

Mesa Redonda:

Mitología Laboral

¿Se encuentra realmente Protegido el Trabajador en los Procesos Impugnatorios de Despido?

José Balta Varillas *
Daniel Ulloa Millares **
Armando Gutiérrez Gonzales ***
Sara Campos Torres ****
Christian Sánchez Reyes *****

Si bien en el Tribunal Constitucional busca dar soluciones justas a temas como el despido, en muchas ocasiones no da las razones adecuadas para fundamentar sus decisiones o termina dando fallos contradictorios, lo cual genera una incertidumbre jurídica que puede llegar a afectar a los mismos trabajadores. Esto es lo que ha ocurrido con el precedente vinculante 3052-2009 y la sentencia 3052-2010. A partir del análisis de ambas, se inicia un debate desde distintas perspectivas en torno a si es que estas decisiones han sido las más acertadas o las más desafortunadas para el trabajador en cuanto a no dejarlo en una situación vulnerable mientras litiga en un proceso o, en el otro extremo, de no darle un espacio para que no abuse de los medios impugnatorios. ¿Acaso será un mito que los procesos impugnatorios en el país están dando un mejor marco de protección de los derechos de los trabajadores?

Presentación

Dra. Campos:

Agradezco la invitación de la Asociación Civil Derecho & Sociedad por habernos convocado el día de hoy para tratar un tema bastante importante como es si existe o no una adecuada protección del trabajador en los procesos de despido. Se comenzará con una breve presentación sobre cuál es el tratamiento actual del despido en nuestro ordenamiento laboral, el cual va a ser complementado con la participación de cada uno de los expositores que están aquí presentes.

En primer lugar, para efectos de tener una comprensión sencilla y poder así explicarlo de manera práctica, tenemos dos ámbitos importantes. El primero es el ámbito a nivel constitucional, donde tenemos como principales antecedentes la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993, siendo esta última la que actualmente nos rige. El segundo ámbito es la protección tanto a nivel sustantiva como procesal. Esta última puede ser protegida tanto en la vía ordinaria o judicial como en la vía constitucional, que es a partir de los precedentes constitucionales establecidos

por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). En ellos se han determinado dos tipos de despido adicionales a los regulados por la normativa vigente, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL).

A nivel constitucional tenemos el caso de la Constitución de 1979 donde se establecía una protección de tipo absoluta, en la cual solo por causa justa debidamente acreditada por el empleador podría cesarse al trabajador y, en estos casos, la reparación que aplicaba era la reposición. A diferencia de la Constitución de 1993, se delega en la ley -Texto Único Ordenado, la LPCL, que rige al ámbito privado- la forma de proteger los casos de despido arbitrario, sea a través de un despido de tipo indirecto arbitrario o un despido nulo. En cada uno de ellos hay diferentes formas de resarcir la vulneración del derecho que tiene el trabajador.

Por otro lado, en la Constitución de 1993 estamos ante una protección de tipo relativa a diferencia de la Constitución de 1979. En el caso de la protección sustantiva, la LPCL establece, en primer lugar, la protección contra el despido arbitrario cuando no existe causa justa de despido o cuando no se sigue el procedimiento establecido por esta misma Ley. La

* Magíster en Relaciones Laborales e Industriales por la Universidad de Cornell (Ithaca, New York). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

** Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Máster Interuniversitario en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa por la Universidad de Castilla (La Mancha, España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior en Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Área Laboral y Previsional del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

**** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Maestría en Relaciones Laborales de la misma casa de estudios. Responsable del Área Laboral de KPMG (Perú).

***** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Técnico de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

consecuencia ante ello es una reparación de tipo económica, que es la conocida indemnización por despido arbitrario. La segunda protección de tipo sustantiva es en el caso del despido nulo, que está más relacionado a la vulneración de derechos fundamentales como, por ejemplo, el despido de una mujer gestante o el de una persona a causa de afiliarse a un sindicato. En este caso, al tratarse de la vulneración de derechos fundamentales la consecuencia es la reposición del trabajador. En tercer lugar, en la protección sustantiva tenemos al despido indirecto que está relacionado a actos de hostilidad como la rebaja unilateral de la remuneración, el hostigamiento sexual y otros que puedan afectar la dignidad del trabajador. La protección en estas situaciones es la indemnización, salvo en el caso del despido nulo donde el trabajador puede, a pesar de que se le reconozca el derecho a la reposición, optar por la indemnización por despido arbitrario.

Finalmente, tenemos la protección de tipo procesal que está dada por los precedentes creados por el TC, específicamente en los casos conocidos como el de Eusebio Llanos (Exp. N° 976-2001-AA/TC) y el de Baylón Flores (Exp. N° 0206-2005-PA/TC). En ambos, además de reconocer la protección de los despidos en la vía ordinaria según lo establecido por la LPCL, se establecen dos tipos de despido adicionales: el despido fraudulento, cuando el empleador crea una falsa causa de despido o se vale de artimañas para poder despedir al trabajador; y el despido incausado, cuando no media causa que motive el despido.

Luego de esta presentación, podemos apreciar que tanto a nivel constitucional ha habido una variación con la actual Constitución, al igual que en el ámbito sustantivo con los precedentes vinculantes establecidos por el TC. Ya con la nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, LPT) se deberán tomar en cuenta estos precedentes.

1. ¿Considera correcta la aplicación del precedente 3052-2009 (referido al retiro de beneficios sociales pendientes tras despido) en la reciente sentencia 3052-2010-PA-TC (Dirigentes Claro)? ¿Qué críticas y soluciones se aprecian en la aplicación del precedente 3052-2009 a los casos de cuenta bancaria única?

Dr. Balta:

Estamos acá para responder una pregunta muy específica que se ha dividido en tres. Esta es si el cobro de los beneficios sociales constituye una aceptación tácita de dar por terminada la relación laboral. Tanto el TC, como la Corte Suprema y las salas laborales habían dicho de forma reiterada que el cobro de los beneficios sociales impide al trabajador accionar judicialmente para obtener su reposición en el empleo. Esto ha tenido diversos nombres a lo largo de la historia. Antes, se decía con una ley antigua: "El cobro de los beneficios sociales impide al trabajador presentar una demanda de calificación de despido"; luego de un tiempo se dijo que: "El cobro de los beneficios sociales impide al trabajador presentar una demanda de nulidad de despido"; y ahora desde el 2002, que impera en materia de despido la doctrina del TC, se ha dicho reiteradamente que: "El cobro de los beneficios sociales impide al trabajador presentar una acción de amparo". Esa ha sido la jurisprudencia pacífica a lo largo

del tiempo, tanto del TC como de la Corte Suprema. Sin embargo, este precedente cambió en el 2010. Así lo ha reconocido específicamente el TC en vía de amparo, pero esto no significa que el criterio haya cambiado respecto de los juicios de nulidad de despido en sede judicial vía ordinaria. Hay dos precedentes importantes: la STC-3052-2009 (precedente de observancia obligatoria) y la STC-3052-2010. Son dos casos distintos vinculados únicamente por la materia.

En primer lugar, debo señalar que las sentencias del TC constantemente cambian de criterio con una justificación bastante pobre, lo cual genera incertidumbre jurídica. Aquí ha habido un cambio y se le ha tratado de explicar, pero en las sentencias anteriores sólo se decía que el cobro de beneficios sociales impide al trabajador accionar para la reposición en el empleo sin explicar el motivo. El TC, más allá de las personas, no explica bien las razones por las que adopta una posición y luego las cambia. En segundo lugar, cómo vamos a ver a continuación, el cambio que ha habido no es del todo claro tanto en la primera como en la segunda sentencia.

Cuando hablamos de beneficios sociales, el TC dice que estamos ante dos categorías distintas (técnicamente no es exacto lo que diremos, pero por un tema de facilidad lo pondremos así). Por un lado, estamos hablando de la indemnización por despido arbitrario, que es una sanción que la ley impone al empleador por la interrupción del vínculo laboral. Por el otro, de los beneficios sociales propiamente dichos. La Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, CTS) es el beneficio social por excelencia, pero no el único. El TC se refiere básicamente a todos los conceptos que típicamente aparecen en una liquidación de beneficios sociales. ¿Cuáles son éstos aparte de la CTS? Son la fracción no depositada, las vacaciones trunca y la gratificación proporcional; básicamente, los tres conceptos más importantes que aparecen en una liquidación de beneficios sociales.

El TC dice que acá hay un cambio: una cosa es cobrar estos beneficios sociales y otra es cobrar la indemnización por despido. El TC ha venido diciendo hasta el día de hoy que el cobro de los beneficios sociales típicos -los de la liquidación- impiden accionar para la reposición en el empleo, impiden plantear una acción de amparo. Esto lo cambiaron, siendo que hoy se puede cobrar esos beneficios sociales y, pese a ello, accionar en la vía de amparo. Sin embargo, en lo referente a la indemnización por despido arbitrario no se puede porque, como explicaba la Dra. Campos, cuando el trabajador es despedido arbitrariamente tiene dos posibilidades: accionar en la vía de amparo o accionar en la vía ordinaria. Típicamente el resultado de la vía ordinaria es la indemnización por despido y en la acción amparo es la reposición en el empleo. Si cobras la indemnización por despido, ya no puedes accionar en la vía constitucional de amparo porque estás aceptando y condonando la conclusión de tu vínculo laboral. Sin embargo, la pregunta que tenemos ahora, dice el TC, es distinta: ¿Qué pasa si cobras tus beneficios sociales: tus CTS, tus vacaciones trunca, tu gratificación proporcional? ¿Eso impide o debería impedir que se accione en el amparo? Si bien hemos venido diciendo que sí, ahora creemos que no. El TC ha dicho también que no y lo analiza con todo detalle

en la sentencia 3052-2009-PA. Esta dice básicamente que los trabajadores están cobrando beneficios que les corresponden. Es allí donde, personalmente, tengo una discrepancia. No discuto la justicia de la decisión, sino el aspecto técnico: ¿Es cierto que los trabajadores están cobrando beneficios que les corresponden? Considero que no porque la CTS se cobra al cese del vínculo laboral y los trabajadores, en tanto la demanda de amparo sea declarada fundada, no han concluido su vínculo laboral. ¿Una vacación trunca? Eso se cobra al cese y, en teoría, si estamos hablando, por ejemplo, de un despido nulo que pueda dar lugar a que uno plantee una acción de amparo, éste no va a surtir efectos. El vínculo laboral va a continuar a pesar de que el trabajador temporalmente no va a trabajar. En ese sentido, ese argumento me parece un tanto discutible. Sin embargo, existen otros que me parecen aún más discutibles y es cuando el TC se refiere a la renuncia de derechos. Dice un fragmento de la sentencia 3052-2009-PA lo siguiente: "(...) en la práctica supeditar el cobro de éstos (los beneficios sociales) a la procedencia del proceso de amparo, equivale a renunciar a disponer de los mismos, con la finalidad de lograr la reposición en el trabajo (...)". Francamente dudo que restringir esta posibilidad procesal pueda ser comparable con una renuncia de derechos. Creo que no es correcto afirmar ello.

