

EL PROCESO LABORAL REGULADO EN LA LEY N° 29497: ALGUNAS REFLEXIONES A CASI DIEZ AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

Manuel Gonzalo De Lama Laura¹ (*)

Resulta innegable que la emisión de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) revistió un cambio significativo en el desarrollo del proceso laboral en nuestro país en comparación con el tratamiento que le brindaba la Ley N° 26636 (LPT): el giro de un proceso escriturario a uno de carácter oral, la regulación de un proceso célere para la resolución de conflictos jurídicos concernientes a ciertos derechos fundamentales, la previsión de reglas especiales de comparecencia en los conflictos jurídicos en torno a los denominados derechos fundamentales laborales, la regulación de una actividad probatoria que recoge la presunción de laboralidad y la prueba indiciaria, entre otros aspectos, explican dicha afirmación.

Sin embargo, los años han pasado, y alrededor de ciertas disposiciones de la NLPT, no han cesado de presentarse una serie de dudas en su aplicación, lo cual, inclusive, ha provocado la celebración de algunos, denominados, Plenos Jurisdiccionales por parte de los jueces supremos y superiores especializados en la materia.

En el presente trabajo abordaremos algunas que consideramos corresponden ser evaluadas, sin ánimo, ciertamente de agotar la discusión en relación con los mismos, sino, por el contrario, con la intención de plantear una posición que pueda servir para tener mayores elementos de análisis al respecto.

En torno a los fundamentos del proceso laboral

De entrada, corresponde llamar la atención sobre el título brindado al artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que recoge los denominados “fundamentos del proceso

¹ Profesor universitario de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Piura (UDEP) y Universidad San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho del Trabajo por la PUCP y abogado por la UDEP. Cuenta con estudios avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca y la PUCP.

(*) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no se responsabiliza por las opiniones y/o comentarios emitidos por los autores.

laboral”, los que, si bien es cierto, “positivizan” diversos principios del proceso en general, y por lo tanto, predicables de cualquier tipo de proceso, guardan una especial valoración en el caso del proceso laboral, en la medida que el legislador ha dispuesto su aplicación “acentuada” frente a ciertos sujetos: la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

En relación con dicho artículo, queremos enfocarnos en dos aspectos puntuales: el primero, vinculado justamente con el énfasis en la aplicación de estos fundamentos de cara a los mencionados sujetos; y, el segundo, relativo al análisis de la jurisprudencia sobre el fundamento del privilegio del fondo sobre la forma, al momento de evaluar la “congruencia” entre la petición y lo resuelto cuando se impugna un despido lesivo de derechos fundamentales a fin de obtener una reparación restitutoria.

En primer término, entonces, cabe indicar que, no casualmente, los sujetos de especial protección que se mencionan en el artículo 23 de la Constitución, son quienes el legislador favorece con una aplicación también especial de los fundamentos del proceso laboral. De esta manera, en el transcurso del proceso laboral el juez debe tener más presente los mencionados fundamentos, frente a las personas que cumplan con alguna de estas condiciones.

Pese a la potencia y a lo cardinal que resulta esta previsión, por su ligazón estrecha con el texto constitucional, no aparece, al menos expresamente en el articulado de la NLPT, una referencia específica a todos² estos sujetos, salvo en dos casos: al preverse que estas personas tienen derecho a la defensa pública (artículo 10) y al regularse la medida cautelar especial de reposición provisional (artículo 55). Ciertamente, su carácter general permite que este mandato se tenga que amoldar a cada acto jurídico procesal, sin embargo, consideramos que podrían haberse previsto algunas otros preceptos que den más muestras de esta aplicación acentuada.

Por ejemplo, es sabido que la definición de la competencia, entre ellas la territorial, resulta en no pocas oportunidades, crucial para que un ciudadano vea realizado adecuadamente su derecho de tutela jurisdiccional efectiva, en la medida en que de su definición depende no solo el inicio del proceso correspondiente, sino también, el

² Hay una atención adicional, por parte de las reglas de comparecencia, pero no respecto de todos estos sujetos, sino solo en relación con los menores de edad, en los artículos 8 y 9 de la NLPT.

transcurso del mismo, teniendo en cuenta la potestad del juez de declarar, de oficio, nulo lo actuado y la remisión al órgano jurisdiccional competente si determina su incompetencia, tal como lo prevé el artículo 7 de la NLPT.

Atendiendo a ello, consideramos que, por ejemplo, en el caso de la determinación de la competencia territorial cuando uno de los sujetos de especial protección mencionados, presenta su demanda, corresponde establecer una regla que les permita demandar en el lugar donde domicilian, justamente por los inconvenientes que podría significarles, debido a su especial condición, demandar en el lugar del domicilio principal del demandado o en el del último lugar donde se prestaron los servicios, si es que ninguno de estos coincide con el de su residencia.

En ese sentido, concordamos con el criterio de la Corte Suprema (CS) expuesto en la Casación Laboral N° 4553-2011-Lima, mediante el cual se considera que una persona con discapacidad puede demandar ante el juez de su domicilio, pese a que la norma procesal prevé que solo es competente el juez del domicilio del empleador o del lugar donde brindó sus servicios.

En el caso en cuestión, un trabajador con discapacidad laboró en Chachapoyas y demandó a su empleador en Lima, donde residía al momento de interponer su demanda. Ciertamente, el demandado interpuso una excepción de incompetencia por razón de territorio, la cual fue declarada fundada en primera instancia, atendiendo a lo previsto en el artículo 3 de la LPT³.

Sin embargo, para la CS, impedir a una persona con discapacidad física interponer la demanda en el juzgado del lugar de su domicilio, implica desconocer su derecho de acceso a la justicia, toda vez que los jueces laborales, por encima de las normas, tienen el deber de resolver los conflictos sometidos a su jurisdicción a la luz de los principios y valores constitucionales, entre los que se encuentran el principio protector y el de irrenunciabilidad de derechos previstos en los artículos 23 y 26 de la Constitución, respectivamente. De esta manera, la CS revocó la decisión del juez de trabajo de declarar fundada la excepción de competencia y ordenó que continúe con el trámite del proceso.

³ **Artículo 3.- Competencia por razón de territorio.-** Por razón del territorio y a elección del demandante, es Juez competente el del lugar donde se encuentra:

1. El centro de trabajo en el que se haya desarrollado la relación laboral.
2. El domicilio principal del empleador.

Ciertamente, bajo la especial observancia que impone el legislador procesal laboral de los fundamentos en los casos en los que se encuentren involucrados estos sujetos, un juez laboral que se encuentre ante un supuesto similar al descrito, debería evaluar, por lo menos, la inadmisibilidad de ese tipo de excepción de incompetencia por materia de territorio; no obstante, creemos que resultaría más apropiado que el artículo 6 de la NLPT recoja una excepción a la regla de la definición de la competencia territorial, que tenga una correspondencia más estrecha o refleje con claridad la relevancia de tales fundamentos al momento de determinarse este tipo de competencia en los supuestos referidos.

