

**LA TUTELA DIFERENCIADA EN EL PROCESO ABREVIADO Y EN LA JUSTICIA LABORAL. CUESTIONAMIENTOS A LA FÓRMULA JURÍDICA DE LA REPOSICIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO COMO PRETENSIÓN PROCESAL ÚNICA EN LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO LEY N° 29497**

*DIFFERENTIAL PROTECTION IN SHORT PROCESS AND LABOR JUSTICE. QUESTIONING A LEGAL FORMULA FOR REPLACEMENT IN THE WORKPLACE AS A SINGLE CLAIM PROCEDURE IN LABOR LAW PROCEDURE ACT No. 29497*

HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis Alberto\*  
MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis\*\*

**RESUMEN\*\*\***

En este artículo procederemos a analizar la decisión del legislador de apostar por la fórmula jurídica de la reposición como pretensión procesal única en cuanto medida que materializa el dictado *ius* fundamental del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario buscando entender el porqué del legislador en constreñir, a su mínima expresión, la regulación en este punto con respecto de un proceso de tutela diferenciada que puede brindar, sin mayor traba, igual resguardo protectorio al despedido que el otorgado por el amparo constitucional. Desde todo punto de vista, la opción ofrecida por el legislador impide que otros derechos fundamentales, como el de la

---

Fecha de recibo: 14 de Mayo de 2014

Fecha de aprobación: 16 de Junio de 2014

\* Abogado por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, Perú. Discente de la Maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la misma Casa Superior de Estudios. Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Proceso Contencioso Administrativo. Con estudios de Especialización en Administración de Recursos Humanos en el Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE). Asesor Legal Externo del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI). Docente de los cursos de Derecho Laboral I y Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo (UDCH). Docente del curso de Régimen Laboral del Empleo Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo (USAT). Ex Jefe de Asesoría Legal de la Municipalidad Distrital de Pomalca. Correos electrónicos: e.abogados.chiclayo@hotmail.com; e.abogados.chiclayo@gmail.com.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca – España. Docente de Derecho en la Universidad César Vallejo sede Lima Este y en la Academia de la Magistratura del Perú. Correo electrónico: jorgel.mayors@pucp.pe

\*\*\* El presente documento de investigación final, nacido de un trabajo de mayor envergadura, ha sido materia de sustentación en el Seminario de actualización en aspectos prácticos de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Chiclayo por la Asociación Ius et Veritas el día 7 de junio del 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo (USAT).

remuneración, pueda verse igualmente satisfecha en este orden procesal; en este punto, de la mano de las decisiones de los Tribunales de Justicia, analizaremos los alcances de la protección ofrecida a través del proceso abreviado laboral como vivida concretización de la tutela diferenciada jurisdiccional.

**PALABRAS CLAVES:** Patrimonio de la Tutela diferenciada jurisdiccional.

## ABSTRACT

In this article we will analyze the decision of the legislature to bet on the legal form of the replacement as the only measure procedural claim embodying the essential ius dictation of the right to adequate protection against arbitrary dismissal seeking to understand why the legislature in constraining at the minimum expression, the regulation at this point with respect to a process that can provide differentiated protection, without further work, the same protection to dismissal. From every point of view, the choice offered by the legislature prevents other fundamental rights, such as compensation, can be equally satisfied in this procedural order; at this point, with the help of the decisions of the courts, we will analyze the scope of the protection offered through the short process as a lived concretization of the judicial protection.

**KEY WORDS:** Heritage Guardianship court differentiated.

---

## INTRODUCCIÓN

Como es sabido, de lejos el amparo se ha constituido en un mecanismo protector susceptible de articulación ante la afectación del derecho fundamental al trabajo dejando para el juez ordinario (laboral: en el caso de los trabajadores privados - corporativos y “privados - estatales”; contencioso administrativo: trabajadores públicos sujetos regímenes general y especial administrativo, Ley N° 24041, contrato administrativo - laboral especial de servicios, etc.) la protección de dicho derecho en cuanto la afectación incida sobre su contenido no esencial. Sobre el argumento de la tutela urgente, en no muy contadas ocasiones, el Constitucional ha llegado a sostener que el amparo se constituye, de

lejos, en un medio jurídico - adjetivo de especial preferencia en la tutela del trabajador. Sin embargo, ante nuevos vientos en la procesalística, hoy se tiene que admitir que la tutela urgente no es privativa de los procesos de la justicia constitucional. Largas y acaloradas, breves y pacíficas, las conservaciones doctrinales foráneas (atendiendo a que nuestro Derecho gusta de relamarse fruciosamente de posiciones intelectivas ajenas amén de pétreas en el tiempo) han esbozado gustosamente que la tutela de urgencia no se constituye en un patrimonio de la jurisdicción de la libertad; a lo sumo, representa su posición más encumbrada, no obstante, esta ubicación no les autoriza a ser los únicos medios reaccionales de protección del ciudadano - trabajador.

## DESARROLLO

Incluye avances, resultados o hallazgos, para el caso de investigaciones.

### **I. El Planteamiento de los alcances protectivos de la tutela laboral desde una perspectiva subjetiva de protección de los partícipes de las relaciones jurídico - subordinadas, con especial referencia al prestador de servicios – trabajador.**

La protección del trabajador, más allá del ámbito sustantivo representado vigorosamente por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) u otras disposiciones jurídico - laborales especiales, encuentra en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), el instrumento adjetivo de alto interés que permite, ahora, encontrar un amplio abanico protectorio que no lo podía ofrecer, en su oportunidad, la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT). Es de allí que el legislador, con especial cuidado, no solamente concede dicho abanico al trabajador, entendido como la parte débil de la relación subordinada sino que la amplía con gracia magistral en función al artículo II del Título Preliminar de la NLPT. Es entonces que nos encontramos ante una figura novedosa: las “prestaciones de servicios de carácter personal” que incorpora a quienes ejecutan labores para otros con un soterrado vínculo de subordinación como son las modalidades formativas (aprendizaje, prácticas pre profesionales, capacitación laboral juvenil, pasantía, actualización para reinserción laboral, etc.), o a quienes alegan algún elemento tendiente a la simulación o el fraude laborales como acontece con situaciones de abuso de tercerización e intermediación laborales, locación de servicios, “servicios no personales”, contratación MYPE, etc., todos utilizados por el empresario privado o por la

Administración contratante para rehuir abiertamente una relación laboral indeterminada.

Todavía más, la fórmula jurídica “prestaciones de servicios de carácter personal”, de impecable agilidad interpretativa, permite resolver situaciones conflictivas derivadas de prestaciones de alegado contenido cooperativo<sup>1</sup>, administrativo<sup>2</sup>—incluyendo a la contratación administrativo—, laboral especial, de servicios<sup>3, 4</sup>, que encierran un espacio de innegable

<sup>1</sup> Al efecto, el Pleno Jurisdiccional de Arequipa de 1998 llega a establecer: “Los socios - trabajadores de las cooperativas de trabajadores, en sus diversas modalidades, tienen el derecho de recurrir directamente al órgano jurisdiccional para reclamar sus derechos y beneficios de naturaleza laboral, sin necesidad de agotar ninguna vía interna, operando ésta última para los reclamos de derechos societarios”.