Más allá de estos argumentos, existen dos temas importantes. El TC establece un precedente vinculante donde primero dice que el cobro de beneficios sociales no supone el consentimiento del despido arbitrario. Hasta allí discrepo de los argumentos técnicos más allá de que puedan ser eventualmente justos. Luego dice que el cobro por la indemnización de despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin o "incentivos" supone la aceptación de la forma de protección alternativa que contempla la ley. Tengo muy claro a qué se refiere el TC cuando habla del cobro por la indemnización de despido arbitrario; pero, ¿a qué se refiere con el cobro de incentivos? ¿Se refiere, por ejemplo al hecho de que mi empleador pueda haberme pagado una gratificación extraordinaria (lo que es técnicamente un pago a título de gracia en forma pura, simple e incondicional al amparo del artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley de CTS)? ¿Se refiere a eso? Eso no es un incentivo sino, más bien, son los incentivos para la renuncia, que es uno de los pocos momentos en los cuales a ley habla de éstos. ¿Se refiere el TC a este pago a título de gracia? Si fuera así, ¿en qué monto? ¿Tendrá que ser equivalente a la indemnización por despido? ¿Qué pasa si uno hace un pago a título de gracia por un monto de 20 nuevos soles? ¿Estaríamos allí en un supuesto donde el trabajador ya no puede accionar en la vía de amparo porque ha optado por esta vía alternativa? No lo tengo claro y esta confusión que tengo se enfatiza por lo que dice el TC como parte de su precedente vinculante: "*Para evitar usos y confusiones el pago pendiente de la CTS u otros conceptos tendrían que hacerse en cuentas separadas o a través de consignaciones en proceso judiciales independientes*".

¿Cuál es la filosofía? Es la de que el empleador no le haga un *truquito* al trabajador. ¿Cuál sería? Te deposito en tu cuenta una cantidad de dinero y no sabes a qué corresponde, luego la cobras y entonces el empleador señala que ya cobraste; en consecuencia, ya no puedes accionar. Por eso el TC obliga a un tema de transparencia, aunque creo que

el lenguaje es inexacto porque obligar a que se deposite en cuentas separadas supone el desconocimiento de cómo opera el sistema bancario. Es decir, hay la idea equivocada -y me parece que el TC se adscribe a la misma- de que existe una cuenta de remuneraciones, lo cual es falso ya que lo que existe son los depósitos de remuneración en una cuenta. Es muy distinto que algunos bancos puedan tener comercialmente cuentas sueldos, eso es otro tema. Lo que existe es una cuenta bancaria donde uno deposita lo que quiere y donde el empleador deposita los montos del salario marcándolos como si tuvieran una tinta indeleble a fin de que no estén afectos al Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF). Entonces, la cuenta de la CTS si es independiente y no porque lo mande la ley, sino simplemente por una práctica bancaria y por límites de retiro de la CTS, pero no hay cuentas independientes para gratificación, vacaciones y salario. Entonces, ¿a qué están obligando a uno acá? Debo interpretar que no es que estén obligando al empleador a que realice el depósito en cuentas bancarias separadas, sino a que haga liquidaciones independientes para que el trabajador tenga absolutamente claro que está cobrando, por un lado, los beneficios sociales típicos y, por el otro, la indemnización por despido. Estas dudas que tengo se agravan con un par de temas adicionales que están en la siguiente resolución que voy a comentar en mi siguiente intervención.

Dr. Ulloa:

El TC estuvo muchos años sin especialistas en el tema y, para bien o para mal, empezó a establecer conclusiones que cambiaron al Derecho del Trabajo, y como es el intérprete supremo se le ha tenido que obedecer. Una de estas sentencias que hizo que cambiará ha sido este precedente vinculante donde hay cierto énfasis del Tribunal en tratar de desacreditar al despido como acto eficaz del empleador, pues se entendió en que los 90's así lo era y que difícilmente el trabajador podía negarse a ello, sea justificado o no. El trabajador, entonces, como máximo podía obtener su indemnización tarifada legalmente y que excluía otra indemnización. Ello era muy sencillo y llevándolo a las reglas de tránsito era algo como: "me puedo pasar todas las luces rojas que quiera, total, pago la multa y no hay problema". Puedo despedir a quien quiera y no voy a ser tan inocente de motivar mi despido por embarazo, raza o porque es un dirigente sindical de peso, sino que simplemente te despido arbitrariamente: "aquí está tu plata, te vas a tu casa". Tanto así que algunas empresas entendieron que despedir era un derecho por el que tenías que pagar, indemnizar. Según palabras del profesor Baylos, *el poder privado de decidir la vida laboral de un trabajador*.

El TC cambió lo anterior con la sentencia del caso Telefónica, luego lo moduló con la sentencia del caso Eusebio Llanos y cuando se dio cuenta de que había abierto un universo incontrolable lo redujo con la sentencia del caso Baylón Flores; todos precedentes que se delimitaron bajo el mismo esquema del año 1991. Lo más curioso es que si viene un turista y revisa nuestra legislación va a decir: ¿Por qué tanto problema con la estabilidad? ¿Por qué tantas complicaciones? Esto es así por las sentencias del TC. La ley sigue siendo la misma -el famoso Decreto Legislativo N° 728 que es hoy la LPCL-, pero con un contenido distinto al

ser variado por las sentencias del TC. Tal como comentaba muy bien el Dr. Balta, con esta decisión de que no puede el empleador pagar todo en una sola cuenta, se tiene que hacer dos liquidaciones para que el trabajador pueda cobrar sus beneficios, lo cual no impide que también pueda cuestionar el despido y, en el peor de los casos, que ese dinero se de en un pago a cuenta. En este punto, me alegra escuchar al Dr. Balta mencionar que la decisión le parezca justa. Si bien las razones no son las mejores, hay que entender una cosa: los beneficios sociales nacieron cuando en el Perú habían empleados y obreros, cuando los beneficios sociales de los obreros eran diferentes de los empleados y cuando no había remuneraciones sino había sueldos y salarios. Poco a poco esto se unificó y hoy ya no se habla tanto de trabajadores sino de colaboradores, pero, en la práctica, los beneficios sociales ya no se pagaban todos al cese. La famosa CTS, hasta el año 90, cambió esa forma de pago y hoy en día la cancelas cada 6 meses, siendo otro tema el que puedas disponer del dinero. Con Fujimori y parte del gobierno de los siguientes años se podía disponer de hasta el 100% del depósito, vulnerando la naturaleza del beneficio. Hoy, esto se ha ido al otro extremo: 6 remuneraciones son intocables y, a partir del exceso, 70%. Con ello, esa idea de que el cobro de los beneficios certifica que estas aceptando tu cese o no, considero que es por la evolución de los beneficios dado que todos éstos se pagan y se devengan día a día. Los beneficios se van pagando: CTS, cada 6 meses; gratificaciones, cada 6 meses; vacaciones, cuando sales de vacaciones. Todo esto produce que la famosa liquidación de beneficios a veces no llegue ni a una o dos remuneraciones porque todo lo demás ya lo recibiste. Entonces, hoy en día, tal como está la legislación, es algo poco trascendente el cobro de los beneficios para decidir un despido o no.

Sin embargo, por un tema práctico, lo que sí me parece importante es que normalmente (aunque siempre hay excepciones) el trabajador estará en una situación precaria cuando se le despida ya que, como consecuencia, necesitará dinero. Pero, ¿no tiene su CTS? Si ustedes han estado en planilla o conocen el manejo de la CTS en los últimos años, deben saber que muy pocas personas tienen su CTS disponible ya que por un tema de bajas remuneraciones todo el mundo la ha ido retirando. Con lo cual, hoy ya no se cumple esa idea del seguro de desempleo de la CTS. Entonces, que el cobro certifique o no certifique, dentro de mi punto de vista, no me parece trascendente. Sí me parece relevante definir y evitar que un demandante que quiera cuestionar su despido tenga las posibilidades condicionadas por el tema económico. Normalmente, el trabajador acude a un proceso en una situación de inferioridad en comparación al empleador, por lo que tendrá que buscar un abogado o especializado en el tema o, al menos, que le ayude a presentar su amparo y reclamar. Sobre esa base, entonces, no entiendo que el cobro de los beneficios tenga esta trascendencia y, por ese lado, coincido con la decisión del TC. No coincido con la forma y los fundamentos ya que pudieron ser mejores. Sin embargo, se trata del TC: si dictamina que es un precedente vinculante, se acabó y no hay discusión, tengo que obedecerla. Por tanto, hoy en día, si soy empleador tengo que pagar de forma diferenciada.

Otro de los puntos que si me parece trascendente es la evolución del despido: de pasar de ser una decisión

unilateral eficaz, a ser una decisión que ya no depende del empleador sino que su eficacia depende del trabajador. Hoy en día ya se desaparecieron las cartas de: "pase por administración por sus beneficios, usted ya no trabaja más, hoy 16 fue su último día de trabajo". Se respeta, ahora, esa dignidad del trabajador de que su vida laboral, su vida como ciudadano trabajador va a continuar y solo él será quien decida hasta que momento trabajará. Si él quiere cobrar la indemnización, la cobra; y si la empresa no lo quiere, se sientan a negociar: "mi precio de salida es tanto". Es por eso que a la salida de estas sentencias los mutuos disensos y las renunciadas incentivadas con gratificaciones extraordinarias se volvieron más comunes al haber un precio. Esa creo que fue la buena función del TC: haber fortalecido la situación negocial del trabajador. Sin embargo, toda regla tiene sus usos y abusos y, en este caso, el TC ha generado que pueda darse situaciones como la siguiente. Supongamos que hay un trabajador abusivo que diga: "bueno señor, si usted quiere que me vaya de la empresa, tengo un año trabajando y la ley dice que tengo derecho a un sueldo y medio, pero quiero 20 sueldos porque quiero estudiar, quiero irme a Cancún, quiero vivir la vida un poco". Agreguemos que no hay forma de despedir a este trabajador a causa de que no se cumpla con los parámetros. Te dirán que para eso tienes que ver pruebas, que tienes 9 contratos de trabajo modales, que tienes diferentes formas y que, por último, la misma ley te permite despedir por capacidad o conducta. Esto es muy difícil que se dé ya que por capacidad casi ni existen despidos al ser muy complicado probar que un trabajador no cumple con los parámetros de capacidad que la ley establece. Lo mismo sucede por conducta ya que, por ejemplo, imaginemos que este trabajador es tan hábil que no incurre en ninguna de las faltas o, en todo caso, no son tan graves para que haga irrazonable una relación de trabajo. Bueno, dirán que negocien, pero este trabajador no quiere hacerlo. Además está sindicalizado o, si es mujer, esta embarazada; entonces, cualquier acto que se haga, él va a alegar discriminación. Como podemos observar, se generan este tipo de situaciones ya que, al fin al cabo, no hay solución que sea perfecta.