Ahora bien, contra esta apreciación, quizás podría indicarse que no es necesaria la previsión expresa de una regla especial para la determinación de la competencia territorial por el factor del domicilio del menor de edad, discapacitado o madre gestante, debido a que el mismo artículo 6 de la NLPT dispone que la competencia por razón de territorio sólo puede ser prorrogada cuando resulta a favor del prestador de servicios, por lo que la misma podría servir para trasladar la competencia al juez del domicilio de estos sujetos de especial protección; no obstante, consideramos que esta prórroga, tal como está planteado dicho precepto, se enmarca solo en las posibilidades que el mismo contempla, es decir, dicha prórroga se realizará en favor del prestador de servicios hacia el juez del domicilio principal del demandado o al del último lugar donde se prestaron los servicios, según sea el caso, sin que ello signifique, necesariamente, que alguno de estos lugares coincida con el domicilio de alguno de estos sujetos.

En segundo lugar, cabe poner en relieve que de acuerdo al texto vigente del artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, no solo es nulo el despido que tenga por motivo el estado de gestación, sino también, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento⁴, por lo que, creemos que, actualmente, el mandato del artículo III del Título Preliminar de la NLPT dirigido a que el juez aplique especialmente los fundamentos del proceso laboral,

⁴ Este artículo fue modificado por la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, publicada con fecha 25 de noviembre de 2015.

debería incluir no solo aquellos casos en los que uno de los sujetos procesales es una madre gestante, sino también cuando el conflicto jurídico correspondiente está vinculado con cualquier circunstancia derivada de la maternidad, en la lógica de la modificación del artículo 29 de la LPCL.

Dicha apreciación además, en nuestra opinión, encuentra no solo sustento en el texto vigente del artículo 29 de la LPCL, sino también, y sobre todo, en el Convenio N° 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el estado peruano el 31 de mayo de 2016, y, por ende, aplicable en nuestro país, de conformidad con el artículo 55 de nuestra Constitución.

De esta manera, por ejemplo, creemos que aquella trabajadora que fue despedida inclusive durante su descanso post natal, puede valerse de lo previsto en el artículo 55 de la NLPT a fin de obtener una medida cautelar de reposición provisional, acreditando solamente que la afectación de su derecho a la no discriminación, es verosímil⁵.

En torno al fundamento del privilegio del fondo sobre la forma, es nuestra intención hacer notar que la CS entiende, erróneamente desde nuestro punto de vista, que si se dispone la reposición en base a un tipo de despido que no fue formulado como parte del petitorio, se estaría afectando la debida motivación por una entendida “incongruencia” entre lo resuelto y lo solicitado.

En efecto, la CS, por ejemplo, ha resuelto en la Casación N° 337-2015-Lambayeque⁶, lo siguiente:

“En efecto, el presente proceso es sobre nulidad de despido, pago de remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir, invocando la

⁵ Cabe recordar, al respecto, que el artículo 55 de la NLPT, al referirse a la procedencia de la medida cautelar de reposición provisional, en favor del dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad despedido, la misma se otorgaría sin necesidad de que el trabajador agraviado pruebe el peligro en la demora y sin ofrecer contracautela debido a que el mismo precepto señala que en los supuestos referidos, procede este tipo de cautelar sin necesidad -a esto apunta la locución conjuntiva adversativa “sin embargo”- de exigir los requisitos al solicitante, aunque sí se requerirá que el fundamento de la demanda sea verosímil tal como lo prevé el inciso c) del mismo artículo 55. Sobre el particular se recomienda revisar Vidal (2010:355).

⁶ Este criterio se reitera en la Casaciones Laborales N° 7817-2013-Lima Norte y 1969-2014-Piura.

actora la causal prevista en el inciso c), del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. Es sobre dicha pretensión, que se debió emitir el pronunciamiento debido y no fundar la decisión sobre la base de un despido incausado, cuando ello no ha sido invocado por la actora al plantear su demanda, incurriendo las instancias de mérito en incongruencia al pronunciarse sobre hechos diversos no invocados por las partes. A ello es de agregar que se ha ordenado el pago de remuneraciones dejadas de percibir, sin embargo no hay motivación o sustento jurídico que ampare la fundabilidad de dicha pretensión en el contexto que se trate de un despido incausado; por lo que se puede concluir, que se ha emitido pronunciamiento incongruente afectando la garantía del debido proceso, lo que motiva declarar fundado el recurso de casación”

Al respecto, cabe indicar, tal como lo sostiene Paredes (2013:215), que en el Derecho Procesal existen actos defectuosos, actos inválidos y actos nulos. Este último, se configura solo cuando afecta, sin posibilidad de subsanación o suplencia, un bien o principio constitucional como, por ejemplo, el derecho de defensa. De esta manera, si el acto puede ser suplido (por el juez) o subsanado (por la parte) el acto no es nulo.

En el primer caso, cuando el acto es suplido, estamos frente a la puesta en práctica del principio de suplencia de queja deficiente, cuya concepción, reside en que las personas, los abogados, los demandantes, los demandados hablamos de diferentes maneras para referirnos a una misma idea. Tomando en cuenta ello, no debería importar la forma en la que cada quien se expresa, dado que lo relevante es el fondo. En este sentido, siguiendo a Paredes (2013:216), consideramos que la suplencia de la queja deficiente permite al juez corregir de oficio las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el accionante al momento de formular su demanda.

Se conoce que este principio ha tenido una histórica y abundante aplicación en el marco de procesos constitucionales de amparo⁷, sin embargo, no deja de ser tributario del principio procesal denominado *iura novit curia*, cuya idea principal consiste en que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al

⁷ Tanto así que su aplicación se deduce con claridad del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, directriz que ha sido recogida en el artículo VII Título Preliminar del Código Procesal Civil (CPC), aplicable supletoriamente al proceso laboral⁸.

Por otro lado, cabe caer en cuenta que, ciertamente, la pauta basilar del *iura novit curia*, así, inclusive, no se haya previsto la aplicación supletoria del CPC al proceso laboral, tiene la calidad de principio propio y rector de la teoría general del proceso, a partir del cual nacen todas las variantes del proceso, como el laboral⁹, razón por la cual, su carácter informador y basilar respecto de cualquier tipo de proceso, exige que sea observado por la jurisdicción en general.

Sin perjuicio de lo indicado, la aplicación supletoria de la suplencia de la queja deficiente en el proceso laboral, no sería el único fundamento jurídico para que los jueces que resuelven bajo el marco de la NLPT procedan con la puesta en práctica de este principio, dado que, esta misma norma, en su Título Preliminar, recoge como un fundamento del proceso laboral, el denominado “privilegio del fondo sobre la forma”, el cual le daría sentido al hecho de que el juez laboral, al analizar y calificar la demanda presentada, prefiera aquel fundamento jurídico que realmente sustenta la pretensión, y no el formalmente invocado.

En efecto, tal como lo sostiene un sector de la doctrina procesal¹⁰, al comentar este fundamento, las normas procesales, siendo imperativas, no son de orden público, razón por la que el juez laboral está obligado a adecuar la exigencia de las formalidades impuestas en las normas procesales a los fines del proceso, esto es, la efectiva resolución de la materia controvertida.

Por su parte, Pasco (1997:55), explica que por aplicación de esta prevalencia, se admite que el juez pueda emitir un fallo despojado de ataduras formales excesivas que permitan atender a cuestiones no demandas expresamente, destacando además, que dado el carácter tutelar de la parte débil de la relación jurídico-laboral, la congruencia procesal tiene un carácter laxo.

⁸ *Vid.* Primera Disposición Complementaria de la NLPT.