<sup>2</sup> Comprende a los siguientes regímenes jurídico - públicos, estatutarios o no, al servicio de la Administración Pública: i) carrera administrativa tipo: Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (LBCA) y Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (RLBCA); ii) personal nombrado o contratado (1 año: Ley N° 24041 ó 3 años: artículo 15 LBCA y 40 RLBCA); y, además: iii) carreras administrativo especiales: Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República; Ley N° 23733, Ley Universitaria; Ley N° 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud; Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial; Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas; Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú; Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria; Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público; Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.

<sup>3</sup> La Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), al referirse (<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/preguntas-cas.htm>) a esta expresión de contratación de personal, en su faz original o estatutaria, llega a establecer: “Una prestación de servicios de carácter no autónomo es la prestación de servicios que realiza una persona a favor de una Entidad Pública de manera dependiente, sin que ello implique un vínculo laboral con la Entidad”.

<sup>4</sup> La contratación administrativo - laboral especial de servicios se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS), Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Decreto Supremo que aprueba el reglamento del Decreto

laboralidad de la relación jurídica sostenida pudiendo incorporar, incluso, al desempeño de labores civiles<sup>5</sup> que han servido de velada cubierta de relaciones laborales<sup>6</sup>.

De esta manera, somos del parecer que la fórmula jurídica “prestaciones de servicios de carácter personal” no resulta contraria a la fórmula jurídica de la subordinación asentada en el artículo 9 de la LPCL<sup>7</sup>

---

Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (RCAS), Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, STC N° 00002-2010-PI/TC, Decreto Supremo que establece modificaciones al reglamento del régimen de contratación administrativa de servicios (M-RCAS), Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales (LEP-CAS).

<sup>5</sup> “(...) el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto al contrato de locación de servicios es la subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo para el que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)”: STC N° 04840-2007-PA/TC (Espinoza Mesa vs. Municipalidad Distrital de Pillco Marca, Huánuco), fdm. 5.

<sup>6</sup> Sobre los rasgos de laboralidad tales como: i) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta, ii) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada, iii) prestación ejecutada dentro de un horario determinado, iv) prestación de cierta duración y continuidad, v) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio, vi) pago de remuneración al demandante, vii) reconocimiento de derechos laborales: vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud (STC N° 00931-2012-PA/TC, fdm. 4 (Martos Alcántara vs. Agropucalá S.A.A.); STC N° 02541-2010-PA/TC, fdm. 6 (Romero Bravo vs. Municipalidad Provincial de Piura); STC N° 01193-2011-PA/TC, fdm. 5 (Vargas Bustamante vs. Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, COFOPRI); STC N° 01052-2011-PA/TC, fdm. 5 (Molina Quiñones vs. Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, COFOPRI); STC N° 03198-2011-PA/TC, fdm. 6 (Rivera Arrunátegui vs. Municipalidad Provincial de Piura).

<sup>7</sup> Artículo 9 LPCL.- Presunción de laboralidad: “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

sino que antes bien, se establece, nuevamente desde nuestro punto de vista, una complementariedad entre ambos institutos<sup>8</sup>: a manera de género (prestación personal) a especie (laboralidad).

En este punto, a mayor guía, la presencia de prestaciones personales civiles (consultoría, asesoría, contrato de obra, los innominados “servicios no personales”<sup>9</sup> así como los “servicios por terceros sin

---

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”.

<sup>8</sup> AVALOS JARA, Oxal, Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 83-84: “(...) aquella labor realizada por una persona natural en nombre propio y por ella misma; en consecuencia, no encajan en ese concepto las prestaciones realizadas legalmente por personas jurídicas o aquellas efectuadas en nombre ajeno o no llevadas por el mismo contratado, dado que lo esencial en este concepto es que la obligación asumida es personalísima, siendo el contratado el único deudor de la prestación”.

<sup>9</sup> “El denominado «contrato por servicios no personales» no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica. Esta falta de regulación adecuada genera un vacío legal que podría dar lugar a interpretaciones que, extrapolando conceptos del derecho administrativo y del derecho laboral, apliquen a estos contratos principios o criterios inadecuados y hasta incompatibles con su naturaleza. La Comisión abordó este tema a efectos de conocer sus implicancias, y los riesgos y contingencias que pudieran generar y proponer las fórmulas legales y económicas que puedan darse a modo de permitir su normalización, con respeto a los derechos de los trabajadores involucrados y generando el menor costo posible al Estado. Como resultado de ello, la Comisión ha elaborado un proyecto de norma reguladora, a través de la cual se sustituye dicha modalidad extraña de contratación por un nuevo contrato denominado «contrato administrativo de servicios», cuya principal virtud es reconocer a dichos trabajadores los derechos consagrados por la Constitución y por los convenios internacionales ratificados por el Perú, que son norma interna de la República. Asimismo se consagra que dichos trabajadores deben ser asegurados obligatorios de Essalud e inscribirse en alguno de los sistemas pensionarios existentes. Ahora bien, como la Constitución señala que no se puede, a través de una ley, modificar el contenido de un contrato -y

contrato”<sup>10</sup> etc.), prestaciones personales comerciales (depósito mercantil, comisión mercantil, carga terrestre, corretaje, etc.), prestaciones personales cooperativistas, prestaciones personales estatutarias (aplicables privativamente en el curso de relaciones de subordinación con la Administración Pública al abrigo de un frente de especial relación de sujeción) que pueden encerrar o esconder una relación de trabajo son confrontadas en el Fuero de Trabajo.

Más allá de aquel aspecto auspiciante, encontramos uno con el cual no compartimos los alcances regulatorios del legislador pues, peligrosamente, se orienta a limitar el derecho de acceso a la jurisdicción, con especial referencia al espacio laboral en sede abreviada, cuando se trata de un hecho jurídico nocivo para el trabajador como es el despido.

II. La pretensión principal única de reposición en el empleo como fórmula jurídica limitante del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción con

---

este Gobierno es y será respetuoso de la Constitución-, este propuesta normativa señala que para variar los contratos vigentes y acogerse al nuevo sistema, más favorable al trabajador, debe haber acuerdo de partes. Caso contrario, se aplicará el contrato vigente hasta el final del plazo estipulado, pero ya no podrá ser renovado o prorrogado a su vencimiento. Con esta norma -que sería elevada como proyecto legislativo al Congreso -se busca, por un lado, proteger al trabajador; por otro, dar contenido a formas contractuales anómalas y por esa vía regularizarlas; y, finalmente, dar homogeneidad al tratamiento de la contratación de trabajadores por el Estado. En lo sucesivo, o se utiliza este tipo de contrato nuevo o, simplemente, no se puede incorporar nuevo personal, cuando corresponda y sea necesario”: COMISIÓN MULTISECTORIAL ENCARGADA DE ESTUDIAR LA SITUACIÓN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL, Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, pp. 17-18.

