implica ello? Pues, que el Estado cumpla su deber de establecer procesos sencillos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales. En este marco, actualmente la NLPT establece dos medidas cautelares específicas que el trabajador puede petitionar para proteger su pretensión de reposición: reposición provisional y asignación provisional; y así mismo, ha establecido que son aplicables al proceso laboral, las medidas cautelares reguladas por el Código Procesal Civil, que para el caso en que se busque proteger directamente la pretensión de reposición, deberán ser aquellas que concreten la reincorporación a la prestación de servicios del trabajador petitionante, las cuales deben ser sencillas y céleres en su trámite y efectivas en su decisión. En consecuencia, existe una relación directa entre la pretensión de reposición, tutela jurisdiccional efectiva y medida cautelar.

### **3.7. Trámite y efectividad actual del procedimiento cautelar que ordena la reincorporación del trabajador**

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, en cuanto al trámite, únicamente establece en su artículo 54 que puede plantearse dentro o fuera del proceso; por lo que, nuevamente, en aplicación de su Primera Disposición Complementaria nos debemos remitir al Código Procesal Civil para analizar el procedimiento de las medidas cautelares, así como su nivel de efectividad.

Al respecto, el CPC establece:

#### **Artículo 637.- Trámite de la medida**

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.

#### **Artículo 636.- Medida cautelar fuera de proceso**

Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de

pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

Artículo 640.- Formación del cuaderno cautelar.- En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal.

Como se observa, el trámite de las medidas cautelares fuera del proceso (antes de la demanda) se diferencia del trámite que se sigue cuando la medida se plantea posteriormente al planteamiento de la demanda, en los trámites previos, así como los requisitos; sin embargo, posteriormente al planteamiento de esta, el procedimiento es el mismo.

En cuanto a la efectividad de la medida cautelar, concepto relacionado directamente a la ejecución de la medida, así como a la duración de ésta, el Código Procesal Civil, establece:

Ejecución de la medida.-

Artículo 641.- La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.

Artículo 630.- Cancelación de la medida

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Artículo 619.- Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.

Por tanto, la ejecución de la medida cautelar está garantizada por la fuerza y exigencia de ejecución de la que goza la jurisdicción; mucho más, si como hemos evidenciado anteriormente, la medida cautelar tiene la característica de ser jurisdiccional.

Ahora bien, en caso la demanda sea declarada infundada, la medida cautelar queda cancelada. Nótese que la disposición normativa establece una condición fáctica que per se obtiene la medida cautelar. Agrega que ello sucede, aun cuando la sentencia haya sido apelada. La disposición no señala cuál será la consecuencia en caso la demanda sea declarada improcedente, o el Juez que otorgó la medida sea declarado incompetente, limitándose a establecer en su artículo 609, que, si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro Juez, éste conocerá también del proceso cautelar. Para estos efectos, consideramos debe establecerse si la medida ya otorgada deberá cancelarse o seguirá, en el procedimiento en que esté, su trámite. Cabe anotar que los efectos de la medida cautelar se extienden hasta la resolución que tiene por resuelta la demanda de manera definitiva.

Sin embargo, bajo este procedimiento, no se establece cuál es el trámite a seguir en caso la reposición que se esté materializando por efectos de la medida cautelar, se ve interrumpida, por el despido que impone – en cualquiera de sus formas – el empleador al trabajador.

### **3.8. Medidas cautelares en el proceso laboral que permiten la reposición del trabajador, y la posibilidad de imponer el despido durante su vigencia**

Para adentrarnos a este estudio, previamente debemos tener en cuenta que la Nueva Ley Procesal del Trabajo únicamente establece un tipo de medida cautelar específica que cumple, en su consecuencia, con reponer materialmente al trabajador demandante. A este tipo de medida cautelar se la ha denominado Medida Cautelar de Reposición Provisional. Si bien, la misma Ley ha establecido que frente a la pretensión de reposición, el demandante puede petitionar la medida cautelar de Asignación Provisional (artículo 56 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo), ésta únicamente persigue que durante el tiempo que dure el despido, el trabajador sea amparado con un monto económico, con cargo a su CTS, más no persigue, y menos materializa, la reposición material del trabajador.

Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que no existen otras medidas cautelares que puedan, como consecuencia de su otorgamiento, permitir la reposición del trabajador o trabajadora demandante; pues, como ya se ha dicho antes, la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que, en lo no previsto por esta, será de aplicación supletoria las disposiciones establecidas en el Código Procesal Civil. Por tanto, debemos recurrir a su normatividad, a efectos de evidenciar qué otras medidas cautelares aseguran la reposición del trabajador, en tanto se continúa discutiendo el proceso principal que dará fin al proceso.

Así, debemos tener en cuenta que el Código Procesal Civil establece en su Título IV: Proceso Cautelar, en resumen, lo siguiente:

Tabla 3  
*El proceso cautelar*

	M. Cautelar Genérica	M. Cautelar Específica
A plantear dentro o fuera del proceso	a. Reserva de plaza (ej.) b. Mantener presupuestada la plaza (ej.)	a. Embargo b. Secuestro c. Medida temporal sobre el fondo d. Asignación anticipada de alimentos e. Medida innovativa f. Medida de no innovar g. Ejecución anticipada de sentencia

*Nota:* Elaboración propia

Ahora bien, conforme indica el Código Procesal Civil, dentro de las medidas cautelares específicas, el embargo – en sus distintas modalidades – procede cuanto la pretensión principal es apreciable en dinero (artículo 642); el secuestro, cuando el proceso tiene como objeto la dilucidación del derecho de propiedad o posesión de un determinado bien (artículo 643); la asignación anticipada de alimentos, cuando en el proceso se discute la prestación de alimentos (artículo 675); mientras que, la medida cautelar temporal sobre el fondo, ejecución anticipada de sentencia, la medida innovativa y la de no innovar, tienen un rango más amplio de aplicación, en tanto no limitan su otorgamiento a un tipo de pretensión. Sin embargo, ante la pretensión de reposición, siendo que se necesita que el trabajador haya sido efectivamente despedido, y teniendo

en cuenta que la finalidad de la reposición es que el trabajador retorne a prestar servicios, la medida cautelar de no innovar no resulta útil, toda vez que con esta lo que se busca es que una situación se mantenga, no que se modifique. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 687 del Código Procesal Civil, al establecer que:

**Artículo 687.- Prohibición de Innovar**

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

En consecuencia, las medidas cautelares específicas que permiten la reposición del trabajador o trabajadora, serían: i) la medida cautelar temporal sobre el fondo; ii) medida cautelar de ejecución anticipada de sentencia; iii) medida cautelar de innovar; y, iv) medida cautelar de reposición provisional.

### **3.8.1. Medida cautelar temporal sobre el fondo**

El artículo 674 del Código Procesal Civil establece:

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público

Así, el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en los procesos laborales, establece claramente que, a manera excepcional, el juez puede decidir otorgar en medida cautelar, lo que correspondería decidir en sentencia, necesitando para ello, contundencia en los fundamentos – fácticos y jurídicos – y medios probatorios de la

demanda. Así entendido, este tipo de medida cautelar es la excepción de la excepción, y por ello mismo, requiere un estándar más alto o nivel de verosimilitud: casi certeza.

Su finalidad, como se observa de la disposición normativa, no es meramente asegurativa, sino, sobre todo, que se otorgue en el menor tiempo posible lo que se decidirá a futuro en el proceso principal; es decir, no es una medida que busque asegurar la eficacia de lo que se vaya a decidir, sino que es propiamente lo que se va a decidir. Sobre esta medida, Salas Villalobos (2015), ha sostenido:

En concepto de Zavaleta Carruitero la ejecución anticipada solo procede en casos específicos y en forma excepcional, constituye una medida extraordinaria autorizada por la Ley, dado que solo procede cuando se presentan casos debidamente justificados; es decir, que el Juez evalúa si efectivamente las circunstancias ameritan decretar una ejecución anticipada.

Es importante destacar que el elemento constitutivo de la figura normativa es la “ejecución anticipada” que puede declararla el Juez atendiendo a una necesidad impostergable de quien la solicita, la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada, siendo, además, una medida de carácter excepcional. Al parecer, la fórmula normativa se aproxima bastante al concepto de las autosatisfactivas, ya que ambas coinciden en la firmeza del fundamento equivalente a la casi certeza, necesidad impostergable compatible con la emergencia de la tutela; y la excepcionalidad de la medida. Difieren, no obstante, en que las temporales sobre el fondo se advierten instrumentales, en cuanto se sostienen también en la firmeza de la prueba aportada; mientras que en el caso de las autosatisfactivas, pueden también ser exclusivamente fácticas. En resumen, en cuanto al concepto de las medidas temporales sobre el fondo, se advierte regular similitud a las autosatisfactivas; sin embargo, la diferencia radicará en lo referente a su aplicación práctica y concreta para solucionar la emergencia de la tutela reclamada. (p. 364)

En cuanto a la pretensión de reposición y la medida cautelar temporal sobre el fondo, resulta perfectamente procedente su pedido; claro está, para su otorgamiento concreto debe presentarse, además de la

necesidad de una decisión impostergable, la casi certeza de que el despido ha sido arbitrario (en sentido genérico). Además, deberá analizarse si tal decisión es reversible o afecta el interés público. Así, toda vez que el trabajador repuesto puede ser, luego, cesado por mandato judicial: cancelación de la medida, y siendo que percibirá una remuneración por trabajo efectivamente prestado, no se configurarían los supuestos de irreversibilidad o afectación al interés público; sin embargo, si se tiene casi certeza de que corresponde el derecho a ser repuesto, y existe una necesidad impostergable de la medida, procesalmente, resulta más ventajoso pedir una medida cautelar de reposición provisional; situación que por supuesto, se deberá analizar en cada caso en concreto.