⁹ Al respecto *Cfr.* Paredes (2013:211).

¹⁰ *Vid.* Priori, Carrillo, Glave, Sotero y Pérez Prieto (2011:47).

Asimismo, cabe indicar, siguiendo a Toselli (2013:193), que atendiendo al carácter tuitivo que caracteriza al Derecho Laboral, y debido a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y que se deben proteger, la congruencia procesal admite una serie de matices que permiten modular o incluso dejar de lado la estrechez del marco propuesto por los litigantes, lo cual faculta al juez laboral a asumir un rol activo en la búsqueda de la verdad real, entendida como verdad jurídica objetiva.

Por su parte, Baeza (1991:31 y 40) destaca que si correspondiera al juez laboral sentenciar estrictamente en función de las pretensiones formuladas en la demanda, no se podría dar cumplimiento a normas que le exigen al Estado una protección especial al trabajo, por lo que el derecho procesal del trabajo tiene una finalidad de justicia social debido a los intereses que están en juego en la norma sustantiva laboral.

Tomando en cuenta estas apreciaciones doctrinarias, consideramos que la CS no parece ir por el camino correcto en torno al particular, no solo por la omisión y/o incorrecta aplicación del principio de congruencia procesal, sino también, aunque como consecuencia de ello, por generar un retraso injustificado respecto a la solución del conflicto jurídico, pues, aquella apreciación errada de dicho principio, supone que todo lo actuado desde el momento en el cual se originó la supuesta nulidad, se considera como inválido, retrasándose la respuesta definitiva por parte de la Judicatura, debido a una cuestión estrictamente formal que podría haberse “dejado de lado”, a la vista y observancia del fundamento procesal del privilegio del fondo sobre la forma previsto en la NLPT.

Nótese, sin perjuicio de lo indicado, que la CS con este tratamiento errado de la congruencia procesal, no solo esquiva el fundamento procesal mencionado, sino también, soslaya otras pautas y principios orientadores, tales como la celeridad, la economía procesal y la veracidad, debido, en buena cuenta a la interdependencia que existe entre estos principios y fundamentos procesales, cuya puesta en aplicación y análisis, casi siempre implica su vinculación.

Ahora bien, pese a que consideramos que “a la luz” de los fundamentos y principios reseñados, el juez laboral podría emplear la suplencia de la queja deficiente a fin de corregir la formulación incorrecta de una demanda, quizás resulte pertinente la modificación del artículo 16 de la NLPT relativo a los requisitos de la demanda, a fin de que el juez que advierta una incongruencia entre el petitorio planteado y los fundamentos de hecho y/o jurídicos respectivos, proceda con requerir la subsanación correspondiente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 17 de la misma norma, sobre

todo a fin de evitar que, por una viciada apreciación y/o soslayo de estos fundamentos y principios procesales, se nulifique lo actuado y se retrase injustificadamente la solución al conflicto jurídico.

Dicha alternativa, reiteramos, no se plantea porque la norma procesal prohíba o niegue esta facultad a los jueces, sino más bien, porque creemos que entre seguir esperando que la CS dirija su mirada a los principios y fundamentos del proceso laboral recogidos en el Título Preliminar de la NLPT y prever expresamente esta facultad, preferimos la segunda de estas opciones a fin de asegurar la eficacia de aquellos al momento de la calificación de la demanda respectiva.

En relación con la demanda de liquidación de derechos individuales

Una de las tantas figuras procesales novedosas previstas en la NLPT, la encontramos recogida en el artículo 18 de esta norma, y se denomina “demanda de liquidación de derechos individuales”, la cual permite, en buena cuenta, tal como lo indica Paredes (2018:274), multiplicar los beneficios de una sentencia que reconoce un hecho lesivo que afecta a más de un prestador de servicios.

En efecto, este precepto permite que, a partir de una sentencia que declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados, puedan iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional (TC) o la CS, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Como se podrá advertir con facilidad, esta institución jurídica destaca, justamente, por permitir que a partir de un caso concreto, un grupo, categoría o un individuo, que se encuentra en el mismo supuesto fáctico, pueda beneficiarse. Nótese que, justamente, lo peculiar de esta figura procesal, ha exigido que el legislador la rodee de ciertos elementos jurídicos especiales, casi excepcionales, que habiliten su empleo: que la sentencia a emplear tenga calidad de cosa juzgada, es decir que no admita cuestionamiento alguno; que haya sido emitida por la CS o el TC (órganos jurisdiccionales de máxima jerarquía en nuestro sistema jurídico); y que tenga un contenido patrimonial.

Ciertamente, cabe llamar la atención sobre las peculiaridades que rodean a esta figura

procesal, la cual, además, de ser novedosa en nuestra legislación procesal laboral, genera un distanciamiento con la tradicional forma de entender la legitimidad para obrar y el efecto *inter partes* de una sentencia con calidad de cosa juzgada.

Al respecto, queremos plantear algunos comentarios a partir de ciertas dudas que el texto del artículo 18 de la NLPT no ha ayuda a responder, al menos desde su literalidad. Por ejemplo, en algún caso, los Juzgados Laborales han tenido complicaciones para resolver si es procedente la demanda planteada cuando el criterio recogido en la sentencia empleada para iniciar el proceso, ha virado de sentido, lo cual no es poco usual en el caso de la CS, sobretodo.

En efecto, por citar solo un caso, la CS por algunos años tuvo una posición reiterada sobre la extensión de los beneficios recogidos en un convenio colectivo celebrado por un sindicato no representativo (minoritario), a todos los trabajadores del ámbito¹¹, sin embargo, actualmente el criterio de este órgano es, ciertamente, el contrario, es decir, que sólo cuando la organización sindical es representativa en su ámbito, el convenio colectivo celebrado por ella, será aplicable también a los trabajadores no afiliados¹². Justamente, ello ha provocado la inquietud relativa a si el artículo 18 de la NLPT puede aplicarse en este tipo de supuestos.

Conocemos de un caso en el cual un Juzgado Especializado de Trabajo, ha considerado que en un escenario en el que la CS tiene posiciones contrapuestas, la aplicación del artículo 18 de la NLPT no resulta posible. Justamente, esta conclusión se ha derivado del análisis de una demanda de liquidación de derechos individuales presentada en base al anterior criterio de este órgano en materia de extensión de los beneficios derivados de un convenio colectivo celebrado por un sindicato no representativo¹³.

La postura de dicho Juzgado nos parece la correcta pues, consideramos que el artículo 18 de la NLPT estaría basado en la búsqueda de la predictibilidad y uniformidad de la

¹¹ *Cfr.* las Casaciones N°s 2864-2009-Lima, 602-2010-Lima, 11477-2013-Callao y 8796-2013-Moquegua.

¹² *Cfr.* las Casaciones N°s 1315-2016-Lima, 12885-2014-Callao, 10766-2013-Moquegua.

¹³ *Cfr.* Sentencia recaída en el Expediente N° 01205-2015-0-0701-JR-LA-01 del Primer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia del Callao.

jurisprudencia del más alto rango, por lo que el problema que encierra, “supuestamente”, este precepto, en relación con la disparidad de criterios que podrían darse en torno a una misma controversia jurídica, más que ser un aspecto del cual se olvidó el legislador que concibió este precepto, parece mas bien un problema que tiene que ver más con las personas que administran justicia al más alto nivel en nuestro país.