La Ley General del Trabajo ahora discute la cuantía de las indemnizaciones: ya no 12, sino 24 o 36. Lo que se está discutiendo es en el fondo el precio de despedir. Para una postura muy liberal o abierta se afirmará que: "el despido debe ser libre como es en EE.UU. o como en otros países, pues con eso generamos empleo". Muy curioso es lo anterior: se genera trabajo despidiendo gente. Esto es lo que se ha estado aplicando en España e Italia con todo este problema de la crisis. En el Perú, siempre hemos tenido estabilidad, pero se entendió -incluido el TC- que ésta suponía dinero por el puesto del trabajo. Hoy en día eso depende del trabajador: él quiere dinero, cobra; si no quiere, se va en amparo. Si no hay una causa justa o si el TC descubre que hay una causa fraudulenta, va a ganar ese amparo y va a regresar. El empleador bien asesorado ya lo sabe y en resumen: "si usted me quiere afuera, perfecto, ¿cuánto?". Lo curioso es que el TC da toda esta cobertura, pero luego abre una inmensa puerta por el otro lado y desprotege a los trabajadores denominados de confianza o de dirección, lo cual es algo contraproducente porque puede derivar en que se limite la autocapacitación o el ascenso. Dice el TC que aquella persona que es contratada como

dirección o de confianza no tiene tutela en reposición y que, como se menciona en algunas sentencias, ni siquiera su despido lesiona derecho constitucional alguno. Es decir, leyéndolo de una manera tendenciosa, estas personas de repente ni tienen derecho al trabajo. Existen 39 sentencias del TC acerca de este tema. Ahora, ¿de qué me sirve estudiar, capacitarme para ser, por ejemplo, subgerente legal si mi empleador me contrata como tal, me denomina de confianza y cuando no le guste mi trabajo, me bota? Además, si no puedo ser repuesto, tampoco puedo ser indemnizado. Entonces, ¿a quién esté protegiendo el Derecho del Trabajo? Al obrero, al poco calificado; pero al que está más o menos calificado, el TC está diciendo prácticamente que no va. Creo que ahí hay todo un tema para discutir. Felizmente no hay un precedente vinculante sobre esto, pero aun así es un tema muy amplio del cual se ha escrito bastante. Los administrativistas, por su lado, están felices y lo consideran totalmente válido. Personalmente, creo que en el Derecho del Trabajo debe ser igual para todos. Con seguridad afirmarán que: “pero el de alta dirección no merece tutela”; sin embargo, el de confianza sí lo merece. El chofer, la secretaria, el vigilante por más que trabajen con el personal de dirección merecen esa tutela.

Por otro lado, en estas idas y vueltas de este TC, coincidiendo con el Dr. Balta, se crea incertidumbre, no se genera predictibilidad y, además, solo se genera la obligación de leer todas las semanas las sentencias para ver que nueva situación ha aparecido. No podemos quedarnos con las normas. ¿Si sale la Ley General? ¿Si cambia alguna norma? Ello no va a ser suficiente porque, además, tendremos que revisar las sentencias.

Dr. Gutiérrez:

Para empezar, comparto la opinión del Dr. Balta y del Dr. Ulloa. Efectivamente, uno de los primeros cuestionamientos es hacia el TC, ya que todo lo cambia y su palabra es ley en el país. Lo peor de todo es que ni siquiera va cumpliendo sus propios precedentes sino que los va variando. La sentencia del caso Baylón Flores, que se emitió con la vigencia del Código Procesal Constitucional, buscó de alguna manera limitar la “amparización del amparo”, para evitar que todos aquellos casos que tuvieran o que incluyeran hechos controvertidos no puedan ser vistos por el amparo; sin embargo, esto ahora ya no es así. Si vemos la jurisprudencia que emitió recientemente el TC, ya se ha vuelto a analizar los casos de proporcionalidad o de despido con lo cual prácticamente el Perú ya regresó a los años 70 con la estabilidad absoluta.

Entrando al precedente que es materia de esta Mesa Redonda sobre si el cobro de beneficios sociales debe o no limitar el proceso de amparo, en principio, también comparto la idea de que la decisión es justa aunque no tenga la mejor motivación. Sin embargo, ¿en qué supuesto se pone el TC? Se pone en el supuesto en que, como señalaba el Dr. Balta, el empleador pone esa trampa al trabajador por la que se deposita los beneficios sociales y la indemnización en una cuenta con una consignación para que, al no enterarse sobre lo que contiene esa liquidación, la cobre y, como consecuencia, pierda la posibilidad del amparo. Me parece que faltó que se

pongan en el supuesto en que el trabajador acepta la liquidación y, en un mismo cheque o luego de aceptar la liquidación, se lo depositan en cuentas. Esto es lo que se aprecia de la sentencia posterior, la sentencia 3052-2010-PA/TC del caso CLARO. Esta sentencia trata sobre 4 trabajadores sindicalistas que el TC les declara improcedente la demanda de amparo precisamente por el cobro de beneficios sociales. En tres casos se tratan de trabajadores que si habían suscrito la liquidación de beneficios sociales. Dos de ellos habían cobrado un solo cheque que amarraba tanto la liquidación de beneficios sociales con la indemnización. Al tercer trabajador, si bien había firmado la liquidación, se lo depositan en cuenta teniendo también amarrado los dos beneficios. El TC entiende que en ese esos casos en que ha habido aceptación directa del trabajador del pago de la indemnización no procederá la reposición. Sin embargo, el cuarto caso es distinto y contraviene frontalmente el precedente del TC. En el cuarto caso, el trabajador no acepta directamente el cobro de los beneficios sociales ni de la indemnización. La empresa consigna estos beneficios y el trabajador, dentro del proceso de consignación, no formula contradicción y cobra la indemnización junto con los beneficios. En este punto, debo recordar que en el precedente 3052-2009-PA/TC lo que establece el TC es justamente que en aquellos casos en los que ya sea por depósito en cuenta o por consignación, los pagos deben hacerse diferenciados. Si es por consignación, debe haber un proceso de consignación independiente para el pago de los beneficios y un proceso de consignación independiente para el pago de la indemnización. Sin embargo, en ese caso de CLARO del dirigente sindical que claramente se le había cesado justo cuando se formó el sindicato, se le consignó los beneficios sociales en un solo proceso judicial, en un solo certificado y cobró los beneficios sociales. Sin embargo, curiosamente, el TC no aplicó el precedente o por lo menos no siguió esa misma línea.

Existe un caso que evidencia aún más la falta de predictibilidad, de coherencia por parte del TC. Este es el proceso seguido por el Sr. Guevara Pineda, expediente 3126-2010-PA/TC, en la cual resulta bastante cuestionable la decisión. En este caso, el TC declara fundada la demanda de amparo y repone al trabajador porque se arrepintió, a pesar de que había firmado la liquidación de beneficios sociales y había recibido el cheque. Le dijo al TC: “mire señor, quiero mi reposición, aquí está el cheque, lo pongo a su disposición”. Si estamos ante una persona que ha aceptado voluntariamente el pago de la indemnización y ha recibido el cheque, ¿es posible darle nuevamente la oportunidad de reposición porque después se arrepintió? Bajo esa misma premisa, entonces, ¿por qué no se lo dieron a los trabajadores del sindicato CLARO? Ellos también habían recibido directamente la indemnización y pudieron claramente arrepentirse, como efecto lo hicieron y fue por esa razón que interpusieron la demanda de amparo. Como apreciamos, todavía hay preguntas que no han quedado resueltas o claras por parte del TC y que esperemos verlas en los meses siguientes o años en las nuevas sentencias que emita el TC.

Dra. Campos:

Considero que los precedentes vinculantes que viene dando el TC han tocado varios temas importantes, no

sólo respecto a la protección contra el despido, sino en otros como “personal de confianza” -tratado por el Dr. Ulloa- o como en el caso “jornadas de tipo acumulativa” y el momento en que se deben dar. El TC ha tenido aciertos como establecer un test de protección para el caso de los que cumplen una jornada acumulativa de tal manera que, si bien están permitidas, el empleador garantice las medidas de seguridad y salud en relación a cómo se dan este tipo de jornadas de tipo acumulativa en la actividad minera, agrícola u otra.

En este caso, el precedente tuvo que ir más allá de lo establecido tanto en la sentencia del 2009 como en el otro caso que se resuelve en base a este precedente. Así como estableció un test de protección para el tipo de las jornadas acumulativas permitidas, debió establecer la obligación del empleador de que al momento de establecer el cese de un trabajador se detalle claramente lo que comprende una liquidación de beneficios. Esto sigue la línea de cuando se tocó hace un tiempo el derecho de información laboral que tiene todo trabajador en su centro de trabajo. Por ello, así como quien quiere saber el contenido de la boleta de pago (que conceptos comprende, que conceptos remunerativos, no remunerativos, que descuentos se realizan, etc.), en la liquidación se debe establecer la obligación del empleador de hacer esta diferenciación y no solo dejarlo a que se haga un depósito voluntario porque como ocurrió en el caso del 2010 evidentemente era muy difícil que el trabajador pudiera saber a ciencia cierta a que concepto correspondía: si eran los beneficios sociales o, en el caso de una reparación económica, si era la indemnización por despido arbitrario. Asimismo, si me parece importante -ya de forma técnica-, como bien lo indicó al inicio el Dr. Balta, era lo referido a la indemnización y su equiparación con otros incentivos, y la especificación de qué tipo de incentivos se hacía referencia, porque éstos no necesariamente tendrían que tener una equiparación a la indemnización por despido. La gratificación extraordinaria compensable o una suma graciosa que entregue el empleador con motivo del cese no necesariamente va a ser del mismo monto de lo que equivale una indemnización por despido arbitrario. En el caso de los beneficios, así como en los demás fundamentos de la sentencias, se hace un sustento de lo que se entiende por despido, por protección constitucional, legal, sustantiva y procesal, lo cual hemos comentado al inicio. Se debió también explicar los beneficios que están contemplados. Por un lado, los que doctrinariamente se clasifican en los beneficios sociales, que son impuestos por la ley y que son de obligatorio cumplimiento por el empleador. Por el otro, de los beneficios de tipo laboral que da voluntariamente el empleador, ya que hay que tener en cuenta que también en el caso de la indemnización se comprende no solo esta remuneración fija y permanente que percibe el trabajador sino que podrían estar involucrados otro conceptos o bonificaciones regulares que no van a poder ser disgregadas por el trabajador al momento en que es abonada a su cuenta o es consignada judicialmente a favor de él.

Entonces, considero que el precedente se queda sólo en unos puntos de tipo muy formal, sin entrar a la parte sustantiva, como si lo hizo en el caso del test de protección

que establece para las jornadas acumulativas o las especificaciones que establece para el personal de confianza. Tampoco queda claro el tema de la cuenta de haberes porque definitivamente no existen. La denominan así, pero no ha sido aprobada, además que es constantemente cuestionada su afectación en el ordenamiento por parte de los municipios o de otras entidades que afectan ingresos del trabajador -como SUNAT- sin que medie de por medio una resolución judicial. En realidad, considero que estas dos sentencias solo se señalan el tema de la procedibilidad que tiene el trabajador para acceder al derecho de reposición, el cual se hace a través de la acción de amparo. Asimismo, estamos ante un precedente que no va al fondo del asunto que en este caso es sobre cómo establecer una adecuada protección ante el despido arbitrario. Sin embargo, estas discrepancias que tiene el TC en una última sentencia que ha emitido, y que lo ha señalado el Dr. Gutiérrez, generan inseguridad jurídica, porque ya el empleador no tiene forma de saber cómo actuar ante un cese de un trabajador, ya que de cumplirse los precedentes y de pagar adecuadamente la indemnización, si finalmente el trabajador va a poder ser repuesto de alguna manera, no se entiende a ciencia cierta cuál es el verdadero camino que se tiene que seguir ante un cese laboral.