Ahora bien, en cuanto a sus efectos en el procedimiento disciplinario, el trabajador repuesto deberá desarrollar sus actividades como un auténtico trabajador, pues el amparo que ha recibido consiste en declarar la cuasi fundabilidad de lo que en el futuro se va a decidir. En consecuencia, el empleador podrá hacer uso de sus distintas facultades que tiene en razón de su poder de dirección, lo que incluye el poder disciplinario, que, a su vez, posibilita el despido por falta grave dentro de la vigencia de la medida cautelar.

### **3.8.2. Medida cautelar de ejecución anticipada de sentencia**

Sobre este tipo de medida cautelar, el artículo 615 del Código Procesal Civil establece:

Caso especial de procedencia.-

Artículo 615.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda

separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610

A su vez, el referido artículo 610 establece:

Artículo 610.- El que pide la medida debe:

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

Es decir, no se nos exige indicar los fundamentos de la pretensión cautelar ni ofrecer contracautela, entendiéndose ello como la no necesidad de precisar los presupuestos cautelares (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, o adecuación en la medida), debido a que se ha emitido sentencia de vista que declara fundada la demanda, lo cual acredita, per se, la existencia de verosimilitud del derecho, incluso, ya no como una mera probabilidad sino como una situación real declarada por el juez, y en tanto la medida es la de ejecutar anticipadamente la sentencia, se entiende en sí misma su adecuación; por lo que, se debe cumplir únicamente con el restante de requisitos señalados en el referido artículo, esto es, señalar la forma de la medida cautelar, los bienes sobre los que debe recaer, y de ser el caso, designar al órgano de Auxilio judicial.

Ello, por supuesto, no impide a que el juez, cuando fundamente la resolución de lo pedido, no puede realizar un análisis de razonabilidad, en cuanto a la intensidad de lo que se pretende ejecutar; puesto que, su decisión siempre tiene que observar el respeto de los principios

jurisdiccionales, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso material, esto es, la razonabilidad en la aplicación de las disposiciones y en las decisiones que ellas sustentan.

Así entendido, en caso se plantee pretensión de reposición y ésta en sentencia, sea declarada fundada, puede bien plantearse una medida cautelar de ejecución anticipada de sentencia, a efectos de que, pese a la apelación planteada (por cualquiera de las partes, en tanto la disposición normativa no establece restricciones), se puede ejecutar anticipadamente la sentencia dictada, y reponer al trabajador o trabajadora beneficiado con esta. Ahora, si bien en el caso de que fuere apelada, esta se otorgará con efecto suspensivo (artículo 371 del Código Procesal Civil), no quiere decir que no exista una declaración de certeza del derecho petitionado, que, si bien ha quedado suspendida en sus efectos definitivos, existe en la realidad concreta – provisionalmente – para los efectos de la medida cautelar. Por ello, se entiende que la disposición normativa que posibilita este tipo de medida cautelar, obvia los requisitos establecidos en el inciso 1 y 4 del artículo 610 del Código Procesal Civil.

En cuanto a sus efectos, al ser en términos prácticos, la ejecución de una sentencia no firme, implica que el trabajador sea repuesto como trabajador “provisionalmente”; lo cual, al igual que la medida cautelar temporal sobre el fondo, implica que el empleador pueda materializar su poder disciplinario y el despido en sí, dentro de la vigencia de esta medida.

### **3.8.3. Medida cautelar de innovar**

El artículo 682 del Código Procesal Civil, establece que:

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

Como podemos observar de la disposición normativa, la finalidad de este tipo de medida cautelar es restituir, y con ello proteger, la situación fáctica o jurídica que ha sido o será el fundamento de la demanda. Nótese entonces, que no se pretende modificar la situación fáctica o jurídica anterior a la afectación producida, sino corregir la afectación de ésta. Esta situación concreta, en el contexto del planteamiento de la pretensión de reposición conllevará a que el trabajador despedido arbitrariamente (en su sentido genérico) se repuesto al centro de empleo, corrigiéndose el actuar que afectó la situación fáctica o jurídica que es el sustento de la demanda.

Esta afectación, en el caso exista una relación laboral previamente reconocida, puede ser un actuar que no respetó el procedimiento disciplinario laboral, o alteró medios probatorios para imputarle una causal que motive su despido; o, una en donde la relación jurídica es, por primacía de la realidad, de naturaleza laboral, no reconocida por las partes y que aparentemente ha tenido fin. En los primeros supuestos, al ser una situación jurídica la afectada, la medida innovará: corregirá tal situación y ordenará la reincorporación como trabajador; en cambio, en la última situación, sus efectos no podrán ser las de ordenar directamente el reconocimiento de una auténtica

relación laboral, sino la de restituir la prestación de servicios bajo la condición factual en la que se ha estado desarrollando, que es precisamente, el sustento de la demanda. Ello se debe a que en esta última situación propuesta, existen dos contenidos mínimos a discutir: la desnaturalización de la relación laboral y la reposición; por lo tanto, siempre que la medida cautelar busque asegurar el segundo contenido, únicamente se materializará la restitución a la prestación de servicios del prestador. Sin embargo, ello no es óbice para que el trabajador sea, en los hechos, sometido a actuaciones de despido (nuevamente) en tanto, consideramos, existe en el análisis de verosimilitud, un reconocimiento implícito de la existencia de la relación laboral.

#### **3.8.4. Medida cautelar de reposición provisional**

El artículo 55 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que el juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos: “siendo que, a partir de ello, se establecen tres posibilidades normativas, a saber: 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; y c) El fundamento de la demanda es verosímil”; lo cual nos puede llevar a pensar que en estos tres supuestos no es necesario la configuración de los denominados requisitos ordinarios, en tanto se presumen que existen dado el

especial supuesto de protección; y porque además, la misma disposición normativa establece que esta medida cautelar puede ser otorgada si cumple los requisitos ordinarios (verosimilitud, peligro en la demora, adecuación y contracautela); sin embargo, también puede ser otorgada si es que existen los supuestos anteriormente descritos. Así, no se exigiría el cumplimiento de los requisitos ordinarios cuando se acredite que al momento del despido se haya estado en las siguientes condiciones: i. Dirigente sindical; ii. Menor de edad; iii. Madre gestante o persona con discapacidad; iv. Estar gestionando la conformación de una organización sindical; v. El fundamento de la demanda es verosímil.

Parece indicar entonces que, en estos casos, salvo el último supuesto, no es necesario que se demuestre la verosimilitud del derecho, peligro en la demora, adecuación en la medida solicitada, y contracautela, en tanto se presume que estos existen o son innecesarios (en la contracautela). En el último supuesto (donde se exige que el fundamento de la demanda sea verosímil), ¿será éste el único requisito, pudiendo exonerarse de los demás al solicitante de la medida? Ello se justificaría en que la medida cautelar de reposición provisional no solo protege la tutela jurisdiccional efectiva en la medida en que asegura el cumplimiento de la decisión final, sino que tiene directa relación con la prestación del servicio laboral y sus consecuencias naturales: desarrollo del proyecto de vida, remuneración, alimentación (del trabajador y su familia). Entonces, ¿qué se tiene que acreditar en estos supuestos? Al parecer, la

disposición normativa sólo exige que se evidencie la materialización del presupuesto normativo.

En este mismo sentido, Ávalos Jara (2016), ha sostenido:

Entonces, se puede acceder a la medida cautelar de reposición provisional ya sea en cumplimiento de los requisitos generales para la concesión de una medida cautelar o, también, excepcionalmente, a través de la acreditación de cualquiera de las situaciones a que se ha hecho referencia en los tres últimos párrafos anteriores. (párr. 78)

Contrario a esta conclusión, Priori Posada (2011), ha señalado que:

La norma no resulta clara en cuanto al orden de esos tres requisitos. A nuestro modo de ver, es claro que la NLPT ha querido exonerar de ciertas exigencias a la concesión de esta medida cautelar en los supuestos (i) y (ii), por la especial protección en el caso del menor de edad, la madre gestante y la persona con discapacidad enunciada ya en el artículo II del Título Preliminar de la NLPT, y que en esta norma se desea extender a los casos de protección de la libertad sindical.

Sin embargo, para poder contar con esta especial protección cautelar resulta preciso que se haya cumplido con acreditar verosímelmente el fundamento de la demanda.

En ese sentido, creemos que la forma de interpretar esta norma es que siempre se presenten los presupuestos de (i) o de (ii) y que, además, se haya dado verosimilitud en el derecho, el juez puede conceder la medida cautelar, sin que sea necesario que se haya dado la verosimilitud del derecho, el juez puede conceder la medida cautelar, sin que sea necesario que se haya acreditado peligro en la demora. De este modo, la norma presume el peligro en la demora de manera análoga a como lo hace la ley que regula el proceso contencioso administrativo para facilitar el acceso de las medidas cautelares en el caso de la protección del derecho fundamental a la pensión.

Es necesario señalar, sin embargo, que también se aprecie la adecuación de la medida en función a la pretensión planteada, algo que está en la naturaleza misma de la función que cumple la medida cautelar. (p. 274)

En cuanto a sus efectos, la medida cautelar de reposición provisional incidirá en el reconocimiento provisional como trabajador, del solicitante; puesto que, además de que sus presupuestos de otorgamiento legalmente establecidos están directamente

relacionados a la calidad de “trabajador: ser dirigente sindical por ejemplo únicamente los trabajadores pueden ser “repuestos” al centro de trabajo como protección a un despido arbitrario. Siendo ello así, el empleador también puede ejercer el poder disciplinario e imponer un despido en el contexto en que se cometa una falta grave.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Para realizar la contrastación, de nuestra hipótesis, hemos analizado e interpretado el contexto legal y jurisprudencial peruano, actualmente vigente; teniendo en cuenta el fin de nuestra investigación, la cual es básica. En este marco, hemos identificado el problema de investigación, revisamos y analizamos sus elementos constitutivos, y atribuimos ciertas características; siendo a partir de ello, que hemos elaborado una propuesta doctrinal argumentativa, y legal, que busca superar los límites actualmente existentes para lograr un proceso idóneo que tramite un despido sucesivo homólogo y garantice una real tutela cautelar y procesal efectiva. Cabe señalar, además, que la contrastación, de hipótesis se desarrolla en base a la discusión de argumentos, categorías, principios y dogmas jurídicos, así como jurisprudencia, más no en datos estadísticos.