En suma, aunque no lo prevea expresamente este precepto, creemos que el artículo 18 de la NLPT desplegará sus efectos, siempre que el criterio contenido en la sentencia, en base al cual se formula la demanda de liquidación de derechos individuales, sea uniforme en el tiempo.

Una cuestión adicional en relación con el artículo 18 de la NLPT, está relacionada con la “combinación” de las reglas de comparecencia especial recogidas en los artículos 8 y 9 y el empleo de aquel precepto, sobre todo en aquellos casos en los que hay de por medio pretensiones patrimoniales derivadas de una negociación colectiva. En efecto, el siguiente cuadro comparativo podría ayudarnos a aclarar si dicha posibilidad es viable.

Artículo 8	Artículo 9	Artículo 18
<p>(...) 8.2. Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados. (...)</p>	<p>“ (...) 9.2 Cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito. (...)”</p>	<p>“Cuando en una sentencia se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte</p>

		Suprema de Justicia de la República, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada (...)”
--	--	--

Al respecto, podemos dilucidar que a partir de una interpretación conjunta de los artículos 8, 9 y 18 de la NLPT, resulta posible que una organización sindical pueda iniciar una demanda de liquidación de derechos individuales, en la medida, ciertamente, que la sentencia a emplear cumpla con los demás requisitos previstos en este último precepto. Inclusive, el mismo artículo 18 dispone que los miembros del grupo o categoría afectados pueden iniciar una demanda basada en este precepto, y ello se concretaría bajo la figura del litisconsorcio.

En el mismo orden de ideas, un sector de la doctrina especializada¹⁴ ha indicado que el artículo 18 de la NLPT se refiere a los casos del artículo 9.2 que impliquen la vulneración de derechos individuales homogéneos si los mismos son derechos patrimoniales del prestador de servicio derivados de la afectación de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga y seguridad y salud en el trabajo.

Las implicancias derivadas de la regulación de dos tipos de proceso de conocimiento¹⁵

Otra de las novedades que trajo consigo la NLPT consistió en el diseño de un proceso ordinario (que consta de dos audiencias: de conciliación y de juzgamiento) y uno abreviado que se caracteriza en que su estructura solo contempla una audiencia única (que conjuga las audiencias procesales referidas). Sin embargo, las características reseñadas no son las únicas que marcan una distancia entre ambos tipos de proceso de conocimiento. En efecto, el segundo de ellos se destina solo a dos casos: cuando la pretensión principal única a plantear sea la reposición, o cuando la pretensión correspondiente es relativa a la vulneración de la libertad sindical.

Al respecto, no encontramos mayor utilidad en la regulación de procesos distintos, basada en la realización de una o dos audiencias, en un mismo o distintos momentos. En todo caso, consideramos que más correspondencia hay entre un proceso que

¹⁴ *Cfr.* Priori, Carrillo, Glave, Sotero y Pérez Prieto (2011:100 y ss.).

¹⁵ Algunas de las consideraciones desarrolladas en este acápite se basan en nuestros siguientes trabajos: De Lama (2019: 373-385), De Lama (2014:74 y ss.).

concentra en un solo momento la posible solución acordada al conflicto (seguida inmediatamente de la resolución del mismo por parte de la Judicatura, en caso de fracasar el intento conciliatorio), con los principios de celeridad, concentración y economía procesal, contemplados en el Título Preliminar de la NLPT.

Sin perjuicio de lo indicado, no comprendemos con claridad la razón de solo destinar un proceso más célere a las pretensiones (únicas y principales) de reposición y a las relativas a la libertad sindical, atendiendo a que no necesariamente estos serían los únicos derechos de especial tutela a las que la Judicatura debería brindarle una atención rápida. Ciertamente, cómo ya lo ha hecho el mismo legislador procesal laboral, el tratamiento particular que se le ha otorgado a los derechos fundamentales en el trabajo, desde las reglas de comparecencia, protección cautelar, por ejemplo, podría haberse replicado, creemos, para conceder un proceso más rápido para las controversias relacionadas con este tipo de derechos.

Por otro lado, nótese también la confusa redacción del numeral 2 del artículo 2 de la NLPT al disponer que se podrá acudir al proceso abreviado para los supuestos en los que se pretende la reposición de manera única y principal, inconveniente que ha sido agudizado por la CS, al momento de interpretar este precepto.

En efecto, uno de los primeros asuntos que fueron objeto de análisis con la regulación contenida en el inciso 2 del artículo 2 de la NLPT giró en torno a la cuestión de la pretensión única dado que de acuerdo al significado que tuviera ello, las demás pretensiones que pudieran acompañar la demanda de reposición del trabajador, podrían ser dejadas de lado o no. ¿Cuáles podrían ser éstas? Básicamente, las pretensiones relativas a las remuneraciones devengadas y/o a la indemnización por despido arbitrario (IDA).

En torno a la acumulación de la acción indemnizatoria con la reposición el problema se ha superado con la derogación del artículo 52 del RLFE mediante la Segunda Disposición Derogatoria de la NLPT; es decir en la vía abreviada laboral pueden demandarse, bajo la figura de la acumulación subordinada, tanto la pretensión restitutoria y la indemnizatoria de tal forma que en caso que la primera desestimada, se analice si se dio un despido arbitrario, con la finalidad de que el demandante obtenga una IDA.

Por su parte, respecto de la posibilidad de acumular la reposición, con las remuneraciones devengadas, consideramos que, en el marco de la jurisprudencia

constitucional en materia de reposición, y del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del año 2012, resulta posible acumular, en un proceso abreviado, estas sumas a la pretensión principal de la reposición, en todos los supuestos de reposición (despidos incausado, fraudulento, nulo, e inclusive, los lesivos de derechos fundamentales), en la medida en que aquellas siguen siendo pretensiones accesorias (no principales); sin embargo, como se conoce, cuando todo parecía indicar que estas dudas y otras, iban a solucionarse en la dirección de la aplicación analógica de los aspectos sustantivos y procesales relativos a los supuestos de nulidad de despido¹⁶, la jurisprudencia casatoria posterior¹⁷ y los siguientes Plenos, se dirigieron en un sentido mas bien literal y formalista de la LPCL.

“Para muestra un botón”: en relación con la acumulación de la reposición con otras pretensiones en los casos de despido incausado o fraudulento, la CS, mediante el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo (2014), indicó que aquella será de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario, mientras que en diversas casaciones, precisó que, en lugar de las remuneraciones devengadas, dicha acumulación comprende una indemnización por daños y perjuicios, todo ello en base a una interpretación literal del artículo 40 de la LPCL¹⁸. Posteriormente, mediante el Quinto Pleno, la CS ha concluido que, en los mismos casos, el juez ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

¹⁶ Ciertamente, cabe precisar que esto no había sucedido ni siquiera respecto de la conclusión del Segundo Pleno en torno al plazo de caducidad que tenían los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente, dado que, si bien es cierto se acordó que este equivalía a 30 días hábiles, de acuerdo a lo previsto por el artículo 36 de la LPCL, la misma no se basó en que tales ceses eran supuestos de nulidad de despido, sino manifestaciones de despidos arbitrarios.