Dr. Sánchez:

Quería empezar con unas reflexiones saliendo del tema laboral y entrando al tema constitucional, ya que este debe ser enfocado necesariamente para poder entender cuál es el criterio del TC y si es este, de alguna manera, concordante con las posiciones ya adoptadas por parte del mismo; es decir, lo que ha venido siendo toda la doctrina jurisprudencial y los precedentes en materia de protección de derechos fundamentales. En primer lugar, coincido con lo que se ha expresado acerca del Tribunal, ya que ha tenido una trayectoria zigzagueante, ambigua en algunos casos, pero también coincido con lo que ha expresado el Dr. Ulloa. En materia laboral, la Corte Suprema ha tenido un papel disminuido frente a todo lo que ha generado el TC. Podemos criticarlo y debatir, pero ha habido un avance en tema de garantías y protección de derechos fundamentales.

Tocando el problema a partir de esta visión, la primera pregunta que quisiera compartir con ustedes está más allá de la posición de la jurisprudencia laboral de este tema, recogida casi de manera automática y poco reflexiva por parte del Tribunal. Tomando en cuenta la preferencia de justicia laboral que ha desarrollado a lo largo de años, el TC condiciona el acceso a la justicia al cumplimiento de un requisito que está fuera de cualquier análisis procesal y lo coloca casi como una condición para el ejercicio del derecho de acción. Esta situación merece una reflexión desde una perspectiva constitucional. En términos sencillos, ¿se puede condicionar el acceso a la tutela jurisdiccional, clave de todo derecho fundamental, al cumplimiento de un requisito que establece el Tribunal en un precedente que casi lo convierte en una condición para la acción? Como dijo el Dr. Balta, ¿dónde queda el término justicia? Considero que más que justicia, ¿dónde quedan los términos dignidad, el de ejercicio de derechos fundamentales, el de acceso a la justicia como parte de la dignidad humana? Recordemos que el derecho al acceso a la justicia es reconocido por el

sistema interamericano como un derecho del núcleo duro de derechos fundamentales.

“Se debería poder acceder a la justicia independientemente de si se cobran o no los beneficios sociales, porque también debemos tomar en cuenta de que existe un condicionamiento económico y, por tanto, existe de por sí barreras de acceso a la justicia.”

Entonces, ¿se puede establecer que para acceder a la justicia no deben cobrarse los beneficios sociales como regla para todo ciudadano? Es importante analizar esto porque es una condición para el ejercicio de una acción que, de no cumplirla, nos cierra las puertas a la justicia constitucional que es, supuestamente, una justicia garantista y protectora de los derechos fundamentales. El TC está yendo en contramarcha al establecer todo lo contrario a lo que había dicho respecto de las tesis debatibles y discutibles sobre protección del despido lesivo de derechos constitucionales o derechos fundamentales. En este caso, el TC señala, en un primer momento, que si el trabajador quiere acceder al amparo y pedir su reposición, no debe cobrar sus beneficios sociales. En un segundo momento, de una manera un poco arbitraria y usando mal el término “beneficios sociales”, modifica su criterio, generando un nuevo precedente, bajo el cual el trabajador solo puede acceder a la justicia constitucional para pedir su reposición si no ha realizado el cobro de la indemnización; esto lo libera del cobro de los demás beneficios.

Esta situación es preocupante, dado que el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia se ha visto limitado por quien está llamado a protegerlo. En ese sentido, mi posición sobre ese tema es absolutamente claro y coherente con una postura garantista y protectora de los derechos fundamentales: este precedente debería ser suprimido. Se debería poder acceder a la justicia independientemente de si se cobran o no los beneficios sociales, porque también debemos tomar en cuenta de que existe un condicionamiento económico y, por tanto, existe de por sí barreras de acceso a la justicia. Esta barrera incluye el problema de acceder a abogados, lo costoso que es un proceso, la duración de los procesos (tomemos en cuenta que llegar al TC puede tardar unos tres años en promedio). Un proceso supuestamente garantista de protección de derechos fundamentales, que debería ser sumario y donde la instancia probatoria es mínima, dura tres años y además establece el TC como condición no cobrar. Mi desacuerdo es absoluto ya que la condición para la acción no tiene que ir por el cobro o no de montos económicos, sino por el cumplimiento de requisitos procesales, que además están en el Código Procesal Constitucional.

De otro lado, si se mantiene el precedente y no hay indicios de cambio, hay otros temas sobre los cuales podemos reflexionar. Por ejemplo, un trabajador que cobra su CTS, luego demanda por medio de un amparo su reposición y, una vez que cobra su CTS, es borrón y cuenta nueva ya

que al cobrar se extingue ese beneficio. Sin embargo, ese beneficio social esconde un sistema de protección contra el desempleo basado en un esquema de responsabilidad individual del empleador. Recalquemos que el Estado peruano no cumple un convenio con la OIT y no tiene implementado, dentro del sistema de seguro social, un seguro por desempleo. Entonces, lo más fácil es trasladarle la responsabilidad al empleador y decirle que deposite un monto anual igual a poco más de lo equivale un sueldo. Ese es el mecanismo de protección contra el desempleo. Asimismo, se han dado una serie de normas que han liberado los depósitos, y lo observamos al ver que hay gente que ha retirado cantidades importantes de este mecanismo de proyección social de responsabilidad empresarial.

Lo que ha sucedido es que la CTS se ha desfigurado y ha perdido su carácter de protección frente a una contingencia que debería cubrir la seguridad social. ¿Qué sucede? Que alguien cobra su CTS a causa de que no tiene dinero para solventar un proceso. Uno no tiene dinero ni para superar su periodo de desempleo -que en el Perú en promedio dura de seis meses o algo más- ni para enfrentar un juicio que dure entre dos o tres años. Agreguemos que, para su mala suerte, el caso es visto por una Sala que nunca cumple los criterios del Tribunal. Esta persona tendrá que ir al TC para que se apliquen sus criterios y esto será un mayor costo. Al final, el trabajador será repuesto, se le reconocerá ese tiempo de servicios -el cual tendrá que reclamar en la vía ordinaria para que se le abonen sus beneficios por ese tiempo que duró el juicio-, pero la CTS anterior ya se gastó y el mecanismo de protección que le queda es uno imperfecto como para la mayoría de trabajadores en el Perú. Esta situación es verdaderamente preocupante ya que habría que intentar reclamar la CTS no como una CTS, sino como daños y perjuicios porque, finalmente, el trabajador gastó la CTS para cubrir un periodo de desempleo generado por un acto violatorio o lesivo de un derecho fundamental. Si la sentencia es estimatoria y el trabajador es repuesto es porque ha habido un acto lesivo de un derecho fundamental. El problema es que ya no hay un mecanismo de protección frente al desempleo debido a que el trabajador lo gastó, lo utilizó durante su tiempo de desempleo. En todo caso, se le podría exigir al empleador la restitución de ese fondo, del cual se ha gastado para sobrevivir, mediante un proceso de daños y perjuicios para lograr que se reintegre el dinero gastado al trabajador.

En conclusión, considero que lo que debería hacer el TC es eliminar este requisito que condiciona el acceso a la justicia, que es un derecho constitucional y fundamental.

Réplicas

Dr. Balta:

¿Cuáles son los límites a la interpretación por parte del TC? Me he preguntado desde hace varios años esto dado que una buena parte de todos estos problemas provienen del TC, el cual, bajo distintos argumentos teóricos, ha venido redactando la legislación peruana, logrando en las cortes lo que no se ha podido conseguir en el Congreso. Desde el caso Telefónica, toda la legislación en materia de estabilidad laboral así como

la teoría de despido arbitrario, nulo, fraudulento, incausado, que no respeta el debido proceso; el tema de los trabajadores de confianza y dirección; el cobro o no cobro de beneficios sociales; no ha sido producto de la ley sino del TC. El Tribunal va decidiendo progresivamente ciertas cosas conforme a los casos que le van tocando. Cuando se da cuenta que no las ha decidido bien las corrige vía sentencias aclaratorias. Así sucedió, por ejemplo, en el caso de Telefónica en su sentencia inicial y en el de las jornadas atípicas del caso Southern Perú. Entonces, ¿cuál es el límite?

En estos momentos, se podría dar una sentencia de cualquier tema invocando la dignidad humana. Es más, se puede inaplicar cualquier norma del ordenamiento jurídico invocando la dignidad humana y, me pregunto, ¿cuál sería el límite? No sería prevaricato porque el TC tiene la capacidad de autorregular, de autostringirse, aunque eso no ocurre. Los miembros del TC, desde hace muchos años, repetidamente resuelven como quieren y no pasa nada. Esto es lo que ha ocurrido en este caso y esto es lo que genera desajustes y la falta de predictibilidad. El TC ha abierto un agujero en la teoría de protección contra el despido arbitrario en el tema de los trabajadores de confianza y dirección. Sobre este tema estoy seguro que va a ser cambiado por alguien más, del que no sabremos qué cosa va a decir. Lo que sí podemos saber con certeza es que seguramente dirá algo que va a estar mal, y mal como lo que está señalando el TC ahora con en este precedente que tiene el concepto de incentivos o el que tiene el concepto de la doble cuenta, así como en la resolución a la que hizo referencia el Dr. Gutiérrez, la cual comentaré posteriormente. Es el TC el que va generando todos estos cambios y, al final, son temas que van a convertirse en ley con el proyecto de Ley General del Trabajo, si es que respetan estos precedentes.

Algo que no he escuchado en ninguna sentencia es que se establezca que se pueda despedir a un trabajador de dirección o confianza sin pago de indemnización. Si bien estos no tienen derecho a la reposición en el empleo, siempre tienen derecho al pago de la indemnización. Ni en las peores épocas de la década del 90 se podía despedir incausadamente sin tener que realizar ningún pago, incluso en esa época en la que el trabajador despedido arbitrariamente tenía derecho a recibir un pago.

Lo que dice el Dr. Sánchez es correcto en lo que respecta a que este precedente no debería ser un condicionamiento para el trabajador. Sin embargo, la realidad es que así ha sido y son estos precedentes, que surgen de la nada, los que generan incertidumbre. En este caso puede que corresponda al TC realizar una interpretación, pero en otros casos, ¿acaso no corresponde más al Congreso que al propio TC encargarse de ciertos temas?

Dr. Ulloa:

Comenzando por lo que señaló el Dr. Balta, el TC ha dicho en algunas sentencias que el despido por retiro de confianza es un criterio subjetivo y que no lesiona derecho constitucional alguno, por lo que es un despido válido. Por eso me he enfrentado con algunos abogados y jueces que me dicen que el despido por retiro de confianza a

causa de las sentencias del TC es correcto y es sin siquiera indemnización. Sobre el tema de la reposición, está claro que no la tienen, pero tampoco tienen la indemnización, como se mencionó, y eso me parece peligroso.

Con respecto al tema del TC, hay determinadas reglas de juego y se encuentran en la Constitución. Es la base de nuestra sociedad y, para bien o para mal, la que nos regula. Ahora, si los vocales no son competentes, como dicen los españoles, ¿qué vamos a hacer? Tenemos que tener un parámetro. Si las cosas están mal, tratemos de educarlos mediante artículos, doctrina, el ejercicio adecuado del derecho; pero hay que respetar las sentencias del Tribunal que es el supremo intérprete de la Constitución y de no existir éste habría un caos.