En este contexto, sustentaremos que las principales razones jurídicas que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo, durante la vigencia de una medida cautelar, y que posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, son: 1. La vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, reforzando la protección del derecho al trabajo, en su dimensión de salida; 2. El carácter vinculante de los principios del proceso laboral; 3. El deber de los estados, a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo; a través

de vías procedimentales céleres e idóneas. Hipótesis que pasamos a discutir, a fin de contrastarlas.

### **3.1. La vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, reforzando la protección del derecho al trabajo en su dimensión de salida**

La tutela jurisdiccional efectiva, en tanto principio de la función jurisdiccional y derecho fundamental de los justiciables, debe materializarse efectivamente en el proceso laboral. Para ello, no solo debe seguirse el proceso a través de las reglas formales (debido proceso formal), sino también materiales (razonabilidad); y, además, deben definirse medidas que satisfagan el acceso a la justicia idóneamente y la ejecución correcta de las decisiones firmes.

Para dicha finalidad, entonces, el proceso laboral debe tomar como posibles todas las medidas que aseguren que el trabajador despedido pueda optar por su reposición efectiva; lo que implica, a efectos de que el peligro en la demora del proceso no agrave las circunstancias elementales del trabajo y sus consecuencias, que no solo las vías procedimentales ordinarias sean céleres y eficaces, sino que también lo sean, las medidas cautelares a las que el trabajador puede acceder a fin de lograr su reposición provisional.

En esta relación, la tutela cautelar se convierte en el garante de la efectividad de las resoluciones judiciales firmes; pues, dependerá de ésta que la decisión tomada, en todos los casos, sea posible de materializarse sin que el decurso del proceso haya sido más dañino. Para ello, no basta que el derecho sea verosímil o que las medidas a ordenarse sean

razonables, sino que debe existir el peligro en la demora, el cual está configurado, o por los daños que puedan surgir por el trámite del proceso, o por los efectos eminentemente dañinos que puedan materializarse si es que no se toma esta decisión provisional. En el caso de la reposición, sin embargo, el peligro en la demora se materializa por ambos motivos; pues, al ser el trabajo de características alimentarias, permite al trabajador y a su familia a sostenerse económica y socialmente; lo cual, requiere de una protección inmediata, toda vez que el decurso del tiempo en que se interrumpe la prestación de la actividad laboral tendrá efectos en toda la esfera de alcance del trabajador, además de atacar estructuralmente el derecho al trabajo, en su dimensión de salida.

Por tanto, cuando se otorgue una medida cautelar que garantice la prestación provisional del servicio – como trabajador – del despedido arbitrariamente, esta, en tanto garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, deberá ser eficaz. ¿Qué implica ello? Que en el trámite y ejecución de la medida cautelar también se respete el debido proceso material y formal, y que en su cumplimiento, se garantice jurisdiccionalmente su efectividad. Al respecto, si bien la medida es provisional, variable e instrumental, ello no implica que las partes puedan afectar unilateralmente su contenido esencial, sino que deben actuar, razonablemente, a partir del mandato dictado por el juzgador, fundándose en el poder jurisdiccional que ostenta. En este escenario, el empleador se convierte en uno impuesto por el Juez a través de la medida cautelar, quien, por ello, tiene determinadas facultades como tal. Dentro de estas facultades está el poder de dirección, pues el empleador sigue siendo quien goza de la libertad empresarial y

derecho a la propiedad; y, por tanto, puede decidir el destino de su empresa y el uso de los instrumentos de producción para ello. Dichos poderes, no se ven afectados por el mandato judicial. Este poder de dirección, a su vez, contiene a la facultad de ejercer el poder disciplinario que puede llevar al despido del trabajador provisional; sin embargo, debe ejercerse, no sólo respetando los límites legalmente establecidos y el marco de la razonabilidad, sino también la fuerza vinculante de la resolución judicial firme que ha ordenado la prestación del servicio; con la finalidad de no afectar la eficacia de la medida cautelar, y por tanto a la tutela jurisdiccional efectiva.

En este sentido, el poder de dirección, y concretamente la facultad disciplinaria que posibilita el despido que se ejerce dentro de la ejecución de la medida cautelar, deberá materializarse dentro del ámbito legalmente permitido, pero también, constitucionalmente exigido; respetando los derechos fundamentales del trabajador, el marco de la razonabilidad y la calidad jurisdiccional que soporta la relación jurídica. En este sentido, deberá ejercerse reconociendo su fuente de origen, que a diferencia de la relación laboral consensuada voluntariamente por las partes, en este supuesto, nace de la imposición del poder jurisdiccional a las mismas; sobre la que, si bien podríamos decir que existe un consenso tácito al haber recurrido al poder jurisdiccional para que se resuelva el conflicto, ello no niega la naturaleza de imposición que contiene un mandato judicial; mucho más, si esta está dotada de jurisdiccionalidad.

Por tanto, a los límites naturales del ejercicio del poder de dirección y del poder disciplinario, se suman con mayor vigor, la de la fuerza vinculante

de un mandato judicial firme que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva: el mandato cautelar. Así, cuando el empleador materialice su poder disciplinario durante la ejecución de la medida cautelar, no solo deberá cuidarse que se siga el procedimiento formal: protección sustantiva; sino, además, que su decisión no termine siendo – en la realidad – una medida para desacatar un mandato cautelar.

Debe recordarse, en este sentido, que en esta relación de trabajo el empleador no deja de estar dotado del poder cultural, moral, y económico que caracteriza a las relaciones laborales; y el trabajador, sigue guiado por la intención de desarrollar su proyecto de vida a través del trabajo, a tal punto que ha recurrido ante instancias judiciales a hacer valer este derecho; de allí que, esta relación de poder y subordinación, al haber sido protegida por el poder jurisdiccional a través del dictado de una medida cautelar, debe ceñirse a esta, sin que por supuesto, ello implique que el trabajador se convierta en un ente inquebrantable ante sus acciones dañinas. De allí que, la facultad disciplinaria sigue vigente, pero debe ejercerse respetando los efectos y naturaleza del mandato cautelar que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, lo que otorga al trabajador una protección reforzada contra el despido arbitrario.

Por ello, debe tenerse en cuenta que el poder económico del empleador también tiene impacto en el proceso, así como el poder moral; en consecuencia, con la reposición al trabajo de manera provisional se puede tener doble efecto. Por un lado, otorga posibilidad económica al trabajador para permitirle sostenerse durante el tiempo que dure el proceso; y además, somete al trabajador a la dirección del empleador en medio de

un proceso judicial en el cual este último puede ver afectado sus intereses. Por ello, es menester cuidar que el despido producido durante la vigencia de la medida cautelar no sea, en realidad, una manera de limitar los efectos del mandato tuitivo de la que goza el trabajador, e impedir que el sostenimiento de este y de su familia, sumado a un proceso judicial en marcha, se agudice; pues, ello atentaría contra los principios de socialización y equidad en el proceso, así como el deber del Juez de cuidar que la desigualdad entre las partes no atente contra el trámite y resultado del proceso.

En cuanto a los efectos del despido durante la vigencia de la medida cautelar, serían más dañinos que la denominada cancelación de la medida; pues, la cancelación de la medida se produce cuando no se ha obtenido sentencia favorable en primera instancia, pese a lo cual sigue manteniéndose la opción de que se pida la continuación de la vigencia de la misma, en cuyo caso, el Juez evaluará si es razonable dadas las condiciones factuales de caso en concreto; sin embargo, en caso se despida al trabajador amparado por una medida cautelar, no existe posibilidad procesal actual de que se realice un análisis mínimo de validez de tal acción, a fin de controlar el poder disciplinario del empleador. Así entonces, terminamos evidenciando que aun cuando se obtenga una sentencia infundada, es revisable la cancelación de la medida cautelar, pero cuando se despide al trabajador, aun cuando se tenga una sentencia fundada en primera (y hasta segunda instancia), tal acción no se podrá controlar. Y ello, bajo cualquier tipo de medida cautelar, puesto que, aunque estemos ante una medida cautelar de ejecución anticipada de

sentencia, los efectos en la relación laboral y las posibilidades de despido se materializan sin posibilidad de control del juez cautelar; en tanto, estos supuestos serían hechos posteriores a los que motivaron la acción judicial. Este escenario evidencia una afectación directa a los antes mencionados principios procesales y derechos del trabajador, lo que motiva a estudiar opciones óptimas de garantía.

En este escenario, respecto a los hechos, por lo menos estamos ante dos: los que dieron origen a la acción judicial, que a su vez dio origen al dictado de la medida cautelar que permitió la prestación del servicio laboral, y a los que motivaron, durante la ejecución de la medida cautelar, el despido. Por supuesto, estos hechos incidirán en la definición del tipo de despido – ya sea en el primer o segundo despido – que esté materializando el empleador. El tipo de despido, como sabemos ya, puede ser prima facie un despido válido: basado en una causa justa establecida por ley y previo procedimiento disciplinario en donde se aseguren el respeto del debido procedimiento laboral; y, por otro lado, dicho despido puede ser calificado, en sentido genérico, como arbitrario: incausado, injustificado, nulo y fraudulento.

