



Libros Derecho
Digitales.pe



Libros Derecho
Digitales Perú

guía práctica

3

La prueba EN EL PROCESO LABORAL

Jorge Toyama Miyagusuku
Elmer Huamán Estrada
César Puntriano Rosas
César Abanto Revilla
Rocío Limas Vásquez
Elvira Castañeda Velásquez
Federico G. Mesinas Montero



DIÁLOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA

guía práctica

3

La prueba EN EL PROCESO LABORAL

**Jorge Toyama Miyagusuku
Elmer Huamán Estrada
César Puntriano Rosas
César Abanto Revilla
Rocío Limas Vásquez
Elvira Castañeda Velásquez
Federico G. Mesinas Montero**

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
TEL: (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

BUSCANOS EN FACEBOOK:

-Libros Derecho Digitales Perú

-Libros Derecho Digitales.pe

E-mail: librosderechodigitalespe@outlook.es



**LA PRUEBA EN
EL PROCESO LABORAL**

PRIMERA EDICIÓN
NOVIEMBRE 2010
8050 ejemplares

© Jorge Toyama Miyagusuku
© Elmer Huamán Estrada
© César Puntriano Rosas
© César Abanto Revilla
© Rocío Limas Vásquez
© Elvira Castañeda Velásquez
© Federico G. Mesinas Montero
© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2010-15217

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-4081-26-2

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221001052

DISEÑO DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Presentación

La definición clásica de relación laboral es la de constituir una prestación personal de servicios brindada por una persona natural en subordinación a favor de otra persona, natural o jurídica, de Derecho Público o Derecho Privado, a cambio del pago de una remuneración. Esta definición contiene los elementos de la relación laboral: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. Cuando estos elementos se fusionan, nos encontramos frente a la relación de trabajo, institución básica y epicentro de la disciplina jurídica conocida como Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo pretende proteger a una de las partes de la relación de trabajo. Para ser más exactos, pretende proteger a la parte más débil: el trabajador. La asimetría entre este y la otra parte de la relación laboral –el empleador– es el gen que originó el nacimiento de esta disciplina. Básicamente, esta protección se pretende lograr a través del reconocimiento de una serie de derechos del trabajador y la imposición de una serie de obligaciones al empleador.

Debido, entonces, a que resulta para el empleador una carga que se le exija el estricto cumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho del Trabajo, es que, en infinidad de ocasiones, se pretende esconder la existencia de una verdadera relación laboral a través de un sinfín de estrategias. La finalidad inmediata de este actuar es imposibilitarle o incluso anular la posibilidad del trabajador de pretender un reclamo frente a los incumplimientos de su empleador.

Frente a esto, el reto del trabajador cuando desee acudir a un proceso judicial o administrativo a fin de exigir tutela a sus derechos, es probar –aunque parezca simple– que es trabajador. Luego de probada esta situación jurídica la labor se vuelve más sencilla, pues el cumplimiento de las obligaciones laborales no debe ser probado por él, sino por el empleador.

Ahora bien, la prueba de la existencia de una relación de trabajo tiene importancia, no solo en el proceso judicial laboral, sino también en el proceso constitucional de amparo (laboral y previsional), como en el procedimiento administrativo laboral. En cada uno de estos procesos judiciales y/o administrativos el trabajador se enfrenta a la ardua labor de demostrar su calidad de tal para, así, poder luego reclamar el cumplimiento por parte de su empleador de las obligaciones que emanen de la normativa laboral.

Sin embargo, la prueba de la relación laboral y el incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones adquiere matices distintos según estemos frente a un proceso judicial laboral, constitucional o administrativo. Debido a ello, en esta ocasión, hemos decidido configurar un estudio multidisciplinario de todas estas vertientes, por lo que la idea inicial de esta obra, consiste solo en analizar la prueba en el proceso de trabajo, ha sido reformulada a fin de atender la prueba de la relación laboral también en los distintos procesos judiciales y procedimientos administrativos en donde se ventilen incumplimientos de los empleadores y lesiones de los derechos de los trabajadores.

El primer trabajo que presentamos, realizado por Jorge Toyama y el coordinador de esta obra, busca abordar el análisis de la prueba del despido nulo según la reciente regulación configurada por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Para eso, los autores realizan un estudio comparativo entre la regulación de esta situación tanto en la nueva norma procesal laboral como en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo.

El segundo de los trabajos, elaborado por César Puntriano, aborda el análisis global de la prueba en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y, además, se realiza un estudio específico de la “presunción

de laboralidad”, figura procesal instaurada en la nueva norma y que constituye una de sus principales novedades.

El tercer trabajo ha sido desarrollado por César Abanto y pretende realizar un estudio sobre los criterios elaborados sobre la prueba de la existencia de la relación laboral en los procesos de amparo previsionales. Para eso, el autor parte en su análisis del estudio y recuento de la doctrina constitucional y los precedentes constitucionales vinculantes emitidos por nuestro Tribunal Constitucional en donde se han señalado los requisitos de procedencia de las demandas (de amparo) de otorgamiento de pensión.

Rocío Limas y Elvira Castañeda efectúan, en el cuarto trabajo, un estudio acerca de la prueba de la existencia de la relación de trabajo en el procedimiento administrativo laboral. En esa labor, analizan las principales directivas emitidas por el Ministerio de Trabajo, en donde se establecen las principales pautas que debe seguir el inspector al momento de evaluar la existencia de relaciones de trabajo en los centros donde realiza su tarea inspectiva. Del mismo modo, se muestran algunos pronunciamientos elaborados por la Autoridad Administrativa de Trabajo que reflejan el criterio de esta entidad al momento de detectar la existencia o inexistencia de vínculos laborales.

El quinto y último estudio es elaborado por Federico Mesinas, quien afronta la tarea de examinar cómo es que se prueba la existencia de la relación de trabajo en el proceso constitucional de amparo. Advierte el autor que a nivel del Tribunal Constitucional no existe un criterio uniforme al momento de examinar la complejidad del asunto que se cuestiona a través de este proceso a efectos de declarar su improcedencia. Hay, pues, casos en los que la demanda encubría una lesión del derecho fundamental al trabajo que ameritaba –para su determinación– de una intensa labor probatoria que no podía desarrollarse en el proceso de amparo.

La idea matriz, reflejada en el título de esta obra, se mostró insuficiente frente a la transversalidad de la prueba de la relación de trabajo en distintos ámbitos al del proceso judicial laboral. Así, lo que pretendemos a través de esta obra colectiva es mostrar que no basta solo

con conocer cómo es que debemos probar que se es trabajador en un proceso laboral, sino que esto es necesario también en los procesos de amparo (laborales y previsionales) y procedimientos administrativos. Precisamente, a eso va dirigida esta compilación de investigaciones: a mostrar las diversas formas de acreditar la existencia de una relación de trabajo dependiendo del contexto en que nos encontremos.

Elmer Huamán Estrada

Coordinador

Capítulo

1

La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU^(*)/ Elmer HUAMÁN ESTRADA^(**)

De los tipos de despido configurados por el legislador, el despido nulo es el que muestra de manera más palpable la conflictividad que puede producirse entre las dos partes de la relación de trabajo, esto es, entre el empleador y el trabajador. Y esto se debe a que, a través de este tipo de despido, hay una lesión, por parte del primero, de los derechos fundamentales del segundo. A eso hay que sumar la casi imposibilidad de probar en un proceso de trabajo el móvil inconstitucional del empleador cuando despide al trabajador. Por esa razón, es vital analizar este tópico tan complejo como es el de la prueba del despido nulo en un proceso laboral y, para ello, en este trabajo, los autores parten del análisis de su regulación normativa en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) y, a la vez, hacen un recuento de su desarrollo doctrinal como jurisprudencial.

INTRODUCCIÓN

De las formas de extinción de la relación laboral la que más estudios suele generar es el despido. Esto se debe, tal como ha señalado

(*) Profesor asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional. Profesor en posgrado en Centrum, ESAN y la Universidad de Piura. Codirector de *Soluciones Laborales*.

(**) Abogado por la Universidad de Piura. Coordinador del área laboral de *Diálogo con la Jurisprudencia*. Miembro del equipo de investigación de *Soluciones Laborales*.

Montoya Melgar⁽¹⁾, a la conflictividad de dos principios que trae aparejada esta figura: de un lado, el principio de libertad contractual, anejo al de la libertad de empresa; y, del otro, el principio de protección de la estabilidad del empleo del trabajador. Es decir, mientras que el empleador decide prescindir de un trabajador, este último busca, en la mayoría de ocasiones, aferrarse a su trabajo, fuente de ingresos y, quizás, único medio de subsistencia.

Este conflicto de intereses se ve potencializado cuando nos encontramos frente a un despido que lesiona derechos fundamentales del trabajador. En este caso, el poder de resolver el contrato que tiene el empleador tiene un móvil que no es precisamente un incumplimiento contractual del trabajador. Por el contrario, existen situaciones en la motivación determinante de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento⁽²⁾.

Nuestro Derecho Laboral no es ajeno a esta realidad y ha establecido mecanismos a través de los cuales el trabajador puede reaccionar frente a este despido infractor de sus derechos fundamentales. Así, el legislador nacional ha regulado la figura del despido nulo, la cual ha sido ampliamente estudiada por nuestra doctrina y, a la vez, ha sufrido modulaciones por parte de la judicatura nacional.

Debido a la relevancia siempre actual de esta institución, en la presente investigación haremos un breve repaso de sus alcances. Pero, principalmente, nuestro estudio pretende focalizar el análisis de, quizás, el aspecto más controvertido que puede acompañar a esta figura: nos referimos a la prueba del despido nulo en el proceso laboral. Para eso, analizaremos esta institución, primero, bajo los alcances de la aún vigente (en buena parte del país) Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo; y, luego, nos detendremos a examinar la regulación de la prueba del despido nulo diseñada en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT en adelante), a fin de determinar si la nueva regulación difiere de la anterior. Finalmente, mostraremos un recuento

(1) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 30^a edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 470.

(2) Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26^a edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 604.

jurisprudencial sobre esta institución, recuento que, es preciso recalcar, estará basado en pronunciamientos emitidos al amparo de la primera de estas normas, ya que la segunda recientemente ha entrado en vigencia en algunas partes de nuestro país.

I. EL DESPIDO NULO

Los supuestos de despido nulo importan casos graves de afectación a derechos de los trabajadores. Prácticamente se trata de despidos lesivos de derechos fundamentales⁽³⁾ y, en algunos casos, se aprecia una represalia por el ejercicio, por parte del trabajador, de determinados derechos⁽⁴⁾.

Los motivos donde procede la nulidad de despido están regulados taxativamente en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL en adelante):

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b. Ser representante o candidato de los trabajadores o haber actuado en esa calidad.
- c. Presentar una queja o participar en proceso contra el empleador ante las autoridades competentes⁽⁵⁾, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL.

(3) Es gráfica la Casación N° 1037-2005-Tumbes, en la que se ha señalado que “[l]a nulidad de despido busca proteger al trabajador cuyo cese se produce con afectación de sus derechos fundamentales mediante el otorgamiento de tutela reparadora (reposición a su centro de trabajo)”.

(4) Así se ha señalado, por ejemplo, en la STC Exp. N° 05139-2007-PA/TC: “el derecho a la libertad sindical no incluye una protección contra un despido que no tiene la característica de ser un despido en represalia, carácter indispensable para calificar a un despido de nulo como en el presente caso por afiliación a un sindicato”.

(5) A nivel judicial, esta es la causal que más limitaciones ha tenido en su aplicación. Así, se ha señalado que un proceso administrativo ante el Ministerio de Trabajo no ingresa en este supuesto: “Considerando que no es lo mismo presentar una solicitud que plantear una queja, pues entre ambas existe una relación de género y especie, ya que mientras la primera grafica un simple pedido, la segunda además, supone la manifestación de la disconformidad con algo y/o alguien, y/o el reclamo por el incumplimiento de una obligación patronal, se debe considerar nulo el despido de un trabajador que solicita una visita inspectiva a través de la cual buscaba la comprobación del incumplimiento de las normas laborales por parte de su empleador” (Cas. N° 1363-2005-Lima). Adicionalmente un pedido de recálculo

- d. Supuestos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma. Sobre este tema, la Corte Suprema ha destacado que esta cláusula no puede interpretarse en forma limitada y, más bien, debe comprender todo supuesto de discriminación carente de una justificación objetiva⁽⁶⁾.
- e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Según la modificación de la Ley N° 27185 este inciso es aplicable siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad

tampoco está dentro de este supuesto: si el trabajador presenta una solicitud a su empleador para regularizar el cálculo de un beneficio laboral, esta no puede ser tomada como una queja contra el empleador por tratarse de una petición. La queja supone la manifestación de disconformidad con algo y/o reclamo del incumplimiento de una obligación del empleador (Cas. N° 1655-2003-TACNA). Finalmente, un proceso ante EsSalud tampoco ingresa dentro de este supuesto: "La simple tramitación efectuada por el accionante ante EsSalud no configura el supuesto legal que prevé el inciso c) del artículo veintinueve del Decreto Supremo número cero cero tres - noventisiete - TR, para que el despido sea nulo, pues cuando dicha norma se refiere a presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, debe entenderse que la queja, el reclamo o proceso seguido contra el empleador debe ser de naturaleza laboral, es decir, referirse al incumplimiento o conductas del empleador que afecten los derechos del trabajador derivados de la relación de trabajo, o sus derechos fundamentales planteados ante autoridad judicial o administrativa competente, tal como lo dispone el artículo cuarentisiete del Decreto Supremo número cero cero uno - noventiséis-TR" (Cas. N° 137-2005-DEL SANTA).

- (6) De acuerdo con el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, también es discriminatorio todo acto que tenga por motivo el origen, la condición económica o un motivo de cualquiera otra índole. La explicación de la "cláusula cerrada" de la LPCL se encuentra en que su texto original es anterior a la Constitución de 1993, y la Constitución de 1979 al regular el mandato de no discriminación lo hacía también con una cláusula cerrada de motivos discriminatorios. Mediante la Casación N° 2386-2005-Callao, publicada el 16 de abril de 2008, la Corte Suprema ha establecido que un despido es nulo si se basa en motivos discriminatorios distintos a los regulados por la LPCL pero regulados por la Constitución. En el caso concreto en el que frente a una misma falta cometida por dos trabajadores el empleador decidió despedir solo a uno de ellos, la Corte Suprema entiende que dicho trato desigual califica como una discriminación basada en motivos "de cualquier otra índole", equiparando un trato desigual a una discriminación, por lo que dicho despido califica como nulo teniendo el trabajador derecho a su reposición. En dicho sentido, la Corte Suprema ha establecido que "la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato". Sobre el tema, puede verse, CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. "El trato desigual como causal de nulidad de despido. La ruptura del númerus clausus del artículo 29 del D.S. N° 003-97-TR". En: *Actualidad Jurídica*. N° 170, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2008, pp. 263-266; y, también, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "El trato diferenciado en el ejercicio de la potestad disciplinaria como causa de nulidad del despido". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 114, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2008, pp. 229-235.

del empleador de despedir por causa justa. Este es el único caso donde se presume el despido nulo; en los demás supuestos el trabajador debe acreditar la existencia del despido nulo.

- f. El despido por razón de sida, según la Ley N° 26626 y la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR.
- g. El despido basado en la discapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050.

Solamente los casos mencionados posibilitan la presentación de una demanda por nulidad de despido⁽⁷⁾. Por consiguiente, están excluidos otros supuestos que puedan suponer una lesión de un derecho constitucional. Desde nuestro punto de vista, no habrían causas razonables por las cuales se prevén supuestos típicos de despido nulo y no se consideren, por ejemplo, otros casos de despidos discriminatorios como la edad, la condición económica, la buena presencia, la estatura, etc.⁽⁸⁾.

No existen causas objetivas para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, más cuando la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos inespecíficos o de los ciudadanos (artículo 23) y prohíbe la discriminación legal (artículo 2,2). En otras palabras, no deben existir privilegios de actos discriminatorios en la legislación⁽⁹⁾.

En caso de despido nulo hay dos posibilidades para el trabajador: solicitar la reposición (en este caso no puede reclamar beneficios sociales, pues se privilegia la pretensión de continuar con la relación

(7) Este parece ser aún el criterio reciente de la Corte Suprema, la que ha entendido que si el trabajador demandante opta por una protección de carácter restitutorio dentro de un proceso de nulidad de despido tramitado en la vía ordinaria laboral, dicho pedido deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en *numerus clausus* establece el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al ser estas las únicas posibilidades por las cuales –en caso de ampararse su pretensión– se puede ordenar la reincorporación de actor a su puesto habitual de trabajo. Este criterio puede verse en el considerando noveno de la Casación N° 3034-2009-Huaura.

(8) En una opinión similar, puede verse ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. 2^a edición, ARA Editores, Lima, 2006, pp. 169-172. También, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2^a edición, ARA Editores, Lima, 2006, pp. 322-323.

(9) GORELLI, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 107.

laboral) u optar por la indemnización (extinción del contrato laboral). Hasta hace poco, en virtud de lo expresado en el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, no era posible acumular las dos acciones antes citadas⁽¹⁰⁾. Sin embargo, este último dispositivo ha sido dejado sin efecto por la segunda disposición derogatoria de la NLPT, por lo que se deberá entender que, actualmente, sí se podría acumular la acción indemnizatoria con la de nulidad de despido.

El plazo para accionar ante un despido nulo caduca a los treinta días de producido el hecho (artículo 36 de la LPCL). En función de lo resuelto por el Acuerdo N° 01-99 del Pleno Laboral de 1999, este plazo es de treinta días hábiles (cuando no funciona el Poder Judicial se suspende el cómputo del plazo de prescripción), según lo indica el artículo 36 de la propia LPCL y el artículo 58 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; pese a ello, la Corte Suprema ha resuelto en forma contraria al Pleno, calificando a los 30 días como naturales o calendarios⁽¹¹⁾.