<sup>10</sup> HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto & ESPINOZA ESCOBAR, Javier H., “Subordinación, presunción de laboralidad y «servicios por terceros sin contrato» en el Sector Público: análisis de una nueva problemática en el empleo público”, en: Administración Pública y Control, T. I, Gaceta Jurídica S.A., Lima, enero 2014, p. 89.

especial referencia al espectro de la tutela diferenciada jurisdiccional en el orden procesal de la justicia laboral

En este espacio procederemos a analizar la decisión del legislador de apostar por la fórmula jurídica de la reposición como pretensión procesal única en cuanto medida que materializa el dictado ius fundamental del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario buscando entender el porqué del legislador en constreñir, a su mínima expresión, la regulación en este punto con respecto de un proceso de tutela diferenciada que puede brindar, sin mayor traba, igual resguardo protectorio al despido que el otorgado por el amparo constitucional. Desde todo punto de vista, la opción ofrecida por el legislador impide que otros derechos fundamentales, como el de la remuneración, pueda verse igualmente satisfecha en este orden procesal; en este punto, de la mano de las decisiones de los Tribunales de Justicia, analizaremos los alcances de la protección ofrecida a través del proceso abreviado laboral como vivida concretización de la tutela diferenciada jurisdiccional.

2.1. La protección del sujeto débil de la relación jurídico - subordinada a través de instrumentos jurídicos - procesales de amplio espectro con relación a la reposición: la tutela abreviada de lo laboral. La posición del I Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral del 2012

De principio, a manera de estandarte del artículo 2,2 de la NLPT, como lo sosteníamos hace poco, el proceso abreviado en lo laboral coloca a la reposición como pretensión principal única como viva expresión puntual de la tutela diferenciada en lo laboral. El legislador reconoce, entonces, abiertamente que en escenarios no necesariamente de jurisdicción constitucional es posible encontrar una línea

protectiva sacudida del viejo esquema de la cognición plena permitiendo el enfrentamiento de trabajador y empleador en un esquema amplio, célere y oportuno donde los ritualismos adjetivos se encuentran constreñidos a un uso mínimo; donde el fondo del asunto importa en razón inversamente proporcional a la forma del litigio promovido. Al efecto, lo recogido en el I Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral del 2012 deja establecido los alcances del juez ordinario frente al despido:

“B. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VÍA LABORAL REGULADAS POR LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO (LEY N° 29497).

El artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ad litteram, prescribe: «los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión procesal única».

Siguiendo esta línea normativa, se entiende que la norma procesal habilita a la jurisdicción laboral vía proceso abreviado laboral y no como proceso ordinario laboral, el conocimiento de una demanda que contenga como pretensión principal única la reposición en los supuestos de despido incausado o fraudulento (vulneración de los artículos 22 y 27 de la Constitución).

(...)

Como se puede apreciar, con la nueva estructura procesal diseñada por la ley 29497, existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la

existencia de despido incausado o fraudulento y se pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo.

i) Porque se está brindado un tratamiento de «urgente» a la pretensión de reposición, con similar o mayor rapidez procesal a la brindada en un proceso de amparo;

ii) El proceso abreviado laboral permite otorgar la misma consecuencia jurídica que la otorgada en el proceso constitucional de amparo laboral: la reposición (tutela restitutoria);

iii) El proceso abreviado laboral está inspirado en los principios de inmediación, concentración, veracidad, celeridad, economía procesal y principalmente oralidad, cuyo juez es un magistrado especializado en el derecho laboral;

iv) Se garantiza la doble instancia y el recurso de casación;

v) Existe una estación probatoria en la cual el juez laboral determina los hechos materia de controversia y sobre los que recaerá la prueba aportada por ambas partes, evitando distraer la atención respecto de hechos y material probatorio impertinente e inconducente a la solución del conflicto;

vi) La posibilidad de la conciliación dentro de un proceso laboral; y

vii) La existencia de medidas cautelares, que pueden ordenarse inmediatamente a juicio del Juzgador, cuando se verifique la concurrencia de los elementos de procedencia de las mismas, así como se tenga en consideración lo previsto en el [artículo] 55 de la Ley número 29497, sobre Medida Especial de Reposición Provisional dentro del Proceso Cautelar en el que se da atribuciones especiales al Juez para ordenar la misma dentro o fuera del proceso,

cumpliendo los requisitos ordinarios, y regulándola en casos especiales.

#### EL PLENO ACORDÓ:

«Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única»<sup>11</sup>.

Como es de advertirse, a nivel plenario, se reconoce abiertamente la gestación de diversos mecanismos protectivos del trabajo ante el uso abusivo de la facultad de despedir; en este punto, el proceso abreviado en lo laboral se constituye en la firme precisión de tutela judicial como es lo proyectado por la jurisprudencia de la Alta Corte contenida en la Casación N° 3311-2011-Tacna, del 11 de julio del 2012:

“DÉCIMO QUINTO.- Esta especial dedicación que se ve resaltada en el establecimiento de una vía especial donde se conocen los casos de «reposición» provenientes de despido incausado y/o fraudulento (...) obedecen a razones de política institucional y legislativa que buscan predominantemente dar preferencia en el trámite a aquellas demandas en las que se alegue la vulneración de un derecho fundamental; supuesto que en un plazo celeré obtienen la protección del derecho vulnerado»<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> PODER JUDICIAL DEL PERÚ, CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL & CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL, Informe del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, Tema N° 01: Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral, punto b., 1ª edición, Lima, agosto 2013, pp. 12-14.

<sup>12</sup> Casación N° 3311-2011-Tacna, del 11 de julio del 2012, considerando décimo quinto (Blanca Teresa Beltrán Fontis vs.

#### 2.2. Despido y reposición: amparo y abreviado.

La situación de las vías procesales específicas igualmente satisfactorias para el salvamento del derecho amenazado o vulnerado

Es sabido que el derecho al trabajo, en su estructuración, es un derecho fundamental que implica, de una parte, el derecho de acceder a un puesto de labores sin mayor limitación que la legal y, de otro, el derecho a no ser objeto de despido salvo causa justa. En virtud de dicha perspectiva, dicho derecho se construye sobre la estabilidad de entrada y la estabilidad de salida. A tono con lo sostenido, el Constitucional proclama el contenido esencial del derecho al trabajo, un espacio intocable, dejando tanto al legislador como al empleador la regulación de aspectos referidos a éste en cuanto no procedan a su desnaturalización o, dicho de otra manera, de su menoscabo:

#### “Derecho al trabajo

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho

Sindicato de Empleados de S.P.C.C. de Toquepala y Anexos), de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre reposición, vocal ponente: Acevedo Mena.

constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. (...)”<sup>13</sup>.

Ya dejando establecido el contenido esencial a través de las expresiones duales efectuadas por el Alto Tribunal, merece estudio lo referido a las vías procesales a ser utilizadas por el afectado.