Esta calificación de los hechos, en el primer despido, deberá ser analizado por el juez al otorgar la medida cautelar (en el análisis de verosimilitud del derecho); de tal manera que bajo su fundamentación, otorgue cualquiera de las medidas cautelares que hacen posible la prestación de servicios del trabajador demandante; sin embargo, en el despido que se produzca durante la vigencia de la medida cautelar (despido sucesivo) el juez, al encontrarse ante hechos posteriores a los que motivaron la causa

originaria, en el contexto procesal actual no podría revisarlos dentro del mismo proceso o medida cautelar, sino que como hemos visto, el trabajador afectado con el despido sucesivo deberá plantear una segunda acción judicial de reposición donde nuevamente solicite una – nueva – medida cautelar; y posteriormente, petitionar la acumulación de los procesos si es que los estados procesales aún lo permiten. Este escenario limita la efectividad judicial de la medida cautelar originaria, en tanto esta, sin que se analice su caducidad o cancelación, trunca sus efectos por la mera disposición del afectado con la medida cautelar: el empleador. A su vez, se afectan los principios procesales y los fundamentos del derecho procesal establecidos en la NLPT. Por tal razón, si se pretende garantizar una real efectividad de un mandato cautelar, y de la tutela jurisdiccional efectiva que esta garantiza, debe reconocerse que esta es un límite a la imposición del despido sucesivo y posibilita la revisión judicial por el juez cautelar.

Sin embargo, tal posibilidad no puede ser una carta abierta a introducir cualquier tipo de hecho posterior a los existentes al planteamiento de la demanda y pedido cautelar originario, en tanto ello podría conllevar a tener efectos en el petitorio y en la causa de pedir (pretensión) que terminen afectando irrazonablemente la congruencia procesal, y con ello, el derecho de defensa y a probar de la parte demandada que acaba de materializar el segundo despido. Claro está, debemos reconocer que en tanto se garantice el derecho de defensa y a probar de la parte demandada, y prevaleciendo los principios como celeridad, economía, concentración, intermediación, socialización del proceso, el principio de

congruencia procesal puede atenuarse a fin de otorgar verdadera tutela procesal efectiva al trabajador demandante, que precisamente, viene siendo “afectado” por dos despidos sucesivos.

La flexibilización del principio de congruencia procesal, o lo que podríamos definir como congruencia procesal atenuada, necesitaría de la introducción de hechos que conlleven a la protección del derecho al trabajo del trabajador despedido sucesivamente, a partir de la semejanza de los hechos que han configurado ambos despidos y que conlleven a la misma calificación jurídica del despido, lo que denominamos Despido Sucesivo Homólogo, el cual es aquél que se produce durante la vigencia de la medida cautelar que permitía la reincorporación del trabajador al centro laboral; ello, con ocasión de un proceso de reposición, que precisamente, presupone un primer despido. Entre el primer y segundo despido, a fin de que sea calificado como “homólogo”, deberán existir semejanzas fácticas, que a su vez conlleve al mismo tipo de calificación jurídica de despido.

Por tanto, este despido sucesivo homólogo es un hecho posterior al planteamiento de la demanda o a la precisión de qué pretensiones se plantearían en el proceso principal (en el caso de las medidas cautelares fuera de proceso); pero, se materializa dentro del trámite de este (en el amparo cautelar) e incluso, como consecuencia de los efectos de la medida cautelar.

Para efectos de identificar la semejanza fáctica y en consecuencia, la calificación jurídica del despido, podríamos tener en cuenta la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, sobre los actos

sustancialmente homogéneos: represión de actos homogéneos establecida en el artículo 16 del CPConst. (art. 60 del antiguo Código Procesal Constitucional), sobre lo que se ha sostenido:

Que a partir de esta disposición será preciso determinar cuándo se está ante un “acto sustancialmente homogéneo” al declarado lesivo en la sentencia. Para tal efecto, se deberá prestar atención a determinados presupuestos, tales como la identidad material del acto considerado lesivo en la sentencia y el derecho lesionado con el acto sobreviniente. En ese sentido, el acto sobreviniente, que puede ser una acción o una omisión, debe tener la misma consecuencia gravosa en la esfera subjetiva de la persona, es decir, ocasionar la misma situación jurídica del acto lesivo originario. (Exp. N 5033-2006-PA/TC-Tarapoto, fundamento 4).

Así, el objeto del debate procesal y probatorio no cambiaría radicalmente, sino que se mantendría en esencia, en principio, integrándose dentro del mismo proceso como un análisis dentro de la medida cautelar a fin de controlar si la decisión del empleador es en realidad una acción legítima. Así entonces, el análisis del despido sucesivo materializado dentro de la vigencia de la medida cautelar sería siempre que este sea homólogo al anteriormente materializado.

Dicha situación, sin embargo, tendría efectos tanto en la medida cautelar, como en el proceso principal, donde se tramita el fondo del asunto litigioso, dado que al realizarse un análisis de validez de la acción del empleador que acaba de despedir al trabajador amparado por la medida cautelar, dentro del procedimiento cautelar, el análisis sigue vinculado por los presupuestos y características de la tutela cautelar; es decir, sigue siendo provisional, instrumental y variable; lo que hace necesario, que los hechos homólogos del segundo despido se integre a la discusión del despido primigenio como un hecho sucesivo homólogo estructuralmente

vinculado, de tal manera que el amparo no se limite a la revisión cautelar sino que se vincule a la sentencia definitiva que dará fin al proceso laboral. Para tal posibilidad, habría que analizar el procedimiento cautelar en relación con el proceso laboral: vía procedimental abreviado u ordinario, respecto de, desde cuándo y hasta qué momento puede materializarse; dado que, de no tener claro ello, podríamos adentrarnos ante un supuesto que pese al informalismo que como principio dirige el proceso laboral, termine desordenando el proceso laboral a tal punto que no permita asegurar los objetivos idóneamente, sino que trastoque lineamientos esenciales afectando a las partes y a la finalidad del proceso laboral. Recordemos que la finalidad de esta tutela debe evidenciarse en una protección del derecho al trabajo reforzada por la disposición judicial, y no en un pretexto para hacer del proceso laboral una quimera que se vuelque contra sus propios fines.

Así, en cuanto al procedimiento cautelar, recordemos que este contiene la posibilidad de que se pida, tanto dentro como fuera del proceso laboral. El procedimiento cautelar dentro de proceso comprende la petición cautelar, el otorgamiento (o rechazo) de ésta, la posibilidad de oponerse a la ejecución, la resolución que se pronuncia sobre la oposición, y posteriormente la apelación, agotándose allí su posibilidad recursiva, pues de acuerdo al inciso 1 del artículo 387 del CPC, “El recurso de casación se interpone: 1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso;”. Por supuesto, si no se plantea la oposición o apelación contra el auto que resuelve la oposición que rechaza la misma, la resolución

queda firme; siendo, en todos los casos, ejecutable desde que se concede el petitorio cautelar.

Siendo así, una vez otorgada la medida cautelar que permite la reposición del trabajador provisionalmente, el empleador tiene la posibilidad de ejercer el poder disciplinario contra el trabajador, y no necesariamente, desde que este mandato ha quedado firme; sin embargo, aun cuando alcance su firmeza, no implica que es inmodificable, pues todas las medidas cautelares son variables. Esta condición se encuentra – por el carácter instrumental de la medida cautelar – atada a la existencia o no de una sentencia con calidad de cosa juzgada en el proceso principal; pues, la medida cautelar tiene su sentido en tanto no exista una sentencia definitiva.

Ahora bien, ¿desde y hasta qué momento se podría permitir introducir un hecho (despido) sucesivo homólogo para que sea analizada como objeto del proceso? En cuanto a desde qué momento puede plantearse, deberá relacionarse entre la ejecución de la medida cautelar que permite se desarrolle una relación laboral, y la posibilidad de la modificación de la demanda; pues, en los casos en que bajo las reglas procesales actuales se permita la ampliación o modificación de la demanda (hasta la notificación o emplazamiento al demandado), al controlar la validez de la acción del empleador, no será necesario que se introduzca como un hecho sucesivo homólogo posterior al planteamiento de la demanda, ya que se puede integrar liminarmente estos hechos a la demanda originaria; sin embargo, cuando dicha posibilidad no se puede materializar, necesitará integrarse como tal. En consecuencia, el control de validez del

despido sucesivo homólogo podrá realizarse desde que éste se produce en las medidas cautelares dentro del proceso; y, dependiendo de si la demanda puede modificarse o no, se integrarán como hechos sucesivos homólogos al debate procesal, o como hechos originarios.

En cuanto al límite posible, consideramos que hasta la etapa procesal en que permita al juzgador realizar un análisis de mérito, en primera o segunda instancia, dependiendo de en qué momento se materialice el despido sucesivo homólogo. Para ello, se establecerán reglas procesales que permitan la integración fáctica y probatoria de los sucesos que ameritan este análisis. Debemos recordar, además, que en el proceso laboral regulado por la NLPT la casación no interrumpe la ejecución de lo decidido en sentencia de segunda instancia; lo que implica, que, por una virtualidad establecida en la Ley, es hasta dicha etapa procesal en que se obtiene una sentencia ejecutable, más allá de que tenga calidad de cosa juzgada. Mucho más, si de acuerdo al artículo 384 del CPC, “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso en concreto y uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”, y no el de realizar un análisis de mérito.

En consecuencia, podemos concluir que el trabajador afectado con el despido sucesivo homólogo puede petitionar (por el principio dispositivo) la revisión de validez, como límite del mismo, desde que se materializa el despido hasta que se tenga una sentencia ejecutable en la NLPT, y no necesariamente una resolución judicial firme dentro del procedimiento cautelar; dependiendo de en qué momento se materializa el despido sucesivo homólogo. Ello, debido a la conectividad que tendrán estos

supuestos fácticos, tanto dentro del procedimiento cautelar, como en el proceso en que se analiza el fondo del asunto litigioso. Sobre esto último, no incidirá transversalmente la vía procedimental: ordinario o abreviado, ya que, en ambos casos, más allá de sus reglas de trámite, la posibilidad cautelar se habilita desde la admisión de la demanda hasta que se obtiene la sentencia de segunda instancia que es ejecutable.

En el caso de la medida cautelar fuera de proceso, el trámite previo al planteamiento de la demanda es, obviamente, distinto al anterior supuesto; siendo que, durante el periodo de tiempo en que se ejecuta la medida cautelar, y en que se interpone y admite la demanda, el empleador puede ejercer el poder disciplinario y por tanto imponer el despido. En estos casos, dado el pequeño espacio de tiempo, no es idóneo plantear una revisión judicial del despido sucesivo homólogo dentro de la medida cautelar con incidencia en el proceso principal; sino, plantearla directamente en la demanda y de manera inicial en la nueva medida cautelar. Una vez planteada y admitida la demanda, sin embargo, el trámite es idéntico al supuesto de la medida cautelar otorgada dentro del proceso.