Finalmente, el hecho de que el trabajador firme su liquidación de beneficios sociales, no impide que luego demande la nulidad de despido y pretenda la reposición al centro laboral ya que la firma de su liquidación de beneficios sociales no es una forma válida de extinción del contrato de trabajo⁽¹²⁾. Así lo ha señalado el TC en el reciente precedente constitucional vinculante contenido en la STC Exp. N° 03052-2009-PATC. A pesar de que este precedente establece que el cobro de beneficios laborales no impide que el trabajador acuda al proceso de amparo, consideramos que la misma argumentación diseñada por el TC es aplicable al caso de la demanda de reposición por despido nulo.

-
- (10) Pese a ello, existe una sentencia de la Corte Superior de Huaura (Exp. N° 752-97-L) que concedió la indemnización por despido arbitrario en un caso donde el trabajador no acreditó la causal de nulidad de despido invocada en su demanda. La citada ejecutoria es comentada por NEVES, Javier. *Jurisprudencia en materia laboral*. CCJ y PUCP, Lima, pp. 64-67.
- (11) La sentencia casatoria de la Corte Suprema (Exp. N° 0502-Del Santa) del 22 de junio de 2000, prevé que las normas laborales apuntan a establecer un plazo de 30 días naturales para la presentación de esta.
- (12) Sin embargo, existen pronunciamientos que han señalado lo contrario. Así, en el Exp. N° 3878-04 ND (A) se ha establecido que “el cobro de los beneficios sociales implica la aceptación tácita de la terminación de la relación laboral, por cuanto la oportunidad para hacer efectivos los beneficios sociales, especialmente de la compensación por tiempo de servicios”.

II. LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO BAJO LA LEY N° 26636

La Ley N° 26636 aún se mantiene en vigencia en buena parte del país. La NLPT ha sido promulgada este año; sin embargo, su ingreso será paulatino. En este año 2010, se ha establecido, a través de la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ⁽¹³⁾, su entrada progresiva en los siguientes distritos judiciales:

Distrito judicial	Entrada en vigencia
Distrito Judicial de Tacna	A partir del 15 de julio de 2010
Distrito Judicial de Cañete	A partir del 16 de agosto de 2010
Distrito Judicial de La Libertad	A partir del 1 de setiembre de 2010
Distrito Judicial de Arequipa	A partir del 1 de octubre de 2010
Distrito Judicial de Lambayeque	A partir del 2 de noviembre de 2010

Asimismo, a través de la Resolución Administrativa N° 299-2010-CE-PJ⁽¹⁴⁾, se ha establecido lo siguiente:

Distrito judicial	Entrada en vigencia
Distrito Judicial de Cusco	A partir del 1 de diciembre de 2010

Podemos ver, entonces, que durante este año 2010 la NLPT no tiene aplicabilidad plena en Lima y otros distritos judiciales. Es probable que, el próximo año, el ingreso también sea paulatino en otras partes de nuestro país. Por esa razón, analizar la prueba del despido nulo bajo los alcances de la Ley N° 26636 es aún relevante y, precisamente, eso nos empuja a realizar, a continuación, esta primera parte de nuestro estudio.

En nuestro ordenamiento jurídico el despido y el motivo alegado deben ser probados por quien los invoca. Esto puede desprenderse de lo establecido en el artículo 37 de la LPCL: “[n]i el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”. Por otro lado, la norma reglamentaria de la LPCL ha establecido, en el segundo párrafo de su artículo 52, que: “[i]a acción de nulidad de

(13) Publicada en *El Peruano* el 7 de julio de 2010.

(14) Publicada en *El Peruano* el 23 de setiembre de 2010.

despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el artículo 62 de la ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo". Finalmente, a nivel de derecho laboral adjetivo, la Ley N° 26636, en su artículo 27 inciso 3, ha establecido que corresponde al trabajador probar la existencia de la nulidad del despido cuando la invoque.

Este conjunto de normas, tanto sustantivas como procesales, nos lleva a afirmar que, hoy en día, un juez laboral tendrá que ser riguroso con el trabajador que demande una nulidad de despido y tendrá que exigirle que acredite el móvil inconstitucional del empleador al momento de tomar la decisión y al ejecutar el despido. Es decir, la causal de nulidad, entonces, tiene que ser demostrada por el demandante.

Es necesario, así, que se aprecie un nexo causal entre los hechos alegados y la razón de nulidad reconocida normativamente, para encontrarnos ante un supuesto de despido nulo: "En caso de nulidad de despido, el trabajador no solo debe acreditar su despido sino además el motivo del mismo para lo cual no es suficiente demostrar la existencia del proceso judicial instaurado sino que es de su cargo probar la existencia del nexo causal entre el despido y la causa alegada, esto es, que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador" (Cas. N° 673-2006-Junín).

Sin embargo, la judicatura nacional ha matizado este criterio frente a ciertos supuestos de despido nulo. Así, si se trata de despidos relacionados con el embarazo de la trabajadora, la LPCL –modificada por la Ley N° 27185– indica que se presume la nulidad si el empleador no acredita la causa justa de despido. Entonces, en este caso, no resultará necesario que la trabajadora presente indicios que presuman la existencia de un despido nulo; si comunicó la trabajadora de su embarazo al empleador –única carga exigida por la ley–, no tendrá que acreditar la causalidad del despido pues la empresa deberá demostrar que el cese se debió a una falta de conducta o capacidad de la trabajadora para obtener una sentencia favorable. Ahora bien, si no hubiera una notificación pero, por el estado de gestación, es evidente que el empleador

conocía del embarazo, también se configura el supuesto legal (Cas. N° 2213-2006-La Libertad)⁽¹⁵⁾:

“La exigencia de poner en conocimiento del empleador el embarazo antes de que se produzca el despido, lo que en esencia busca es evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que requiera en este caso como requisito sine qua non la documentación presentada al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado por razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al artículo 23 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia de producirse el despido de una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo”.

En un mismo sentido, la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 275-2005 Arequipa (*El Peruano* del 02/11/2006) lo siguiente:

“Que, (...) cuando (...) se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, (...) ; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo”.

(15) Sobre este tema, puede verse CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “La protección a la madre trabajadora contra el despido. A propósito de la Casación N° 275-2055-Arequipa”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 160, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2007, pp. 215-218.

De este modo, la normativa peruana y la jurisprudencia prevén un nuevo trato distintivo en materia de nulidad de despido, que importa una ventaja probatoria para la trabajadora que es despedida durante el periodo de gestación o con posterioridad al parto (hasta noventa días). En los otros supuestos de nulidad, existe una carga probatoria impuesta a los demandantes, sin que encontremos causas razonables y objetivas que justifiquen tal distinción.

Ahora bien, en los demás casos de despido nulo el trabajador tendría que acreditar la existencia de la causal de nulidad, carga probatoria cuya posibilidad de cumplir es harto complicada pues, en estos casos, usualmente el empleador tratará de encubrir el verdadero móvil del despido.

Por ello, se han establecido una serie de criterios –centrados en la aportación de indicios– para la valoración de la causal que motiva la nulidad del despido y, por consiguiente, ordenar la reposición del trabajador si un juez tiene –luego de una apreciación integral– la convicción de que existe una causal de nulidad.

Seguidamente, y sobre la base del esquema normativo peruano, describiremos el procedimiento de acreditación o prueba de un despido nulo.

1. La aportación de indicios: la carga del trabajador

Partiendo de las previsiones normativas antes señaladas, podemos afirmar que el trabajador es quien debe probar el móvil del despido nulo. Esto, sin embargo, puede resultar casi siempre de suma dificultad para este último, debido a que el empleador puede encubrir su verdadera intención lesiva bajo el disfraz de alguna forma válida de extinción de la relación de trabajo.

Es por eso que la doctrina ha manifestado una opinión contraria a esta rigurosidad de la normativa laboral y ha planteado una forma distinta de concebir la carga probatoria del trabajador frente al despido nulo.

En el Derecho español, Monereo Pérez señala, en referencia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que este último “[ha entendido] que el trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria, por el contrario ha de probar o aportar ‘índicios racionales’ que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión de un derecho fundamental”⁽¹⁶⁾. De esta manera, “[e]l trabajador ha de probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse una presunción no plena de la existencia de la lesión al derecho fundamental; al demandado para destruir esa presunción no plena, solo le basta probar plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y asimismo la proporcionalidad de esta con los hechos imputados al trabajador despedido”⁽¹⁷⁾. Así, se afirma que la prueba que incumbe al trabajador será una prueba indiciaria pues, “no se produce una inversión de la carga [de la prueba] sino más bien un traslado de parte de la actividad probatoria que de ordinario correspondería realizar en su integridad al demandante y no al demandado que ve así ‘sobrecargada’ su posición en el terreno de la actividad probatoria”⁽¹⁸⁾. Es decir, en este caso “se trata de un ‘debilitamiento’ de la carga de la prueba que corresponde al trabajador, el cual debe probar o aportar unos ‘índicios’ necesarios para crear el convencimiento del juez sobre la probabilidad del hecho discriminatorio”⁽¹⁹⁾.

Vemos, según lo que nos comenta este autor, que la tendencia de la doctrina del Tribunal Constitucional español apunta a la búsqueda “del alivio” o “facilitación” de la carga de prueba del hecho lesivo. Así, no correspondería solo al trabajador demandante la carga de probar lo que afirma, sino que el empleador también se ve compelido a probar que lo que afirma el trabajador carece de sustento. Este último, entonces, deberá probar que el despido no obedece a una actitud lesiva de un derecho fundamental del trabajador, sino, por el contrario, a una causa justificante de extinción de la relación de trabajo.

(16) MONEREO PÉREZ, José Luis. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Tiranch lo Blanch, Valencia, 1996, p. 11.

(17) Ibídem, p. 13.

(18) Ídem.

(19) Ibídem, pp. 14-15.

De esta idea es también Montoya Melgar, quien nos afirma que “para liberar al trabajador de la difícil prueba de la discriminación, la doctrina del TC [español] desvía la carga de la prueba, de tal modo que será el empresario quien deba demostrar que el despido obedeció a ‘motivos razonables’ (expresión más elástica), aunque el trabajador ha de probar previamente, al menos la concurrencia de ‘indicios racionales’ de discriminación”⁽²⁰⁾.

Alonso Olea y Casas Baamonde, de una manera casi similar a los dos anteriores autores españoles, señalan que: “la prueba de la discriminación o violación del derecho fundamental –puesto que la carta de despido, si existe, disimulará o falseará la causa– incumbe a quien la alega, salvo su inversión en vista no de la mera alegación o afirmación de que se ha sido discriminado, sino de un panorama discriminatorio (...) o de la prueba de hechos de los que se desprenda sospecha veemente o, al menos, indicio racional de violación (...), presente el cual el empresario ha de probar la legitimidad de la causa mediante la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”⁽²¹⁾.

En nuestro medio, la doctrina también ha defendido la facilitación de la carga probatoria del trabajador cuando este acude a un proceso demandando la existencia de un despido nulo. Así, Arce Ortiz, sobre este punto, ha señalado que “el juicio de certeza allegado al juez a través de medios probatorios, sean estos directos o indirectos, debe ser más leve o, si se quiere, más ligero, cuando de por medio se encuentre la tutela de un derecho fundamental del trabajador”⁽²²⁾. Reconoce este autor que “pueden ser considerados [la prueba de indicios y presunciones] ‘mecanismos clásicos de atenuación’ de la carga de la prueba, pues pese a no ser prueba plena o directa son siempre fuentes de certeza”⁽²³⁾. Ahora bien, esta posibilidad de que el juez se base en indicios para determinar la nulidad del despido debe “exigir mucha sensibilidad a la hora de calibrar la prueba del trabajador, pues una flexibilización extrema como requisito esencial para dispensar una tutela

(20) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit, p. 483.

(21) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. Ob. cit., p. 606.

(22) ARCE ORTIZ, Elmer. La nulidad del despido ... Ob. cit., p. 229.

(23) Ídem.

efectiva puede, incluso, poner en entredicho el alcance de la tutela del propio derecho fundamental del empleador”⁽²⁴⁾.

Paul Paredes⁽²⁵⁾, defiende la exigencia de una valoración por parte del juez de los medios probatorios más meditada, más exhaustiva, lo más cercana a la verdad de las cosas. Y todo esto sin excluir a las presunciones simples, que no son fuente de probabilidad sino de certeza⁽²⁶⁾. En consecuencia, estando las presunciones simples permitidas de modo general para allegar la convicción del juez, cuando la ley exige la prueba (la certeza) del despido y de los motivos, no puede significar menos que esa exigencia de certeza también puede verse satisfecha por presunción simple⁽²⁷⁾.

Blancas Bustamante señala, de manera contraria a los anteriores autores, que “el principio de facilitación probatoria parecería imposible de aplicar en nuestro ordenamiento procesal laboral, a la vista de la contundencia de la regla que prohíbe presumir el motivo del despido, contenida en el artículo 37 de la LPCL. En virtud de esta regla, el trabajador solo puede probar la nulidad del despido recurriendo a medios directos de prueba, estando impedido de valerse para ello de los sucedáneos de los medios probatorios”⁽²⁸⁾.

Nosotros consideramos correcto el no entender de manera literal el artículo 37 de la LPCL y la normativa contenida en la LPT. Por el contrario, coincidimos con aquellos autores que señalan que, en el caso del despido nulo, la labor probatoria del trabajador debe verse facilitada debido a que el motivo del despido, en el caso del despido nulo, suele ser subjetivo, y, por eso, debe permitírsele al trabajador iniciar un proceso sustentando su pretensión en aquellos indicios con los que cuente. Probado un “halo” de lesividad constitucional, el empleador será quien deba demostrar que el despido o la extinción de la relación laboral no obedece a una causal inconstitucional sino a una causa justa.

(24) Ibídem, p. 237.

(25) Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. 1^a edición, Ara editores, Lima, 1997, p. 276.

(26) Ídem.

(27) Ídem.

(28) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 355.

Ahora bien, esto no significa que por el solo hecho de que el trabajador denuncie un despido constitucional se presuma la inconducta del empleador. Por el contrario, en caso no se pruebe, al menos a través de indicios, una actitud constitucional del empleador, el juez deberá declarar infundada la demanda de nulidad de despido.

No somos, pues, partidarios de la inversión o reversión de la carga probatoria en materia de despidos nulos. La mera alegación del trabajador de la existencia de una causal de nulidad no determina que el empleador demuestre que se ha producido un despido válido por capacidad o conducta. Se requiere, entonces, de una carga probatoria del trabajador, de la necesaria aportación de indicios y rasgos que puedan crear la convicción al juez sobre la existencia de un despido nulo. Ciertamente, como ya apuntamos, en el caso del despido nulo por razón del embarazo, no existe tal carga probatoria si la trabajadora comunicó previamente de su estado de gestación.

Siguiendo a Gorelli⁽²⁹⁾, la prueba de presunciones importa que el trabajador debe introducir indicios mínimos de la ilicitud e inconstitucionalidad del empleador –diríamos, un clima o ambiente de nulidad–, el trabajador está obligado a realizar una labor probatoria, pero no una prueba plena ni absoluta.

El trabajador debe aportar los elementos suficientes –indicios, principios de prueba– para que exista una sospecha o probabilidad de la lesión alegada. La casi imposibilidad de probar la intención lesiva del demandado deja paso a la exigibilidad de presentar indicios, presunciones, principios de prueba, etc., que culminen en una convicción acerca de la intencionalidad lesiva del demandado.

Ahora bien, como los supuestos de nulidad de despido se contraen en casos de lesión de derechos fundamentales (discriminación, libertad sindical y debido proceso), la prueba de la afectación debiera ser más tenue pues se trata de derechos específicos e inespecíficos constitucionales y que, como tales, merecen la mayor tutela posible⁽³⁰⁾.

(29) GORELLI, Juan. Ob. cit., p. 101 y ss.

(30) ARCE, Elmer. Ob. cit., p. 267 y ss.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

“El demandante que invoca la regla de la inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa en torno a los indicios de que ha existido discriminación (Sentencia 266/1993, f.j. 3)”.

De esta manera, se debiera utilizar los medios indirectos de prueba que importa aplicar una serie de presunciones que, basado en indicios y las reglas de la experiencia, permiten que el juez tenga certeza sobre el despido⁽³¹⁾.

Una vez que se determine tales indicios, se requiere que exista un nexo causal entre el acto de despido y los hechos presumidos, salvo en los casos de despidos por razón del embarazo. Se debe demostrar que los rasgos e indicios condujeron al empleador a despedir al trabajador. Demostrada tal conexión, el empleador deberá acreditar que el despido se enmarcó dentro de una causal prevista en las normas legales. En caso de no hacerlo, se debe entender que existe un despido nulo.

2. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador

En la medida que nos encontremos ante una serie de presunciones que suponen la aplicación de un nexo causal entre estas y el acto unilateral del empleador de extinguir la relación laboral, corresponderá al empleador la carga probatoria sobre la causal válida de extinción de la relación laboral o que, en caso de que dicha causa no se aprecie, probar que el despido estuvo lejos de la causal de nulidad invocada.

De esta manera, la carga probatoria del empleador estará supeditada al éxito del trabajador en demostrar la nulidad del despido. Es decir, es imperativo que, previamente, el trabajador aporte los elementos suficientes para encontrarnos ante un ambiente o clima de nulidad de despido.

(31) Vinatea, Luis. “La prueba del despido nulo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 87, Lima, marzo 1998, p. 12.

No estamos ante una prueba negativa –una prueba diabólica–, sino ante un hecho positivo: que el despido obedezca a una causal real, razonable y diferente a la causal de nulidad alegada por el demandante, debiendo existir una causa lo suficientemente seria como para que el empleador se plantea el despido⁽³²⁾.

III. LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Bajo la configuración de la NLPT, la reposición por despido nulo será conocida por los jueces de trabajo a través del proceso abreviado laboral (artículo 2 inciso 2). Este tipo de proceso se caracteriza por tener una duración bastante reducida. Así, cuenta con una audiencia única, en la que se llevarán a cabo las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencias (artículo 49) y ello sumado a la oralidad e inmediación de los procesos, generará que el juez tenga mayores posibilidades para apreciar si estamos ante una causal de nulidad.

Sobre la carga de la prueba del móvil que tiñe de nulidad al despido, la NLPT nos señala, en su artículo 23 inciso 3 literal b), que es el demandante –en este caso, el trabajador– quien deberá probar “[e]l motivo de nulidad invocado”.