Como es sabido, de lejos el amparo se ha constituido en un mecanismo protectorio susceptible de articulación ante la afectación del derecho fundamental al trabajo dejando para el juez ordinario (laboral: en el caso de los trabajadores privados - corporativos y “privados - estatales”; contencioso administrativo: trabajadores públicos <sup>14</sup> sujetos a regímenes general y especial administrativo, Ley N° 24041, contrato administrativo - laboral especial de servicios, etc.) la protección de dicho derecho en cuanto la afectación incida sobre su contenido no esencial. Sobre el argumento de la tutela urgente, en no muy contadas ocasiones, el Constitucional ha llegado a sostener que el amparo se constituye, de lejos, en un medio jurídico - adjetivo de especial

preferencia en la tutela del trabajador. Sin embargo, ante nuevos vientos en la procesalística, hoy se tiene que admitir que la tutela urgente no es privativa de los procesos de la justicia constitucional. Largas y acaloradas, breves y pacíficas, las conservaciones doctrinales foráneas (atendiendo a que nuestro Derecho gusta de relamerse fruciosamente de posiciones intelectivas ajenas amén de pétreas en el tiempo) han esbozado gustosamente que la tutela de urgencia no se constituye en un patrimonio de la jurisdicción de la libertad; a lo sumo, representa su posición más encumbrada, no obstante, esta ubicación no les autoriza a ser los únicos medios reaccionales de protección del ciudadano - trabajador. Más allá del oscuro membrete de reposición acuñado en la NLPT y de la alusión a una pretensión principal única, con lo cual discrepamos abiertamente <sup>15</sup>, el proceso abreviado laboral ingresa de manera provechosa a constituirse en una vía protectoria específica que puede brindar igual protección del amparo.

<sup>13</sup> STC N° 1124-2001-AA/TC, fdm. 12 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. & la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú, FETRATEL vs. Telefónica del Perú S.A.A. & Telefónica Perú Holding S.A.) reproducida contundentemente en los pronunciamientos de los veredictos: STC N° 00263-2012-AA/TC, fdm. 3.3., 3.3.1. (Peralta Arapa vs. Tienda Libre Abordo Perú S.A.C.), STC N° 01061-2012-PA/TC, fdm. 3.3., 3.3.1. (Fasabi Sangama vs. Municipalidad Distrital de Agua Blanca), STC N° 03133-2012-AA/TC, fdm. 3.3., 3.3.1. (Gutiérrez Gutiérrez vs. Municipalidad Provincial de Maynas).

<sup>14</sup> Artículo 39 Constitución 1993.- Funcionarios y trabajadores públicos: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

<sup>15</sup> Precisamente, en el Informe ofrecido al Centro de Investigaciones del Poder Judicial (CIJ) para la realización del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012 (Tema 1: Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento en la vía ordinaria laboral y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo): “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo: Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo” llegamos a exponer la discordancia terminológica de la figura de la reposición en la NLPT, heredada de la altisonante “impugnación de despido” de la LPT; informe académico publicado con los títulos: “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo: A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012” (Especial del Mes: Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral) en Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, Año 18, N° 167, Gaceta Jurídica, agosto 2012, pp. 29-36 y, con igual membrete en RAE Jurisprudencia. Revista de análisis especializado de jurisprudencia, Año V, N° 53, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., noviembre 2012, pp. 131-139.



Importantes datos nos brinda, precisamente, la NLPT para avalar nuestra aseveración. Al efecto:

\* La construcción de la citación de audiencia única, bien lo establece su nombre, a través de un solo momento en el enfrentamiento por el contenido esencial del derecho al trabajo, es de lejos el punto de partida de esta novísima tutela protectora; el derecho al trabajo necesita de pronta protección que debe incidir no sobre cualquier espacio de aplicación de dicho derecho fundamental sino, antes bien, de manera necesaria, sobre su contenido esencial, aquél que el legislador no puede tocar, menos lo puede hacer el empresarial.

\* El que dicha audiencia reúna, en un solo cuerpo y oportunidad diversos momentos o estadios procesales<sup>16</sup> es otro de los puntos que abonan por su consideración como tutela preferencial no constitucional.

\* El que se pueda proteger de todo menoscabo empresarial el derecho fundamental antes señalado mediando la articulación de protección urgente

---

<sup>16</sup> Artículo 49 NLPT.- Audiencia única: “La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones:

1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos.

2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente”.

cautelar, expresada en la medida de reposición provisional, es igualmente otro punto a favor del trabajador.

\* La proclama de una convalidación de los efectos de la tutela de reposición, sin mayor ritualismo, cuando la pretensión ha sido recogida favorablemente en grados superiores manifiesta, en igual medida, dicha proyección positiva de tutela diferenciada en lo laboral.

La tutela del abreviado laboral propone un armado protector que no tiene por qué envidiar al amparo constitucional superando el clásico dictado de la impugnación de despido<sup>17</sup> propuesto por el legislador de la LPT que incorrectamente leído por la judicatura terminó acogiendo, de manera solitaria, supuestos de despido nulo<sup>18</sup> dejando sin tutela

---

<sup>17</sup> Artículo 4 LPT.- Competencia por razón de la materia: “La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial de las siguientes normas:

(...)

2. Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre:

(...)

a. Impugnación de despido.

(...)”.

<sup>18</sup> Artículo 29 LPCL.-Nulidad de despido: “Es nulo el despido que tenga por motivo:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25;

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el

proteccionista al trabajador ante otros despidos: incausado - verbal, incausado - escrito, incausado por no probanza en juicio de la causa de despedir, fraudulento, etc. Todavía más, el dictado de la NLPT se encuentra por encima de la LPCL que propone al juez la reposición en el empleo<sup>19</sup> el pago de salarios dejados de percibir<sup>20</sup> para el caso específico del nulo, aspecto que como vemos se encuentra superado por la regulación adjetiva materia de análisis.

2.3. La reposición como inicial efecto jurídico aplicable, por mandato del legislador, al despido nulo expandido más tarde, por obra del Alto Tribunal, a otros despidos de origen jurisprudencial. Del despido nulo y arbitrario a los despidos arbitrarios y nulo

Sin embargo, por más bienaventurada que sea la intención del legislador, la redacción de la disposición no es la más indicada que se deseara. Veamos. La reposición es el efecto jurídico que originalmente acompañaba al despido nulo que lo establece la legislación<sup>21</sup> viéndose enfatizado por la jurisprudencia en lo laboral:

---

embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

<sup>19</sup> Artículo 34.- Despidos: “(...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38”.

<sup>20</sup> Artículo 40 LPCL.- Efectos del despido nulo: “Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”.