¹⁷ *Cfr.* Cas. Lab. N° 8345-2013-La Libertad, Cas. Lab. N° 7893-2013- La Libertad y Cas. Lab. N° 3005- 2014-Lima.

¹⁸ El artículo 40 de la LPCL, dispone lo siguiente: “*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*”

Esta interpretación textual y sin mayor análisis que solamente la lectura de tales dispositivos, en palabras de la CS, guarda conformidad con un tipo de interpretación inviable (la analógica)¹⁹ si es que la misma plantea restringir derechos. No obstante, siguiendo a Neves (2015:32)²⁰, nos preguntamos si realmente considerar que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no tienen derecho a las remuneraciones devengadas²¹, significa “restringir derechos” a fin de sustentar que la

¹⁹ Al respecto, por ejemplo, la CS ha indicado, mediante la Casación Laboral N° 8345-2013-La Libertad, lo siguiente: “(...) *Observándose que en el presente caso además de la pretensión de reposición por despido incausado, también se peticiona el pago de remuneraciones dejadas de percibir, corresponde señalar que, no se cumple con el presupuesto de “reposición bajo la forma de una pretensión principal única”, por cuanto la pretensión de pago de remuneraciones dejadas de percibir debe ser considerada como una pretensión principal y no como una pretensión accesoria como lo señalan las instancias de mérito, ello debido a que el artículo 40 de la LPCL únicamente establece para el despido nulo el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más no para los casos de despido incausado ni despido fraudulento; por lo que, no se puede realizar una interpretación extensiva ni analógica de una excepcionalidad señalada por la misma norma, a otros supuestos no previstos expresamente por dicho precepto legal (...)*”.

En el mismo sentido, en el desarrollo de la justificación del acuerdo respectivo, adoptado en el Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, se señaló que: “ (...) *En el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40° del Decreto Supremo 003-97-TR.*”

²⁰ Aunque el profesor Neves se refiere a la interpretación analógica del plazo de caducidad previsto en el artículo 36, la apreciación es completamente aplicable también para los aspectos que venimos analizando. *Cfr.* Neves (2015:232).

²¹ Ahora bien, es cierto que la CS no ha negado que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente, no tengan una protección adicional (económica) a su reposición, sino más bien ha reconocido que estos trabajadores pueden demandar una indemnización por daños y perjuicios, e inclusive obtener un monto por daños punitivos. No obstante, dicha conclusión genera, desde nuestra perspectiva, un trato desigual injustificado entre trabajadores que han sido afectados en sus derechos fundamentales, ya sea por algún supuesto de nulidad de despido o un despido incausado o fraudulento. En efecto, cómo se conoce, las remuneraciones devengadas, a las que tienen derecho los primeros, tienen carácter salarial, por lo que su abono procede previa deducción de los descuentos legales correspondientes (tributarios y previsionales),

interpretación analógica del artículo 40 de la LPCL, o del tercer párrafo del artículo 34 de la misma norma, no resulta viable. Por el contrario, creemos que todo indicaría que la comparación respectiva muestra que todos estos despidos son inconstitucionales, por lo que, ciertamente, el uso de la analogía no tiene la finalidad de restringir derechos, sino la de igualar esta clase de ceses que guardan semejanza sustancial²².

Atendiendo a lo explicado, resulta totalmente pertinente traer a colación lo que el profesor Atienza (2013:29) ha expresado sobre la pretensión de corrección del ordenamiento jurídico en general:

“El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales”.

En ese sentido, y continuando con lo referido por el profesor Atienza (2006:57), tenemos que una práctica jurídica post-positivista nos lleva a determinar las razones subyacentes a las normas, aplicando un enfoque pragmático jurídico, que entre otras cosas, importa *“la necesidad de considerar el derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto”*, adoptando *“una visión instrumental y finalista del derecho; el derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales”*.

mientras que las indemnizaciones no cuentan con dicha calidad, por lo que, los segundos, ciertamente, obtendrán sumas dinerarias más elevadas que los primeros.

²² Neves (2015:232)

En el mismo orden de ideas, el connotado jurista alemán, Robert Alexy (2001:237), señala que en los casos en los que se presenta una disposición normativa abierta o genérica (ámbito de apertura), así como en casos difíciles, el Juez debe emitir su fallo efectuando una pretensión de corrección, la misma que no solo se vincula con una pretensión moral sino también jurídica. Expone además que a la pretensión de corrección:

“le corresponde el deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente. En el ámbito de apertura este deber jurídico se refiere también a la aplicación correcta de normas morales correctas; ya que por definición, en el ámbito de apertura no se puede decidir sólo sobre la base de las normas del derecho positivo, y el recurso exclusivo a consideraciones de conveniencia no es suficiente para resolver correctamente un problema jurídico. En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia”.

En nuestro medio, y en consonancia con lo explicado, el profesor Morales Godo (2010:15) indica que el papel del juez en un Estado Constitucional, evidentemente, no es el mismo que ha desempeñado en un tradicional estado de derecho, toda vez que, en aquel, cobra preponderancia su actuación en la medida que la norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad, sino solo una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador.

De esta manera, resulta cuestionable que el artículo 40 de la LPCL, sea apreciado desde una interpretación literal y formalista, toda vez que ello manifiesta un completo desconocimiento que el Derecho se encuentra en constante evolución, lo cual, a su vez, redundaría en obviar su utilidad práctica, y sobre todo, en desconocer la eficacia de la tutela de derechos fundamentales²³.

Por otro lado, un punto también controvertido que han analizado tanto la CS y los jueces laborales se refiere a la posibilidad de que se tramite en el proceso abreviado

²³ Al respecto, se comparten los argumentos y las fuentes utilizadas por Navarrete (2017:122), a fin de criticar la interpretación judicial formalista del artículo 40 de la LPCL.

laboral una pretensión implícita que acompañe a la pretensión principal de reposición, en un proceso abreviado. Esto significa, por ejemplo que, un locador de servicio pretenda ser repuesto, porque considera que en realidad es un trabajador subordinado, que un trabajador temporal demande su reposición luego de que se haya determinado que en realidad era un trabajador permanente, o que un beneficiario de una modalidad formativa demande la misma pretensión, tan pronto se determine la desnaturalización de su relación formativa.

Al respecto, en un primer momento, la CS no tenía dudas sobre el particular, dado que mediante la Casación Laboral N° 3311-2011-Tacna este órgano señaló que cuando se interpone una demanda de reposición, el Juez de Trabajo tiene que verificar lo siguiente:

- a. Que no exista duda sobre la laboralidad de los servicios del demandante pues el pedido de reposición solo resulta procedente en los casos donde la relación laboral se encuentra establecida y reconocida por las partes;
- b. Verificar si la demanda planteada contiene únicamente el pedido de "reposición" como pretensión principal única; y,
- c. Centrar su análisis en determinar la fundabilidad o no de la demanda de reposición, sobre la base de una exhaustiva y diligente realización de las etapas procesales que se prevén en el proceso abreviado laboral, entre las que se debe resaltar la etapa probatoria.

En un inicio, entonces la CS consideró que los demandantes de los ejemplos anteriores, tendrían que encausar su pretensión restitutoria por la vía ordinaria. Sin embargo, los jueces de trabajo, en una de las conclusiones adoptadas en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en la ciudad de Lima, 13 y 14 de setiembre de 2013, manifestaron una opinión contraria.