Según esta regla procesal será el trabajador quien, luego de probar la existencia de la relación laboral (al menos a través de la acreditación de la existencia de la prestación personal de servicios)⁽³³⁾, deberá demostrar que esta relación fue terminada por el empleador por alguno de los móviles sancionados con nulidad por el artículo 29 de la LPCL.

Parecería, entonces, que la NLPT diseña una regla probatoria idéntica a la contenida en la LPT: es el trabajador quien debe probar que el despido se produjo no por una causa justificada sino, por el contrario,

(32) GORELLI, Juan. Ob. cit., pp. 108-110.

(33) La NLPT diseña, en su artículo 23 inciso 1, una “presunción de laboralidad”, es decir, que establece que se presumirá la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado con la sola prueba de la prestación personal de servicios. Sobre esta presunción recomendamos ver: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: pieza clave para la recuperación de la eficacia del Derecho del Trabajo en el Perú”. En: AA.VV. *Manual de Actualización Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 69-94.

por una razón inconstitucional. De esta manera, el trabajador, desde una óptica apegada a la literalidad de la norma procesal, no podría acudir al uso de indicios y, en general, a una regla que admite la facilitación probatoria. La prueba, en todo caso, solo podría ser directa. Y, si no existe dicha prueba, el despido se entenderá perfectamente válido.

Sin embargo, parece que la NLPT ha pretendido recoger y positivizar la regla planteada por la doctrina (cuyas opiniones hemos mostrado *supra*) y defendida también por cierto sector de nuestra jurisprudencia. Afirmamos esto porque, luego de leer el artículo 23.3 literal b) de la nueva norma procesal, observamos que existe un dispositivo (el artículo 23 inciso 5) que señala lo siguiente:

“En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.

Este precepto no hace sino insertar en materia probatoria, y especialmente en lo que concierne a la prueba del despido nulo, la posibilidad de acudir a los indicios⁽³⁴⁾ para generar en el juez una mínima convicción de que el empleador ha despedido al trabajador por una razón inconstitucional.

Por otro lado, también se busca recoger en la norma el criterio jurisprudencial esbozado en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997⁽³⁵⁾ que establecía lo siguiente: “En los procesos en que se ventile la

(34) La LPT regulaba la posibilidad de recurrir a los indicios en su artículo 41 que establece: “Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia. En el proceso laboral, los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.

(35) Celebrado en la ciudad del Cusco en 1997.

nulidad del despido, si bien el juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido”.

Creemos, de este modo, que ahora los jueces tendrán que tener en cuenta los indicios presentados por el trabajador al momento de determinar si el despido se ha producido por un móvil sancionado con la nulidad. Y no se basarán en indicios porque sea un criterio reconocido por la jurisprudencia, sino porque es la propia norma procesal la que, en un intento de disipar contradicciones jurisprudenciales, reconoce este criterio y lo erige como regla a regir en materia probatoria.

De este modo, consideramos que esta nueva previsión normativa coincide con el propósito del legislador de diseñar un nuevo proceso de trabajo caracterizado por una atención de las desigualdades procesales. Son, pues, estas desigualdades las que, en infinidad de ocasiones, impiden que el trabajador acuda al proceso de trabajo en situación de paridad con el empleador. Por eso, el legislador debe, a través de la formulación de reglas procesales, minimizar esta situación de disparidad a través de reglas de favorecimiento a la parte más débil de la relación de trabajo.

El despido nulo es un rasgo del ejercicio abusivo del poder sancionatorio del empleador en la relación de trabajo. Este poder, materializado en el despido, podría encubrirse a través de la imputación de faltas graves cometidas por el trabajador. Precisamente, esto acarrea que el trabajador no cuente con pruebas para acreditar el móvil subjetivo. Por ello, en estos casos, la facilitación probatoria se torna en el remedio procesal eficaz a esta situación. No obstante, como lo hemos señalado anteriormente, el uso de indicios no puede afectar el derecho al debido proceso del empleador. Se requiere, pues, de una prueba indiciaria clara, que permita apreciar que el despido, supuestamente justificado, es, más bien, la materialización de una intención lesiva del trabajador frente a ciertas situaciones (embarazo, discapacidad, diferencias raciales, etc.) o actuaciones (dirigente sindical, reclamos judiciales, etc.) del trabajador.

IV. JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO

Si la NLPT recoge y plasma a nivel normativo un criterio que, poco a poco, ya había ido perfilando la jurisprudencia, consideramos necesario hacer un repaso de los pronunciamientos que se han emitido bajo la vigencia de la LPT. Por otro lado, haremos esto también atendiendo a que no existe aún jurisprudencia desarrollando el contenido de la NLPT.

En este punto, nosotros nos concentraremos en el análisis de las sentencias de casación expedidas en procesos judiciales de índole laboral. No abordaremos el estudio de sentencias del TC pues están referidas a procesos constitucionales de amparo, lo cual no forma objeto de análisis de este trabajo. Dividiremos, por un criterio didáctico, este ítem en dos partes, referidas a la carga probatoria de ambas partes laborales.

1. La carga probatoria del trabajador del despido nulo

1.1. En el despido basado en la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales o por ser representante de los trabajadores

En la Casación N° 157-2006-Del Santa se señaló que no es suficiente para que se declare fundada la demanda de nulidad de despido que el trabajador demuestre que es dirigente sindical. Así, se ha señalado:

“Que, las sentencias de [primera instancia] contienen vicios insubsanables, pues al amparar la demanda se debió explicar y señalar cuáles son las razones por las que se habría producido la nulidad del despido del actor siendo necesario subrayar que **si en un proceso judicial, como en el presente caso, se establece la calidad de dirigente sindical del demandante; ello no constituye elemento suficiente por sí solo para declarar el despido como nulo; sino es un indicio más que, confrontado con otros, puede coadyuvar para determinar la nulidad o no del despido**” (el resaltado es nuestro).

Mientras tanto, en la sentencia emitida en el Exp. N° 5568-2003-N.D. (S) se declaró fundada la demanda de un trabajador que había

asumido el papel de representante en una negociación colectiva. En este pronunciamiento, a diferencia del anterior, se corroboró que las supuestas causas justificantes que llevaron al empleador no existían. Sin embargo, para la sala laboral, es suficiente esto último, es decir, que no hayan pruebas de que el despido es justificado, para considerar que el móvil del despido era la calidad de representante del trabajador.

En la Casación N° 1460-2003-Lima, la Suprema considera que el empleador no ha demostrado que el despido sea razonable. Por eso, es suficiente la calidad de dirigente sindical del trabajador para considerar que esta calidad es el móvil del empleador para proceder a despedirlo.

Con relación al despido de un dirigente sindical, en la sentencia al Expediente N° 0482-2002-ND (S), se estableció que para que un trabajador pueda demandar la nulidad de un despido motivado por su calidad de representante de los trabajadores, es necesario que el empleador haya tenido, previamente, conocimiento de la designación del trabajador de dicha calidad.

En la Casación N° 2231-2003-Ica se señaló que la nulidad del despido de un trabajador que había sido representante de un grupo de trabajadores en una visita inspectiva. Lo peculiar de este caso es que los trabajadores no representados no alcanzaban la cantidad necesaria para formar un sindicato. Sin embargo, este hecho no enerva el que haya una representación de trabajadores y que, por esta representación, el empleador despida a determinado trabajador. Este despido, pues, también debe ser considerado nulo.

En la Casación N° 398-1998-Lima se estableció que es nulo el despido de un trabajador que fue despedido inmediatamente al hecho de su inscripción como candidato a representante de los trabajadores. Se comprobó, pues, que la hora de recepción de la carta de despido era las nueve de la noche mientras que la inscripción de la lista del demandante se efectivizó a las nueve y veinticinco de la mañana del mismo día por lo que se concluyó que el empleador, al tomar conocimiento de aquello, despidió al demandante. En este caso, la propia Corte Suprema recurre a una valoración conjunta de las pruebas y, en cierto modo, basa su fallo en una serie de indicios.

1.2. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes

La jurisprudencia ha establecido que, ante una demanda de nulidad, el trabajador debe aportar indicios que demuestren la apreciación de un “ambiente” de nulidad, de ilegalidad. Así, el trabajador debe demostrar la existencia de ciertos hechos o circunstancias que respalden su afirmación: no basta con haber interpuesto un proceso contra el empleador, es necesario que se acredite que existan actitudes o conductas empresariales que evidencien un propósito de impedir arbitrariamente el reclamo laboral (Casación N° 28-97-Piura)⁽³⁶⁾. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 01887-2006-Lima que, para que se configure la nulidad del despido, no es necesario que el trabajador demuestre actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente el reclamo de sus trabajadores, como exige el artículo 47 del Reglamento de la LPCL, inaplicándolo. Estamos ante uno de los pocos casos donde la Corte Suprema inaplica una norma legal y ejerce el control difuso de legalidad de las normas, destacando adecuadamente lo siguiente:

“El supuesto contenido en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, referido a que la queja o reclamo debe necesariamente encontrarse precedida de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores, excede el marco de la ley reglamentada –Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728–, pues no interpreta o reglamenta estrictamente, sino que agrega un supuesto de hecho no contenido en la norma principal. En tal virtud, no corresponde aplicar en el presente proceso el artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR a efectos de interpretar el artículo 29, inciso c) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, pues dicha norma restringe indebidamente los supuestos legales para declarar nulo el despido, desnaturalizando la norma reglamentada en contravención del citado artículo 118, inciso 8 de la Carta Magna” (Casación N° 1887-2006-Lima).

(36) Publicada el 31 de diciembre de 1998 en el diario oficial *El Peruano*.

Asimismo, la Corte Suprema ha precisado qué criterios deben tomarse en cuenta para considerar un despido nulo, que supone la reposición del trabajador, por efectuarse como represalia a una queja contra el empleador: "Para la configuración del despido nulo (...) debe tenerse en cuenta los siguientes criterios: a) Que el trabajador haya presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa; b) Que, el acto del despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por parte del trabajador y dentro del plazo tan cercano que produzca convicción en el juzgador que el móvil por el cual se dio término al vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado; y c) Que, el empleador no haya motivado expresamente su decisión de despedir al trabajador"⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾.

En otro caso, luego de la reposición, el empleador dispuso la suspensión imperfecta de labores del trabajador repuesto e incumplió el pago de sus remuneraciones lo que motivó reclamos del trabajador y la interposición de una denuncia penal por violación de la libertad de trabajo y, finalmente, despidió arbitrariamente al trabajador. Ante tales circunstancias, la Corte Suprema declaró fundada la demanda de nulidad por entender que existieron actos empresariales como consecuencia de las demandas del trabajador (Casación N° 1319-98-Callao⁽³⁹⁾).

Para los magistrados, las circunstancias que rodearon este despido arbitrario eran suficientes para tener la certeza de un despido nulo. Un despido arbitrario producido el mismo día de la reposición que supone la ejecución de un proceso judicial donde el despido del empleador no fue admitido, representaría una suficiente razón para concluir la verdadera motivación del empleador.

(37) En el presente caso (Casación N° 1363-2005-Lima), al evaluar la correcta interpretación de las disposiciones sobre despido nulo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema consideró que una solicitud de visita de inspección puede ser considerada como queja a efectos de calificar un despido como nulo si un trabajador es despedido con ocasión de su presentación.

(38) Sobre este tema, puede revisarse QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. "La nulidad de despido cuando el trabajador se ha quejado o participado en un proceso contra el empleador". En: *Actualidad Jurídica*. N° 178, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre del 2008, p. 294.

(39) Publicada el 3 de junio del 2000 en el diario oficial *El Peruano*.

En la resolución al Expediente N° 2008-00246⁽⁴⁰⁾, emitida por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura, se declaró fundada la demanda de nulidad de despido de un trabajador que había participado de la estrategia de intermediación laboral celebrada entre una empresa usuaria y una cooperativa de trabajo. Para la sala, el reclamo en sede administrativa hecho por este trabajador para que señale que era, realmente, trabajador de la empresa usuaria, fue el móvil que llevó a esta última empresa a que termine el destaque efectuado por la cooperativa del mencionado trabajador. Este caso permite ver que la prueba del despido nulo reviste cierta complejidad cuando de por medio hay una estrategia de intermediación laboral.

En el Exp. N° 261-2004-N.D.(S) se señaló que no es nulo el despido de un trabajador que ha presentado un reclamo a su empleador con el único fin de poder contar luego con una prueba de que el despido obedecía, no a una causa justa, sino al hecho de haber reclamado. Vemos, pues, que el trabajador no ha cumplido con probar que el despido obedecía a un reclamo; por el contrario, ha sido el empleador el que ha probado que el despido sí tiene causa justa. En este caso, puede corroborarse que la sola existencia de un reclamo no llevó al juzgador a considerar que esa había sido la causa del despido. Por el contrario, la falta de pruebas del trabajador generó la convicción de que el despido era justificado.

En el Exp N° 1906-2000 N.D.(AyS) se estableció que el despido nulo por “represalia” exigía los siguientes requisitos: “a) que el trabajador haya presentado queja o participado en proceso de naturaleza laboral en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no como ánimo de perjudicar al empleador o de tener un medio para defenderse frente a un posible despido por causa justa; b) que el acto de despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por el empleador y dentro de un plazo tan cercano a este hecho que lleve a la convicción que el móvil por el cual se ha roto el vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado”.

(40) Un comentario de este pronunciamiento lo encontramos en HUAMÁN ESTRADA, Elmer. “La desnaturalización de la intermediación laboral de actividades complementarias. Comentarios a propósito de una reciente sentencia”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 193, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2009, pp. 281-284.

En la Casación N° 516-2001-La Libertad la Corte Suprema se pronuncia sobre un caso en el que el trabajador llegó a probar la existencia de un despido producido porque antes había prestado declaración testimonial con trascendencia probatoria en un proceso laboral iniciado por otro trabajador. En este caso, el reclamo y el consiguiente despido generaron la convicción de la causalidad entre uno y otro.

En el Exp. N° 3993-2003-N.D.(AyS) se emitió pronunciamiento sobre un trabajador despedido inmediatamente a la realización de una inspección laboral. Dicha inspección se produjo por una solicitud del trabajador que no se encontraba registrado en planillas. En este caso, la sala laboral se genera convicción de la nulidad del despido y señala que: “resulta creíble que el real móvil del despido fue la represalia por haber participado en un reclamo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, configurándose así un despido nulo”.

En la Casación N° 749-2002-Lima⁽⁴¹⁾ se estableció la nulidad de un despido producido a consecuencia de la inspección laboral solicitada por un trabajador ante el Ministerio del Trabajo. En este pronunciamiento, la Corte Suprema señala que “para su configuración [del despido nulo] el trabajador solo debe acreditar que sus reclamos pueden ser de naturaleza administrativa o judicial”.

En la Casación N° 489-2001-Piura⁽⁴²⁾ se señaló que, para que se configure el despido por represalia “el reclamo tiene que ser preexistente a la nulidad de despido que se invoca; pues, en efecto, un despido nulo debe tener un nexo de causalidad con el motivo real que lo produce, siendo de cargo del demandante la prueba de aquel despido. Así, todo despido fáctico que carece de causa justificada resultará ser arbitrario y no da lugar a la nulidad ni a la reposición pretendida, sino únicamente a una indemnización especial”.

La Corte Suprema también ha intentando restringir al despido por represalia. Así, en la Casación N° 800-2002-Lima⁽⁴³⁾ se ha señalado que: “[p]ara que se configure la causal del inciso c) del artículo 29 de

(41) Publicada en *El Peruano* el 2 de diciembre de 2003.

(42) Publicada en *El Peruano* el 2 de enero del 2002.

(43) Publicada en *El Peruano* el 2 de noviembre de 2004.

la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la queja o el proceso entablado contra el empleador debe ser de índole laboral, es decir, debe referirse a afectaciones de los derechos laborales derivadas de la relación de trabajo o de los derechos fundamentales”.

En otros pronunciamientos, la jurisprudencia ha desarrollado lo que se debe entender por reclamo del trabajador. Así, en el Exp. N° 591-2002-N.D.(AyS) se ha establecido que “[e]s una causal de nulidad del despido el hecho que el trabajador haya presentado una queja o participe en un proceso contra su empleador ante las autoridades competentes, debiendo tenerse el precedente desprendido de la Casación N° 2722-97-Lambayeque, en el cual se precisa que el reclamo puede ser de naturaleza administrativa o judicial en materia de trabajo”.

En la sentencia al Exp. N° 3134-2002 ND (S) se señaló que la denuncia de un Jefe de la Oficina de Auditoría Interna hecho ante la Contraloría General de la República en contra de su empleador también debe entenderse como un reclamo. Se señaló lo siguiente: “no resulta válida la interpretación que (...) pretende reducir dichos reclamos a los presentados en la vía procesal laboral en sentido lato, excluyendo la defensa de los derechos que el trabajador intente en otra vía, encontrándose demostrado además en el proceso de manera evidente el nexo causal existente entre la queja descrita y la decisión de la empleada de extinguir la relación laboral a causa de ellos, por lo que se configura la existencia del despido nulo que el actor invoca”.

Si el trabajador no se encuentra en los supuestos de nulidad previstos en la LPCL ni aporta los indicios respectivos, aun cuando se aprecie claramente que el despido es arbitrario, no procederá la admisión de la demanda de nulidad. Así, si se alega la existencia de una reclamación y un proceso administrativos contra el empleador pero, finalmente, se determina que la reclamación se contrae en una visita inspectiva del Ministerio de Trabajo propiciada por el sindicato donde se registra casos individuales sin que aparezca el demandante y, de otro lado, que el proceso administrativo se refiere a un conflicto intrasindical donde no interviene el empleador, no se admite la causal de

nulidad invocada por el trabajador despedido arbitrariamente (Cassación N° 2739-97-Lima⁽⁴⁴⁾).

1.3. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, etc.

Respecto a esta causal, en la sentencia al Exp. N° 223-2003-ND (S) se señaló que: “[n]o configura un acto de discriminación el renovar el contrato de todos los trabajadores menos el de la actora, por cuanto para la configuración de dicho acto es necesario acreditar que el móvil del despido obedeciere a una de las causales de discriminación previstas en la Constitución (artículo 2.2) y en la Ley (artículo 29, inciso d) del Decreto Supremo N° 03-97-TR). Así la carga de la prueba recae sobre el trabajador a tenor de lo establecido en el artículo 27 inciso 3) de la Ley Procesal del Trabajo”.