En cuanto al tema de la dignidad, éste es un concepto abierto y susceptible de que se le introduzca cualquier contenido. Sin embargo, esa es la regla del juego y sí discrepo, de repente, estaría yendo a soluciones que son poco adecuadas. Nos queda reflexionar, buscar y generar que el Tribunal asista a seminarios y si se cierran solo queda seguir luchando. El tema de la dignidad es un tema maravilloso. En el Perú aún estamos en pañales en cuanto a ello ya que cualquier acto contra la dignidad del trabajador es una causal de hostilidad y ahí entra cualquier tema; por ejemplo, si la silla no es ergonómica. Esas son las reglas del juego, son las reglas que nuestros congresistas han establecido y son las reglas que nosotros estamos aceptando como parte de esta sociedad.

Dr. Gutiérrez:

No hay mucho en que estar en desacuerdo. Comentando algunas cosas, como decía el doctor Balta, el TC es quien prácticamente ha armado toda nuestra legislación laboral, es quien ha dado las pautas modificando totalmente la ley. Está en proyecto la Ley General del Trabajo y la pregunta es ¿qué pasará si es que esta ley no recoge algunos criterios del TC?, finalmente me parece que no va a importar lo que diga la Ley General del Trabajo, sino lo que diga el TC, después de que se emita esta ley, finalmente esta ley sería letra muerta hasta que no haya una interpretación del TC.

Por otro lado en cuanto al comentario del Dr. Ulloa sobre las sentencias de los trabajadores de confianza, me parece que el Tribunal ha dicho que no tienen derecho a la reposición, siendo esta totalmente cuestionable. Si regresamos al caso del sindicado de la telefónica vamos a ver que en ese caso lo que establece el Tribunal es el núcleo duro del derecho al trabajo: que un trabajador no puede ser despedido sin causa justa prevista legalmente, en ese sentido ¿el retiro de la confianza es una causa justa prevista legalmente?, me parece que no, porque no está prevista legalmente. Es discutible si es que los trabajadores de dirección o de alta dirección podrían tener derecho a la reposición, en derecho comparado no se da casi en ningún lado, imagínense reponer a un gerente general. Pero ya desde el momento en que el TC establece que el núcleo duro del derecho al trabajo, que es aplicable para todos, es no ser despedido si no existe causa justa, también debería incluir a los trabajadores de dirección y de confianza. El TC ha limitado a los trabajadores de confianza y dirección al establecer que aquellos que hubieran sido de

dirección o de confianza desde el inicio no tienen derecho a la reposición, lo cual no quita que el despido deje de ser arbitrario. No me queda duda que en un proceso ordinario el trabajador que alegue un despido arbitrario en el cual no exista causa prevista legalmente, tendrá derecho a indemnización.

Un comentario respecto a lo que mencionó el Dr. Sánchez, en el caso del trabajador despedido que se ve obligado a cobrar su CTS, me parece que si el trabajador es repuesto ya sea por la vía ordinaria a través de un despido nulo o a través de un amparo, igualmente tendrá que iniciar su proceso de remuneraciones devengadas, siendo la sanción el cobro de todas las remuneraciones no cobradas por el periodo en que estuvo despedido, de alguna manera es la forma de resarcir todo ese daño que pudo haber generado el despido arbitrario o nulo de ser el caso.

Dra. Campos:

Quiero complementar lo dicho al inicio de la exposición sobre la protección contra el despido que tenemos actualmente tanto a nivel sustantivo como procesal. En lo referido al tema procesal, discrepo con uno de los tipos de despido que ha establecido el TC, el despido incausado, porque en vez de generar un criterio y orden único en la legislación, lo que hace es confundir a quienes tienen que llevar a cabo el cese de un trabajador. Lo que quiero decir con esto es que la aplicación de una nueva Ley Procesal del Trabajo, implementada en otros lugares como Tacna o Cañete, podría tener más de una interpretación para quienes resuelven en vía ordinaria, dado que tienen que decidir si admitir o no una demanda bajo la ley ordinaria cuando se trata de un despido incausado. Esto genera conflictos en la elección de la ley porque, según lo que se estableció en la sentencia del caso Baylón Flores, un despido incausado es aquel en el que no media una causa justa, pero, en la LPCL, en el despido arbitrario tampoco media causa justa o no se sigue un procedimiento conforme a ley, con lo cual tenemos bajo un mismo supuesto una distinta consecuencia. En un primer caso tenemos una reparación de tipo económica y en el otro caso tenemos una reposición. Entonces, en estas nuevas iniciativas como la Ley General del Trabajo va a ser importante el aporte del TC, porque cuando se aplique esta nueva ley procesal en Lima, se van a generar dolores de cabeza para saber cuál va a ser el resultado de un proceso si tenemos, por el lado de la acción de amparo, la reposición para un despido incausado y, en el caso de la LPCL, tenemos una reparación económica. Respecto al despido fraudulento, considero prudente una sanción mayor como es la reposición porque hay una mala fe de parte del empleador, el cual crea una causal que no se da en los hechos.

En el caso de personal de confianza, se debe precisar que no cabe la reposición dado que el único caso donde cabría sería cuando el empleador asciende o designa a un personal de confianza que no lo es en esencia. Es decir, cuando el empleador asciende a una persona que en un primer momento fue, por ejemplo, un asistente contable, luego lo nombra contador de la empresa para efectos de que califique como de confianza y, en consecuencia, lo pueda despedir con mayor facilidad. En este caso, el Tribunal ha establecido el derecho a la reposición y en los

demás casos que sí califican en los hechos como personal de confianza solo cabe la indemnización por despido arbitrario y no la reposición. Sin duda, los precedentes que emite el TC crean grandes incertidumbres.

Dr. Sánchez:

Respondiendo un poco a lo que se ha señalado en relación a si el Tribunal procede o no en sus atribuciones constitucionales, creo que es una discusión que va más allá del Derecho del Trabajo y que más viene tiene que ver con la filosofía del Derecho y la concepción que nos brinda sobre el Estado de Derecho. Hay toda una corriente que se viene asentando en Tribunales Constitucionales, Cortes Constitucionales y, en general, en todos aquellos sistemas de justicia donde hay un control de las normas o de la producción de normas respecto -en estricto- de la Constitución. Esto tiene que ver con el modelo del Estado de Derecho: si queremos un Estado legalista de Derecho o un Estado constitucional de Derecho. El Tribunal ya ha dicho muchas veces que nuestro Estado es uno constitucional de Derecho y la concepción de este nos lleva al concepto de constituciones normativas y constituciones rígidas. El Estado constitucional de Derecho reclama una constitución rígida y, es más, no puede existir sin una ni tampoco sin una constitución normativa, sin que se tenga a la Constitución como fuente del Derecho. Esto implica la superación de la idea de que la Constitución es tan solo un conjunto de reglas de juego político, de la producción de normas. Desde que la Constitución se asume como fuente de derecho ya es norma, fuente de principios y reglas de carácter constitucional. En ese sentido, se asume que hay un modelo de Estado de Derecho y que la producción de normas está controlada por el órgano al que la Constitución le atribuya esa función. En un sistema constitucional de Derecho no pueden existir producciones normativas contrarias al texto constitucional y se vigila que esto no ocurra a través -en nuestro modelo- del control difuso, que corresponde a todos los jueces, y del control concentrado, por medio del TC hacia las leyes. Quiero reiterar que es una concepción filosófica del derecho lo que he comentado. En fin, en esa concepción hay más principios que reglas al haber una concepción normativa, rígida, fuerte, poderosa de la Constitución. En ella, no solo se la entiende tan solo como un conjunto de reglas de juego para producir normas, sino que obliga al mismo Estado al control de normas, de que su producción sea compatible con ella misma. Las leyes se interpretan conforme a la Constitución y no a la inversa.

En tanto a personal de confianza, la confusión del TC parte por no tener asesores en temas de empleo público. El Tribunal está mezclando la confianza política, que es una delegación de confianza que hace un titular de una entidad como, por ejemplo, un ministro a sus directores, con la confianza del sector privado. En un sistema de confianza política en el empleo público, no cabe la reposición ni la indemnización, y eso funciona en varios sistemas de empleo público similares al nuestro. Conuerdo con lo que ha señalado el Dr. Balta al no saber tampoco por qué han privado de protección contra el despido arbitrario a los trabajadores de confianza del sector privado, lo cual es un sinsentido. Esta confusión tiene su origen desde que el momento en que el Tribunal comenzó a resolver casos

de empresas públicas que, además, no se regulan por reglas de empleo público. Me parece que los trabajadores de confianza del sector privado deben de tener un trato igualitario en materia de protección frente al despido arbitrario y en materia de acceso a la justicia constitucional, y no un trato diferenciado al no existir un motivo objetivo razonable para introducirlo.

2. ¿Debe ser tomada en cuenta la supresión de la fuente económica principal del trabajador en la determinación de los efectos del cobro de la indemnización por despido, considerando los costos de subsistencia y gastos judiciales incurridos a lo largo del proceso?

Dr. Sánchez:

Considero que definitivamente hay un conjunto de problemas de origen socioeconómico que están relacionados con las barreras en el acceso a la justicia. Para acceder a la justicia constitucional o a la justicia ordinaria hay que pasar por una tortuosa experiencia de seleccionar a un abogado y de estar en el desempleo, exactamente, en un desempleo abierto. Se refiere esto último a la situación cuando alguien busca un puesto de trabajo pero no lo encuentra, que en promedio dura de 6 a 7 meses según cifras del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MINTRA). Entonces, hay un problema socioeconómico que se genera con la pérdida de un puesto de trabajo y que se agrava con el hecho de que la justicia ordinaria es lentísima y que la justicia constitucional es también lenta -a pesar de que no debería serla- aunque en un menor grado. Estas barreras de acceso a la justicia van desde las condiciones socioeconómicas hasta los ingresos de los trabajadores, la inexistencia de un seguro por desempleo y mecanismos imperfectos como la CTS, donde el Estado busca promover el consumo con un instrumento de protección social frente a una contingencia.

Eso genera una serie de problemas que luego son los que rebotan en la justicia. Esto se grafica en el momento en que uno se demora 3 años en llegar a una sentencia en una justicia constitucional cuyo acceso es extraordinario. Esto no puede ser resuelto ni desde el Derecho del Trabajo ni desde el Derecho constitucional. Sin embargo, el TC está agravando el problema al introducir condiciones para la acción que no tienen que ver con la tutela o la garantía de un derecho fundamental, sino que constituyen barreras para acceder a la justicia.

Dr. Balta:

El despido es un tema absolutamente controversial en el cual, normalmente, las posiciones se radicalizan o, en todo caso, llevan a las personas a tomar posiciones muy firmes y muy claras, siendo difícil llegar a un punto medio. Quiero insistir en este tema de la falta de predictibilidad del TC. Al igual que el Dr. Sánchez, estoy de acuerdo con el modelo de Estado constitucional donde las leyes se acomodan a la Constitución y no al revés. El tema es que las leyes se tienen que acomodar a la Constitución y no a la interpretación de la Constitución. Me dirán que las normas siempre deben ser interpretadas, pero de igual manera debe haber límites a esa interpretación. Como bien señala el Dr. Ulloa, el TC es el

árbitro y hay que respetar sus decisiones; sin embargo, a este árbitro se le puede sancionar por no hacer bien su trabajo. En estos momentos, existen normas infraconstitucionales que están adecuadas con interpretaciones caprichosas y arbitrarias de la Constitución, como en el tema de los trabajadores de confianza y de dirección. Por ello, en el fondo no se está interpretando las normas con arreglo a la Constitución, sino con arreglo a la interpretación de un árbitro que deja bastante que desear.