De acuerdo a estos magistrados, en virtud al principio tuitivo a los que se contrae los procesos laborales y a los que está obligado a observar el juzgador, un petitorio implícito debe ser objeto de pronunciamiento, más aún si en esta clase de procesos prevalecen las actuaciones orales sobre las escritas, correspondiendo pronunciarse en la sentencia por la pretensión implícita.

Coincidimos con la postura adoptada por los jueces de trabajo básicamente por una

cuestión que tiene que ver sobre todo con la informalidad laboral imperante en nuestro país, en donde proliferan los falsos locadores de servicios, los aparentes trabajadores temporales y beneficiarios de modalidades formativas, que en realidad nunca son “formados”, en comparación con los trabajadores subordinados que laboran formalmente. Asimismo, tomando en cuenta la posición de la CS un porcentaje muy bajo de trabajadores tendría acceso a la vía abreviada laboral, y por lo tanto a una protección célere, mientras que el resto, debido una ilegal práctica empresarial, tendría que transitar un proceso-ordinario-igualmente garantista pero menos rápido.

Ahora bien, posteriormente a este Pleno, la CS reconsideró su posición sobre el particular y ha tomado en cuenta el acuerdo plenario referido de tal manera que ha variado su parecer. Así, mediante la Casación Laboral N° 5796-2013-Lima Norte este órgano ha acogido la posibilidad de que en el seno de un proceso abreviado laboral pueda discutirse la existencia de una relación laboral de duración indeterminada, ya sea por aplicación del principio de primacía de la realidad o por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad o contrato civil, como un presupuesto previo a un pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición; siempre que éste se encuentre contenido en el presupuesto de la demanda y en modo alguno postulado como pretensión expresa. Claro está, por ejemplo, que habría que entender que este criterio también se aplicaría en el caso del beneficiario de una modalidad formativa que demanda su reposición en la vía abreviada.

La CS, entonces, considera actualmente, creemos con acierto, que cuando el pedido de reposición se plantea como pretensión principal “única”, ello no impide que previamente se dilucide el reconocimiento de relación laboral a tiempo indeterminado, presupuesto a partir del cual corresponde hablar del derecho a la reposición en la medida en que dicho examen no es sino parte inescindible del petitorio de reposición formulado; y en tal sentido, no constituye una pretensión adicional que implique que la demanda deba ser tramitada vía del proceso ordinario laboral en donde se permite la acumulación objetiva de pretensiones.

La rebeldía en el marco de la audiencia de conciliación²⁴

De acuerdo al artículo 43 de la NLPT, uno de los supuestos que configuraría la rebeldía

²⁴ Basamos estas reflexiones en el siguiente trabajo de nuestra coautoría: (De Lama y Huamán, 2013: 57 y ss)

del emplazado es que este acuda a la audiencia de conciliación sin contar con los poderes suficientes para conciliar, lo cual podría ocurrir porque el demandado no llevó a dicha audiencia los poderes que acrediten esta facultad o porque pese a haberlos llevado, en los mismos no figura de manera expresa que cuenta con dicha facultad.

En la práctica, puede ocurrir que el o los representantes del demandado acudan a la audiencia de conciliación en un proceso laboral y no cuenten con facultades para conciliar, pero acuden a este acto con el escrito de contestación de demanda. En buena cuenta, el emplazado podría afirmar que, incluso habiendo llevado a la audiencia los poderes que acrediten sus facultades para conciliar, no tenía dicha intención y, por ello, es innecesario acreditar una facultad que no deseaban ejercer o, en todo caso, la pueden ejercer en cualquier etapa del proceso. Por lo tanto, se debería permitir, en salvaguarda de su derecho a la defensa, que el demandado presente su contestación.

Precisamente, este punto fue objeto de análisis en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en Lima los días 28 y 29 de septiembre del año 2012²⁵. En el siguiente cuadro resumimos cuál fue, en relación con la rebeldía, la controversia debatida, las propuestas de respuesta y los votos a favor de cada propuesta:

TEMA 2: La contestación de la demanda y la rebeldía automática en la Nueva Ley Procesal del Trabajo	¿En un proceso ordinario laboral, si se declara en rebeldía automática al representante o apoderado del demandado por no tener poderes suficientes para conciliar, puede contestar la demanda?	Primera Ponencia: El demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar sí puede contestar la demanda.	65 votos a favor
		Segunda ponencia: El demandado que incurre en rebeldía automática en la etapa de conciliación no puede contestar la demanda.	17 votos a favor

Como podemos ver, la mayoría de nuestros jueces laborales consideran que si el

²⁵ Cabe anotar, que este criterio fue confirmado en el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (2014).

emplazado acude a la audiencia de conciliación en un proceso ordinario laboral sin contar con facultades para conciliar (en caso que no haya llevado sus poderes o que los que tenga y no se exprese que cuenta con esa facultad) puede, a pesar de ello, presentar su contestación de demanda.

Frente a este criterio mayoritario surge la duda de cuáles serían, en este caso, las consecuencias de la declaración de rebeldía del emplazado por parte del juez. Nos preguntamos esto porque va a ocurrir que el demandado es declarado rebelde en la audiencia de conciliación, al no contar con facultades de conciliar, pero en el mismo acto va a presentar su contestación y el proceso va a proseguir como si nada hubiere ocurrido.

Es decir, no habrían diferencias entre el emplazado que, luego de demostrar sus facultades para poder conciliar, expresa su deseo de no conciliar, con el demandado que es declarado rebelde por no contar con facultades para conciliar y es declarado rebelde por ello. En ambos supuestos, el emplazado presentará su contestación de demanda y acudirá a la audiencia de juzgamiento a defender su postura sin que la rebeldía le imponga (al menos aparentemente) puntos en su contra.

Al respecto, no compartimos este criterio mayoritario de nuestros jueces. Consideramos, que en el proceso laboral, la audiencia de conciliación es una sola, por lo que la “puerta de entrada” para participar en ella se encuentra en la acreditación de las partes y, sobre todo, en la acreditación de que se cuenta con las facultades para conciliar. Entonces, si el emplazado asiste a la audiencia de conciliación pero no cuenta con facultades para conciliar (decidir si concilia, total o parcialmente, o no concilia) -ya sea porque no llevó sus poderes o porque los llevó pero estos eran insuficientes-, no debería poder participar de la audiencia de conciliación. Y, lógicamente, si no participa de la audiencia de conciliación (es decir, se considera que no se ha presentado) no podrá, tampoco, participar de su parte final que consistiría en la presentación de la contestación de demanda en caso no se hubiera arribado a alguna conciliación.

Arribamos a esta idea a partir de una interpretación de lo establecido en el artículo 43° inciso 1 de la NLPT, en donde se ha señalado que *“la audiencia [de conciliación] inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. (...) Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un derecho disponible. También incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, (...) el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar”*. Del mismo modo, en el inciso 3 del mismo artículo

se ha establecido que en caso no haya conciliación o esta sea parcial, el juez, luego de precisar las pretensiones materia de juicio, “requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos”.

Bajo este marco normativo, se puede afirmar que el emplazado que no acredita sus facultades para conciliar no puede participar de la audiencia de conciliación desde un inicio hasta su final. Por lo tanto, así como no puede expresar si desea o no conciliar (al no probar que cuenta con facultad para hacerlo) tampoco debería poder presentar su contestación al no haber cumplido con la carga procesal que nuestra ley le impone para participar de la audiencia de conciliación.