Un pronunciamiento trascendente en este punto lo constituye la Casación N° 2386-2005-Callao, publicada el 16 de abril de 2008, en el que la Corte Suprema ha establecido que un despido es nulo si se basa en motivos discriminatorios distintos a los establecidos por la LPCL pero regulados por la Constitución. En dicho sentido, la Corte Suprema ha establecido que “la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”.

1.4. El embarazo

En la sentencia al Exp. N° 2206-98-ND-S, se declaró la nulidad de un despido producido durante el periodo posnatal de una trabajadora. En este caso, se señaló lo siguiente: “la carta de despido se redactó cuando la reclamante se encontraba con licencia prenatal; y al producirse el despido el 6 de diciembre de 1997 tomando la fecha de nacimiento 7 de octubre de 1997 este se produjo dentro de los noventa días posteriores al parto; por lo tanto se puede concluir que el estado

(44) Publicada el 21 de marzo de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. Esta sentencia casatoria unifica la jurisprudencia contradictoria de las salas superiores, respecto de otros casos idénticos demandados pero resueltos en forma diferente.

de embarazo tuvo relación con el despido; en ese sentido, se concluye, que el despido efectuado por la trabajadora es nulo”.

Una sentencia relevante en donde se traslucen el criterio de la Corte Suprema sobre el despido nulo lo encontramos en la Casación N° 275-2005-Arequipa, mencionada al principio de este trabajo. Lo importante de esta sentencia es que establece que “la formalidad de la notificación queda de lado cuando se evidencia el embarazo de la madre gestante, pues la mencionada notificación no determina la protección a la que se encuentra sujeta”. Es decir, la trabajadora no deberá demostrar en un juicio que comunicó a su empleador su situación de embarazo cuando dicha situación sea evidente.

Así, en la Casación N° 2213-2006-La Libertad, se ha establecido que “[l]a exigencia de poner en conocimiento del empleador el embarazo antes de que se produzca el despido, lo que en esencia busca es evitar despídos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que requiera en este caso como requisito sine qua non la documentación presentada al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado por razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despídos, en atención al artículo 23 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, de producirse el despido de una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo”.

Como hemos señalado, la propia LPCL señala que en el caso del despido de la trabajadora embarazada, la sola comunicación de esta a su empleador de su condición acarrea que sea este último el que deba probar que el despido sí cuenta con una causa justa. En este caso, la trabajadora no debe probar, el móvil ilegítimo del empleador. Así se ha precisado, por ejemplo, en la STC Exp. N° 2089-2003-ND (S): “[e]s nulo el despido a la trabajadora embarazada producida en cualquier momento del periodo de gestación (o dentro de los noventa días posteriores al parto) cuando es presumible que el despido se deba al embarazo en la medida que el empleador no acredita la existencia de una

causa justa que lo lleve a realizarla y más aún cuando este fue notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. Así, en el presente caso la trabajadora embarazada solicitó en forma escrita a su empleador personal de apoyo parar realizar sus labores dado que se encontraba en estado de gestación, adjuntando a esto constancia de embarazo normal con las cuales se acredita de manera indubitable y fehaciente que la entidad demandada se encontraba plenamente enterada del estado de gravidez en que se encontraba la accionante. Por tanto al no haber cumplido la accionada con acreditar la causa justa del despido, este deviene en nulo”.

2. La carga probatoria del empleador

Como hemos visto, no basta la presentación de indicios de parte del trabajador para concluir que estamos ante un despido nulo. Si el empleador acredita que el trabajador cometió falta grave, no debe admitirse la demanda presentada. En este sentido, en el caso de un dirigente sindical (Casación N° 1938-98-Lima⁽⁴⁵⁾) que cometió injuria, no se reconoció la causal de nulidad alegada por el dirigente sindical.

En un mismo sentido, en la sentencia al Exp. N° 2685-2003-N.D.(S) se ha establecido que “[e]n los procesos de nulidad de despido el trabajador debe aportar indicios razonables que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la causal invocada, mientras que el empleador debe destruir dicha presunción probando que existe una causa justificada suficiente”.

En la sentencia al Exp. N° 591-2002-N.D.(AyS) se confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de nulidad. El pronunciamiento de la sala establece, en este caso, que le corresponde al empleador destruir la apariencia de ilegitimidad del despido mostrada por el trabajador a través de indicios. En caso el empleador no pruebe, pues, que el despido es justificado, los indicios presentados por el trabajador serán suficientes para generar la convicción. Esto señaló la sala: “el empleador no ha desvirtuado los indicios aportados por el trabajador, por lo que resulta creíble que el móvil del

(45) Publicada el 24 de marzo de 2001 en el diario oficial *El Peruano*. En el mismo sentido, puede verse la Casación N° 541-98-Lima, publicada el 17 de noviembre de 1999.

despido haya sido la represalia por haber participado en un reclamo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo”.

Por otro lado, cuando el trabajador señale que fue despedido por su calidad de dirigente sindical, el empleador debe probar que, en realidad, el despido obedece a la existencia de una falta grave. En caso no acredite la comisión de dicha falta, señala la Corte Suprema, en la Casación N° 166-2004-Del Santa: “cabe concluir que el verdadero motivo del despido sufrido fue el de tener dicha condición, por lo que el despido es nulo”.

De otro lado, si el empleador no demuestra la existencia de una causa válida de ceso, se tendrá por cierta la alegación y los indicios acreditados por el trabajador. En el caso de un despido por falta de capacidad del trabajador no demostrada fehacientemente por el empleador, se concluye que hay despido nulo por las actividades sindicales del primero (Casación N° 1946-97-Cono Norte⁽⁴⁶⁾). La distribución de la carga probatoria importa que el empleador deba justificar el cese del trabajador, de tal manera que este se ajuste a la legalidad⁽⁴⁷⁾.

En caso de que el empleador no demuestre que el vínculo laboral se extinguío por una causal válida prevista en nuestro ordenamiento (artículo 16 de la LPCL), y el trabajador hubiera cumplido con la carga probatoria, deberá declararse fundada la demanda de nulidad de despido (Casación N° 168-98-La Libertad⁽⁴⁸⁾). El empleador debe demostrar entonces que la causal de nulidad alegada no fue el factor sustancial motivante del despido.

CONCLUSIONES

Como hemos visto, la jurisprudencia laboral ha tenido la oportunidad de interpretar la normativa procesal laboral que regula la prueba

(46) Publicada el 31 de diciembre de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

(47) PÉREZ, Rosa. “De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales”. En: *Relaciones Laborales*. N° 8, Madrid, abril de 1999, p. 21.

(48) Publicada el 14 de julio de 2000 en el diario oficial *El Peruano*. Conviene destacar que esta ejecutoria, que tutela la libertad sindical, reconoce los Convenios Internacionales de Trabajo N°s. 87 y 98 y los utiliza para brindar un contenido al artículo 28 de la Constitución de 1993, en aplicación de la cuarta disposición final de la misma constitución.

del despido nulo por parte del trabajador. A pesar de que la LPT impone a este último la prueba del móvil ilícito que caracteriza a este tipo de despidos, la jurisprudencia ha relativizado este criterio y, en estas ocasiones, ha declarado fundadas las demandas de nulidad de despido sobre la base de la existencia de indicios presentados por el trabajador.

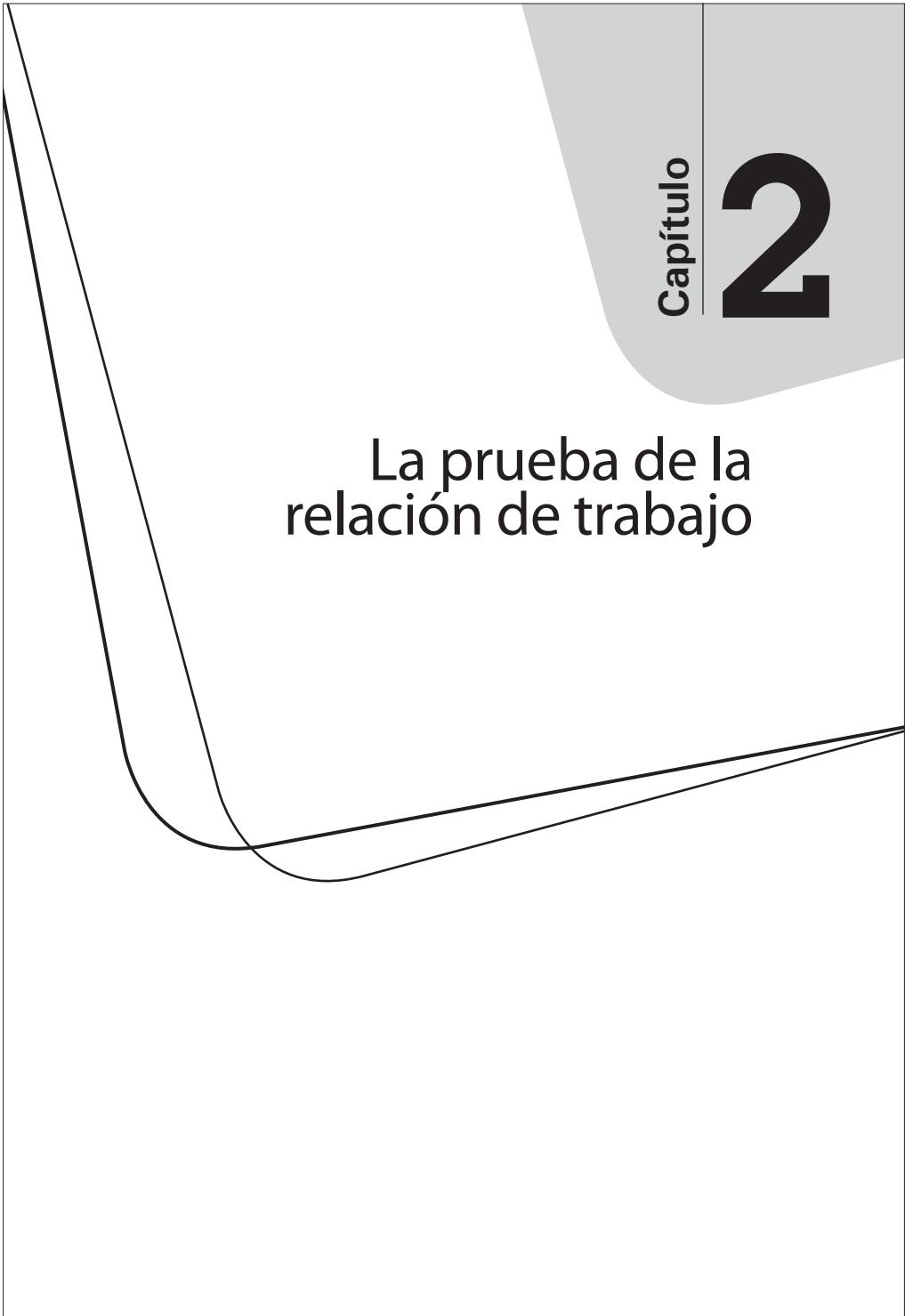
Este criterio jurisprudencial ha encontrado apoyo en la doctrina laboral, quien ha defendido la facilitación probatoria y la posibilidad de que el trabajador, a falta de pruebas directas de la nulidad del despido, utilice una serie de indicios que generen en el juzgador la creencia de la ilicitud de este acto sancionatorio.

Con la NLPT se da un paso adelante en la protección a nivel procesal del trabajador. Afirmamos esto porque se ha establecido como una regla procesal el que el trabajador pueda probar el móvil lesivo en el despido nulo a través de indicios. Una vez acreditado el ambiente de ilicitud, será el empleador quién deba probar que el despido era justificado, es decir, que su realización obedeció a alguna de las causales señaladas en la ley laboral. Si no llegara a probar la existencia de causa justificante el despido, el juez deberá declarar fundada la demanda sobre la base de los indicios presentados por el trabajador.

Capítulo

2

La prueba de la relación de trabajo



La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigente y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

César PUNTRIANO ROSAS^(*)

En el presente trabajo el autor analiza la facilitación probatoria que posee el demandante para acreditar la existencia de su vínculo laboral con el demandado. Para ello, parte en su análisis de lo regulado en la Ley N° 26636 y en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Luego, desarrolla un estudio sobre el elemento fundamental para determinar la existencia de la relación, esto es, la subordinación y, a la vez, se examina el principio de primacía de la realidad, herramienta vital en la calificación de una relación de servicios aparentemente civil (independiente) como laboral. Finalmente, se realiza un estudio sobre la presunción de laboralidad, figura instaurada por la nueva norma procesal del trabajo, y que pretende dotar al trabajador de un mecanismo frente a la casi imposible tarea de probar el elemento de la subordinación en el proceso de trabajo.

INTRODUCCIÓN

El proceso laboral surge como consecuencia directa de la insuficiencia del proceso civil común para resolver los litigios derivados de una relación de trabajo. Esto supone que el ordenamiento procesal

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Docente universitario.

laboral tome nota de la naturaleza igualadora y compensadora de las normas sustantivas laborales y se oriente hacia la obtención de un equilibrio entre las partes, igualar a los desiguales, trabajador y empleador, mediante la introducción de la gratuidad del proceso laboral para ciertos grupos, reglas probatorias más sencillas y sustancialmente un activo rol del juez laboral.

Nuestra Ley Procesal actual, Ley N° 26636 (en adelante, “LPT”), recoge una serie de herramientas de facilitación probatoria para la parte trabajadora, partiendo del principio que “las audiencias y actuación de los medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad”. El objetivo de este principio contenido en el artículo I del Título Preliminar de la norma procesal se refiere a que el juez debe participar en la actuación de pruebas, si bien no presencialmente en todas, por lo menos dirigir estas con la finalidad de encontrarse en forma más cercana (inmediata) a aquellos medios de prueba que directa o indirectamente evidencien los hechos que le sean de utilidad para resolver el fondo de la litis.

En cuanto a la finalidad de los medios probatorios en el proceso laboral, la LPT señala en su artículo 25 la de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los hechos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

En esa medida, resulta siendo admisible todo medio probatorio que sirva a la formación de la convicción del magistrado, en tanto no se encuentre expresamente prohibido ni sea contrario al orden público o a la moral, como por ejemplo, la declaración de parte, de testigos, exhibición de documentos, pericias, inspección judicial, entre otras.

Ahora bien, dado que la LPT parte del supuesto de la desigualdad entre las partes, pues asume que el trabajador posee difícil acceso a los medios probatorios, se recogen una serie de herramientas para compensar dicho desequilibrio. Una de esas herramientas son los sucedáneos de los medios de prueba previstos en los artículos 27, 40 y 41 del texto bajo comentario, es decir, la carga de la prueba, las presunciones legales y los indicios.

Como lo señala Paúl Paredes⁽¹⁾, los sucedáneos de los medios de prueba son los siguientes: (i) la carga de la prueba, en la que se advierte una ausencia absoluta de elementos que al menos evidencien en forma crítica el hecho a probar para convencer al juez; (ii) las presunciones legales (que admiten o no prueba en contrario) cuyo caso supone una convicción otorgada al juez por mandato legal, y (iii) las presunciones hominis, que son auxilios del juez para formar su convicción sobre el hecho a probar.

En lo que se refiere a la carga de la prueba⁽²⁾, el artículo 27 de la LPT inicia su texto con la regla procesal consistente en que quien afirma algo debe probarlo, para luego detallar cuáles son los deberes probatorios de cada una de las partes del proceso.

Así, al trabajador le corresponderá:

- Probar la existencia del vínculo laboral, la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto.

Por su parte al empleador le será exigible demostrar:

- El cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo y la causa del despido.

Esta distribución de la carga de la prueba es una manifestación del principio tuitivo propio del proceso laboral, pues apunta a “reequilibrar la posición de desigualdad inicial del demandante y garantizar así la paridad de armas⁽³⁾”.

(1) PAREDES PALACIOS, Paul. “Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios”. En: AA.VV. *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, agosto 2005, p. 181.

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

(3) ÁLVAREZ MONTERO, Antonio. “La prueba en el proceso laboral”. En: AA.VV. *Temas actuales de Derecho Laboral*. Normas Legales, Lima, 2005, p. 710.

En lo que respecta a la prueba del vínculo laboral, y como lo desarrollaremos en los acápite s siguientes, advertimos que esta se encuentra a cargo del trabajador o ex trabajador demandante.

Por su parte el artículo 40 de la LPT regula presunciones legales a favor del trabajador demandante disponiendo que se presumen ciertos los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado:

- (i) No acompañe a su contestación sus planillas de pago.
- (ii) No cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago en caso le hayan sido solicitadas.
- (ii) No haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredita su relación laboral.

Siguiendo a Arévalo podemos afirmar que las presunciones antes anotadas proceden ante la actitud que demuestra la parte demandada al incumplir con las exigencias previstas en las normas procesales y los mandatos judiciales⁽⁴⁾.

Los indicios regulados en la LPT también como sucedáneos de los medios probatorios, son entendidos por dicha norma en el artículo 41 como los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquieran significación en su conjunto al conducir al juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia. En el proceso laboral, añade la norma, los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes. La prueba indiciaria resulta fundamental en aquellos casos en los que la relación laboral ha sido encubierta por la parte empleadora, careciendo el trabajador de medios de prueba directos que le permitan acreditar con total claridad su condición de tal.

(4) ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho Procesal del Trabajo*. Grijley, Lima, 2007, p. 134.

Como se habrá podido advertir, la vigente LPT recoge una serie de paliativos que buscan colocar al trabajador o ex trabajador demandante en una posición favorable dada su debilidad sustantiva ante el empleador. En el presente trabajo pretendemos analizar la facilitación probatoria que posee el demandante para acreditar la existencia de su vínculo laboral con el demandado, puntualmente la inversión de la carga probatoria para la determinación del vínculo laboral. Nos referiremos a lo regulado en la LPT (norma vigente) y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo⁽⁵⁾. Para ello, en primer lugar, desarrollaremos al elemento fundamental para determinar la existencia de la relación, la subordinación y al principio de primacía de la realidad. A la primera, en tanto su acreditación supone la automática calificación de una prestación personal de servicios como laboral, y al segundo como herramienta para la calificación de una relación de servicios aparentemente civil (independiente) como laboral.