<sup>21</sup> Artículo 34 LPCL.- Despidos: “(...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la

“§ Efectos del despido nulo: la reposición laboral

25. No obstante las corrientes de desregulación internacional que han caracterizado modificaciones sustanciales en el andamiaje de nuestra legislación laboral, una de sus instituciones tradicionales ha mantenido la fortaleza de su integridad aunque reducidas las causales que dan lugar a ella: la reposición laboral, también denominada readmisión, reintegro, reposición o reinstalación. En la medida que se ha implementado una necesaria flexibilización de las rigideces que caracterizaban a nuestro Derecho del Trabajo, de igual forma fue criterio del legislador conservar la eficiencia jurídica de una figura que significa la opción de respuesta al acto incausado del empleador de ejecutar un despido viciado de nulidad. ¿Por qué de nulidad y no de arbitrariedad? Aun cuando la diferencia puede ser sutil, nuestro sistema legal diferencia el despido arbitrario o *ad nutum* como lo conoce la doctrina laboral, y cuya reparación se circunscribe al ámbito estrictamente patrimonial, del despido nulo, el cual se caracteriza por acarrear, facultativamente, la opción de reposición.

26. Estas acepciones deben remitirnos, consecuentemente, a dos escenarios distintos si del efecto de un despido se trata. El empleador afrontará, en el caso del despido arbitrario, la contingencia de una sanción económica y deberá admitir como contingencia factible un desmedro patrimonial que conlleva una escala de una y media remuneración ordinaria mensual por cese de servicios hasta el límite de doce remuneraciones. En el caso del despido nulo, la contingencia principal es la reposición, deviniendo en un panorama más reducido de causas eficientes pero mucho más extenso en efectos, dado que en caso

---

indemnización establecida en el artículo 38”. Los textos en cursivas nos corresponden.

el Juez de Trabajo falle a favor del trabajador, la consecuencia inmediata será, si el trabajador opta por ello en ejecución de sentencia, la reposición del mismo en su puesto de trabajo.

27. Pero no es ésta la única contingencia objetiva: el empleador también se verá obligado a abonar los sueldos caídos (generados y no cobrados) entre la fecha de despido y el término en que se ejerce la opción de reposición, así como los intereses legales imputables a dichos sueldos caídos, así como las costas que genere el juicio respectivo. ¿Qué implica entonces una reposición? Américo PLÁ precisa que «la medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye la forma natural de dejar sin efecto un despido, que por considerarlo ilícito se le quiere quitar sus efectos. Si el despido intentó terminar el contrato de trabajo y si le quiere quitar eficacia a este despido, lo mejor es volver a considerar que el contrato de trabajo continúa como si ese despido no se hubiera producido».

28. Entre los sistemas de reposición existentes figuran aquellos que exigen la aceptación del empleador o del juzgador para que el trabajador sea repuesto. Nuestro sistema legal opta por la decisión o elección a cargo del trabajador, resultado irrelevante si el empleador conviene o no en la ejecución de la reposición. Llega a configurarse la reposición como un mandato de fuerza, del cual el empleador no se puede sustraer. El Tribunal Constitucional explica el concepto de reposición en el Exp. [N°] 1124-2001-AA/TC de 11 de setiembre de 2002 al resolver favorablemente la acción de amparo interpuesta por trabajadores sindicalizados de Telefónica, señalando: «La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La

indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional».

29. Debemos concluir poniendo de relieve que la negativa del empleador al mandato de reposición, deviene en la configuración de un ilícito penal tipificado por el artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal, siendo pasible de una sanción penal por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad. El aspecto punitivo de una oposición al mandato de reposición se agrava inclusive en la vía administrativa laboral, al prescribir el artículo cuarenta y dos de la LPCL que el empleador que incumpla el mandato de reposición sufrirá una multa cuyo importe se incrementará sucesivamente en treinta por ciento del mandato original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial.

30. La institución laboral de la reposición puede remitirnos pues al concepto de «propiedad del empleo» que usa Francisco DE FERRARI. Y el razonamiento aplicado es técnicamente correcto en tanto que las causales de reposición se remiten en el sistema peruano, por ausencia forzada de oposición del empleador, a que el trabajador opte por su reincorporación. Esta decisión de elección se remonta en sus orígenes a la doctrina laboral alemana, la cual reconoce, a juicio de VINCENT, la reintegración del asalariado a su puesto de trabajo. Las tendencias de flexibilización han jugado un rol importante en la reducción de las causales de reposición a unas pocas categorías pero no han evitado la concepción de que el trabajador debe continuar en su empleo si su

despido es socialmente injustificado en el plano de las causales alegadas<sup>22</sup>.

Como podemos advertir, en la redacción de la LPCL la reposición es el efecto jurídico que acompaña a la declaratoria del despido nulo como manifestación de la tutela jurídica de restitución<sup>23</sup> quedando la tutela tarifada o resarcitoria<sup>24</sup> para otro despido, el arbitrario en su doble expresión<sup>25</sup>, pudiendo arribarse incluso a la ausencia de ambas protecciones ante despido justificado o legítimo<sup>26</sup>. Sin

<sup>22</sup> Resolución N° Tres, del 15 de diciembre del 2008, fdm. 25 al 30, de la Sala Laboral de Lambayeque, originada en el Expediente N° 2005-186 (Daniel Serna Rodas vs. Max Salud), sobre nulidad de despido, voto en discordia del vocal: Edwin Figueroa Gutarra.

<sup>23</sup> Artículo 34 LPCL.- Despidos: "(...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38". Los textos en cursivas nos corresponden.

<sup>24</sup> Auto del Juzgado de lo Social N° 1/2013, del 14 de enero del 2013, fdm. jur. octavo (Nicolás... vs. Lonasa Pinto S.A.), Sección N° 34 del Juzgado de lo Social, con base en el recurso N° 407/2012; sobre extinción de contrato por causas objetivas, magistrado ponente: Antonio Seoane García: "Es relevante que el Convenio 158 de la OIT de 22 de Junio de 1982, ratificado por instrumento de 18 de Febrero de 1985 establece que las indemnizaciones por despido injustificado deben ser «adecuadas» (art. 10) concepto que no se satisface cuando el criterio de referencia es la avaricia empresarial o el criterio subjetivo de un Gobierno ya que la adecuación ha de referenciarse objetivamente respecto de los daños y perjuicios que un injusto e injustificado incumplimiento determina en el acreedor apreciados judicialmente".

<sup>25</sup> Artículo 34 LPCL.- Despidos: "(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

(...)". Los textos en cursivas nos corresponden.

<sup>26</sup> Artículo 34 LPCL.- Despidos: "El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

(...)". Los textos en cursivas nos corresponden.

embargo, cortando el nudo gordiano legislativo, el Tribunal Constitucional ante la analogía: i) despido nulo = reposición, ii) despido justificado o legítimo = no indemnización y no reposición, iii) despido arbitrario - incausado = indemnización, y, iv) despido arbitrario - causa no acreditada jurisdiccionalmente = indemnización, con un pronunciado y legítimo activismo judicial procedió a reconfigurar en toda su profundidad el cuadro legal del despido:

"Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC N.° 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC N.° 05650-2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera incausada, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique"<sup>27</sup>.