Al principio mencioné que había 2 sentencias importantes en este tema. La primera sentencia es la 3052 del 2009 y la otra es la 3052 del 2010. En esta última, que es la de los trabajadores de CLARO, hay dos frases que me preocupan porque le añaden incertidumbre al tema. Una primera es que pareciera que se llega a la conclusión de que el cobro de los beneficios sociales (CTS, gratificación trunca, vacación trunca) no impide el ejercicio de la acción de amparo. Una segunda es respecto a que el cobro de la indemnización por despido o del "incentivo" -quedando pendiente definirlo- si impediría el ejercicio de esta acción, con la particularidad de las cuentas separadas que no queda del todo claro.

Si esto es de esta manera, en la sentencia del caso CLARO hay dos temas preocupantes. En primer lugar, en un párrafo de la sentencia menciona lo siguiente: *"Al respecto conviene precisar que en el escrito recepcionado el 29 de octubre de 2009, el abogado señala que el demandante mencionado por razones humanitarias recabó el certificado de depósito judicial; sin embargo en autos no existe ningún medio de prueba que sustente o corrobore dicho alegato"*. ¿Y si hubiera algún documento que demuestre que efectivamente había una razón humanitaria? Imaginemos que existe una persona que tiene su hijo que se está muriendo y cobra la indemnización por despido arbitrario para pagar su operación. Ahora, ¿será posible que esa persona pueda seguir litigando para obtener su reposición en el empleo? A la luz de lo que dice el TC, esto es posible. Sin embargo, observen el vacío que deja el TC a su propio precedente y que no es el único ya que, cinco párrafos a continuación de la cita, se señala lo siguiente: *"Por lo tanto, en aplicación del precedente vinculante establecido en la STC 03052-2009-PA/TC se tiene que declarar improcedente la pretensión de reposición del demandante referido, debido a que aceptó el pago de su indemnización por despido arbitrario y porque no ha demostrado que haya intentado devolver dicho monto a la Sociedad emplazada (...)"*. Me pregunto, ¿si se intenta devolverlo? Es decir, se cobra la indemnización por despido y luego se devuelve. También puede darse el caso en que se intenta devolver el cheque sin haberlo cobrado o que se cobre hasta que se tenga un nuevo empleo para que 6 meses después se devuelva. Como vemos, no queda nada claro sobre este tema al ser un vacío que deja el precedente. En el precedente inicial se decía que el solo cobro de la indemnización por despido determinaba que ya no se pudiera ir por la vía de amparo, pero esto ya no es así al haber ahora dos escenarios. El primer escenario es respecto a las razones humanitarias y, el segundo, respecto de haber intentado devolver dicho monto, que podría hacer que la situación cambie totalmente. Todo ello sucede en una resolución expedida después del precedente vinculante que nada dice acerca de esto. Entonces, me pregunto, ¿para qué me sirve este precedente vinculante?

Nuevamente surge el tema de la dignidad humana como valor supremo que, efectivamente, puede servir a uno para solucionar, por ejemplo, un tema ergonómico. Bajo la regla de la dignidad humana, uno puede declarar absolutamente inaplicable el régimen de los trabajadores domésticos, también declarar que los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a la estabilidad laboral y, en resumen, hacer lo que se quiera al ser uno el árbitro, citando al Dr. Ulloa. Sin embargo, debe haber un límite aun cuando sea muy difícil señalarlo al decir el intérprete máximo de la Constitución que “las cosas son así”. En esta Mesa Redonda no hay una sola persona que diga que lo que está haciendo el TC es lo correcto.

Quiero hacer dos precisiones finales. Es sencillo hablar de la dignidad y de la reposición, pero no hay que olvidar que estamos hablando de normas que no solo se aplican, por ejemplo, a Telefónica, a Antamina, a Cerro Verde o a Southern Peru. Estas normas se aplican con igual intensidad a cualquier bodega. Si uno es un bodeguero que contrata a una persona, se le aplicarán las mismas reglas y, como decía el Dr. Ulloa, no se le podrá despedir. Aunque la salud económica de mi bodega dependa de la salida de esta persona, no se podrá hacer esto ya que esas son las reglas, las cuales, tal y como están, no me parecen justas. ¿Qué pasa con la microempresas? La pequeña empresa ha sido definida de una manera bastante generosa (100 trabajadores y 3 millones de dólares de ventas al año), a diferencia de como se la definió a la microempresa (5 UIT de ventas al año y 10 trabajadores). ¿Qué ocurre con una bodega con 5 personas? Esa empresa va a tener que pagar remuneraciones devengadas y va a tener que reponer al trabajador. Evidentemente, para una bodega de una sola persona no será nada fácil cumplir con estas normas a diferencia de una empresa de mil personas. Lo que menciono sobre la estabilidad laboral se aplica para todo. Un claro ejemplo de lo señalado es la norma que ha salido de seguridad y salud en el trabajo, que también tendrá que aplicarse sin ninguna diferencia a toda clase de empresa.

Este tema no es judicial sino legal. El TC quiere solucionar todas las injusticias que se le presentan cuando, en realidad, deberían ser solucionados como un tema legal. Por ejemplo, para que el trabajador pueda retirar toda su CTS que tiene depositada en el banco o para que tenga acceso a otro tipo de ventaja, se puede lograr con la modificación del Decreto Legislativo N° 728. Sin embargo, este no es el caso del cobro de los beneficios sociales. Por otro lado, lo que dice el Dr. Sánchez es cierto sobre que un proceso, por más rápido que sea, puede durar entre 2 a 3 años, como también es cierto que una persona se puede demorar en recolocarse en el mercado de trabajo, en promedio, 6 meses. Considero que corresponde a la ley dar los mecanismos para que los trabajadores que se encuentren en esa situación -habida cuenta de la imposibilidad de aplicar en el Perú, de momento, un seguro de desempleo- puedan tener acceso por lo menos a su CTS o, eventualmente, a su cuenta AFP. A estos trabajadores, ¿de qué les puede servir tener la jubilación a los 65 años si pueden estar muriendo de hambre mañana? Entonces, se pueden hacer bastantes cosas en materia laboral, pero la pregunta es sobre si le corresponde al TC o más bien al Poder Legislativo.

Dr. Ulloa:

Las preguntas han generado interesantes comentarios de diversos temas y todas tienen en común que tratan

sobre el TC. Estaba recordando que el TC ha generado sentencias que personalmente considero injustas, pero que ha agradado al sector empresarial. Tenemos tres ejemplos claros de sentencias que manifiestan lo anterior. Un primer ejemplo es la sentencia que valida la constitucionalidad del régimen especial agrario, la cual me parece desastrosa porque crea una desigualdad terrible, pero que increíblemente el TC argumenta que es correcto de la siguiente manera: “tu trabajas en el campo, tu eres diferente”. Un segundo ejemplo que me parece muy discutible son las sentencias que establecen que es válido la contratación bajo exportación no tradicional si es que se cumple con las formalidades, con que el contrato este bien hecho y con que se diga la causal. El último ejemplo es la sentencia del caso CAS, la cual dejó bastante que desear al no ser tan vehemente como lo debió ser.

Un sistema jurídico coherente necesita esquemas claros que, lamentablemente, el Perú no tiene al sobrellevar el esquema que el TC trazó y que nos ha hecho encontrar afirmaciones insostenibles en las sentencias. El Dr. Balta cita una de ellas en las que podemos llegar a leer cosas como “es que no probaste que tenías una necesidad” o “es que no probaste el intento de devolver el dinero”. Cabe preguntarnos además, ¿de qué puede servir, por ejemplo, una nueva ley laboral si es que viene el Tribunal y la lee de otra forma? Por esta razón, en nuestra realidad es muy lejano el famoso concepto de predictibilidad.

Respecto a la pregunta, el riesgo, tradicionalmente, es del trabajador. Esto va más allá del mismo Poder Judicial, aunque busque que ello no ocurra a través de exonerar al trabajador de cierto pago de tasas y, ahora con la nueva ley, que no necesite necesariamente un abogado ni tampoco una demanda especial, al usarse formatos. Sin embargo, muchas veces el trabajador necesita dinero y firmará la renuncia o el mutuo disenso pensando en cubrir los gastos que pueden ser a causa de razones como por su falta de la cultura de ahorro, por la necesidad del día a día de su pareja, la de sus hijos, etc. Todo lo anterior produce que la tutela, mencionada por el Dr. Sánchez, se vea perjudicada por un tema real. Mientras no haya capacitación, mientras seamos trabajadores fungibles, va a ser complicado que se aplique un derecho del trabajo adecuado, como si ocurre en Europa donde se aplica la flexiseguridad o flisiseguridad. En estos países, dado que el Estado tutela a los trabajadores, ellos ganan el quintuple de lo que se gana aquí y pueden darse un año sabático tranquilamente al tener un seguro de desempleo de un año. En el Perú, el Estado no puede lograr ello al generar muy poco a causa de que la imposición tributaria es mínima. Más aun, el problema en el país es el de la informalidad al estar muy pocos trabajadores en planilla, tanto en la microempresa, pequeña empresa y gran empresa. Cabe preguntarse, ¿de qué porcentaje de la población económicamente activa estamos hablando al referirnos al tema de la planilla? Estas reflexiones no se hicieron ni en la discusión política ni en el TC, pero ya terminan siendo temas filosóficos, como mencionaba el Dr. Sánchez.

Dr. Gutiérrez:

La pregunta va encaminada hacia las variantes que ha generado el TC, como es la posibilidad de que el trabajador

al cobrar su indemnización igual intente iniciar un proceso de amparo para solicitar la nulidad de despido, en la que se alegue razones humanitarias como, por ejemplo, el pago del colegio de sus hijos. Luego, si es que gana el proceso, devuelve la indemnización. Lo descrito es equivocado y debemos recordar que en nuestro ordenamiento se recogen dos formas de proteger a un trabajador frente a un despido arbitrario: el pago de la indemnización y la reposición. Estas dos opciones, reconocidas por instrumentos internacionales a los que el Perú está obligado, son excluyentes conforme a lo establecido por el TC en la sentencia de Eusebio Llanos. Entonces, no se le puede pretender restarle los efectos o la naturaleza al cobro de la indemnización por despido arbitrario para permitirle al trabajador por razones humanitarias intentar luego su demanda de nulidad de despido o su reposición. Esto termina siendo un despropósito y agreguemos que es mínima la proporción de los trabajadores a los cuales el empleador les paga o se les pone a disposición la indemnización. La inmensa mayoría son trabajadores despedidos a los cuales el empleador no les pone a disposición la indemnización, lo cual no significa que no puedan acceder al Poder Judicial ya que tenemos un sinnúmero de demandas interpuestas por trabajadores que ni han cobrado la indemnización ni se les ha puesto a disposición la indemnización. Por ello, considero que el acceso a la justicia de estos trabajadores no está sujeto al cobro de la indemnización.