I. LA SUBORDINACIÓN COMO NOTA ESENCIAL AÚN VIGENTE DE LA RELACIÓN LABORAL

Antes de entrar a cuestiones procesales, consideramos fundamental referirnos a dos aspectos sustantivos de la prueba de la relación laboral; en primer lugar a la subordinación y en segundo al principio de primacía de la realidad.

Como es de conocimiento, la exaltación capitalista de los primeros liberales condujo a resultados lamentables en perjuicio de la clase trabajadora, como jornadas de trabajo “de sol a sol”, condiciones laborales precarias, ambientes insalubres, explotación del trabajo femenino, de niños y adolescentes. “Se había llegado en suma, a la explotación sistemática del proletariado industrial, que veía socialmente

(5) El 15 de enero de 2010 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Esta norma derogará la actual Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley N° 26636, según un cronograma de entrada en vigencia progresiva prevista en su Novena Disposición Complementaria. Actualmente, se encuentra vigente en Tacna desde el 15 de julio, y en Cañete desde el 16 de agosto. Lo siguientes distritos judiciales en los que regirá en el presente año son: La Libertad (1 de setiembre), Arequipa (1 de octubre) y Lambayeque (2 de noviembre).

amenazado su propio mantenimiento histórico como grupo social diferenciado”⁽⁶⁾.

Esta cuestión social tuvo como respuesta por un lado la organización y movilización del proletariado industrial a partir de una “conciencia de clase” y por otro lado la intervención estatal mediante la dación de una legislación protectora del trabajo asalariado.

La problemática social imperante y las respuestas a esta son hitos a tener en cuenta en el surgimiento el Derecho Laboral, el cual en palabras de Palomeque, tiene su fundamento histórico, su razón de ser, en “(...) servir al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital”⁽⁷⁾.

Es así que se inicia un fenómeno intervencionista por parte de los Estados en las relaciones de producción, el cual se materializa en una legislación obrera que reconoce ciertos derechos a la clase trabajadores, debido a la constatación de que la igualdad de las partes en la relación laboral proclamada por la ley no era tal en la realidad, presentándose un marcado desequilibrio a favor del capitalista, cuya voluntad predominaba de manera absoluta en la relación de trabajo.

“En las primeras leyes obreras de la mitad del siglo XIX se percibe, ya con nitidez, el germen esencial de ese cuerpo unitario de normas y principios que con el tiempo habría de llegar a ser el Derecho del Trabajo”⁽⁸⁾.

Esta intromisión estatal, en relaciones interpersonales, cuyos rasgos marcados eran la existencia de una prestación personal del trabajo, una subordinación del trabajador hacia su patrón y el pago de una remuneración por los servicios prestados; alcanza su clímax en la constitucionalización de los derechos de los trabajadores, punto máximo de desarrollo protecciónista que surge en el contexto del desarrollo del constitucionalismo social.

(6) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995. p. 57.

(7) Ibídem, p. 63.

(8) Ibídem, p. 67.

El Derecho del Trabajo, entonces, se basa en un conjunto de principios rectores y normas positivas que buscan proteger a una de las partes, el trabajador, para alcanzar una igualdad sustantiva entre ellas. De los referidos principios podemos resaltar al principio protector, que en palabras del Dr. Plá⁽⁹⁾, “se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”.

En ese sentido, para que la prestación personal remunerada se sitúe bajo la égida del Derecho del Trabajo es necesario que dicha prestación sea de tipo laboral, es decir, que se encuentre presente la subordinación. Esta se constituye en el elemento calificador de una relación jurídica personal como laboral.

Sin embargo, la subordinación no ha sido ajena a cuestionamientos desde antaño, buscando proponer otros criterios como calificadores de una relación como laboral (ajenidad, inserción en organización empresarial, etc.), o nuevos cuestionamientos que no tienen por objeto proponer otra herramienta que reemplace a la subordinación sino más bien cuestionar al Derecho del Trabajo en su conjunto.

Como afirma el profesor Ermida⁽¹⁰⁾, algunas de estas tendencias que cuestionan a la subordinación son la fuga del Derecho del Trabajo, los efectos de la educación y la formación, la reducción del tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo.

En cuanto a la denominada fuga o huida del Derecho del Trabajo, Ermida sostiene que este se fuga o huye cuando se presentan figuras que buscan ocultar la subordinación o se relaciona dicha dependencia inocultable con otro empleador⁽¹¹⁾.

(9) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 23.

(10) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. “Crítica de la subordinación”. En: KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto (coordinadores). *Libro Homenaje a Néstor de Buen Lozano*. UNAM, México, 2003, pp. 269-297. Ver en: <<http://www.bibliojuridica.org/>>.

(11) Ibídem, p. 278.

Ejemplos de situaciones fugadas o excluidas de la subordinación y, por ende, del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, proporcionados por Ermida, son las siguientes:

- (i) La utilización del contrato de arrendamiento de servicios, conocido en nuestro medio como contrato de locación de servicios, cuya validez supone que la prestación personal se efectúe en forma autónoma. Muchas veces se verifica en la realidad una utilización fraudulenta de este tipo de contrato que da lugar a que la relación aparentemente autónoma sea calificada por la autoridad⁽¹²⁾ como subordinada y, por ende, laboral.
- (ii) La constitución de trabajadores como empresas unipersonales, que celebran contratos de servicios civiles o mercantiles con el empleador. Esta situación es legalmente válida si el servicio es realmente empresarial y no existe subordinación. El trabajador, titular de la empresa unipersonal, deberá incorporar en planillas a la fuerza laboral que considere necesaria para el cumplimiento de los servicios contratados con el empleador, pudiendo acogerse al régimen especial de las micro y pequeñas empresas, el cual otorga facilidades administrativas, tributarias y laborales⁽¹³⁾.
- (iii) La constitución de cooperativas que contratan con el empleador, que según lo señala Ermida, “puede ser lícita y objetivamente fundada o no, pero que revela su finalidad de desresponsabilizar al empleador cuando dichos servicios son permanentes y propios del giro de la empresa empleadora y más aún, cuando la cooperativa se constituye con ex trabajadores subordinados de la empresa (...)”⁽¹⁴⁾.

Recordemos que en nuestro país la regulación de la provisión de personal para actividades principales y permanentes de la empresa usuaria pasó de una amplia permisividad, pudiendo llegar a ser

(12) En el término genérico de “autoridad”, se encuentra comprendido el Poder Judicial (jueces laborales y constitucionales), la Autoridad Administrativa de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), el Tribunal Fiscal, y el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi).

(13) Régimen previsto en la Ley N° 28015, modificada por el Decreto Legislativo N° 1086.

(14) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. Ob. cit., p. 282.

el 50% del total del personal de esta, a una prohibición expresa, pues la Ley N° 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores señala expresamente en su artículo 3 que “los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”.

- (iv) La subcontratación, siempre vista con desconfianza por el Derecho del Trabajo, y la contratación a través de empresas de trabajo temporal. En nuestro ordenamiento estas contienen una regulación, en el primero de los casos flexible en virtud de una ilegal norma reglamentaria, y en el segundo totalmente restrictiva.
- (v) El *staff-leasing* y el *pay-rolling*, formas degenerativas de los servicios prestados por empresas de trabajo temporal que consisten en la colocación de trabajadores en la planilla de trabajo de otra empresa, cuya única función es la asunción del pago de remuneraciones y demás obligaciones derivadas de la relación laboral, que se entabla en forma directa entre el trabajador y la empresa principal.
- (vi) El teletrabajo, definido por Thibault⁽¹⁵⁾ como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de telecomunicación”, que plantea serias dudas en torno a su inclusión bajo el ámbito del Derecho del Trabajo.

Vemos pues que las formas antes descritas, entre otras que plantea el citado autor, evidencian como primera impresión relaciones jurídicas carentes de tutela por el Derecho del Trabajo o en algunos casos una tutela disminuida que se deriva de una relación laboral con el contratista y no con el empleador principal.

Respecto a la educación en general y la formación profesional en particular, el autor sostiene que el trabajador educado y calificado ve

(15) THIBAULT ARANDA, Javier. *El Teletrabajo*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 24.

aminorada su dependencia fáctica. Ello es cierto, pues se advierte que si el trabajador es un empleado clave en la organización el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador será menor hacia él. Como lo señala Sanguineti⁽¹⁶⁾ “la estricta dirección técnica solamente acompaña a la subordinación jurídica cuando se trata de labores manuales que requieren poco o ningún nivel de preparación (...) Conforme se intelectualiza la labor, se va diluyendo la subordinación”.

En relación con la reducción del tiempo de trabajo, añade Ermida que esta provocará “liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación”⁽¹⁷⁾.

Sobre las nuevas formas de organización del trabajo, que duda cabe que los advenimientos tecnológicos y uso intensivo en el seno de la empresa generan cambios a la configuración del clásico binomio taylorista trabajador-empleador, por el cual el primero se encontraba supervisado en forma inmediata, quasi presencial y, por el segundo, laboraba a tiempo indefinido, en el centro de trabajo y durante una jornada completa. Ahora los trabajadores laboran con mayor autonomía funcional, pudiendo hacerlo fuera del centro de trabajo, por horas o en forma parcial. Esta mayor presencia del factor tecnológico ha ocasionado, a nuestro entender, un cambio en el paradigma de la relación de trabajo, generando una inversión en la que hasta hace un tiempo era considerada como la relación de trabajo típica *versus* aquella atípica. Lo típico ahora lo constituye lo semiautónomo, remoto, por horas y flexible; y lo atípico es lo rígido, lo clásico.

Ahora bien, sin dejar de afirmar que estas figuras han cuestionado a la subordinación en sus cimientos, creemos, como dice Ermida, que dicho pilar de nuestra disciplina continúa siendo una pauta válida para aplicar la tutela laboral clásica, si esta se interpreta en forma amplia, agresiva y creativa⁽¹⁸⁾. En efecto, el Derecho del Trabajo es una disciplina viva que se transforma y que se adapta a la realidad cambiante,

(16) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. 2^a edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 131.

(17) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. Ob. cit., p. 279.

(18) Ibídem. p. 297.

por lo que resulta esencial que la subordinación también se adapte a los cambios.

Somos de la opinión que la subordinación, pese a los múltiples cuestionamientos de la que puede ser objeto, se mantiene como el elemento que evidencia por excelencia que nos encontramos ante una relación laboral.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD COMO HERRAMIENTA JURÍDICA PARA CALIFICAR UNA RELACIÓN COMO LABORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE LA SUBORDINACIÓN

1. Concepción del principio

Como se señaló en el acápite anterior, para que la prestación personal remunerada se sitúe bajo la égida del Derecho del Trabajo es necesario que dicha prestación sea de tipo laboral, es decir, que se encuentre presente el elemento de la subordinación.

Para efectos de la calificación de una relación contractual como de naturaleza laboral, podemos emplear a uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo denominado “principio de primacía de la realidad”.

Dicho principio, de acuerdo al profesor Américo Plá Rodríguez⁽¹⁹⁾, supone que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

En la misma línea el profesor Javier Neves⁽²⁰⁾ considera que: “Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinan. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad”.

(19) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit. p. 243.

(20) NEVES, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2000, p. 35.

Para que opere el mencionado principio resulta importante acreditar en los hechos que la relación que vincula a las partes es laboral. Tengamos en cuenta que esta presupone la existencia de tres elementos esenciales, a saber, los siguientes:

- (i) Prestación personal.- Según Sanguineti⁽²¹⁾, la prestación de servicios es la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa, la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación que se independice de esta.
- (ii) Remuneración.- Atendiendo al carácter oneroso del contrato de trabajo, podemos definir a la remuneración como la obligación del empleador de abonar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a su disposición.
- (iii) Subordinación.- Neves se refiere a la subordinación como un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto.

Así, cuando nos encontramos frente a una relación contractual en la cual se presenten estos elementos, podremos concluir, en aplicación del citado principio, que aquella es de naturaleza laboral, independientemente de la denominación que le hayan dado las partes.

Ahora bien, no es menos cierto que en el análisis casuístico para identificar si nos encontramos frente a una relación laboral los elementos esenciales de esta no se presentan de manera evidente, situación que se agudiza y dificulta nuestra calificación cuando alguna de las partes, generalmente el empleador, pretende encubrir la existencia del vínculo laboral para evitar el cumplimiento de sus obligaciones frente al trabajador.

(21) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 117.

En estos casos, la doctrina sugiere recurrir a los rasgos sintomáticos de la relación laboral.

Los rasgos sintomáticos podrían ser definidos como “un conjunto de elementos de hecho de los más diversos, que permiten decidir a quien efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer”⁽²²⁾.

Algunos de estos rasgos sintomáticos son:

- La incorporación del trabajador en el proceso productivo de la empresa, es decir, estar incorporado en la organización del empleador.
- El lugar de ejecución del contrato, siendo un indicio de subordinación que el servicio se preste en las instalaciones del empleador.
- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- La exclusividad, es decir, que solamente preste servicios a una sola persona.
- El control efectivo del trabajador.
- La continuidad y la permanencia.

Es posible como lo señala Sanguinetti⁽²³⁾ que uno solo de estos rasgos sintomáticos no revele necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, ya que la mayoría podría explicarse dentro del contexto de una relación autónoma (el cumplimiento de la prestación se efectúa dentro del horario de trabajo porque es necesario el contacto con los trabajadores de la empresa, por ejemplo, en el caso de un auditor independiente, o una relación continua puede ser manifestación de un contrato de locación de servicios).

(22) Ibídem, p. 115 y ss.

(23) Ídem.

En buena cuenta, la conjunción de algunos de estos rasgos puede servir para determinar la existencia o no de una relación de trabajo. En esa medida, cada indicio funciona como una pieza de rompecabezas que debe ser analizada conjuntamente.

2. Regulación del principio

Nuestra normativa laboral no es ajena al principio de primacía de la realidad, pues recoge en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, “LPCL”) al establecer que “(...) en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)”.

La norma citada es muy clara al señalar que independientemente de lo acordado por las partes o suscrito por ellas en documentos, basta que el servicio sea prestado en forma subordinada, personal y remunerada, para que se presuma la existencia de una relación de trabajo entre las partes.

Creemos que, siendo el principio de primacía de la realidad, en palabras del Tribunal Constitucional⁽²⁴⁾, “una regla rectora que informa la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”, su plasmación de manera positiva en nuestra Constitución Política refuerza su aplicabilidad en su ordenamiento pero sin constituir un requisito para ello.

Vemos hasta aquí que el principio de primacía de la realidad despliega sus efectos una vez detectada la subordinación, permitiendo que la autoridad califique a la relación independiente bajo análisis como laboral. En otras palabras la subordinación es el detonante de la aplicación del principio, toda vez que la sola presencia de una prestación personal

(24) Véase la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad seguido por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 28175, expediente N° 008-2005-PI/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2005.

de servicios o de una retribución no genera como inmediata consecuencia que la relación contractual se entienda como laboral. Sin embargo, como lo estudiaremos en el numeral siguiente, pueden haber situaciones en que es socialmente necesario quebrar esta regla y acoger una presunción de laboralidad en un ordenamiento determinado. Volviendo al principio de primacía de la realidad, podemos afirmar que junto con la subordinación forman una dupla indisoluble.

3. Aplicación práctica del principio

La aplicación del principio de primacía de la realidad no es privativa de la judicatura laboral ni constitucional, sino también ha sido recogido legalmente o aplicado por otras autoridades, en todos los casos que duda cabe, para tutelar derechos laborales.

(i) **Poder Judicial.**- En lo que se refiere a la aplicación del principio por el Poder Judicial es importante comentar que no solamente los jueces que conocen procesos de naturaleza laboral lo recogen en sus pronunciamientos sino también magistrados constitucionales que tramitan procesos de amparo a través de los cuales los trabajadores persiguen su reposición.

La LPT actual establece en su artículo 27.1 que corresponde al trabajador demostrar la existencia del vínculo laboral que alega, por lo que si se encontró indebidamente fuera de planillas deberá utilizar indicios para cubrir con esta carga probatoria y esperar a que el juez “voltee la mirada” y exija al empleador demostrar que ha cumplido con el pago de los beneficios sociales a los que legalmente se encontraba obligado.

A guisa de ejemplo de los pronunciamientos en sede laboral ordinaria podemos citar a la Casación N° 2404-98-SANTA, en la cual la Corte Suprema de Justicia señaló que “(...) los derechos laborales son irrenunciables, siendo de aplicación el principio de primacía de la realidad, (...) que toda prestación personal de servicios es remunerada y subordinada, presumiendo la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”.

La Segunda Sala Laboral ha recogido este criterio en la Resolución de 24 de marzo de 2003 recaída en el Expediente N° 2414-2002 BE. (A/S)

al establecer que “la aplicación del principio de primacía de la realidad, por el cual, conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia laboral, lo que ocurra en la práctica es más importante y de mayor relevancia que lo que las partes han pactado en documento; que de acuerdo a dicha convicción también corresponde sostener que los recibos por honorarios de fojas cinco a sesenticinco distorsionaban y encubrían en esencia el pago de las remuneraciones, careciendo por ello de toda relevancia el hecho de no haberse efectuado los descuentos que proceden por todo pago de remuneraciones, si la razón fundamental de la defensa de la demandada es negar que mantuvo vínculo laboral con el actor (...)”.

La Primera Sala Laboral ha sostenido el mismo criterio en la resolución de 19 de diciembre de 2000 recaída en el Expediente N° 3661-2002-IND (S) al señalar que: “(...)Tercero: (...) al respecto cabe decir que este colegiado define el contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador quien a su vez se obliga a pagarle la remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración; cuarto: que, la prestación personal del servicio y la subordinación se prueba con los documentos que obran a fojas 07 y 08, los cuales demuestran que la accionante recibía órdenes de funcionarios de la demandada (...). Quinto: que, la percepción de una remuneración se acredita con los recibos que corren a fojas 27 y 28 debiendo tenerse presente que aun cuando la emisión de recibos por honorarios profesionales se ha efectuado cumpliendo las formalidades exigidas por la legislación tributaria, esto no los convierte en prueba de una relación de carácter civil, sino por el contrario son un indicador que el demandante percibía una retribución por sus servicios personales y subordinados; sexto: que, de conformidad con el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral– aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, razón por la cual de acuerdo a lo discernido en los considerandos cuarto y quinto y a la luz del principio de primacía

de la realidad (...) podemos concluir que existió un contrato de trabajo entre las partes del presente proceso. (...)”.