De esta manera, por vía jurisprudencial, la trama protectiva del derecho fundamental a la adecuada

<sup>27</sup> STC N° 03631-2012-PA/TC, fdm. 3., 3.3.1. (Quispe Sosa vs. Corporación Pesquera Inca S.A.C., COPEINCA).

protección contra el despido arbitrario cambia rotundamente de manera tal que no hablamos ya de un despido arbitrario en su doble expresión: incausado y con causa no acreditada en sede judicial como lo recogía originariamente la LPCL sino, antes bien, de los despidos arbitrarios, llegando entonces a ofrecernos, de manera auspiciante, las fórmulas jurídicas siguientes:

- i) Despido nulo<sup>28</sup> = reposición.
- ii) Despido justificado<sup>29 30</sup>, legal<sup>31</sup> o legítimo<sup>32</sup> = no indemnización y no reposición.

<sup>28</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 a) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “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”.

<sup>29</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, V, fdm. 18 (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “Ante la proclividad del ejercicio abusivo de la facultad de despedir, el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida en la ley, los órganos jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado”.

<sup>30</sup> STC N° 00263-2012-AA/TC, 3.3., fdm. 3.3.4. (Peralta Arapa vs. Tienda Libre Abordo Perú S.A.C.): “(...) un despido será justificado o injustificado en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indican (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral”.

<sup>31</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, V, fdm. 19 (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “(...) un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario, en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión o sin expresión de causa; con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales; con probanza o no probanza de la causa -en caso de haber sido ésta invocada- en el marco de un proceso. (...)”.

<sup>32</sup> STC N° 00263-2012-AA/TC, 3.3., fdm. 3.3.4. (Peralta Arapa vs. Tienda Libre Abordo Perú S.A.C.): “(...) el despido será legítimo sólo cuando la decisión del empleador se fundamente en la

iii) Despido arbitrario - incausado - verbal<sup>33</sup> = reposición o indemnización por decisión excluyente una de la otra por parte del propio afectado.

iv) Despido arbitrario - incausado - no verbal o escrito<sup>34</sup> = reposición o indemnización por decisión excluyente una de la otra por parte del propio afectado (curiosamente el Alto Tribunal no llega a hablar del despido arbitrario - causa no acreditada jurisdiccionalmente que acarrea la reposición o indemnización por decisión excluyente una de la otra por parte del propio afectado), y,

v) Despido fraudulento<sup>35</sup> = reposición.

---

existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso (Cfr. STC N.° 04229-2005-PA/TC)”.

<sup>33</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 b) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “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 (...), sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

<sup>34</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 b) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “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, (...) mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

<sup>35</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 c) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.): “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,

Establecido lo anterior, ya expuestas las respuestas de tutela jurídica, el Constitucional procede a dejar sentado que la competencia jurisdiccional va en el sentido de la fórmula -legal o jurisprudencial- asumida por el afectado:

“(…) la competencia y actuación de la vía jurisdiccional -ordinaria o constitucional- y los alcances de la protección jurisdiccional-reposición o indemnización- dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados”<sup>36</sup>.

III. El error del legislador de centrarse en el efecto jurídico (la reposición) dejando en el aire el cuestionamiento al actuar empresarial lesivo (el

---

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...». (Fun. Jur. N°. 6).

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.

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide 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 conforma 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”.

<sup>36</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 a) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.).

despido y su tipología: legal o jurisprudencial). Razones para entender que no existe, en realidad, una pretensión principal única de reposición. El papel de la Corte Suprema, aunque con algunos vaivenes, para ayudar a superar la cortedad de la legislación adjetiva

Sobre dicha obra jurisprudencial, el legislador ha procedido a acoger la pretensión de reposición como parte del esquema pretensional articulable en sede laboral en mérito al orden procesal abreviado aunque procurando cautelar el efecto del actuar empresarial lesivo perdiendo de vista la previa declaración de antijuridicidad que debe preceder al despido: nulo, incausado, fraudulento, etc. En este punto, lo efectuado por el legislador aunque suene risible es acoger como principal una pretensión eminentemente accesoria.

No hay reposición si no hay despido.

La reposición no surge como el origen del mundo ex nihilo, de la nada; antes bien, pivota alrededor de un hecho generador de ésta: el despido.

En otras palabras no hay una reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.

Quizás los escépticos de nuestras aseveraciones puedan sostener que es posible la reposición como pretensión única no pudiendo dejarles de darles la razón, aunque en parte (en cuanto se trate de una pretensión accesoria única), pero llegar a afirmar, como lo hace el legislador de que la reposición pueda articularse en abreviado laboral como pretensión principal única es un despropósito imperdonable para un legislador, quizás aceptable para un estudiante de pre grado y alguno de post grado pero no, repítase, para el padre de la ley. La Corte Suprema a través de la Casación N° 3311-2011-Tacna, del 11 de julio del 2012, procede más allá del texto legal a precisar que la justicia de lo laboral, mediando el proceso

abreviado, puede conocer demandas de reposición en los supuestos de despidos incausados y fraudulentos superando, en toda su extensión, la redacción del dispositivo legal bajo análisis:

“DÉCIMO CUARTO.- En este contexto, el artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ad litteram prescribe: «Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única». La norma procesal antes aludida - según se desprende de su redacción- habilita a la jurisdicción laboral vía proceso abreviado laboral, el conocimiento de una demanda que contenga como pretensión principal única la reposición en los supuestos de despido incausado o fraudulento (vulneración de los artículos 22 y 27 de la Constitución), en el marco constitucional de lo anotado precedentemente, y que ha sido ratificado por el primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral del año dos mil doce»<sup>37</sup>.

Sin embargo, de manera contradictoria, niega la posibilidad de que el abreviado laboral sea un proceso jurisdiccional que permita el ingreso de otra pretensión que no sea la de reposición cuando, antes bien, este efecto jurídico resulta inmanente a la gran mayoría de despidos arbitrarios: incausado y fraudulento, especialmente.

Procedamos a la necesaria cita de dicha argumentación:

<sup>37</sup> Casación N° 3311-2011-Tacna, del 11 de julio del 2012, considerando décimo cuarto (Blanca Teresa Beltrán Fontis vs. Sindicato de Empleados de S.P.C.C. de Toquepala y Anexos), de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre reposición, vocal ponente: Acevedo Mena.

“DÉCIMO SÉTIMO.- Precisamente esta naturaleza de vocación sumamente célere, hace que la pretensión sometida al órgano jurisdiccional (...) tenga que ser necesariamente planteada como reposición bajo la forma de una «pretensión principal única», nomenclatura de la que se desprende válidamente la conclusión de la imposibilidad jurídica de plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales; la razón de lo antedicho gira en torno fundamentalmente a evitar distraer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional a extremos que si bien pueden estar relacionados con la pretensión de reposición, no pueden ser atendidos en una vía procedimental que per se al ser célere, concentra etapas procesales cuya dilación en exceso podría desnaturalizar la esencia misma del proceso abreviado laboral, el que como se reitera, busca primordialmente atender y proteger un derecho fundamental (como lo es el derecho al trabajo) que ha sido vulnerado»<sup>38</sup>.