Por último, la integración al debate procesal de los supuestos del despido sucesivo homólogo, por incidencia de la revisión de validez dentro de la medida cautelar, no vendría a ser un supuesto de acumulación sucesiva de pretensiones, en tanto se mantiene la petición originaria: reposición y las causas de pedir, integrándose únicamente estos supuestos a este último, como parte estructural del mismo; mucho más, si son homólogos, extendiéndose su protección; por lo que son, en todo caso, supuestos de

extensión de protección ante hechos homólogos, con la finalidad de potencializar el derecho a la protección contra el despido arbitrario dentro de la vigencia de la medida cautelar, que a su vez, asegura el derecho a la tutela procesal efectiva y refuerza la protección contra el despido arbitrario.

Ahora bien, antes habíamos dicho que aun cuando este despido sucesivo homólogo se materialice cuando el proceso principal se tramite en segunda instancia, igualmente será revisable, lo que implica un pronunciamiento de la Sala revisora. Al respecto, se podría decir que este supuesto afecta el derecho a la pluralidad de instancias. Frente a esta posibilidad, debemos recordar que los hechos sucesivos del despido deberán ser controlados a fin de que ingresen a la discusión del objeto procesal de fondo, siempre que sean homólogos fácticamente a los originarios, y que, por ello, conlleven a una manifiesta e idéntica calificación jurídica entre el despido originario y el despido sucesivo. Ello, asegura que el debate procesal no se extralimite a supuestos extraños a los que dieron origen al proceso y a la medida cautelar primigenia, y además, permite que el objeto de debate procesal sea semejante. Mucho más, si la eficacia de la resolución cautelar, así como lo que finalmente se decidirá en el proceso, debe garantizarse a fin de que no termine siendo una mera declaración que se ve truncada en sus efectos por la voluntad unilateral del empleador al despedir sucesivamente al trabajador. Por supuesto, en todas estas circunstancias se debe garantizar el derecho a la defensa y a probar de todas las partes procesales.

Siendo así, y bajo las precisiones señaladas en el presente acápite, podemos concluir que la vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, reforzando la protección del derecho al trabajo, en su dimensión de salida es una de las principales razones jurídicas que limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo al materializado anteriormente, y que posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el régimen laboral privado.

### **3.2. El carácter vinculante de los principios del proceso laboral**

Para adentrarnos a la discusión del carácter vinculante de los principios del proceso laboral, antes debemos recordar que el proceso laboral establecido por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los reconoce en sus cuatro artículos de su Título Preliminar. Estos principios, ampliamente discutidos en el numeral 2.2.2 de la presente investigación, inspiran el proceso laboral, guían la aplicación de sus reglas, cubren los vacíos normativos. Su incidencia, por demás, en el proceso laboral, viene a ser altamente marcada, dada su naturaleza: dispositivo atenuado, y como consecuencia del derecho social al que pertenece.

Así mismo, debemos tener en cuenta que los principios del proceso laboral devienen de un reconocimiento constitucional, sea en los principios de la función jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución, o sea en la naturaleza de nuestro Estado: Constitucional y Social, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 43 y 51 de la Constitución; por lo que, su vigencia y aplicabilidad no solo devienen de lo establecido en la NLPT, sino en la naturaleza constitucionalizada de

estos, lo que implica que deben ser aplicados imperativa y predominantemente en el desarrollo de los procesos laborales.

Dentro de este escenario, y enmarcando en nuestra investigación, debemos señalar que los principios vinculan también a las medidas cautelares, de acuerdo a las características y fines de ésta. Así, siendo que a través de una medida cautelar se puede lograr la reposición provisional del trabajador, ello genera a su vez, la protección de determinados principios del proceso laboral, como el de socialización, en tanto se otorga al trabajador una posibilidad económica que le permitirá sostenerse en el trámite de un proceso judicial frente a quien tiene todo un conjunto de posibilidades económicas para ello. Además, permitirá que la desigualdad material existente entre las partes procesales se atenúe por una acción judicial que limita los efectos dañinos y los paraliza, a tal grado que, provisionalmente, se restituye la posibilidad de seguir desarrollando su trabajo. Sin embargo, como hemos visto, esta posibilidad también conlleva a que el empleador provisional despida al trabajador como consecuencia de una acción unilateral; frente a la cual, debe establecerse reglas, no sólo para limitar su imposición, sino también para que, de ser necesario, se posibilite su revisión judicial.

Ambas posibilidades: establecimiento de límites y posibilidad de revisión del despido, se sustentan en los principios laborales del proceso laboral. Así, esta posibilidad permite, nuevamente, la mayor optimización del principio de socialización, toda vez que al limitar y revisar la acción abusiva del empleador contra el trabajador que en ese momento es su opositor en el proceso, dentro del mismo proceso y medida cautelar, se

cuida que la desigualdad material de las partes no incida estructuralmente en la igualdad procesal, que termine afectando no solo el trámite sino también el resultado final del proceso, garantizando también, la equidad procesal; mucho más, si el Juez debe cuidar – como principio – que la desigualdad de las partes no afecte el resultado del proceso.

A su vez, el principio de concentración procesal sería altamente optimizado, toda vez que lejos de plantear, frente al segundo despido, una nueva demanda, una nueva medida cautelar, y posteriormente, la acumulación de los procesos judiciales, la revisión de validez del segundo despido se concentraría en un solo proceso y medida cautelar. Por supuesto, ello incidirá directamente en la optimización de los principios de celeridad y economía procesal, toda vez que esta revisión de validez será más rápida y menos costosa, no solo para las partes procesales (sobre todo, el trabajador), sino también para el personal judicial y el sistema logístico que se necesita.

El principio de favor processum, a su vez, conllevará bajo cualquier duda sobre la procedibilidad de la integración de los supuestos de control de validez del segundo despido, sea en el trámite de la medida cautelar o en su incidencia en el proceso principal, no impida su procedibilidad; y, además, a que bajo cualquier vicio salvable y teniendo en cuenta la finalidad procesal del mismo, será reconducido a efectos de continuar con el trámite procesal. Por supuesto, incidimos aquí, en que tal integración no puede ser sobre cualquier supuesto, sino, sobre los hechos homólogos a los materializados anteriormente, a fin de que se salvaguarde aunque tenuemente, la congruencia procesal. Así mismo, respetando los

momentos procesales y garantizando el derecho a la defensa y a probar de todas las partes.

En ello, incidirá también el principio de elasticidad y de eventualidad. El primero, garantizando que no nos sometamos a reglas inflexibles en el proceso, siempre que garanticemos el respeto de los principios de la función jurisdiccional, o que atenuando uno de ellos, se obtenga la protección más óptima de los derechos del trabajador. El fondo sobre la forma, así, se convierte en la directriz predominante, cuando se permite el control de validez del despido sucesivo homólogo, a través del control de validez del mismo por el Juez que otorgó tal medida. El segundo, porque nos permite sostener que frente a cualquier vicisitud que surja dentro del trámite del proceso y ejecución de la medida cautelar primigenia, debemos tener las reglas procesales y mecanismos más idóneos para mitigar sus efectos dañinos. Este escenario, sin embargo, podría colisionar con el principio de preclusión, el cual consiste en respetar las reglas procesales que establecen etapas, plazos, y en cada una de ellas, posibilidad de actuación procesal que no vuelven a tenerse en el trámite del proceso. Ello, porque se considera que en la búsqueda de solución del conflicto judicial, además de importar la verdad, así como resolver el asunto en justicia, importa que se realice de manera ordenada e inmediata (en lo posible). Al respecto, debemos señalar que en tanto se garantice el respeto a los derechos a la defensa y a probar de las partes procesales, y optimizando los principios de flexibilidad (informalismo) y de eventualidad, así como el de economía, concentración y celeridad, bien se puede atenuar los efectos del principio de preclusión; mucho más, si

ello implica posibilitar la limitación de un actuar abusivo del empleador impuesto por medida cautelar, y potencializa la defensa de los derechos laborales del sujeto débil, no solo en la relación de trabajo, sino dentro del proceso judicial..

Ahora bien, debemos recordar que las implicancias de un proceso laboral, de naturaleza de derecho social, dispositivo atenuado, implica un mayor rol del Juez, en tanto garante del desarrollo e impulso adecuado del proceso. Así, se desatan mayores poderes procesales del juez, mayor control dentro del proceso de las actuaciones de las partes, incluso limitando sus libres elecciones (a través del control del test de disponibilidad, en la conciliación, por ejemplo); por tanto, este principio también nos permite posibilitar la revisión judicial por el juez que dictó la medida cautelar, del despido impuesto durante la vigencia de ésta, en tanto existen límites inquebrantables que debe garantizarse, en este contexto, mayores a los existentes en un proceso laboral habitual. Para ello, la inmediación procesal, como principio, debe orientarse a que dado el escenario de discusión de un despido sucesivo homólogo que se materializa durante la vigencia de una medida cautelar que forma parte de un proceso laboral, sea el mismo juez relacionado con los hechos y petición originaria de reposición, el que conozca los hechos que se producen dentro de éste, y que por fin, podrán asegurar una verdadera tutela de los derechos del trabajador. Por supuesto, este principio incidirá en la optimización de los demás principios, así como en las reglas procesales que se establezcan.

En el marco propuesto, además, cobra vital importancia el principio de veracidad, toda vez que no solo se incidirá en la averiguación de los supuestos fácticos expuestos en los enunciados que soportan la demanda originaria, sino que a ello se integrará el análisis (tanto de verosimilitud como de certeza) del despido materializado durante la vigencia de la medida cautelar, para que finalmente, este pueda extenderse en su análisis en la sentencia que ponga fin al proceso. Ello, conllevará a descubrir si es que el despido sucesivo homólogo es en realidad producto de un actuar legítimo del empleador, o es simplemente, un acto encubierto para desconocer la eficacia de un mandato cautelar, y con ello, afectar estructuralmente la tutela procesal efectiva.