Es interesante comentar que la aplicación del principio de primacía de la realidad ha sido objeto de un pleno jurisdiccional realizado por los Vocales de las Salas Laborales del país el año 2000 en la ciudad de Tarapoto. En dicha reunión acordaron por unanimidad que “si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de primacía de la realidad y de irrenunciableidad sobre el de buena fe laboral que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan”.

Como se dijo anteriormente, el ámbito procesal constitucional y, puntualmente, el proceso de amparo, no es ajeno a este principio. Recordemos que, a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. (en adelante, “Caso Baylón”) precedente vinculante⁽²⁵⁾, la judicatura constitucional conoce de las demandas de amparo que cuestionan la amenaza o la violación del Derecho del Trabajo cuando ocurra un despido sin causa justa establecida por ley, un despido nulo o un despido fraudulento.

Así, frente a demandas de amparo en las que se cuestionaba el término de una relación formalmente civil cuando en la realidad de los hechos su naturaleza era laboral, el Tribunal Constitucional (TC), en aplicación del citado principio, ha dispuesto la reposición de los trabajadores demandantes por considerar que la conclusión unilateral del vínculo civil fue en la práctica un despido arbitrario. Es indudable que siendo el amparo un proceso judicial conceptualmente sumario frente al proceso laboral y que carece de una estación probatoria definida, existe una mayor exigencia probatoria al

(25) Para un mayor análisis de los supuestos de procedencia del proceso constitucional de amparo en materia laboral respecto al régimen laboral privado, véase nuestro trabajo “Criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido. A propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 147, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2006.

demandante, en este caso de la subordinación y de la conculcación a su derecho al trabajo.

En reiterada y uniforme jurisprudencia el TC ha sostenido que el principio de primacía de la realidad, “es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Expediente N° 1944-2002-AA/TC).

Podemos citar las resoluciones recaídas en los expedientes N°s 0833-2004-AA/TC, 2040-2004-AA/TC, 1869-2004-AA/TC, 3071-2004-AA/TC, 2491-2005-PA/TC, 2491-2005-PA/TC, 1259-2005-PA/TC y 03710-2005-PA/TC, en las que el TC se ha basado en el principio de primacía de la realidad para calificar una relación civil como laboral, y disponer la reposición del trabajador afectado por el despido arbitrario.

En dichas resoluciones, el TC ha señalado que un contrato civil en que la relación es de naturaleza subordinada debe considerarse como un contrato de trabajo de duración indeterminada, por lo que cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral solo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario.

Asimismo, el Colegiado afirma que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación civil configura un despido arbitrario, por lo que, teniendo en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional, procede la reincorporación del trabajador demandante.

- (ii) **Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT).**- Además del Poder Judicial, la AAT en el marco de una actuación inspectiva se encuentra facultada para aplicar el principio. En efecto, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo dispone en su artículo 2 que el principio de primacía de la realidad constituye un principio

ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo. La Ley señala que, “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”. La redacción del principio nos invita a reflexionar de que la pauta para su aplicación es lo que el inspector laboral constate en la diligencia inspectiva y no lo que indiquen las partes involucradas.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, el Decreto Supremo N° 009-2006-TR reitera que el principio bajo comentario rige el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran.

Dada la existencia de múltiples situaciones fraudulentas que se cometen contra los trabajadores, el Ministerio de Trabajo implementó en el año 2008 el Plan RETO, “Registro de Trabajadores Obligatorio”, lanzado por el Ministerio de Trabajo, cuyo objetivo es lograr la regularización de un número significativo de trabajadores en planilla en los próximos años. A partir del plan RETO se emitió la Directiva Nacional N° 08-2008- MTPE/2/11.4, que contiene información a tener en cuenta para la adecuada formalización de trabajadores en la planilla electrónica. Esta directiva presume que existe vínculo laboral cuando:

- a) No existe definición de la naturaleza jurídica del vínculo laboral entre el sujeto inspeccionado y el personal verificado en la visita inspectiva, sin que aquel se encuentre registrado en la planilla electrónica del centro de labores.
- b) El personal realiza una labor o presta servicios en un cargo, similar o equivalente, al de otro trabajador registrado en la planilla electrónica.
- c) Habiendo concluido el plazo contractual pactado para cualquier modalidad formativa laboral, o superados los límites legales, la persona continúa prestando servicios para el empleador que lo contrató.

- d) La labor realizada por el personal se encuentra dentro de un puesto de trabajo que califica como laboral o de carácter subordinado, pudiendo utilizarse las directivas internas u organigramas que definen los puestos de trabajo subordinados.
- e) Cuando la empresa usuaria o principal no acredita que el personal destacado o desplazado a su centro de labores lo hace bajo un contrato de intermediación laboral o tercerización de servicios.

(iii) **Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Tribunal Fiscal.**- por Ley N° 27334 del año 2000 se ampliaron las facultades de la Sunat encargándole también la administración de la contribución a EsSalud y de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales como sabemos gravan a las remuneraciones.

Debido a lo anterior, el ente recaudador fiscal se encuentra facultado para recaudar los tributos antes indicados, pudiendo efectuar fiscalizaciones a los empleadores para determinar si vienen cumpliendo con sus obligaciones tributario-laborales. En el caso de la contribución a EsSalud, recordemos que el empleador debe abonar directamente un aporte equivalente al 9% de las remuneraciones que pague a su personal (Ley N° 26790), mientras que para el Sistema Nacional de Pensiones, deberá retener el 13% de las remuneraciones que abone a sus trabajadores y trasladar dicho monto a la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

La aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de este ente recaudador, que en el Código Tributario se encuentra regulado como el principio de la realidad económica (Norma VIII)⁽²⁶⁾, se da cuando se detecta que el empleador contrata indebidamente locadores de servicios (autónomos) que en los hechos se encuentran subordinados a aquél. En estos casos la Sunat considerará que existe una relación laboral y requerirá al empresario el pago del tributo omitido, más intereses legales, imponiendo las multas correspondientes.

(26) Código Tributario. Norma VIII: Realidad Económica: Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

Debemos precisar que esta actuación de la Sunat es la que ha servido como un mayor incentivo para que las empresas dejen de lado conductas informales en relación con la contratación de personal. Los empleadores son conscientes que es más probable que los visite un inspector de Sunat que uno de la Autoridad Administrativa de Trabajo, debido a los mayores recursos con los que cuenta la entidad tributaria, así como al temor de que si se descubre la informalidad relativa a la contratación laboral, se inicie una auditoría general en materia de tributos que gravan las rentas empresariales (Impuesto a la Renta) o las ventas (IGV).

Es interesante comentar que el Tribunal Fiscal, al resolver las apelaciones de los administrados contra pronunciamientos de Sunat que aplicaban el principio de la realidad económica, haya reconocido que la subordinación es un elemento determinante de la relación laboral (Resolución N° 342-1-98 del 6 de mayo de 1998), y que existe la necesidad que Sunat acredite en forma fehaciente y caso por caso la existencia de una relación laboral (Resoluciones N°s 6433-93 de 22 de octubre de 1997, 881-4-97 de 14 de agosto de 1997, 1561-5-96 de 22 de agosto de 1996 y 919-5-97).

(iv) **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).** - El Indecopi también ha aplicado el principio bajo estudio, a partir de pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en casos relativos al reconocimiento de crédito laboral derivado de contrato de locación de servicios⁽²⁷⁾.

Por ejemplo, en la Resolución N° 0342-2010/TDC-INDECOPI del 16 de agosto de 2000, procedimiento seguido por Antonio Miguel Cantuarias Carlevarino y Alifia Antonieta Aliaga Tovar contra Hogar S.A., señaló lo siguiente:

"A criterio de la Sala, precisamente sobre la base del principio de primacía de la realidad, podría justificarse el reconocimiento de

(27) Criterio seguido en la Resolución N° 0337-1999/TDC-INDECOPI emitida por la Sala el 1 de octubre en el proceso de reconocimiento de créditos seguido por Eloy Quineche Rojas frente a Textil Calsa S.A. en liquidación.

créditos laborales por parte de la autoridad concursal sin que el órgano jurisdiccional deba intervenir para ello. Este caso se podría presentar cuando la autoridad concursal tenga la evidencia suficiente de la existencia de una relación de naturaleza laboral.

En ese sentido, contrariamente a lo argumentado por la Comisión, esta Sala considera que la autoridad concursal puede reconocer créditos de origen laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad (según el cual cuando existe discordancia entre lo real y lo formal debe prevalecer lo real), por lo que si bien existe documentación que podría sostener la apariencia de una relación de naturaleza civil en el presente caso (recibos por honorarios profesionales, constancia de servicios, certificado de retención a cuenta del Impuesto a la Renta de cuarta categoría)⁽²⁸⁾, las pruebas que acreditan la naturaleza laboral de la relación deben merituarse preferentemente, pues evidencian una realidad manifiesta propia de las actividades desempeñadas por los solicitantes a favor de la insolvente⁽²⁹⁾.

Pronunciamientos similares pueden encontrarse en la Resolución N° 0224-2000/TDC-INDECOPI del 7 de junio de 2000, N° 380-2000/TDC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2000.

Finalmente, conviene aclarar que a diferencia de la vigente Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809)⁽³⁰⁾, la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N° 845) no contenía una disposición expresa que habilitara a las Comisiones o al Tribunal del Indecopi a aplicar el principio de primacía de la realidad, por lo que el desarrollo es jurisprudencial como se habrá podido advertir.

-
- (28) Código Civil, Artículo 1764.- Por la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.
 - (29) Criterio seguido en la Resolución N° 0337-1999/TDC-INDECOPI emitida por la Sala el 1 de octubre en el proceso de reconocimiento de créditos seguido por Eloy Quineche Rojas frente a Textil Calsa S.A. en liquidación.
 - (30) Artículo 40: Para el reconocimiento de créditos de origen laboral y siempre que el acreedor lo haya invocado, la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas contractuales o apariencias que sustentan el crédito.

De lo expuesto en el presente acápite podemos concluir que el principio de primacía de la realidad constituye una herramienta jurídica fundamental para levantar el velo formal que cubre una determinada relación contractual y atender a lo que sucede en el terreno de los hechos. Para su aplicación, que duda cabe, deberá demostrarse a subordinación, ya sea a través de una prueba plena o indiciaria. Este principio ha sido y viene siendo ampliamente utilizado en nuestro país por su coherencia lógica y contundencia argumentativa.

Ahora bien, nuestra reflexión va un paso más allá, ¿qué sucede con quienes no pueden acreditar la existencia de subordinación, sea a través de una prueba plena o de indicios? ¿Acaso están condenados a carecer de protección por parte del Derecho del Trabajo? La respuesta es afirmativa a la luz de nuestra actual regulación procesal laboral y negativa a partir de la introducción de la presunción de laboralidad en nuestro país con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, como lo estudiaremos seguidamente.

III. ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: LA CARGA PROBATORIA DEL TRABAJADOR Y LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD REGULADA EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

La carga probatoria del demandante (trabajador o ex trabajador), como vimos, se encuentra contenida en el artículo 27.1 de la Ley Procesal del Trabajo, el cual dispone que corresponde al trabajador probar la existencia del vínculo laboral, luego de ello el empleador debe demostrar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, el convenio colectivo, costumbre, reglamento interno y contrato de trabajo.

Este mandato legal tiene por objeto que el demandante demuestre al menos en forma indiciaria la existencia de una relación sustantiva (de trabajo) con la parte demandada, pues de no llegarse a dicha conclusión de que en efecto las partes estuvieron vinculadas laboralmente, la materia controvertida no sería de carácter laboral y por ende revisable en el proceso laboral, sino en el civil.

Gómez Valdez⁽³¹⁾ afirma en relación con la probanza del vínculo laboral por el trabajador que esta "puede producirse a través de pruebas directas y que estén en posesión del trabajador, v.g., boletas de pago, memorandos, certificados o constancias de trabajo, órdenes de trabajo, (...) documentos que induzcan a pensar razonablemente de que ha existido una vinculación contractual, un contrato de trabajo (...)".

En efecto, el demandante puede acudir a una gama de medios probatorios lícitos⁽³²⁾ con la finalidad de satisfacer la carga probatoria que le franquea la LPT y trasladar al empleador el deber de demostrar que honró sus obligaciones laborales. Por ejemplo, para acreditar la prestación personal de servicios podrá presentar sus recibos por honorarios, un acta inspectiva laboral, una tarjeta de presentación emitida por la empresa que indique el cargo ocupado, la emisión de informes, correos electrónicos que demuestren que ejerció una actividad a favor de la empresa, entre otros. Por otro lado, para demostrar el pago de una retribución podrá valerse también de sus recibos por honorarios, recibos simples de pago, transferencias bancarias, constancias, etc., mientras que la demostración de la subordinación, elemento fundamental para acreditar la existencia de una relación laboral, podrá emplear informes, reportes, correos electrónicos o memorandos en lo que figuren instrucciones, entre otros.

Lo anterior no es sino una gama de indicios, que evaluados en su conjunto permitirán al trabajador satisfacer la carga probatoria, y que son generalmente utilizados en aquellos casos en los que el trabajador ha sido precariamente contratado (fuera de planillas) careciendo de medios de prueba directos como el contrato de trabajo, boletas de pago, certificados de trabajo, etc.

(31) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *La Ley Procesal del Trabajo*. 2^a edición actualizada, San Marcos, Lima, 2006, pp. 296-297.

(32) El artículo 29 de la Ley Procesal del Trabajo dispone que: "Los medios probatorios que se pueden ofrecer en el proceso laboral son todos los previstos en el Código Procesal Civil, con las precisiones que se señalan en esta Ley. Se actúan en la audiencia única con excepción de la inspección judicial, la pericia y la revisión de planillas cuando se realice en el centro de trabajo".

En esa medida, serán admisibles tanto los medios probatorios típicos regulados en el artículo 192 del Código Procesal Civil, como las declaraciones de parte, de testigos, documentos, pericia, inspección judicial, como los atípicos regulados en el artículo 193, el cual se refiere a aquellos auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios.

La pregunta que surge inmediatamente es ¿qué sucede si el demandante no satisface la carga probatoria prevista en el artículo citado?, es decir, si no acredita la existencia del vínculo laboral sea a través de medios de prueba directos o indiciarios. La respuesta no es positiva para el trabajador pues, dado que se trata de una carga probatoria, el no satisfacerla acarrearía la consecuencia de que el juez tendrá por no acreditada la existencia de un vínculo laboral y desestimará la demanda.

No olvidemos, sin embargo, que el principio protector del que se nutre la Ley Procesal del Trabajo impone al juez agotar los medios jurídicos para llegar a la verdad en el proceso, para lo cual, si no resulta completamente convencido de que la relación que vinculó a las partes fue de naturaleza civil merced al incumplimiento de la carga probatoria por el demandante, podrá disponer la actuación de prueba de oficio⁽³³⁾ como una diligencia investigatoria consistente en la absolución de preguntas por las partes, una inspección judicial o una inspección por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Ahora bien, si luego de evaluadas las pruebas aportadas por el demandante y las actuadas por el juez de oficio, el Magistrado llega a la convicción de que no se ha acreditado la existencia de una relación de trabajo, deberá desestimar la demanda, procediendo a archivar el proceso. La situación descrita puede ocurrir muchas veces en la práctica debido a la insuficiencia de medios de prueba con que cuenta el trabajador debido a que el nivel de encubrimiento de la relación laboral por parte del empleador ha sido de tal magnitud, que no ha dejado ningún indicio al alcance del trabajador que le permita luego satisfacer el *onus probandi* dispuesto por la norma procesal y hacer valer sus derechos. Se trata sin duda de un fraude laboral que deja en una situación de indefensión a la parte trabajadora y que nuestro ordenamiento procesal laboral ha omitido evaluar.

Sin embargo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo da un paso adelante al regular la presunción de laboralidad, a la que nos referiremos en el acápite siguiente.

(33) El artículo 28 de la LPT establece que “el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción”.

1. La presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

El artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que, “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

El artículo glosado evidencia el papel de interventor que asume el Estado, cuyos fines se asimilan al principio protector, reflejándose en la definición de normas, en su aplicación o interpretación y en la propia actuación del juez laboral. En otras palabras, es el juez laboral el llamado a aplicar dicho principio recogiendo las instituciones normativas del Derecho Procesal Laboral, como la presunción que comentamos y también a través de una visión crítica de los hechos sometidos a su conocimiento.

En esa medida, consideramos que el principio protector se deriva de la esencia de nuestro ordenamiento constitucional, siendo una legítima expresión de este el reconocimiento de la presunción de laboralidad por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

La presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la NLPT supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral, pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o ex empleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral, lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada, con la presunción únicamente se espera que acredite, aunque sea en forma indiciaria que prestó servicios en forma personal al demandado.

Esta facilitación o alivio tiene su sustento jurídico en el despliegue del principio protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país en lo que a contratación laboral se refiere, constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de

locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial.

Asimismo, un sustento adicional de la presunción es el ya comentado, y lamentablemente difundido, fraude a ley al momento de contratar a un trabajador.

El fraude a la ley, como lo señala el profesor Neves, consiste en “eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura)”⁽³⁴⁾. En el caso que nos ampara, la ley defraudada sería la que regula la contratación laboral mientras que la ley de cobertura sería la regulación sobre el contrato de locación de servicios (Código Civil).

En nuestro ejercicio profesional nos hemos topado con una realidad que aún impera en nuestro país, la contratación de falsos trabajadores autónomos, bajo el absurdo argumento de ahorrar el costo laboral que supone su incorporación en planillas. Inicialmente las empresas exigían que estos “locadores de servicios” se inscribieran en el Registro Único de Contribuyentes, a cargo de Sunat, obtuvieran un número de registro y tramitaran sus recibos por honorarios, los cuales servían como sustento de la retribución abonada. Los falsos autónomos reunían sus recibos consecutivos, lo cual acreditaba continuidad en el servicio, así como un fotocheck, una tarjeta de asistencia, un memorándum o algún indicio más y ya tenían sustento suficiente para plantear su demanda laboral a efectos de ser reconocidos como trabajadores de su cliente.