Por otro lado, recordemos que el proceso judicial es el tercer nivel de expresión del acceso a la justicia. El acceso a la justicia tiene como primer nivel la imposición, publicación y difusión de las leyes; luego, el segundo nivel está a cargo del MINTRA, de la fiscalización, de la imposición de sanciones y de la promoción del cumplimiento de normas a través de incentivos y desincentivos; por último, como tercer nivel y de manera residual se encuentra el proceso judicial. Respecto al Poder Judicial, también hay incentivos y desincentivos como lo es posiblemente el tratar de abaratar todo, lo que deviene en, por ejemplo, no poner sanciones a las demandas maliciosas. Esto fomenta una mayor carga que se traduce en un proceso de amparo que dura 3 años y en un proceso laboral judicial que dura 5 años. Una forma en la cual se puede colaborar en la reducción de costos para un trabajador es reforzando y promocionando el área de Asesoría Legal y Defensa Gratuita que tiene el MINTRA. Para concluir, me parece que hay otros mecanismos distintos al cobro la indemnización legal ya que está última es, ciertamente, una manifestación de dar por concluido el vínculo laboral para acceder al Poder Judicial.

Dra. Campos:

Sobre este caso, comparto las opiniones que han vertido respecto a la posibilidad que tiene el trabajador de devolver la indemnización en caso le admitan su derecho y se le reponga. Esto nos dirige al tema de la seguridad jurídica que debe brindar todo ordenamiento. El TC ha establecido dos niveles de protección, siendo uno de estas la protección de tipo sustantivo que se da por medio de la legislación, específicamente, en la LPCL. Este Decreto Supremo ha establecido dos formas de resarcir el derecho del trabajador. En el caso del despido sin causa justa es a través de la indemnización, y en el caso del despido nulo que vulnera derechos fundamentales es a través de

la reposición. Entonces, si están dadas estas dos formas de protección frente al despido, considero que una es excluyente de la otra, por lo que el Estado, a pesar del lado paternalista que pueda ostentar, no puede avalar una tesis en la que el trabajador pueda desistirse de una vía para ser resarcido por otra. Esto genera una inseguridad y una incertidumbre respecto a lo que espera el empleador.

“(...) tenemos un sinnúmero de demandas interpuestas por trabajadores que ni han cobrado la indemnización ni se les ha puesto a disposición la indemnización.”

El tema del despido no depende solamente de cuando las cosas están dadas, sino que depende también de un momento anterior que es el manejo adecuado de los recursos humanos al interior de una organización. Asimismo, el que no tengamos un seguro de desempleo influye bastante respecto a la construcción de relaciones laborales sólidas. En otros países, como en EE.UU., el empleador además de todos los costos laborales -por ejemplo, el pago de las gratificaciones- realiza un aporte distinto que va a un fondo que cubrirá al trabajador por un periodo de tiempo ante una situación de desempleo. Esto flexibiliza más la forma de extinguir el vínculo laboral.

Retornando a la idea, si una organización construye relaciones laborales sólidas a través de un adecuado manejo de recursos humanos, va a permitir que no se opte por una forma no deseada de extinción del vínculo laboral, sino por otras que también están permitidas por la legislación laboral, como es el mutuo disenso o la renuncia voluntaria del trabajador. Si un trabajador sabe que dentro de una organización no está cumpliendo de forma idónea su labor, la legislación permite el despido por razón de la capacidad. Sin embargo, esto poco se da ya que muchas personas no conocen la manera de demostrar el nivel de capacidad de un trabajador al no saber utilizar herramientas para medir la productividad o el rendimiento de un trabajador en comparación con otro en un puesto similar. Demostrando ello, uno puede extinguir la relación laboral de una determinada manera y por una causa justa. Ahora, al haber una mayor tendencia de implementar recursos humanos y también al haber nuevas orientaciones respecto a la seguridad y salud en el trabajo, no se tiene una cultura o política que esté difundida sobre lo anterior, por lo que los empleadores actúan de una manera imprudente y botan al trabajador cuando, en un determinado escenario, si debería ser retirado de la organización por no tener un rendimiento adecuado. Sin embargo, como dijimos, muchas veces no se tiene como acreditar esto.

Respondiendo a la pregunta sobre si es válido que se acceda a la indemnización para luego devolverla si es que se quiere luego la reposición -como ocurre caso que ha citado el Dr. Gutiérrez-, me parece que se estaría vulnerando la seguridad jurídica al dejar en incertidumbre al empleador. El TC está yendo contra facultades del empleador como ocurrió en el caso Cayo Mendoza (STC 3169-2006-AA/

TC) donde se despidió a un trabajador por embriaguez y el Tribunal lo repuso al aplicar su razonabilidad; sin embargo, lo que puede ser razonable para un caso, no lo es necesariamente para otro. Desde el punto de vista empresarial, el empleador tiene facultades para organizar y reglamentar dentro de su centro de trabajo, siempre respetando los límites que establece el ordenamiento. No obstante, el TC va más allá del ordenamiento al establecer una nueva regla como es la de permitir que un trabajador pueda desistirse de la vía de la indemnización aun ya se haya cobrado, para optar por la reposición. Sin duda, lo que se estaría creando es un desorden y caos al interior del ordenamiento.

3. En relación a la pregunta previa, ¿qué efectos tendrían las implicancias económicas mencionadas en la carga de la prueba, tomando en consideración la dificultad de probanza en casos como el despido nulo? ¿Es factible la asunción de los costos probatorios por parte del trabajador considerando la coyuntura en que se le sitúa?

Dr. Sánchez:

Hay un texto muy interesante del profesor Manuel Atienza titulado "A vueltas con la ponderación" en el que, de manera muy ponderada, se hace una crítica agresiva a las posturas que ha tenido los TC's de distintos países -incluyendo el nuestro- en casos en los que se había aplicado el método de la ponderación. Este artículo refleja lo que ha ocurrido con nuestro Tribunal que, en un esfuerzo importante, ha tratado de ir construyendo precedentes a pesar de sus carencias. Lo anterior es a causa de tener un Estado democrático incipiente, donde no hay una tradición jurídico-constitucional rica al haberse también iniciado a fines de los años 60. Cabe agregar que no podemos exigirles a nuestras bases democráticas que desarrollen de manera pronta dicha tradición al estar aún incipientes para ello. Por otro lado, otro factor que actúa en contra de dicho desarrollo es nuestra cultura antidemocrática que debe ser desmontada. Lamentablemente, una expresión de esta cultura antidemocrática es la legislación laboral. Por otro lado, este Tribunal es producto de un esfuerzo de un país con bases antidemocráticas de desmontar una legislación con profundos rasgos antidemocráticos. Por ejemplo, el tema de la posibilidad de introducir sentencias manipulativas o aditivas no estaría en discusión en la Europa continental o en Argentina, donde existen una fuerte tradición jurídico-constitucional. Esos casos son distintos al de nuestra tradición jurídico-constitucional al haber tenido nosotros procesos democráticos alternados con procesos dictatoriales que han afectado a que haya un terreno adecuado para el desarrollo de los derechos sociales. Respecto a la pregunta, considero que la carga de la prueba debería ser producto de una cultura jurídica democratizadora. Es casi nula la posibilidad de probar un despido nulo, por lo que este tema implica de parte de los jueces todo un esfuerzo de aligerar la carga de la prueba. Considero que si lo hacen no sería ninguna atribución más allá de sus potestades constitucionales. Por ejemplo, el TC ha invertido la carga de la prueba en casos como los de despidos a mujeres embarazadas o los de despidos a personas que padecen alguna discapacidad. Entonces, el TC ha establecido como regla de carga de la prueba que basta

que el trabajador aporte indicios suficientes y razonables de la lesión a un derecho constitucional para que el empleador tenga que justificar su conducta extintiva del contrato. Esto ha sido establecido en otro TC's al ser parte de la tradición del sistema de protección de los derechos humanos de diversos países sobre el tema de la protección frente al despido lesivo de derechos constitucionales en materia laboral. Pese a que esto no se discutiría en otros países, a muchas personas les ha parecido esto un escándalo, una oprobiosa manipulación del sistema jurídico por lo que se debería ponerle parámetros a los jueces. Considero que es sesgada esta posición ya que si se hubiera tratado de una interpretación a partir de la Constitución a favor de derechos como el de propiedad o el de libre competencia, sería bien recibida. Todo lo contrario hubieran manifestado si se hubiera tratado de interpretar los derechos sociales y, en general, todo el andamiaje garantista de ellos desde la Constitución. Para terminar, el actual TC no tiene poderes exorbitantes y, al estar en un Estado constitucional de Derecho, tenemos que respetar las reglas del juego. Felizmente, en los Estados constitucionales de Derecho no se pueden poner a los árbitros al gusto de los jugadores, porque si no regresáramos a la década de los 90.

Dr. Balta:

Este tema tiene que ver básicamente con los costos que derivan de la actividad probatoria. Sin embargo, en materia laboral, no hay grandes costos de actividad probatoria para los trabajadores en el Perú, lo cual no significa que no sea un tema que merezca nuestra máxima atención. En materia de amparo, no existe una etapa probatoria por lo que se prueba a través de los documentos que se tenga porque si no se tendrían, sería declarada improcedente la demanda. Estas reglas del amparo generan grandes beneficios, pero grandes riesgos al mismo tiempo. Cuando hablamos del despido tenemos que hablar de las dos vías. En la vía laboral ordinaria, normalmente, las actividades probatorias que requieran de un costo -salvo las pericias de parte-, son llevadas a cabo por el propio Poder Judicial. Esto es un régimen beneficioso para los trabajadores, en especial, en materia de tasas. Por ejemplo, en la acción de amparo no se pagan tasas; en cambio, en la vía laboral ordinaria, se pagan unas tasas reducidas que de repente no deberían pagarlas. Esto último sería un punto a considerar. Nadie de los presentes está a favor de la desprotección, de la desregulación, etc., pero creo también que estamos a favor de que las cosas se hagan de la manera correcta. No se pide que el árbitro sea elegido por alguna de las partes, sino que sea uno que tenga una actuación correcta.

Ahora bien, en materia probatoria se menciona una pregunta con respecto al tema del despido nulo. Considero que las cortes peruanas, siguiendo la tendencia que menciona apropiadamente el Dr. Sánchez, progresivamente han estado estableciendo mecanismos que no es seguro que sean de inversión, pero sí de compartir la carga de la prueba. El sistema español -al que hacía alusión el Dr. Sánchez- no es propiamente un sistema de inversión, sino uno donde la carga de la prueba se comparte, donde el trabajador aporta unos elementos de juicio que genera una apariencia de Derecho y que el empleador debe salir a juicio y rebatirlos. En Estados Unidos existe una realidad muy similar, sobre todo en el tema de discriminación.

Existe la fórmula McDonnell Douglas que consiste en que el trabajador tenga que probar ciertos elementos relativamente fáciles para que la carga de la prueba pase al empleador y, en última instancia, vuelva al trabajador. Como vemos, no reposa sobre los hombros del trabajador toda la carga probatoria sino que se va compartiendo. Lo anterior lo considero absolutamente loable, correcto y muy de acuerdo con un sistema que protege apropiadamente los derechos fundamentales de las personas.

Nuevamente regresamos al tema económico. En el fondo, la pregunta que estamos discutiendo es la siguiente: ¿cómo hace el trabajador despedido para poder litigar más o menos en igualdad de condiciones si el empleador siempre va a tener más acceso a recursos? En ese sentido, ¿cómo hacemos para que un trabajador pueda obtener estos recursos que le permitan subsistir, litigar apropiadamente mientras ha sido despedido? Hemos visto a lo largo de todo el conversatorio que un mecanismo puede ser que cobre sus beneficios sociales. Considero que se debería ir más allá y buscarse distintas soluciones. Una sería pedirle al Poder Legislativo que libere la CTS que está en el banco, pero ya no con la constancia de cese del empleador sino con una orden judicial. Otra solución sería que se pueda acceder a un porcentaje del fondo AFP o del sistema público de pensiones, aunque en este último sería un poco más complicado, ya que tendría más sentido esto en el sistema privado al funcionar sobre la base de cuentas individuales. Otra adicional sería tener acceso a préstamos con desgravaciones tributarias temporales. En resumen, podríamos dar distintas soluciones que facilitarían al trabajador a que litigue bien sin que pase por estados de miseria. Nadie puede estar a favor de eso ni lo postula, pero el tema es que debemos de hacerlo por la vía correcta.