Para ello, el rol del juez deberá respetar el mandato principista de que debe ser el director del proceso y el principal preocupado porque su desarrollo salvaguarde el actuar correcto de las partes, así como la irrenunciabilidad de derechos del trabajador; por ello, deberá actuar, una vez planteada esta posibilidad de revisión, oficiosamente, impulsando y cuidando su correcto desenlace. Para ello, por supuesto, se ayudará de los principios de inmediación y oralidad.

En el mismo sentido, cobra vital importancia el principio de veracidad durante el trámite y resultado del proceso; en tanto, se salvaguarda que los hechos descritos por las partes, tanto en el proceso y medida cautelar primigenia, como en la medida cautelar sucesiva, se analicen conjuntamente, contribuyendo a que el análisis de veracidad no sea oscurecido por las partes en diferentes procesos y diferentes medidas cautelares.

Ahora bien, en el trámite de la medida cautelar, así como en el control judicial que se ejercería sobre el despido sucesivo homólogo, la vigencia efectiva de los principios tienen especial relevancia; pues, los principios procesales vinculan en cualquier acción o decisión que tengan las partes y el Juez, sea en el trámite del proceso principal o en las medidas cautelares; pero sobre todo, porque en las medidas cautelares se deberá tener en cuenta su naturaleza instrumental y asegurativa; por lo que, su flexibilidad y eficiencia es mucho mayor.

En el mismo sentido, en el análisis de validez del despido sucesivo homólogo, en tanto se busca otorgar justicia célere y eficaz al trabajador demandante, los principios del proceso laboral deberán tenerse en cuenta imperativamente, ya no solo por su reconocimiento como principios en la NLPT, sino y sobre todo, porque contribuye a un análisis tuitivo de la necesidad de protección del trabajador demandante. Así, principios como celeridad, concentración, eventualidad y veracidad, optimizan la protección contra el despido arbitrario en su ámbito procesal, y ahora podemos decir, en el contexto de un despido sucesivo homólogo.

Como observamos, entonces, los principios del proceso laboral son un límite a la imposición del despido durante la vigencia de la medida cautelar, en tanto garantizan que las partes deben actuar de acuerdo al respeto de la tutela cautelar, la veracidad, la lealtad y buena fe procesal, y a su vez, los mismos principios, dada su vinculatoriedad, son el sustento de la posibilidad de la revisión judicial por el juez que otorgó la medida cautelar, del despido sucesivo homólogo que se produce durante esta.

Estamos entonces, ante un límite justificante de una acción judicial de control.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, los principios procesales, y por supuesto los que definen el proceso laboral, están constitucionalizados; de allí que, estamos frente un proceso laboral constitucionalizado, pues el artículo 38 de la Constitución exige que los ciudadanos y autoridades (incluido el Juez), debemos respetar imperativamente sus disposiciones; en tanto que, el artículo 51 establece que sobre toda disposición legal o reglamentaria, prevalece la Constitución; a partir de lo cual, la Carta Magna se introduce en la esfera del proceso laboral, normativamente y en su carácter de irradiación Constitucional. En este sentido, los legisladores y jueces deben respetar dicho mandato, al diseñar y aplicar las disposiciones normativas, a fin de salvaguardar el carácter imperativo, no solo de los principios, sino de la propia Constitución; pues, esta establece en su artículo 138 que el Poder Judicial administra justicia conforme a la Constitución. Queda claro, así entonces, el carácter constitucionalizado del proceso laboral.

Específicamente, incluso, la NLPT establece en su título preliminar que los jueces laborales administran justicia conforme a los preceptos constitucionales; por lo que, al estar los principios constitucionalizados, como hemos dicho, no solo como principios de la función jurisdiccional, sino como consecuencia de un Estado Social, resultan imperativos específicamente por propio mandato procesal. En este sentido, la propia NLPT establece una vía de protección principista a los conflictos laborales

que conllevan a una protección que sobre las disposiciones reglistas, predominan los principios.

Para este efecto, claro está, los jueces laborales deberán materializar su aplicación en el marco de una debida motivación judicial, basado en las cuestiones fácticas y jurídicas alcanzadas por las partes y las que él ha percibido como necesarias (en el aspecto jurídico); pues, al ser los principios ambiguos y vagos, requieren concretizar su contenido en el caso en concreto, siempre optimizando el efecto de su protección conforme a su naturaleza. He allí el reto de los directores del proceso, y al momento de inspirar las disposiciones normativas, de los legisladores. Estos últimos estarán irradiados por los aspectos ideológicos que muchas veces supone un debilitamiento u optimización de los derechos laborales, por entender que tienen un serio efecto en la productividad o margen de utilidad de los empresarios empleadores; mientras que los primeros, a efectos de materializar sus decisiones deberán apartarse de este contexto de descubrimiento y ceñirse en un contexto de justificación, a salvaguardar la constitucionalidad del proceso laboral. Así, entendido, el carácter vinculante de los principios del proceso laboral, vienen a ser una razón justificada para controlar el despido materializado dentro de la vigencia de una medida cautelar y evaluar su validez.

### **3.3. El deber de los estados a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo; a través de vías procedimentales céleres e idóneas**

Como hemos observado en el numeral 2.3.2. de la presente investigación, los estados tienen el deber de implementar procesos (y procedimientos)

céleres y eficaces a fin de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Este deber, en el caso peruano, no solo deviene de los pactos internacionales, sino también de mandatos constitucionales, como la tutela procesal efectiva, en tanto este derecho implica otorgar a los ciudadanos que recurren al órgano jurisdiccional: Poder Judicial, una resolución efectiva de su controversia, lo que implica que se deban asegurar de todas las formas posibles la ejecutabilidad de las resoluciones judiciales y que mientras ello sea posible, cuidar que no se agudicen las afectaciones que los ciudadanos están sufriendo.

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”; en tanto que, el artículo 2, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, coinciden en que los Estados deben asegurar una protección efectiva al ciudadano que recurre a su protección.

En ese marco, el trabajador debe tener mecanismos adecuados a fin de protegerse frente a las afectaciones de sus derechos fundamentales que se materialicen durante el desarrollo de la relación del trabajo, así como en los actos a través de los cuales se extingue la misma. Así, al ser el despido arbitrario (en sentido genérico) una de las manifestaciones de afectación de derechos fundamentales al momento de dar por terminada la relación de trabajo, el estado debe garantizarles la protección procesal

efectiva para que los efectos de esta medida dañosa no solo sean controlados, sino que dicho control permita un desenlace adecuado y óptimo en el desarrollo del proceso. Por tanto, cumplir con este deber también implica garantizar un procedimiento a través del cual se pueda proteger de las maneras óptimas a los trabajadores que son despedidos sucesivamente durante la vigencia de la medida cautelar; pues, con este despido sucesivo, también se pueden estar afectando derechos fundamentales al debido proceso y la misma tutela procesal efectiva, lo que a su vez justifica una intervención controladora.

Siendo así, tal y conforme actualmente está diseñado el procedimiento cautelar, los procesos ordinario y abreviado, en relación a la revisión de validez del despido sucesivo homólogo, no sólo como límite de su imposición, sino como mecanismo de protección procesal, no son los adecuados, pues cuando estos surgen, necesariamente tiene que plantearse una acción judicial nueva que conlleva a un nuevo proceso laboral, una nueva petición cautelar, y finalmente, una acumulación de los procesos judiciales; y todo ello, cesando los efectos tuitivos de la medida cautelar primigenia que aseguraba provisionalmente la prestación laboral del trabajador y sus implicancias socio económicas. E incluso, en caso sea necesario la acumulación de los procesos judiciales, como lo sería en el presente caso, deberá realizarse hasta que uno de los dos sea sentenciado; de lo contrario, ello será improcedente. En este último supuesto, lo único que quedaría es que la revisión de validez del despido sucesivo homólogo, ahora encaminado en otro proceso, se suspenda procesalmente, hasta que el primer proceso culmine definitivamente.

Este escenario, por tanto, el procedimiento diseñado actualmente no cumple con ser celer y menos con ser eficaz, en tanto este concepto no solo cuida que el resultado sea ejecutable, sino que exista una decisión ejecutable en el menor tiempo posible (justicia tardía no es justicia); mucho más, si de lo que se trata es proteger al trabajador en su derecho a la protección contra el despido arbitrario y la efectividad de las resoluciones judiciales en el marco de la tutela procesal efectiva que se protege con las medidas cautelares.

Por tanto, se necesita implementar mecanismos de protección al trabajador (y a la judicatura) idóneas, en cumplimiento del deber de los estados, de garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo, a través de vías procedimentales celeres e idóneas.

En este sentido, es importante definir un mecanismo que permita la protección inmediata frente a estos supuestos, estableciendo reglas razonables que respondan a un estado social de derecho en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y que no se limiten a otorgar medidas de protección, sino que también impongan posibilidades de revisión frente a las actuaciones dañinas que surjan dentro de esta. Con ello, se protege al debido proceso y tutela procesal efectiva, potencializando la protección contra el despido sucesivo homólogo.

Las medidas cautelares y las vías procedimentales de revisión del fondo del proceso, en este sentido, deben ser celeres y eficaces, y en el caso en concreto, limitar y controlar la imposición del despido durante la vigencia de la medida cautelar como consecuencia misma de la existencia de un mandato judicial, pero además, a través de mecanismos de control

de validez de tales actuaciones a nivel procesal, con la finalidad de que dentro de las mismas medidas cautelares primigeniamente otorgadas se imponga la continuación de estas cuando surjan despidos sucesivos homólogos; pero además, que en el análisis de fondo del proceso, se integre estos hechos, a fin de que tenga una solución final válida que concentre las actuaciones procesales que en el escenario actual se tendrían que realizar. Ahora bien, este grado de efectividad y sencillez se tiene que verificar en cuanto a sus mecanismos de protección procesales, recursos, plazos y ejecutabilidad del mandato; supuestos que como estamos observando, no se garantizan actualmente, y que bien pueden superarse con la razón hipotética planteada y analizada en el presente acápite.