Somos de la idea de que aceptar dicha tesis, la de la Corte Suprema, reiteramos el énfasis en el resultado de la tutela protectora mas no en el actuar origen del menoscabo al derecho al trabajo. Si el amparo constitucional, siendo expresión de la tutela diferenciada en sede constitucional, repara en mayor medida en el acto lesivo de carácter inconstitucional, no vemos por qué de esto tenga que apartarse el juez ordinario.

En algún momento, el Constitucional con mayor tino que la Corte Suprema ha predicado:

<sup>38</sup> Casación N° 3311-2011-Tacna, del 11 de julio del 2012, considerando décimo quinto (Blanca Teresa Beltrán Fontis vs. Sindicato de Empleados de S.P.C.C. de Toquepala y Anexos), de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre reposición, vocal ponente: Acevedo Mena.

“La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo”<sup>39</sup>.

Ciertamente, como se argumenta y demuestra a lo largo de estas líneas, la reposición no ha debido regularse sino como efecto -léase procesalmente: pretensión accesoria- de la declaratoria de un despido cuya declaración previa, dentro -nuevamente, procesalmente hablando- de una pretensión principal, toca hacerse a manos del juzgador atendiendo a su condición de efecto reparador, de contenido no tarifado o indemnizatorio, ante el menoscabo del derecho al trabajo en su contenido esencial de no ser despedido exceptuando la acreditación de causa justa patente en una falta grave.

IV. Superando la vieja dicción de la “impugnación de despido”, se ha tenido que reconocer que, aunque se parta de un error conceptual al centrarse el legislador en el instituto de la reposición, cabe demandar protección ante despidos incausados y fraudulentos. Los vaivenes interpretativos del Tribunal Supremo nacional en esta delicada materia

Un aspecto que no debe dejarse de lado es lo referido a los alcances de la protección laboral ante el despido pues esto es el complemento de alcance práctico de la pretensión sostenida en vía abreviada. La Corte Suprema amparándose en los veredictos vinculantes del Constitucional razona estableciendo la procedencia de la tutela laboral frente al despido aunque haciendo sus debidas reservas, que

ciertamente no compartimos; sobre lo sostenido, tenemos entonces que ante un despido fraudulento con estación probatoria (al amparo de la denominada cognición plena) el ciudadano debe decantarse por el orden laboral ordinario dejando el despido fraudulento sin estación probatoria para el amparo constitucional y el abreviado laboral, abonando en la consideración de éste último instrumento adjetivo como vía igualmente satisfactoria al amparo constitucional, como es la precisión de la Casación N° 4542-2011-Moquegua, del 1° de junio del 2012:

“[L]os casos Llanos Huasco y Baylón Flores, establecen un criterio importante respecto al supuesto del despido fraudulento, en el sentido que dichos despidos procederán en la vía constitucional de amparo, únicamente cuando el demandante acredita «fehacientemente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos», y si bien en la Casación N° 3034-2009-Huaura, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara improcedente una demanda en donde en la vía ordinaria laboral se solicitaba la reposición de un trabajador bajo la figura del despido fraudulento; es procedente tramitar en la vía del proceso ordinario laboral el despido fraudulento que requiere prueba, con fines restitutorios, conforme lo dispone la sentencia normativa emitida por el Tribunal Constitucional en el mencionado Expediente N° 0206-2005-PA/TC, que adiciona el despido fraudulento como causal de nulidad de despido al artículo 29 del artículo 29 del D.S. N° 003-97-TR, porque el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través a través de los procesos judiciales ordinarios, además, se han generado a través de la

<sup>39</sup> STC N° 0976-2001-AA/TC, IV, fdm. 15 a) (Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.). las cursivas nos corresponden.



doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional el despido incausado y el despido fraudulento con la consecuencia de reposición; y respecto a la protección procesal el artículo 4º, inciso 2, literal a) de la Ley Procesal Laboral para conocer de las pretensiones previstas en el artículo 29 y 34 del Decreto Supremo N° 003-94-TR, así como la correspondiente al despido fraudulento<sup>40</sup>.

Bajo lo ante señalado, la Corte Suprema reconoce con su jurisprudencia constructiva la viabilidad de demandar despidos y no reposiciones siempre bajo la égida de la prueba. Si el asunto litigioso necesita la prueba del despido entonces se tendrá que acudir al ordinario laboral; empero, si el conflicto jurídico - laboral llega con prueba susceptible de meritarse entonces tendremos abierta la posibilidad de transitar, conforme a los criterios del ciudadano y los volubles pareceres judiciales, por el amparo constitucional o el abreviado laboral como así nos lo explica, a suerte de conformación de la casatoria antes citada, la Casación N° 4543-2011-Moquegua, del 6 de julio del 2012:

“Este Supremo Tribunal estima que habida cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 976-2001-AA/TC y Expediente N° 0206-2005-PA/TC, casos Llanos Huasco y Baylón Flores, establecen un criterio importante respecto al supuesto del despido fraudulento, en el sentido que dichos despidos procederán en la vía constitucional de amparo, únicamente, cuando el demandante acredite «fehaciente e indubitadamente que existió fraude,

pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos»; (...); es procedente tramitar en la vía del proceso ordinario laboral el despido fraudulento que requiere prueba, con fines restitutorios, conforme lo dispone la sentencia normativa emitida por el Tribunal Constitucional en el mencionado Expediente N° 0206-2005-PA/TC, que permite que el despido fraudulento traiga como consecuencia jurídica la reposición al empleo, a parte de las causales de nulidad de despido contenidas en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, porque el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios<sup>41</sup>.

V. Alcances pretensionales de la declaratoria del despido, en su calidad de pretensión principal, antes de ingresar al análisis de la reposición, quien ocupa realmente la posición de pretensión accesoria a la principal. Interpretación del esfuerzo del legislador por dotar a la vía abreviada laboral de la necesaria fuerza del recurso sencillo, rápido y eficaz del que nos hablan los instrumentos internacionales de tutela de derechos fundamentales

Podemos verificar que el radio proteccional de la justicia laboral, asentada al efecto en la NLPT, es amplísimo en comparación con el ofrecido, en su oportunidad, por la LPT, no obstante, no podemos

<sup>40</sup> Casación N° 4542-2011-Moquegua, del 1º de junio del 2012, considerando décimo segundo (Ronaldo Carlos Paredes Linares vs. Corporación Pesquera Inca S.A.C.), de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre incumplimiento de normas y disposiciones laborales, vocal ponente: Yrivarren Fallaque.