Actualmente, estamos experimentando una sofisticación en el tratamiento de los falsos autónomos, pues la imaginación perversa de algunos malos empleadores los lleva a exigir recibos por honorarios de terceros, o pagar el dinero mediante un sobre sin registro alguno, así como evitar la creación de indicios de subordinación, con la finalidad de dejar sin sustento cualquier demanda laboral. Inclusive, ante la presencia de inspectores laborales se ha generado la costumbre de desalojar a los falsos autónomos por puertas traseras, o esconderlos en los baños de los centros de trabajo.

(34) NEVES, Javier. Ob. cit., p. 35.

Frente a ello consideramos que resulta necesaria una medida como la presunción laboral para evitar que verdaderos trabajadores se encuentren extramuros del Derecho del Trabajo frustrándose la finalidad protectora de este, al no poder demostrar la existencia de una relación laboral⁽³⁵⁾.

Como acertadamente opina Sanguineti, “la denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconveniente, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo (...)”⁽³⁶⁾.

Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza, por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. Este principio de prueba constituye en la demostración de la prestación de servicios a beneficio de quien es pretendidamente el empleador⁽³⁷⁾.

Esta exigencia indiciaria evidencia que la presunción no supone una inversión en la carga probatoria sino más bien una alteración del contenido de la prueba, “sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de esta última (hecho base de la presunción)”⁽³⁸⁾.

En cuanto a la operatividad práctica de la presunción de laboralidad en un proceso laboral, creemos que el demandante deberá acreditar entonces, la prestación personal de servicios, pudiendo su demostración ser en forma indiciaria, utilizando, por ejemplo, recibos por honorarios, correos electrónicos, cartas a proveedores, comunicaciones de terceros dirigidas a la empresa pero a la atención del demandante, entre otros.

(35) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú”. En: *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 3, Lima, 2003, p. 43.

(36) Ídem.

(37) Ibídem, p. 44.

(38) Ibídem, p. 45.

Lo anterior supondrá demostrar desde cuando inició sus servicios, para fijar una fecha inicial para efectos de la determinación de los beneficios laborales adeudados por el empleador, pues a partir de ahí la presunción entiende que estos han sido indeterminados. Quedará a cargo del empleador demostrar el pago de los beneficios laborales y el estado del vínculo laboral, es decir, si se encuentra vigente o si ya concluyó, y en este último caso la causa del despido o el motivo del cese.

Dado que la presunción admite prueba en contrario, se encontrará a cargo del empleador demandado no solamente negar la existencia de una relación laboral sino demostrarlo, pues, si no cumple con su carga probatoria entonces el resultado del proceso le será desfavorable, viéndose condenado al pago de los beneficios sociales reclamados por el demandante.

Si el demandado pretende rebatir la presunción relativa de la naturaleza indeterminada de la relación laboral, deberá acreditar la celebración de contratos sujetos a modalidad (plazo fijo), debida y objetivamente justificados (causados) y demostrar que cumplió con las formalidades previstas por el ordenamiento laboral.

Somos de la opinión, que la presunción resulta apropiada en razón a la necesidad de facilitar la actuación probatoria del trabajador o ex trabajador demandante debido a la desigualdad natural de la relación laboral aunada a la informalidad existente en nuestro país que se traduce en un uso fraudulento de la contratación independiente con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales cuya probanza resulta difícil para el trabajador.

CONCLUSIONES

El empleo de falsos autónomos para encubrir ilícitamente relaciones de trabajo (fraude a la ley) se ha vuelto más intenso y recurrente en nuestro país, siendo el principal objetivo de esta medida el ocultamiento de la subordinación.

Siendo la subordinación la nota esencial de la relación laboral, el uso de medidas cada vez más sofisticadas para evitar que despliegue sus efectos por parte de malos empleadores complica las posibilidades del

trabajador de recurrir a los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela judicial efectiva a partir del reconocimiento de su condición de tal.

Esta realidad innegable constituye a nuestro entender una justificación para considerar la regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la presunción de laboralidad, la cual constituye una facilitación probatoria para aquel trabajador que se ve perjudicado por el “ingenio” de su empleador al ocultar la subordinación. La Nueva Ley Procesal señala que bastará con acreditar la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de un contrato indeterminado, salvo prueba en contrario del empleador.

Esta presunción, que se sustenta jurídicamente en el Principio Protector, resulta a nuestro entender oportuna, operando como un mecanismo de tutela al trabajador que se encuentra imposibilitado de probar la subordinación. En efecto, la carga probatoria que la Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 26636, contempla para el trabajador, al exigirse acreditar la existencia de una relación laboral, se ha vuelto de más difícil cumplimiento luego de catorce años de vigencia de la norma procesal, dada la sofisticación de los malos empleadores que a toda costa buscan negar que la relación contractual es de naturaleza laboral.

Esta negativa parte del error conceptual de que la informalidad, al no incorporar al trabajador en planillas, generará un ahorro en costos laborales. ¿De qué ahorro estamos hablando si este proceder generará trabajadores desmotivados y no identificados con los objetivos empresariales, o colocará una espada de Damocles sobre el empleador pues podrá ser objeto de sanciones por la Autoridad Administrativa de Trabajo o de sentencias condenatorias por el Poder Judicial? Debe desterrarse esta equivocada forma de ver al contrato de trabajo y formalizarse a los trabajadores, pues las consecuencias a la larga serán perjudiciales para el empleador.

Ahora bien, no debemos negar, que pueden ocurrir situaciones en las que algún litigante de mala fe, que en la realidad de los hechos (primacía de la realidad) es autónomo, pretenda valerse de la presunción para obtener algún beneficio patrimonial a costa del empleador.

En estos casos, asumimos serán más fácilmente detectados por el Juez dado su nuevo rol con la Nueva Ley Procesal, que exige una mayor compenetración y conocimiento de los expedientes, debe llevar a la sanción de este litigante⁽³⁹⁾ pues resulta totalmente injusto activar la maquinaria jurisdiccional con la única finalidad de obtener dinero mediante un empleo indebido de las instituciones de tutela del trabajador previstas en el ordenamiento procesal como la presunción de laboralidad.

No negamos que la regulación de la presunción de laboralidad podría prestarse a conductas como las descritas en el párrafo precedente (mala fe, uso abusivo) pero creemos que estas no constituyen la regla y no deberían justificar el rechazo a esta institución, por el contrario, su razón de ser descansa en el ya comentado fraude laboral en la contratación de personal.

La regulación de la presunción de laboralidad exige entonces una actitud responsable por parte de los asesores legales de estos trabajadores, quienes deberán evitar su uso indebido cuando sean conscientes de que la relación jurídica es verdaderamente autónoma, de lo contrario y si pese a ello insisten en plantear reclamaciones judiciales, deberán ser sancionados por la autoridad.

La presunción también requerirá que los jueces actúen sesudamente en su aplicación, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle dicha actividad, por lo que se esperará que este demuestre que ha prestado servicios al demandado, activándose seguidamente la carga probatoria del empleador que pasa por demostrar que cumplió con sus obligaciones como tal, y si el vínculo se encuentra vigente o no, y la causa de su terminación.

No queremos dejar de comentar que al final del día la presunción de laboralidad supone la plasmación de algo que hemos venido corroborando en la práctica, la existencia de fallos a favor de demandantes con

(39) La Nueva Ley Procesal del Trabajo en su artículo 15 establece la facultad de los jueces de multar a aquellos litigantes que actúen con temeridad o mala fe procesal.

la sola acreditación de la prestación personal pese a que nuestra actual Ley Procesal requiere acreditar la subordinación. Esta situación, criticable para algunos, se sustenta en la necesidad de otorgar tutela al trabajador desvalido de medios de prueba, de ahí que, con la presunción se otorga respaldo normativo a dicho criterio jurisdiccional.

En suma, respaldamos la regulación de la presunción de laboralidad, como alternativa a la carga probatoria que contempla actualmente el artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo, y estaremos atentos a la casuística que se generará por su uso en los tribunales, pues ahí se podrá advertir la pertinencia práctica de su regulación.

La prueba de la existencia de una relación laboral para acceder a una pensión de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César ABANTO REVILLA^(*)^(**)

La prueba de la relación de trabajo también reviste suma importancia cuando se decide reclamar el pago de una pensión de seguridad social. Por ello, en el presente trabajo el autor analiza los requisitos formales que se han ido fijando mediante los fallos del Tribunal Constitucional, posteriores y complementarios al precedente de la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC (y su resolución aclaratoria). A través de estos criterios, se han señalado los documentos con los cuales se puede acreditar la existencia de una relación laboral (y las aportaciones a un régimen previsional) para acceder a una pensión de seguridad social, criterios que son de aplicación tanto para el Sistema Nacional de Pensiones como para el Sistema Privado de Pensiones, particularmente para la emisión del bono de reconocimiento (y los bonos complementarios), relevantes al momento de la jubilación como del trámite de desafiliación antes mencionado.

(*) Profesor de Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Abogado Asociado del Estudio González - Consultores Laborales. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

(**) El autor agradece la invaluable colaboración de Jonathan Pachas Ventura, Bachiller de Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos e integrante del Taller de Derecho Laboral Jean Claude Javillier, en la elaboración del presente comentario.

I. BREVE PANORÁMICA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

Para iniciar este trabajo, resulta necesario dejar constancia que en la actualidad (y desde finales de 1992) coexisten en nuestro país dos regímenes de pensiones de manera paralela: el público y el privado.

El régimen público, que funciona bajo el modelo del sistema de reparto, está –a su vez– conformado por tres regímenes⁽¹⁾:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP)
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos⁽²⁾.

El Sistema Privado de Pensiones (SPP), que funciona bajo el modelo de la capitalización individual, fue creado⁽³⁾ el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el régimen impuesto en Chile a inicios de los ochenta, por el cual se traslada la administración de las aportaciones y las pensiones de los trabajadores a empresas privadas (denominadas AFP), que funcionan bajo la supervisión del Estado⁽⁴⁾.

En tal sentido, todo trabajador público o privado que inicie su actividad laboral de manera dependiente (pues la afiliación de los trabajadores

(1) Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de octubre de 2003) los servidores y funcionarios diplomáticos contaban con un régimen de pensiones especial, regulado por el Decreto Legislativo N° 894 (sus antecedentes: Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), que se mantiene solo para aquellos que antes de su derogatoria cumplieron sus requisitos.

(2) Régimen cerrado de manera definitiva a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389. En la actualidad es administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, que ha delegado en las entidades estatales de origen (bajo su supervisión) la calificación y pago de sus prestaciones.

(3) Cabe recordar que el 11 de noviembre de 1991 fue creado inicialmente por Decreto Legislativo N° 724 un SPP, pero bajo las pautas fijadas en la Constitución de 1979, por lo cual no llegó a entrar en funcionamiento formalmente en ese momento.

(4) A través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que reemplazó a partir del 25 de julio de 2000 (Ley N° 27328) a la extinta Superintendencia de AFP (SAFP).

independientes es de carácter voluntario) deberá elegir⁽⁵⁾ entre el SNP o el SPP (AFP).

El SNP fue creado el 24 de abril de 1993 por el Decreto Ley N° 19990, con el fin de unificar en un solo régimen las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y los empleados, que entonces recibían un tratamiento legal diferenciado⁽⁶⁾.

En la actualidad, y desde el 1 de enero de 1995, dicho régimen es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal descentralizada del Sector Economía que ha reemplazado en dicha labor al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que durante muchos años fue considerado uno de los entes burocráticos más ineficientes a nivel nacional (incluso mundial)⁽⁷⁾.

Tiene a su cargo 448,895 pensionistas (al mes de mayo de 2010)⁽⁸⁾ y registra poco más de un millón de asegurados, de los cuales apenas la mitad cotiza de manera efectiva, lo cual genera al Estado un déficit que es atendido por el Tesoro Público mediante la transferencia promedio mensual de US\$ 50 000 000.

El SPP está conformado por cuatro AFP (Horizonte, Integra, Prima y Profuturo) que registran 4'540,512 afiliados y un fondo de pensiones de S/. 70,130 000 000 (al mes de junio de 2010)⁽⁹⁾.

(5) De acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 16 de la Ley N° 28991 (Ley de Libre Desafiliación Informada) publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibirá un Boletín Informativo sobre las características de los sistemas pensionarios vigentes: a partir de su entrega tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión en dicho plazo será afiliado al SPP.

(6) ROMERO MONTES, Francisco. *La Jubilación en el Perú*. Servicios Gráficos José Antonio, Lima, 1993, p. 74; FALCÓN GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco. *Manual de Seguridad Social*. Editora Normas Legales, Trujillo, 1994, p. 54.

(7) En el periodo 1981-1988, el Perú registró una de las rentabilidades más bajas del mundo (-37.4%), como se aprecia en: BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press, Washington, 1994, p. 110 (Gráfico 3.7).

(8) <<http://www.onp.gob.pe/inicio.do>> (índice de cuadros estadísticos).

(9) <http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=150>.

Cabe precisar que su implementación en el Perú fue muy cuestionada, al haber sido prácticamente impuesto sin un mayor debate y omitir, desde su origen, elementos que eran básicos para su adecuado funcionamiento, como la pensión mínima, que recién fue incorporada hacia julio de 1995 (Ley N° 26504), pero cuyo desarrollo operativo se dio en enero de 2002 (Ley N° 27617), casi una década después de su creación.

Esta situación ha originado una serie de reclamos, sobre todo de aquellos que fueron afiliados sin una correcta información acerca de las ventajas del régimen, razón por la cual desde finales de los noventa un grupo de asegurados ha pugnado por su retorno al SNP, habiéndose emitido en marzo de 2007 una norma (Ley N° 28991) que regula expresamente las causales en mérito a las cuales se puede gestionar la desafiliación de una AFP. Esta norma se aplica de manera conjunta con los precedentes que sobre la citada materia (desafiliación) ha emitido el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾.

De lo expuesto en los puntos precedentes, se aprecia que el trabajador común deberá elegir entre el SNP o el SPP al iniciar su actividad laboral, pudiendo pasar del régimen público al privado (AFP) sin restricción, pero en sentido contrario solo en determinados supuestos previstos por ley o la jurisprudencia vinculante.

Efectuada esta rápida revisión del sistema de pensiones peruano, nos ocuparemos en el presente trabajo en analizar los requisitos formales que se han ido fijando mediante los fallos del Tribunal Constitucional, posteriores y complementarios al precedente de la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC⁽¹¹⁾ (y su resolución aclaratoria), a los documentos con los cuales se puede acreditar la existencia de una relación laboral (y las aportaciones a un régimen previsional) para acceder a una pensión de seguridad social, criterios que son de aplicación tanto para el SNP como para el SPP, particularmente para la emisión del Bono de Reconocimiento (y los Bonos Complementarios), relevantes al momento de la jubilación como del trámite de desafiliación antes mencionado.

(10) STC Exp. N° 1776-2004-AA/TC, N° 7281-2006-PA/TC y N° 0014-2007-PI/TC.

(11) Proceso de amparo seguido por Alejandro Tarazona Valverde contra la ONP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de octubre de 2008.

II. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PREVISIONAL

Hasta hace algunos años la jurisprudencia era apenas reconocida como una fuente del Derecho que constituía en el Perú una base de consulta meramente referencial, pues no constituía precedente de observancia obligatoria para la judicatura⁽¹²⁾, situación que ha variado drásticamente en el campo que nos aboca (la materia previsional), al punto de que los fallos uniformes del Tribunal Constitucional han originado inclusive la emisión de normas legales que han variado algunos criterios administrativos de larga data⁽¹³⁾.

Revisar la evolución jurisprudencial en materia previsional, resulta indispensable para los abogados, magistrados, funcionarios públicos y todos aquellos vinculados con este tema, pues nos permite proyectar con cierto margen de certeza el resultado final de cada proceso judicial, lo cual es de importancia si se considera que la existencia de una nueva pretensión puede originar la interposición de miles de nuevas demandas⁽¹⁴⁾, como bien puede dar cuenta tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, cuya mayor carga es precisamente el tema pensionario (un poco más del 60%).

Lo expuesto, se ve reforzado por lo señalado en el fundamento 60 del fallo recaído en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama

-
- (12) Recién en 1993, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, se establecen los precedentes de carácter obligatorio derivados de los plenos casatorios (artículo 400). En sentido similar, en 1995 la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) dispuso que los Jueces y Tribunales interpretarían y aplicarían las normas de acuerdo a los criterios por dictados por el supremo intérprete de la Constitución. En igual sentido se pronuncia la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional).
 - (13) Claro ejemplo de ello son las Leyes N° 27561 (que dispuso una revisión administrativa de oficio a todos los casos en los cuales se hubiera aplicado indebidamente el Decreto Ley N° 25967, según las pautas fijadas por la STC Exp. N° 0007-96-I/TC) y N° 28407 (que habilitó la revisión administrativa de aquellos casos en los que se hubiera declarado la pérdida de validez de las aportaciones al SNP, por aplicación de las Leyes N° 8433 y N° 13640), así como el Decreto Supremo N° 150-2008-EF (que ordena el allanamiento en los reclamos derivados de la Ley N° 23908, bajo los criterios fijados por la STC Exp. N° 5189-2005-PA/TC).
 - (14) Una muestra de lo expuesto lo constituye el fallo recaído en la STC Exp. N° 0703-2002-ACTC, relativa a la aplicación de la Ley N° 23908 (sobre pensión mínima y reajuste con prioridad trimestral), que fue publicada el 20 de enero de 2003 en el diario oficial *El Peruano*, a partir de la cual se interpusiera cerca de 70,000 demandas judiciales en un lapso de apenas tres años.

Hernández contra la ONP, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC⁽¹⁵⁾, que precisó que los criterios fijados por el Tribunal Constitucional en materia previsional serían de observación obligatoria (y vinculante) para todos los órganos jurisdiccionales, incluidos los jueces ordinarios (laborales, contenciosos, etc.), lo que resulta de importancia en la actualidad, pues debido a la sobrecarga procesal el tema pensionario se discute en sede civil, constitucional, contenciosa y laboral.