En sentido, queda claro que el trámite procesal actual resulta inidóneo para garantizar protección adecuada del trabajador demandante; siendo que, además de esta determinación, debemos evidenciar los fundamentos que posibiliten los límites del despido sucesivo homólogo, y la revisión cautelar, a fin de materializar una protección eficaz y célere para el actor.

Para ello, debe tenerse en cuenta, tanto el trámite procesal formal, como las posibilidades que se aperturan para potencializar la intermediación procesal. En cuanto al primer punto, como se ha visto en la comprobación de la primera hipótesis, la petición de revisión del despido sucesivo homólogo se puede materializar desde 30 días después de haberse producido el hecho y hasta antes de la emisión de sentencia ejecutable, para lo cual, deben introducirse a discusión los hechos del despido

sucesivo homólogo en el proceso primigenio, y a su vez, de considerarlo pertinente a sus intereses, la parte podrá pedir que se analice la continuación de la medida cautelar. En este escenario de trámite, se obvia que se apertura paralelamente al trámite procesal del primer despido, otro proceso judicial para conocer el despido sucesivo homólogo. Este hecho, en sí mismo resulta más sencillo procesalmente, frente al escenario actual; pues, no hay necesidad de presentar una nueva demanda, una nueva medida cautelar, una petición de acumulación de procesos para evitar sentencias contradictorias; siendo que, durante el presente trámite, se emitirá una sola sentencia en donde se evalúen ambos despidos y se declare la fundabilidad o infundabilidad de las pretensiones.

El escenario procesal descrito, genera a su vez que en el debate procesal, el Juez que conoce la primera pretensión del despido, así como quien ha dictado la medida cautelar, sea quien limite la imposición del despido sucesivo homólogo y quien revise la continuidad o cancelación de la medida cautelar; generando con ello, un conocimiento pleno de la situación fáctica y jurídica: sustantiva y procesal, del trabajador demandante; lo cual, al obviarse la acumulación procesal y la necesidad de plantear una medida cautelar sobre la media primigenia, se conocería directamente.

En cuanto a la medida cautelar, como hemos visto antes, ésta tiene el carácter de instrumental y busca que, llegado el momento, se materialice efectivamente la tutela procesal; por lo que, sus medios de protección también forman parte del deber de los Estados a garantizar mecanismos sencillos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales. En

este sentido, garantizar una revisión de las decisiones del empleador a quien se le impuso respetar la decisión cautelar, en el mismo cuaderno cautelar, también optimiza una protección sencilla y eficaz para proteger el derecho fundamental al trabajo y al respeto de las decisiones judiciales; lo cual, se logra con nuestra propuesta.

Así, cualquier acción del empleador, que sea arbitraria, desproporcional, o que incluso esconda la intención de desconocer, bajo un supuesto nuevo hecho, la decisión cautelar, podrá ser controlada judicialmente. Incluso, la acción legítima del empleador, quien, revestido del poder de dirección y de la facultad disciplinaria puede despedir al trabajador; sin embargo, esta acción legítima, no necesariamente puede significar una causa justa de despido, situación en la que el trabajador demandante puede recibir la protección frente al despido sucesivo homólogo.

Así, la tutela de los derechos sociales, como el trabajo, o de naturaleza jurisdiccional, como la tutela procesal efectiva que se garantiza a través de las medidas cautelares, se refuerzan con nuestra propuesta, principalmente porque hace ágil y dinámica la protección de los derechos afectados, evitando que el trabajador se someta en el proceso judicial a formalismos extremos, como cuando para analizar el despido sucesivo, se requiere demandar nuevamente la reposición, pedir la acumulación de procesos, y en ambos, analizar pedidos cautelares.

Nuestra propuesta, entonces, para lograr el objetivo de brindar un mecanismo de protección sencilla y eficaz, parte de los principios que en general se sustenta el proceso laboral: principio de celeridad, informalismo, equidad, veracidad y otros, entendiendo que estos

principios a su vez, tienen soporte constitucional; en consecuencia, se logra establecer un mecanismo tuitivo de derechos fundamentales (el trabajo y la tutela procesal efectiva) materializando un fin constitucional (otorgar tutela sencilla y eficaz para la protección de derechos fundamentales), a través de los principios procesales constitucionalizados.

Por tanto, el deber de los estados, a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo, a través de vías procedimentales céleres e idónea es una razón válida para limitar la imposición de un despido sucesivo homólogo al materializado anteriormente, que posibilita la revisión judicial por el juez cautelar.

**CAPÍTULO IV**  
**PROPUESTA NORMATIVA**

**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA  
EL ARTÍCULO 20-B Y MODIFICA LOS  
ARTÍCULOS 21, 31 y 54 DE LA NUEVA  
LEY PROCESAL DEL TRABAJO – LEY  
Nº 29497.**

A iniciativa de los congresistas que suscriben el presente, de acuerdo a las facultades otorgadas en el artículo 107 de la Constitución Política y procedimientos establecidos en el numeral 2 del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, se presenta la siguiente propuesta legislativa:

**PROYECTO DE LEY**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

**LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 20-B Y MODIFICA LOS ARTÍCULOS  
21, 31 y 54 DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO – LEY Nº 29497**

**Artículo 1.-** Incorpórese el artículo 20-B a la Nueva Ley Procesal del Trabajo; cuyo texto, es el siguiente:

***Artículo 20-B.- Procedencia y trámite de la incorporación al debate procesal del despido sucesivo homólogo:***

*En los procesos en que se tramite la pretensión de reposición, las partes pueden introducir al debate procesal, 30 días después de haberse producido el hecho y*

*hasta antes de la emisión de sentencia ejecutable, la revisión de validez de un despido sucesivo homologado materializado durante la vigencia de la medida cautelar.*

*En todo momento, el juez garantizará el derecho a la defensa y a probar de las partes procesales; para lo cual, una vez presentada la petición de revisión de validez del despido sucesivo homólogo, correrá traslado a la parte demandada por el término de diez (10) días hábiles a fin de que realice su defensa, luego de lo cual, resolverá su introducción a los hechos de la demanda originaria o declarará su improcedencia, a partir de la homogeneidad de los supuestos fácticos que califican al despido. Esta decisión es inimpugnable.*

**Artículo 2.-** Modifíquese los artículos 21, 31 y 54 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N° 29497, cuyo texto será el siguiente:

**Artículo 21:**

**Oportunidad:** Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad. *También pueden ofrecerse nuevos medios de prueba en los supuestos establecidos en los artículos 20-B y último párrafo del artículo 54.* Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados. En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas, la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia.

### **Artículo 31:**

**Contenido de la sentencia:** El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho. La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables. Tratándose de pretensiones con pluralidad de demandantes o demandados, el juez debe pronunciarse expresamente por los derechos y obligaciones concretos que corresponda a cada uno de ellos. El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia.

*En los procesos en que se haya procedido de acuerdo a la posibilidad establecida en el artículo 20-B de la presente Ley, la sentencia contiene la decisión de validez de ambos despidos, ordenando de acuerdo a lo probado, la fundabilidad o infundabilidad final de la pretensión de reposición.*

### **Artículo 54**

**Aspectos generales:** A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte. Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales.

*El despido sucesivo homólogo materializado durante la vigencia de la medida cautelar que permitía la prestación de servicios, será objeto de revisión, a petición de parte, por el juez cautelar. Los efectos de la decisión, conlleva a la cancelación de la medida o a la continuación de su cumplimiento. El Juez cuidará, especialmente, que no se materialice abuso del derecho o fraude a la Ley, así como que se cumpla la tutela procesal efectiva.*

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El artículo 27 de la Constitución Política del Estado establece que todo trabajador tiene adecuada protección contra el despido arbitrario, dejando al legislador su regulación; a partir de la cual, éste emitió diversas disposiciones normativas (Ley de Fomento del Empleo – Decreto Legislativo N 728, y su Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR) que establecieron que la adecuada protección contra el despido sería la indemnización por despido arbitrario, salvo en los casos en que el despido configuró como nulo, en cuya situación podría peticionarse la reposición del trabajador o trabajadora.

A partir de ello, evidenciando supuestos de inconstitucionalidad en tal regulación, el Tribunal Constitucional se pronunció – principalmente – en los casos FETRATEL, EUSEBIO LLANOS HUASCO Y BAYLÓN FLORES, señalando que permitir que frente a un evidente despido arbitrario únicamente se proteja con una indemnización tasada de despido arbitrario, afectaría el contenido esencial del derecho al trabajo; por lo cual, estableció – en calidad de precedente vinculante – que procederá, ya sea en los despido nulos, incausados o fraudulentos, o la reposición o indemnización, a elección del trabajador.

A partir de ello, los y las trabajadoras han podido aspirar a una protección adecuada contra el despido arbitrario; e incluso, ahora con la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, tramitar sus causas bajo sus reglas, con igual efectividad. Por supuesto, dentro de estas, con la esfera de protección que significa ser repuesto, se peticionan a su vez, diversas medidas cautelares que aseguran que el trabajador despedido arbitrariamente sea sujeto de protección inmediata; sin embargo, esta medida cautelar también implica que puede iniciársele – durante su cumplimiento –

procedimientos disciplinarios que puedan terminar con un nuevo despido (despido sucesivo), escenario actual, que motivaría que el trabajador demande nuevamente a su empleador (sobre la marcha del proceso primigenio) y peticione nuevas medidas cautelares, sobre la no cancelación expresa de la anterior. Estos supuestos, generan que posteriormente el trabajador peticione acumulación de procesos o que se suspendan en su trámite alguno de ellos hasta que exista respuesta sobre la anterior, entretejiendo los procedimientos y generando una suerte de desorden procesal; que, de respetarse los principios del proceso laboral, así como el deber de los Estados a garantizar procesos sencillos, céleres y eficaces para la protección de derechos fundamentales, no se generaría.