Si bien al trabajador despedido se le puede otorgar auxilios judiciales cuando requiera realizar ciertas actividades probatorias, el principal problema que en realidad afronta es respecto al tema económico y no en la parte judicial. El problema ocurre cuando se ve privado de una remuneración mientras no tiene empleo. Debemos buscarle una solución, ya sea por medio de la CTS, de los fondos AFP o de otra forma, para que el trabajador pueda subsistir en este periodo y pueda así ejercer toda la actividad probatoria que le corresponda realizar.

Dr. Ulloa:

El legislador siempre ha considerado que la relación procesal laboral tiene muchos pisos de desigualdad económica al igual que la relación sustantiva. Desde la actual Ley Procesal del Trabajo en Lima -Ley N° 26636 de 1996- se ha establecido una serie de facilidades: presunciones, exoneración de tasas, entre otras. Ahora, no comparto la posición respecto a que la nueva Ley Procesal del Trabajo -Ley N° 29497- que va a ser implementada sea una revolución en el sistema del proceso laboral. Lo que sí me parece interesante es la posibilidad que establece respecto a que el juez pueda de oficio exigir pruebas, es decir, la indefensión académica o económica del trabajador puede ser subsanada por un buen juez que haga su trabajo: que lea el expediente antes de la audiencia, que entre al tema con profundidad y que trate de resolver la discusión que se haya generado entre las partes.

Desde mi experiencia procesal en Lima, he encontrado jueces que sí se toman en serio su trabajo y a pesar de que las partes presentan determinadas pruebas, proponen otras y aplican presunciones. Considero incluso que la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha establecido una presunción mucho más severa que la de la actual Ley. Esta es la presunción de laboralidad, que es cuestionada por algunos laboristas, pero que la considero correcta. Con la actual Ley, el trabajador debe probar que ha sido trabajador, que prestó el servicio, que fue remunerado y que, además, fue subordinado. Probar todo ello es muy complicado si el empleador tiene un buen asesor laboral que le ayude a no dejar huellas como documentos, *fotocheck*, horario, etc. Con esta presunción que introduce la nueva Ley cambia lo anterior y ahora todo prestador personal de servicios va a ser considerado un trabajador. Como vemos, nos hemos ido al otro extremo y se generan ciertos problemas. ¿Cómo probamos la autonomía de un servicio? Por ejemplo, un gasfitero que ocasionalmente va a una casa a arreglar los caños podría reclamar ser trabajador aunque haya solo estado dos horas al poder haber sido ser un proveedor constante, autónomo.

Cuando hablamos de subordinación, ya no es la de inicios del Derecho del Trabajo, la del obrero, sino una distinta. Hoy en día habrá que ver si es una prestación personal, subordinada, si la situación es constante, etc. Todo ello lo tendrá que ver el juez vía las presunciones que la nueva Ley Procesal del Trabajo ha fortalecido y vía a que él es el director del proceso. Una buena labor del juez puede subsanar todos los problemas que se presenten y, sobre esa base, podría reducirse los costos que se generan en el proceso en cuanto a tiempo, aunque no tanto en dinero. Como se decía en anteriores intervenciones, litigar es complicado en nuestro país y es por eso que se genera el incentivo a los malos empleadores de judicializar todo hecho porque, a causa del tema del tiempo, cuando el problema se resuelve o la empresa ya no existirá o se habrá reconvertido. Eso pasa lastimosamente en los procesos de despido de dirigentes sindicales. Ese tipo de conductas deberían desincentivarse. Considero que la nueva Ley busca corregir esto y sancionar la mala fe del abogado en el proceso, la mala fe de las defensas, entre otras cosas. Ello exige que los jueces se tomen en serio su papel y no me refiero solo a los jueces de amparo, sino también a los jueces laborales, dado que, curiosamente, en el Perú el amparo laboral lo ve un juez civil cuando debería verlo un juez laboral. Para terminar, considero que habría que ver el tema de los costos ya que todo se reduce a buscar la brevedad del proceso al costar menos al trabajador y generar desincentivos al empleador a utilizar esta variable como política laboral.

Dr. Gutiérrez:

En primer lugar, respecto a si la condición económica puede limitar la posibilidad probatoria en un proceso de nulidad de despido, debo señalar no necesariamente ocurre ello. Recordemos que en un proceso de nulidad de despido lo que debe demostrar el trabajador, bajo la Ley N° 26636, es que haya un motivo oculto, prohibido -revisen el artículo 29 de la LPCL- que sea la razón por la cual se lo haya cesado en el trabajo. En los procesos judiciales que he tenido la oportunidad de ver, la prueba de ese motivo prohibido no está tan ligado con la posibilidad económica del trabajador, sino más bien con un tema fáctico. Por ejemplo,

cuando el trabajador no encuentre una prueba directa o no tenga acceso a los documentos de la alta gerencia que tal vez tenga encubierto ese motivo prohibido. Por esta razón la Ley establece presunciones. Como comentó el Dr. Ulloa, la nueva Ley refuerza esas presunciones al recoger lo que se daba ya en la práctica con la Ley N° 26636. Lo que recoge la nueva Ley Procesal del Trabajo es que si uno es el empleador y tiene un proceso de nulidad de despido, no solo se ceñirá a argumentar que no se ha acreditado el motivo prohibido sino que buscará demostrar que la razón del cese fue justificada o que existe un motivo razonable por el cual se ha cesado al trabajador. En otras palabras, se establece que si bien el trabajador tiene que acreditar la realidad invocada, el empleador ahora debe demostrar la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado. Así, en aquellos casos en los que aparezcan indicios de la demanda y de la prueba actuada que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez deberá de darlos por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Entonces, vuelvo a reiterar que esto va más allá de una imposibilidad económica que, finalmente, puede ser corregida a partir de la exoneración de tasas, de pericias actuadas por el propio personal judicial, etc. El problema está en la probanza fáctica y que, de alguna manera, se puede solucionar a través de las presunciones mencionadas.

Como decía el Dr. Balta, el problema tal vez se da cuando el trabajador no tenga ingresos mientras está despedido. Hay distintas posibilidades para solucionar este problema como las medidas cautelares o los procesos cortos. Respecto a la primera posibilidad, el trabajador podría pedir como medida cautelar la reposición o el pago de una asignación mensual solo en la medida que, efectivamente, sea un despido lesivo de derechos constitucionales. Sin embargo, en el tema de los procesos cortos, si bien me parece una expresión adecuada de acceso a la justicia, hay que tener cuidado con cómo se maneja ya que podría ser contraproducente si no se sabe usarlo. En un proceso corto, se genera un incentivo para la interposición del proceso, por lo que se debe evitar la litigación de mala fe. Las inconductas procesales (como las demandas maliciosas, defensas maliciosas, entre otras) deben ser sancionadas por los jueces, sino ni la misma nueva Ley Procesal del Trabajo va servir al no poder obtenerse el número de jueces adecuados que soporten la carga de esta nueva Ley. Además, si tenemos procesos más cortos, los trabajadores tendrán el incentivo de interponer una demanda al ya no tener que demorarse 3 años para cobrar sus beneficios sino solo 6 meses. Por esto mismo, al haber una mayor carga se tiene que generar un desincentivo adecuado, que considero que sería sancionar las conductas de mala fe como lo son las demandas y defensas temerarias.

Dra. Campos:

Respecto a la última pregunta, si bien la nueva Ley Procesal del Trabajo no ha constituido una reforma sustancial sobre varios temas que se siguen tratando con la ley anterior -Ley N° 26636-, es importante recalcar que la forma como se daban los procesos ha sido cambiada por el tema de la oralidad que ayuda mucho a poder determinar a ciencia

cierta quién dice la verdad o no en un proceso. Esto ya viene aplicándose en algunas cortes como la de Tacna o Cañete. Entonces, además de que el juez conozca el tema sustantivo, también va a permitir que a través de la oralidad, cara a cara en una audiencia de juzgamiento, se pueda resolver más rápido un proceso.

Por otro lado, las implicancias económicas que pueda tener la actual Ley Procesal del Trabajo acarrearán un costo para el trabajador a pesar de las asignaciones de las tasas, etc. Las medidas cautelares no solo se dan en vía ordinaria sino también en sede del amparo. Estas pueden resultar cuestionables por lo siguiente. En la vía ordinaria, la medida cautelar puede ser variada por un tema económico que permita a la empresa no tener en el centro de trabajo al trabajador hasta que se resuelva el fondo del asunto del proceso en conflicto. En cambio, en la acción de amparo se están dando medidas cautelares en las que el trabajador viene siendo repuesto en el centro del trabajo hasta que se determine el resultado final de este proceso. Entonces, en este escenario el trabajador no queda desamparado ya que sigue percibiendo un sueldo al estar repuesto en un puesto similar con las consecuencias que tiene, que van desde sanciones, multas hasta incluso un tema de denuncia contra el representante legal ante el Ministerio Público. Por ello, el sistema procesal actual con esta nueva Ley Procesal del Trabajo resulta ser más tuitivo y, además, más expeditivo para resolver un caso que permita al trabajador incurrir en menores costos.

Definitivamente, hay otros derechos que quizás no son difundidos, pero que los trabajadores los tienen. Por ejemplo, un trabajador tiene el beneficio de los periodos de latencia, que consiste en que cuando uno es cesado y se está atendido en el seguro desde hace un año o más, tiene una cobertura en el seguro para capa simple o compleja hasta por un año más. Sin embargo, al no ser difundido este derecho al acceso al seguro, el trabajador no lo conoce y cuando plantea una demanda, suele alegar que no tiene recursos para atenderse en el seguro cuando, en realidad, si podría atenderse al tan solo tener que viabilizar ello con una solicitud de periodo de latencia para poder seguir teniendo el derecho al seguro de ESSALUD. Este seguro no será el mejor, pero al menos podrá tener una atención hasta que se resuelva su caso.

Retornando al tema del principio de oralidad, los procesos, ahora, no duran más de 6 meses. Otra herramienta importante son las conciliaciones que se vienen dando en sede judicial. En Tacna, por ejemplo, los procesos laborales se resuelven en muchos casos en conciliación y siempre protegiendo el test de irrenunciabilidad de derechos. Esto, entonces, no quiere decir no es que voy a dejar de lado los beneficios que le correspondan al trabajador. Conviene llegar a conciliación en los casos en que hay indecisión sobre si va a ser positivo y negativo para el trabajador la decisión del juez al solo poder resolverlo éste por ser una materia controvertida de derecho puro. La nueva Ley apuesta por esto. He tenido la oportunidad de participar en la comisión de capacitación de los jueces a nivel nacional y todos tienen la consigna de fomentar y motivar la conciliación porque, al seguir siendo dilatadas muchas materias, pueden generar una desprotección mayor al trabajador. Reitero que la conciliación se da respetando el test de irrenunciabilidad de derechos .