<sup>41</sup> Casación N° 4543-2011-Moquegua, del 6 de julio del 2012, considerando décimo segundo (Fanny Karen Infantes Guillen vs. Corporación Pesquera Inca S.A.C.), de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre incumplimiento de normas y disposiciones laborales, vocal ponente: Torres Vega.

predicar igual suerte con relación a la argüida pretensión procesal única de reposición que descansa en el proceso abreviado. Ciertamente, la consideración de la tutela diferenciada jurisdiccional en el orden procesal no constitucional, dedicado a jueces ordinarios, alimenta poderosamente la afirmación de que la protección de derechos fundamentales no se constituye en patrimonio exclusivo y excluyente de la jurisdicción constitucional. De esta manera, la vía abreviada se presenta como una vivida oportunidad para sacudirnos del alejado alegato de la residualidad de los procesos constitucionales; ahora, con referencia directa al despido, el tema se muestra a nivel legislativo no tan claro de manera que se hace necesario echar mano de la interpretación jurídica para el surgimiento del sentido interpretativo del artículo 2,2 de la NLPT. Dicho sentido interpretativo, no obstante, debe partir de una necesaria premisa para validar nuestras aseveraciones: el proceso abreviado laboral ingresa, de manera provechosa, a constituirse en una vía protectora específica que puede brindar igual protección del amparo. La lógica de especificidad del abreviado no solamente se exterioriza en la presencia de una audiencia única, pues tal precisión repercute netamente en aspectos enteramente procesales de un recurso sencillo, sino en que incide sobre el segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo vulnerado en el curso de relaciones jurídico - subordinadas. Es en este último aspecto en el que la especificidad de la protección abreviada laboral, conectada a un recurso sencillo, se vincula a la exigibilidad de lo ágil y eficaz que se requiere de una protección efectiva conforme a los lineamientos de los instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos.

Muy a pesar de tal escenario, nuestro legislador entiende el curso de la pretensión procesal única de la

reposición como un modelo estable cuando, antes bien, por un defecto de técnica legislativa, se está entregando entera preferencia al resultado del proceder judicial y no al actuar lesivo que se constituye en el eje de la tutela abreviada.

Como hemos podido constatar a lo largo de las líneas que sirven de sustento a nuestra investigación, la reposición viene fuertemente atada a un despido cuya declaratoria previa debe efectuar el juzgador; de esta manera, al ser la readmisión en el empleo el resultado de la condena del despido como actuar dañoso del derecho ius fundamental al trabajo, resulta lógico asignarle la calificación de pretensión accesoria mas no de principal única, como es la precisión del legislador, atendiendo a que la orden judicial de retorno al centro de trabajo pasa, necesariamente, por verificar la actuación de despedida laboral conforme al Derecho, paso jurídico sin el cual la pretensión procesal única carece de todo asidero.

Contra todo pronóstico, la disposición contenida en el artículo 2,2 de la NLPT deviene en incorrecta atendiendo a que no existe, en realidad, una pretensión principal única de reposición. Lógicamente, tal disposición nos lleva a razonar, dentro de los alcances de la asignación de significado al mencionado artículo de la legislación adjetiva de trabajo, esto es a interpretar, a considerar que la reposición se constituye en una pretensión de contenido accesorio. Quizás la idea del legislador se ha orientado a buscar recoger, con propiedad, una pretensión procesal de contenido único -dejando atrás su rotulado principal o accesorio- que permita perfilar enteramente el *thema decidendum* a partir de un despido legal (nulo: readmisión y arbitrario, éste último limitado a la indemnización o tarificación del despido) o jurisprudencial (despidos arbitrarios:

fraudulento, incausado y hasta lesivo de derechos fundamentales distintos del nulo: retorno al trabajo o pago indemnizatorio, esto, a libre y espontánea elección del perjudicado) dejando otras cuestiones (i. sustantivas: pago de remuneraciones devengadas, beneficios sociales reclamables entre el tránsito del despido a la reposición, indemnización por daño moral, reclamo de CTS, etc.; ii. procesales: presencia de hechos controvertidos, necesidad de transitar por un estadio probatorio sujeto a la cognición plena, etc.) para el juez laboral en su expresión del proceso ordinario; no obstante lo anterior, la redacción legal no resulta ser la más aconsejable pues, para ordenar la reposición, el juzgador debe entrar a evaluar, de manera antelada, sobre el pedestal de una pretensión principal, el proceder del despido lo que arrastra a razonar, de modo puntual, que el retorno al centro de trabajo -pretensión procesal principal única en los términos del legislador- es, en realidad, una pretensión eminentemente accesorio.

La Corte Suprema, hasta ahora, no emite pronunciamiento al respecto limitándose a precisar algo que subyace al abreviado laboral como orden procesal igualmente satisfactorio que el amparo: que el despido nulo no es el único que cabe ventilar en dicha sede sino también los despidos arbitrarios en su expresión de incausados o fraudulentos; esto, como es de advertirse, no se constituye en impedimento para alegar y, a la par, demostrar que, en realidad, la lectura del artículo 2,2 de la NLPT debe llevarnos a entender que la reposición es una pretensión accesorio que debe ir coronada de la puntual evaluación del proceder de despido, instituto éste último que, en realidad, se constituye en la pretensión procesal principal que el legislador se niega reconocer en el texto de la legislación procesal lo cual no se constituye en impedimento válido para efectuar la adecuada asignación de significado al citado artículo

2,2 de la legislación adjetiva de trabajo actualmente vigente en el sentido esbozado por nosotros en este trabajo.

## CONCLUSIÓN

1. Se está brindado un tratamiento de «urgente» a la pretensión de reposición, con similar o mayor rapidez procesal a la brindada en un proceso de amparo.

2. La construcción de la citación de audiencia única, bien lo establece su nombre, a través de un solo momento en el enfrentamiento por el contenido esencial del derecho al trabajo, es de lejos el punto de partida de esta novísima tutela protectoria; el derecho al trabajo necesita de pronta protección que debe incidir no sobre cualquier espacio de aplicación de dicho derecho fundamental sino, antes bien, de manera necesaria, sobre su contenido esencial, aquél que el legislador no puede tocar, menos lo puede hacer el empresarial.

3. El que se pueda proteger de todo menoscabo empresarial el derecho fundamental antes señalado mediante la articulación de protección urgente cautelar, expresada en la medida de reposición provisional, es igualmente otro punto a favor del trabajador.

4. La proclama de una convalidación de los efectos de la tutela de reposición, sin mayor ritualismo, cuando la pretensión ha sido recogida favorablemente en grados superiores manifiesta, en igual medida, dicha proyección positiva de tutela diferenciada viene ya impregnada en el ámbito del derecho procesal laboral hoy en día.

5. Somos de la idea de que aceptar dicha tesis, la de la Corte Suprema, al reiterar que el énfasis en el

resultado de la tutela protectora más no en el actuar origen del menoscabo al derecho al trabajo. Si el amparo constitucional, siendo expresión de la tutela diferenciada en sede constitucional, repara en mayor medida en el acto lesivo de carácter inconstitucional, no vemos por qué de esto tenga que apartarse el juez ordinario.

## BIBLIOGRAFÍA

1. HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto & ESPINOZA ESCOBAR, Javier H., “Subordinación, presunción de laboralidad y «servicios por terceros

sin contrato» en el Sector Público: análisis de una nueva problemática en el empleo público”, en: Administración Pública y Control, T. I, Gaceta Jurídica S.A., Lima, enero 2014, p. 89.

2. PODER JUDICIAL DEL PERÚ, CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL & CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL, Informe del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, Tema N° 01: Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral, punto b., 1ª edición, Lima, agosto 2013, pp. 12-14.