Por ello, es necesario asegurar al trabajador, bajo el cuidado de los referidos principios y deber de los Estados, un proceso laboral célere y eficaz, donde se garantice plenamente la tutela procesal efectiva, y por supuesto, el derecho a la defensa y a probar de todas las partes procesales, y cuidando a su vez, que la congruencia procesal, pluralidad de instancias, y otros, se apliquen razonablemente a dichos deberes y principios.

Ello, justifica que se emitan disposiciones legislativas que permitan introducir al debate procesal donde se discute la validez del primer despido, si es o no válido el despido sucesivo homólogo, y a su vez, si la decisión de despido adoptada durante la vigencia de la medida cautelar, resulta válida o no, y si en consecuencia, se puede ordenar la cancelación de la medida o su continuidad.

### **ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO**

Las presentes disposiciones no generan gastos al Estado; sino que incluso, permite economizar y hacer más célere al proceso laboral; lo cual, incide en el gasto público del poder judicial, otorgándole un evidente beneficio.

### **EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Con la presente Ley, no se derogan disposiciones normativas; sino que, se modifican (artículo 21, 31 y 54) e incorpora el artículo 20-B; haciendo del proceso laboral, durante el trámite de reposición, un proceso célere e idóneo, que cumple con el deber de que los Estados garanticen procedimientos céleres y sencillos para la protección de derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES

1. La medida cautelar, a través de la cual se permite la prestación de servicios provisionales del trabajador, no es un instrumento que blindada al trabajador frente a su empleador, de sus indisciplinas; sino por el contrario, justifica el poder disciplinario de éste, por el cual el empleador puede, como máxima sanción, despedir sucesivamente al trabajador.
2. La pretensión de reposición al empleo, forma parte del contenido de la protección contra el despido arbitrario; por ello, durante el proceso judicial y las medidas cautelares que se dicten dentro de éste, los principios de la función jurisdiccional y del proceso laboral, deben materializarse imperativamente en cada procedimiento: proceso principal y medida cautelar.
3. La vigencia de la medida cautelar justifica que se controle el despido sucesivo homólogo, en el mismo procedimiento en que fue dictada, reforzando el derecho a la protección contra el despido arbitrario; sin embargo, su efecto sigue siendo provisional; por lo que, es necesario que los actos revisables se integren al análisis de fondo, a solicitud del trabajador, desde el momento en que se comete el acto del despido, hasta antes de obtenerse sentencia de segunda instancia; y por supuesto, siempre que se garantice el derecho a la defensa y a probar de todas las partes procesales
4. La validez del despido sucesivo homólogo se integra a la discusión procesal, como acto estructuralmente vinculado al primer despido, como consecuencia de atenuar los principios de congruencia procesal, debido proceso, y por la optimización de los principios del proceso laboral, y la naturaleza de este: dispositivo atenuado.

5. La acción de control del despido sucesivo homólogo, se justifica tanto en los derechos fundamentales afectados: derecho al trabajo y tutela procesal efectiva, en los principios del proceso laboral, en la naturaleza de este, así como en el deber que tienen los estados en dotar a sus ciudadanos de mecanismos céleres, sencillos y eficaces, para garantizar el respeto de sus derechos fundamentales.

## LISTA DE REFERENCIAS

### BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

Alarcón Salas, M. (2016). *Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Perú – Lima:Gaceta Jurídica S.A.

Arévalo Vela, J. (2018). *Los Principios del Proceso Laboral*. Recuperado: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1657>

Ávalos Jara. O. V. (2016). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Recuperado: <http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/2016/02/las-medidas-cautelares-en-el-proceso.html>

Barría Mansilla, D. (2009). *El Poder de Dirección del Empresario y los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Control del Uso del Correo Electrónico y de Internet en la Empresa* (Tesis de pregrado). Recuperado: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106908/de-barria\\_d.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106908/de-barria_d.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Benitez Caorsi, J. (2000). *El Contrato Normado*. Revista de la Facultad de Derecho. Recuperado: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/296>

Blancas Bustamante, C. (2003). *La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional*. Derecho & Sociedad. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792884.pdf>

Blancas Bustamante, C. (2010). *Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador*. Revista Laborem. Recuperado: [https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/archivos\\_14733769740.pdf](https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/archivos_14733769740.pdf)

Blancas Bustamante, C. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Perú  
– Lima: Jurista Editores.

Couture Etcheverry, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*.  
Recuperado de: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>

Cortés Carcelén, J. C., y Pizarro Díaz, M. (2009). Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social - Libro homenaje a Javier Neves Mujica. *Las obligaciones laborales derivadas de la voluntad unilateral del empleador* (pp. 143-153). Lima, Perú: Grijley.

De Buen Lozano. N. (1997). *Clases de Contratos de Trabajo. En A. I. Social, Instituciones del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

Ermida Uriarte, O., y Hernández Alvarez, O. (2002). *Crítica de la Subordinación*. Ius Et Veritas. Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214/16631>

Ermida Uriarte, O. (2011). *El Nuevo Procesal Laboral Uruguayo*. Revista Laborem.  
Recuperado de: <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem11.pdf>

Gómez Valdez, F. (1998). *Principios Procesales contemplados en la LPT*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Gómez Valdez, F. (2006). *La ley procesal del trabajo, Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado* (2 ed.). Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Guastini, R. (2014). *Intepretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini, R. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Mexico D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Hernández Rueda, L. (1997). *Poder de Dirección del Empleador*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/26.pdf>

Jiménez López, M. y Pérez Martínez, T. (2003). *La Informática Jurídica y el Derecho Procesal Social en México*. Recuperado de: <http://www.nperci.org/M.%20Jim%C3%A9nez%20y%20T.%20P%C3%A9rez-La%20inform%C3%A1tica%20jur%C3%ADdica-V18N1.pdf>

Ledesma Narváez, M. (2013). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ledesma Narváez, M. (2018). *La Tutela Cautelar y de Ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica.

Marcenaro Frers, R. (1995). *El Trabajo en la Nueva Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

Marquet Guerrero, P. (2003). *El Contrato y la Relación de Trabajo*. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/29.pdf>

Marx, K. (1890). *El Capital*. España: Luarna.

Monroy Palacios J. J. (2002). *Bases Para la Formación de una Teoría Cautelar*.  
Lima: Comunidad.

Montoya Melgar, A. (2002). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Neves Mujica, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de  
la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, J. (2015). *El Despido en la legislación y en la jurisprudencia del  
Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia  
laboral*. THEMIS - Revista de Derecho. Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14470/15082>

Paredes Palacios, P. (1997). *Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral*. Lima:  
ARA Editores.

Pasco Cosmólopis, M. (1997). *Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo*.

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires:  
Depalma.

Priori Posada, G. F. (2006). *La Tutela Cautelar: Su configuración como derecho  
Fundamental*. Lima: Ara Editores.

Priori Posada, G. F. (2011). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*.  
Lima: ARA Editores E.I.R.L.

Salas Villalobos, S. (2015). *Medidas Temporales Sobre el Fondo: Su particularidad  
en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida  
Autosatisfactiva*. Ius Et Veritas. Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14826/15381>

Santos Azuela, H. (2010). *Derecho Procesal del Trabajo: Principios, Naturaleza, Autonomía Y Jurisdicción*. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640265009.pdf>

Sumaria Benavente, O. (2017). *La Tutela Cautelar: Análisis y Revisión Crítica de sus Presupuestos*. Lima: Instituto Pacífico.

Toyama Miyagusuku, J. (2009). *El Despido Disciplinario en el Perú*. Ius La Revista. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12196/12761>

Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Vinatea Recoba, L. (2011). *Análisis y Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política del Perú. (1993).

Código Procesal Constitucional. (2004).

Congreso de la República. (1995). *Ley N 26513, Modifican la Ley de Fomento del Empleo*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2001). *Ley N 27584, Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2010). *Ley N 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Justicia. (1993). *Resolución Ministerial 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Trabajo y Promoción Social. (1991). *Decreto Legislativo 728*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Trabajo y Promoción Social. (1997). *Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos*.

Organización Internacional del Trabajo. (1982). *Recomendación 166, sobre la terminación de la relación de trabajo*.

Organización de los Estados Americanos. (1989). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

## **JURISPRUDENCIA**

Tribunal Constitucional. (2001). Sentencia del caso N 1124-2001-AA/TC. Emitido el 11 de julio del 2002.

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia del caso 976-2001-AA/TC. Emitida el 13 de marzo de 2003.

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia del caso 0206-2005-PAJTC. Emitida el 28 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia del Pleno Jurisdiccional 0023-2005-PI/TC. Emitida el 27 de octubre de 2006.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia del caso N 5033-2006-PA/TC. Emitida el 29 de agosto 2006.

Tribunal Constitucional. (2009). Sentencia del caso 03116-2009-PA/TC. Emitida mayo de 2014.

Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República. (2012). Sentencia del caso N 00007-2012. Emitida el 11 de mayo de 2012.

Tribunal Constitucional. (2012). Sentencia del caso N. 03881 2012-PA/TC. Emitida el 01 de marzo de 2016.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. (2013). Sentencia del caso N 7677-2013. Emitida el 11 de julio del 2002.

Tribunal Constitucional. (2015). Sentencia del caso N 02383-2013-PA/TC. Emitida el 12 de mayo del 2015

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. (2017). Sentencia del caso N 3090-2015. Emitida el 30 de junio de 2017.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. (2017). Sentencia del caso N 1939-2017. Emitida 13 de julio de 2017.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). Sentencia del caso N 19811-2016. Emitida el 11 de junio de 2019.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. Emitido en septiembre de 2013.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. Emitido agosto de 2017.

II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Emitido mayo de 2014

Primera Sala Civil Permanente. Expediente N 00642-2016-0-0601-JR-LA-03. Auto de Vista N° 173–2017

Segunda Sala Civil de Cajamarca (2008). Expediente N 00026-2008-67-0601-JR-  
LA-01