Del mismo modo, si al emplazado que no acredita sus facultades de conciliación y que es declarado rebelde (porque la NLPT impone que en este caso se produzca dicha consecuencia) se le permite presentar su contestación de demanda, ¿para qué se le declara rebelde? ¿cuál sería el efecto de dicha declaración? Por el contrario, con la aceptación de esta posibilidad se estaría permitiendo que los empleadores ignoren la carga que se les impone de acreditar sus facultades para conciliar y, más bien, utilicen esto como una forma más de frustrar la conciliación para conducir, así, el litigio directamente al juzgamiento. Se les declarará rebeldes, sí, pero esta declaración será vacía e inútil ya que no tendrá ninguna repercusión en el juicio.

En contra de nuestra postura, algunos podrían alegar que en realidad la presencia de una etapa procesal específica destinada a que las partes puedan arribar a un acuerdo, no tiene mucho sentido toda vez que en cualquier estadio del proceso podría producirse la conciliación. Es decir, el hecho de que el/los representante/s del demandado lleve/n a dicha etapa los poderes para conciliar o no, o que pese a tenerlos éstos resultan insuficientes, resulta indiferente, por lo que ello no debería impedir que el demandado proceda con la contestación de los cargos imputados al tratarse de un acto procesal totalmente distinto a la conciliación. Es más, se podría aducir que en ocasiones el demandado no tiene en mente llegar a un acuerdo con su contraparte dado que entiende que la demanda no tiene ningún asidero fáctico ni jurídico, por lo que su única intención es la de contradecir íntegramente los cargos imputados.

Pese a que esta postura contraria tiene sentido, cabe recordar también que todo indicaría que la intención del legislador, por poner de relieve la audiencia de conciliación en este nuevo marco procesal, justificaría sancionar severamente -con la figura de la rebeldía- al demandado cuyo/s representante/s no cuenta/n con los

poderes suficientes para cumplir con la finalidad prevista con la especial regulación de esta importante etapa procesal²⁶. Al parecer, entonces, los jueces reunidos en los referidos Plenos no han sabido advertir la *ratio legis* subyacente al tratamiento de la rebeldía para estos casos.

Sin perjuicio de lo anotado, somos de la idea de que, en caso se continúe defendiendo lo acordado en tales Plenos, debería promoverse una reforma de nuestra NLPT respecto a los supuestos que configurarían la rebeldía. En el artículo 43° de esta nueva norma debería eliminarse el texto que señala que el demandado “también incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, (...) el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar”. Conservar esto como un supuesto de rebeldía, sin que tenga mayores efectos o consecuencias al ser una mera declaración, vacía de contenido y consecuencias, se presenta como inútil y, más bien, genera confusión entre nuestros operadores jurídicos.

²⁶ Podría considerarse que la finalidad de dicha opción legislativa busca sancionar con la calificación de dicha inconducta procesal la no previsión y/o preocupación por llegar a una solución de la controversia que parta del consenso o acuerdo de las partes en conflicto de tal manera que no se prosiga con el proceso judicial.

Ahora bien, no solo es importante para el legislador que el demandado llegue a conciliar sino que justamente con esta modalidad de resolución del conflicto, el proceso culmine lo más pronto posible, sin necesidad de proseguir con los demás actos procesales, lo cual se condice con uno de los principios que rigen la NLPT: la celeridad.

Algunos podrán considerar que dicha medida legislativa es exagerada en tanto la rebeldía normalmente es concebida como una medida procesal que sanciona la resistencia a la contestación de la demanda o en todo caso la no comparecencia al proceso, es más, algunos creen que la rebeldía solo se configura cuando no se comparece y no cuando no se procede con la contestación en tanto llevar a cabo esta última implica dejar de ejercer un derecho y no dejar de cumplir una carga procesal, por lo que la no contestación no tendría porque provocar consecuencias perjudiciales al demandado. (*Vid. Priori, Carrillo, Glave, Sotero y Pérez Prieto (2011:235)*).

En este sentido la novedosa regulación de la rebeldía que trae consigo la NLPT es inusual y no guarda similitud con nuestra tradición legislativa procesal civil y/o laboral. No obstante ello, consideramos que la justificación que guarda esta extensión concuerda con el espíritu que trasunta este nuevo cuerpo normativo como lo hemos anotado.

En relación con la ejecución de la sentencia de reposición²⁷

Así como resulta cuestionable, en nuestra consideración, que el artículo 40 de la LPCL sea interpretado de manera formal y literal, creemos que lo mismo sucede respecto del tercer párrafo del artículo 34²⁸ de la LPCL, el cual viene siendo aplicado, por parte de algunos Juzgados Especializados de Trabajo, en similar sentido.

En efecto, por ejemplo, el Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del Expediente N° 6734-2014-0-1801-JR-LA-12, ha indicado lo siguiente:

*“5. Advirtiéndose que el Superior Jerárquico **ha declarado fraudulento el despido**, ordenando que la demandada cumpla con reponer al demandante, mientras que el artículo que señala el demandante, establece que: "(...) 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° [El resaltado es nuestro]; en ese sentido, el despido fraudulento y el despido nulo son figuras distintas, teniendo ambas un tratamiento legal diferente, no resultando extensible el artículo invocado por el demandante al caso de autos; caso contrario, implicaría que el Juzgado, en etapa de ejecución, realice una interpretación que no corresponde al presente proceso, vulnerando de esta manera la institución de la cosa juzgada y la ejecución de lo resuelto en los términos establecidos por el Superior Jerárquico, derechos que además están reconocidos en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, de ahí que deviene en improcedente lo solicitado.”*

²⁷ Este acápite toma como base el siguiente trabajo de nuestra autoría: De Lama (2018:65-79).

²⁸ **Artículo 34°.**- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta 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. 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°.

Cómo se podrá apreciar, se entiende que la posibilidad de reemplazar la pretensión restitutoria solo procede en el caso de la impugnación de un supuesto de nulidad, tal como, ciertamente lo prevé aún el artículo 34 de la LPCL; no obstante, cabe indicar que el panorama de la reposición en nuestro sistema jurídico laboral, ha variado sustancialmente desde hace casi ya veinte años, con la emisión de diversas sentencias y precedentes vinculantes por parte del TC, sobre el particular, corriente jurisprudencial que ha sido acogida también por la CS al considerar que mediante el proceso laboral, regulado tanto por la NLPT como por su antecesora, un trabajador despedido incausada o fraudulentamente puede obtener su reposición.

En este sentido, y sin perjuicio de lo indicado líneas arriba en relación con nuestra postura sobre el criterio de la CS en torno a la improcedencia de pretender el pago de remuneraciones devengadas en los casos de despidos incausado y fraudulentos, somos de la opinión de que los Juzgados Especializados que se encargan de la ejecución de las sentencias que ordenan la reposición por alguno de este tipo de ceses, yerran al no permitir que el trabajador demandante elija cambiar la protección restitutoria inicialmente demandada, por el pago de una IDA.

Esta apreciación se agudiza, en nuestra consideración, en el caso de la aplicación literal del artículo 34 de la LPCL, en la medida en que la referida alternativa que el legislador le otorga al trabajador, responde a diversas razones relacionadas íntimamente con la libertad de trabajo, entre ellas, por ejemplo, al hecho de que el trabajador despedido ya encontró un nuevo empleo en el ínterin del proceso respectivo o simplemente ya no desea regresar a su puesto de labores debido a que prefiere evitar exponerse a diversas arbitrariedades o represalias por parte de su ex empleador²⁹.

²⁹ Esta afirmación, por ejemplo, se refleja con claridad en el caso resuelto por la CS, mediante la Casación Laboral N° 3626-2011-Lima. Según los datos referidos en esta sentencia, el trabajador demandante ya había sido repuesto sin que su empleador haya procedido con el pago de las remuneraciones devengadas correspondientes. Ante el constante reclamo, por parte del trabajador demandante, respecto al pago de estas sumas, el empleador demandado procedió con despedirlo nuevamente; asimismo, este último se había negado recurrentemente al pedido judicial de facilitar las planillas (que iban a servir para proceder con el cálculo de los montos exactos de lo adeudado por concepto de las remuneraciones devengadas) lo cual había provocado una dilación excesiva del proceso judicial correspondiente, (desde la fecha de reposición, cerca de dos años adicionales). Por otro lado, el empresario había aceptado la arbitrariedad de este segundo cese dado que ofreció al demandante la IDA.

Si bien es cierto, explica la CS, entre el segundo despido y la ejecución de la reposición

En sentido contrario entonces, si dicha opción no se hubiera contemplado, el trabajador despedido tendría que verse obligado a ingresar nuevamente al centro de labores del cual fue separado irregularmente, lo cual, no guarda coherencia con la decisión que tiene cualquier persona de elegir con quien trabajar, facultad deparada justamente por la libertad de trabajo³⁰. Indudablemente, esta incongruencia constitucional se acentuaría si el trabajador, en aras de dar cumplimiento a la sentencia de reposición se ve obligado a renunciar al puesto que desempeña, en ese momento, en otro centro de trabajo³¹.

De esta manera, creemos que insistir en que el último párrafo del artículo 34 de la LPCL se aplica solo para los trabajadores que hayan obtenido la reposición, luego de haber transitado un proceso de nulidad de despido, resulta, actualmente, una interpretación totalmente contraria a la libertad de trabajo de los trabajadores que han obtenido el mismo tipo de protección (reposición) como resultado de la impugnación de otra clase de despido inconstitucional (incausado o fraudulento).

En efecto, la interpretación de este párrafo del artículo 34 de la LPCL, desde una óptica formal, literal y esquiva a todo el desarrollo jurisprudencial del TC en torno a los

del actor, transcurrieron mucho más de tres meses (más de tres años), tal como lo advirtió la empresa demandada, resulta claro que entre ambos sucesos existió una relación íntima de acuerdo a los elementos indiciarios reseñados, por lo que, el segundo cese fue calificado como un supuesto de nulidad de despido.

³⁰ Sobre ello, cabe recordar que dicho derecho, de acuerdo a una línea jurisprudencial consolidada del TC, comprende el derecho de todo trabajador de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar o no, un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo. Para tales efectos, pueden revisarse las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 661-2004-PA/TC, 855-2005-PA/TC, 4058-2004-PA/TC, entre otras.

³¹ Ahora bien, en relación con esta apreciación, se podría objetar que, en todo caso, el trabajador está en la libertad de cumplir o no con la ejecución de la reposición, por lo que no estaría obligado por el legislador ni por el juez, a volver a laborar con su ex empleador; sin embargo, resulta claro que el esfuerzo, dinero, tiempo, entre otros, desplegados durante todo el proceso, resultarían vanos si es que la mencionada alternativa del reemplazo de la protección del despido nulo (la IDA), no se hubiera previsto, es decir, en caso que el legislador no haya regulado esta opción en favor del trabajador y éste no deseara su reposición, el proceso iniciado no tendría ningún sentido al no proveer, finalmente, ningún tipo de salvaguarda jurídica.

supuestos de reposición en el empleo; significa, prácticamente, entender que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no tienen la facultad de cambiar su pretensión de reposición por la IDA, por lo que se verían obligados a volver a laborar bajo la dirección de su ex empleador, lo cual, como se podrá advertir con claridad, resulta una total y completa contradicción del derecho constitucional a la libertad de trabajo de estas personas.

Bibliografía

Alexy, Robert, & Bulygin, Eugenio (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.

Baeza, José (1991). *Los poderes extra y ultrapetita del juez laboral colombiano*. Tesis para obtener el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

De Lama, Manuel y Huamán, Elmer (2013). La rebeldía en el nuevo proceso laboral aspectos controvertidos presentes en su aplicación por parte de nuestros jueces laborales, publicado en la revista Soluciones Laborales, número 72, diciembre de 2013. Lima: Gaceta Jurídica.

De Lama, Manuel (2014). *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.

De Lama, Manuel (2018). Algunas consideraciones en torno a la ejecución de la sentencia de reposición: los riesgos e inconvenientes de las decisiones judiciales basadas (incorrectamente) en la literalidad y la formalidad, publicado en la revista *Soluciones Laborales*, número 126, junio de 2018. Lima: Gaceta Jurídica.

De Lama, Manuel (2019). Las decisiones y acuerdos jurisdiccionales frente a los principios y los fundamentos de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: algunas ideas para obtener su concordancia, publicado en el Publicado en el libro *El Derecho del Trabajo*

en la actualidad: Problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Morales, Juan (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2397/2348>

Navarrete, Alejandro (2017). En búsqueda de la eficacia material de los derechos fundamentales: a propósito del tema III del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. *Soluciones Laborales, 118*. Lima: Gaceta Jurídica.

Neves, Javier (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral. *Themis, 67*. Lima: PUCP.

Paredes, Paul (2013). El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales. *Laborem, 13*. Lima.

Paredes, Paul (2018). ¿Es eficaz el proceso colectivo laboral peruano? Publicado en el libro *Trabajo y seguridad desde el Estado Social de Derecho. Temas actuales. Libro homenaje a Carlos Blancas Bustamante*. Lima: Palestra.

Pasco, Mario (1997). *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. Lima: AELE.

Priori, Giovanni, Carrillo, Santiago, Glave, Carlos, Sotero, Martín, & Pérez-Prieto, Robert (2011). *Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: ARA Editores.

Toselli, Carlos (2013). La congruencia en el proceso laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, 42*. Campinas.

Vidal, Michael (2010). La tutela cautelar en el nuevo proceso laboral peruano. *Retos del Derecho del Trabajo Peruano: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo*. Lima.

Jurisprudencia utilizada

Casación Laboral N° 4553-2011-Lima

Casaciones Laborales N° 7817-2013-Lima Norte y 1969-2014-Piura.

Casaciones N°s 2864-2009-Lima, 602-2010-Lima, 11477-2013-Callao y 8796-2013-Moquegua.

Casaciones N°s 1315-2016-Lima, 12885-2014-Callao, 10766-2013-Moquegua.

Sentencia recaída en el Expediente N° 01205-2015-0-0701-JR-LA-01 del Primer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia del Callao.

Casación Laboral N° 3626-2011-Lima.

Sentencias recaídas en los Expedientes N°s 661-2004-PA/TC, 855-2005-PA/TC, 4058-2004-PA/TC, entre otras.