En el campo de las pensiones, hemos asistido –desde mediados de la década de los noventa– a una verdadera revolución jurisprudencial que ha ido forjando las bases de la aplicación e interpretación de las normas previsionales, que en este caso –como se ha adelantado– nos resulta pertinente en cuanto a la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, su resolución aclaratoria y los fallos posteriores y complementarios que se pronuncian en relación a las reglas para la acreditación de la existencia de una relación laboral que habilite el acceso a una pensión de la seguridad social.

III. LAS APORTACIONES PENSIONARIAS: CONCEPTO, FINALIDAD Y RELEVANCIA

En el SNP y el SPP se regulan tres tipos de prestaciones: **(i)** Pensión de invalidez, que se otorga al asegurado con incapacidad física o mental declarada mediante certificado de una Comisión Médica; **(ii)** Pensión de jubilación, que se reconoce en favor del asegurado que cumple la edad avanzada (vejez) prevista por ley; y, **(iii)** Pensión de sobrevivientes, que se pagará a determinados familiares del pensionista o asegurado que fallece, siempre que a la fecha de deceso del causante cumplan ciertos requisitos. En esta prestación se comprende a las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes.

Para acceder en el SNP a alguna de estas pensiones⁽¹⁶⁾ es necesario que el asegurado haya acreditado una cantidad de años de aportaciones,

(15) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

(16) Para que los derechohabientes del asegurado o pensionista tengan acceso a una pensión derivada o de sobrevivientes, será necesario que el causante hubiera tenido (al fallecimiento) derecho a pensión de invalidez o jubilación (Decreto Ley N° 19990, artículo 51, inciso a).

de acuerdo con los supuestos fijados por ley (Régimen General, Pensión Adelantada, etc.).

Las aportaciones, según establece el artículo 7 del Decreto Ley N° 19990, constituyen un porcentaje de la remuneración asegurable que percibe el trabajador⁽¹⁷⁾, y dentro de la estructura del SNP representa no sólo uno de los requisitos básicos para acceder a una pensión, sino una de sus fuentes principales de financiamiento.

En efecto, en la medida que el SNP funciona como un fondo común al cual aportan todos los asegurados y del cual se obtendrán los recursos dinerarios para el pago de las pensiones de sus actuales beneficiarios, los aportes cumplen un rol fundamental, al al constituir –al menos en teoría– la base financiera del sistema: los trabajadores de hoy permiten (con sus aportes) que se pague a los actuales pensionistas, como en el futuro sus pensiones serán pagadas por los entonces asegurados (sistema de reparto colectivo que en la práctica es graficado con la frase: *pay as you go*).

En el tiempo, se han presentado diversos problemas administrativos de interpretación y aplicación normativa relacionados con las aportaciones, que luego se han derivado al Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, conflictos que solucionados en parte con la dación del Decreto Supremo N° 082-2001-EF o la Ley N° 28407, pero que a la vez han generado paralelamente el incremento de los casos de falsificación de certificados de trabajo y los demás documentos con los cuales los asegurados pretenden acreditar su relación laboral (y las aportaciones al SNP), derivando en procesos penales y en la suspensión del pago de pensiones, en el caso de presuntas irregularidades.

De ahí la relevancia de la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, su resolución aclaratoria⁽¹⁸⁾ y los fallos posteriores y complementarios, en tanto fijan los criterios para el reconocimiento de una relación laboral (y las aportaciones) en el SNP (extensibles para determinados casos al SPP) sino también los requisitos formales que deben cumplir los

(17) A partir del 1 de enero de 1997 el porcentaje de aportación en el SNP es el 13% mensual, de acuerdo a lo establecido por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 26504.

(18) Publicada el 16 de octubre de 2008 en la página web del Tribunal Constitucional.

documentos con los cuales se dará dicha acreditación: certificados de trabajo, boletas de pago, etc.

Cabe destacar, que el asegurado (en el SNP) no tiene la obligación de acreditar que el empleador habría efectuado el pago de sus aportaciones (en tanto actúa como agente retenedor) sino solamente la existencia de una relación laboral (Decreto Ley N° 19990, artículo 70), correspondiéndole al Estado repetir contra dicho empleador para cobrar las cotizaciones impagadas al fondo de pensiones.

Esta norma fue modificada por la Ley N° 28991, sin embargo, en los fundamentos 13 a 20 de la STC Exp. N° 04762-2007-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha ratificado que el trabajador no es el responsable de acreditar el pago de las aportaciones, pues ello era una obligación a cargo de su empleador (bajo la supervisión del Estado).

IV. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JUDICIALES EN MATERIA DE APORTACIONES

De manera general podemos identificar a los siguientes reclamos como las principales pretensiones formuladas ante el Poder Judicial en materia de aportaciones, a lo largo de los últimos diez años:

1. Pérdida de validez de las aportaciones (obreros)

Desde mediados del siglo pasado, hasta la aprobación del Decreto Ley N° 19990, se ha dado un tratamiento diferenciado a las normas relativas al campo de las pensiones, cambios que se justifican por la consideración de dicha prestación como un derecho fundamental, pues en un principio se trataba de un derecho común, similar a los demás, y como tal, sujeto a las modalidades, gravámenes y/o plazos que las normas de ese entonces les imponían.

En efecto, a mediados de los años treinta se dictó la Ley N° 8433, norma que reguló las primeras disposiciones jubilatorias para los trabajadores particulares obreros⁽¹⁹⁾, en las cuales se señaló un periodo de

(19) Hasta entonces solo existía en el Perú la Ley de Gores del Gobierno de Ramón Castilla (1850), que beneficiaba exclusivamente a los servidores y funcionarios públicos.

validez para los aportes. En su artículo 23 se indicaba que si el trabajador dejaba de laborar por un periodo igual o mayor a la tercera parte del periodo anteriormente cotizado, dichas aportaciones primigenias perderían su validez. Por ejemplo, si Juan Pérez laboró como obrero desde 1940 hasta 1946 (6 años) y dejó de trabajar (y cotizar) por 2 o más años, los aportes iniciales perderían su validez para cualquier efecto.

En igual sentido, el artículo 95 del Reglamento de la Ley N° 13640⁽²⁰⁾, que estableciera las nuevas disposiciones relativas a los trabajadores obreros, señaló que el plazo de validez de las aportaciones sería igual a una mitad del periodo anterior en que el trabajador hubiera cotizado. Por ejemplo, si Juan Pérez laboraba una cantidad de años (digamos 8) y dejaba de aportar por un periodo igual o mayor a la mitad (digamos 5 años), los años cotizados inicialmente perderían validez.

Dicha situación, en la cual los años de aportación o cotización se sujetan a un plazo, que en la actualidad nos parecería absurda, pues entendemos a la pensión como un derecho fundamental inalienable e imprescriptible, sí era válida en esa época, e incluso coincidente con el criterio fijado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en los Convenios Internacionales N° 35, 36, 37, 38, 39 y 40, que fueran incorporados en la legislación nacional con las Resoluciones Legislativas N° 10195 y N° 13284.

Este criterio fue aplicado por el IPSS y la ONP a los asegurados que habían aportado en fechas previas al 1 de mayo de 1973 en calidad de obreros, bajo la Ley N° 8433 y el Reglamento de la Ley N° 13640, ante lo cual los reclamantes recurrieron ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, obteniendo fallos favorables⁽²¹⁾, que al ser reiterados a lo largo de los años originan la emisión de una norma (Ley N° 28407)⁽²²⁾ que obliga al reconocimiento en sede administrativa de los años de aporte sancionados con pérdida de validez en mérito a las dichas leyes.

(20) Aprobado por Decreto Supremo del 7 de agosto de 1961.

(21) Por todas, la STC Exp. N° 0377-2001-AA/TC publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de febrero de 2002.

(22) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2004.

La entidad estatal sostenía que las citadas normas (y sus efectos) operaron de pleno derecho en el momento que los asegurados (trabajadores obreros) dejaron de aportar por el periodo a que se hacía referencia. En contraposición, el Tribunal Constitucional se remite al artículo 57 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, norma que precisaba que las aportaciones no perderían validez, por tanto, tal sanción devenía nula, a menos que hubiera sido declarada la caducidad de dichas cotizaciones mediante una resolución administrativa expresa de fecha anterior al 1 de mayo de 1973.

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 28407 no se aplica administrativamente la declaración de pérdida de validez de los años aportados como obrero en mérito a las Leyes N° 8433 ni N° 13640, por lo que de existir aún una resolución que se pronuncie en dicho sentido deberá reclamarse su revisión ante la ONP.

2. Fecha de inicio de cotización para pensiones (empleados)⁽²³⁾

La seguridad social en materia de pensiones surgió formalmente en el Perú hacia 1850, al dictarse durante el gobierno del General Ramón Castilla la Ley General de Goces, Cesantía y Montepío, que solamente fuera aplicable a los servidores o funcionarios públicos, siendo recién el 12 de agosto de 1936 (86 años después), con la creación del Seguro Social Obrero (Ley N° 8433), que los trabajadores particulares accedieron a dicho derecho.

Como hemos señalado anteriormente, hasta inicios de los años setenta existió un trato legal diferenciado para los obreros y los empleados en el ámbito previsional, por lo tanto, esta pretensión se refiere a la determinación de la fecha en la cual se deben empezar a reconocer la existencia de cotizaciones pensionarias de los empleados, quienes recién se incorporaron al sistema previsional el 1 de octubre de 1962.

(23) Para profundizar sobre este tema: LÓPEZ TRIGOSO, Edwin. "Sobre el régimen pensionario de los empleados particulares y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 117, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Junio de 2008, pp. 283-297.

En el año 1949 se dictó la Ley N° 10941, que dispuso la creación de la Caja Nacional del Seguro Social del Empleado, sin embargo, en el artículo 2 de la citada norma se precisaba que las contribuciones transitorias efectuada por los trabajadores, los empleadores y el Estado, serían destinadas a la edificación y equipamiento de los hospitales. Por lo tanto, las prestaciones reconocidas por dicha norma se limitaban al campo de la salud, sin mencionar la existencia de cotizaciones, aportes o conceptos similares relacionados con el beneficio de la pensión.

El 18 de noviembre de 1961 se promulga la Ley N° 13724 (Ley del Seguro Social del Empleado), con el fin de reestructurar los preceptos fijados por la norma precedente, sin embargo, fue con el Decreto Supremo s/n del 11 de julio de 1962 (que se emitió a partir de la autorización dispuesta por la Ley N° 14069) que se dictan las disposiciones adicionales de la Caja de Pensiones que harían mención a dicha prestación, al señalar en el artículo IV de sus Disposiciones Generales y Transitorias, lo siguiente:

“Artículo IV

Las cotizaciones que se establece en la presente Ley se devengarán a partir del primer día del tercer mes siguiente al de su promulgación y las prestaciones se otorgarán a partir de la misma fecha, con excepción de aquellas para las que esta Ley establece plazos determinados”.

De la norma transcrita, que complementó a la Ley N° 13724 en el tema relativo a la Caja de Pensiones, se aprecia que la fecha de inicio de la cotización pensionaria de los trabajadores empleados fue recién a partir del 1 de octubre de 1962, es decir, a los tres meses siguientes a la promulgación del Decreto Supremo bajo comento.

Como se aprecia de los puntos precedentes, en materia de pensiones se produjo en el Perú una evolución legal que se inició en 1850 (circunscrita a los funcionarios públicos) que recién fue ampliada a los trabajadores particulares en 1936 (para los obreros) y en 1962 (para los empleados). Esta circunstancia tiene sentido a la luz del principio de la universalidad, en mérito al cual la protección de la seguridad social (en este caso en lo relativo a las pensiones) busca extenderse a

todos los ciudadanos, sin embargo, ello se produce de manera gradual o progresiva.

En suma, el 1 de octubre de 1962 es la fecha que debería ser considerada tanto en la sede administrativa como judicial, como el inicio de reconocimiento de las cotizaciones o aportaciones para pensión de los trabajadores en condición de empleados, pues los aportes previos a dicha fecha fueron para las prestaciones e infraestructura de salud⁽²⁴⁾.

Dejamos constancia que esta pretensión no ha sido incluida dentro de los supuestos a que alude la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC y su resolución aclaratoria, por tanto, no se deben aplicar las reglas establecidas en dicho precedente a las demandas vinculadas a la aplicación de la Ley N° 13724 y sus normas complementarias.

3. La falta de acreditación documentaria de las aportaciones

En este supuesto se encuentran los asegurados que no pueden acreditar (mediante la documentación legalmente permitida) los años laborados para uno o más empleadores, pues no cuentan con planillas, liquidaciones de beneficios sociales, liquidaciones de CTS, boletas de pago de remuneración, etc.

Cuando el asegurado se acerca a la ONP para solicitar el otorgamiento de su pensión, la entidad efectúa las acciones dirigidas a coetear la coincidencia de la información que este ha brindado con la documentación que se pueda recabar en las oficinas de cada uno de sus ex empleadores a través de visitas inspectivas, sin embargo, en muchas ocasiones ello no puede concretarse pues el empleador ya no existe (cerrando su negocio de manera informal, sin un proceso de disolución y liquidación de por medio) o de existir aún no cuenta con dicha documentación.

(24) En sentido contrario se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06239-2005-PA/TC, publicada en su página web el 13 de julio de 2007, que aplica erróneamente el artículo 57 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, que no resulta relevante en este caso, pues se discute la fecha de inicio de las aportaciones de los trabajadores empleados, mas no la pérdida de validez de dichas cotizaciones.

En estos casos, los asegurados recurren ante el Poder Judicial para que se reconozca los años laborados que les permitan acceder a pensión, sin embargo, en la mayoría de procesos se presenta el mismo problema que fuera detectado en sede administrativa: los empleadores ya no existen o no tienen los documentos que sustenten la existencia de la relación laboral (y las aportaciones).

Esta situación origina que algunos asegurados, en la desesperación por obtener una pensión, recurran a personas que les ofrecen certificados de trabajo, boletas de pago, libros de planillas u otros documentos falsificados, que son presentados junto con sus demandas, principalmente a través del proceso de amparo constitucional, que por su celebridad carece de estación probatoria en la cual puedan ser cuestionados (tachados) por el Estado y/o contrastados por el juzgador.

Es ante el incremento de estos casos de falsificación de documentos (especialmente de los certificados de trabajo) que el artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990 fue modificado por el Decreto Supremo N° 063-2007-EF (Reglamento de la Ley N° 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada), excluyéndose de manera implícita a los citados certificados como elementos de prueba de los años laborados o aportados: ni siquiera se les mencionó como medios probatorios complementarios. El texto de la citada norma, tras la modificatoria señalada, fue el siguiente:

Artículo 54.- Para acreditar los períodos de aportación de conformidad con el artículo 70 del Decreto Ley N° 19990, la Oficina de Normalización Previsional, tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Para los períodos de aportaciones devengados hasta el mes de marzo de 2007: Los períodos de aportación se acreditarán con el Sistema de la Cuenta Individual de la SUNAT, por períodos comprendidos a partir de julio de 1999, mientras que los períodos anteriores se acreditarán con los libros de planillas de pago de remuneraciones de los empleadores, llevados de conformidad con las disposiciones legales aplicables, declarados por el asegurado al inicio del trámite de pensión. De no contarse con los mencionados documentos se considerará supletoriamente, además de

la inscripción del asegurado en ORCINEA (...) cualquiera de los siguientes documentos:

- Las boletas de pago de remuneraciones, debidamente firmadas y/o selladas por el empleador.
- Liquidación de Beneficios Sociales debidamente firmada y/o sellada por el empleador.
- Declaración Jurada del Empleador (...).
- Informes de verificación de aportaciones emitido por la ONP dentro del proceso de otorgamiento de pensión.
- Declaraciones Juradas del asegurado de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto Supremo N° 082-2001-EF.
- Documentos probatorios de aportaciones emitidos por el ex IPSS o ESSALUD (...).

El Decreto Supremo N° 063-2007-EF también autorizó la suspensión del pago de la pensión (no del derecho mismo, sino solamente del pago) de apreciarse en la sede administrativa la existencia de irregularidades en el otorgamiento de la prestación.

Más allá del precedente actualmente aplicable (STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC) somos de la opinión que una pretensión de reconocimiento de aportes por falta de documentos que acrediten la existencia de la relación laboral debería ser discutida en sede judicial ordinaria (contencioso-administrativa) en la cual exista una estación probatoria que le permita a ambas partes la presentación y cuestionamiento (tacha) de las pruebas que se presenten, como fuera reconocido anteriormente por el Tribunal Constitucional⁽²⁵⁾.

En similar sentido se pronunció dicha institución en el literal f) del fundamento 37 de la STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, al señalar expresamente que:

(25) Por todas, la STC Exp. N° 0638-2000-AA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de febrero de 2001.

“(...) para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada (...).”

En lugar de remitir dichas pretensiones a la justicia ordinaria, el Tribunal Constitucional optó por el camino contrario, habilitando la interposición de estas demandas en la vía judicial del amparo, pese a reconocer la ausencia de una etapa probatoria de dicha sede y la existencia de casos en los cuales se presentaron documentos falsificados.

4. La doble condición del reclamante como asegurado y empleador

Este criterio administrativo partió de una interpretación particular de la Cuarta Disposición Complementaria del T.U.O. de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Supremo N° 005-95-TR), que establecía que la prestación de servicios del cónyuge y de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario de una persona natural, o titular de una empresa individual de responsabilidad limitada (conduzcan o no el negocio personalmente), o para una persona jurídica cuyo socio mayoritario conduzca directamente el negocio, no genera relación laboral, por tanto, las aportaciones devienen inválidas y se reputan legalmente como pago indebido.

En efecto, el numeral 4.1 de la Directiva N° 001-97/GG-ONP, aprobada por Resolución de Gerencia General N° 010-97/GG-ONP de fecha 17 de marzo de 1997, estableció que una persona no podría reunir en sí misma las calidades de trabajador y empleador a la vez, por lo cual no le correspondería percibir prestación alguna del SNP por los períodos que se hubiera laborado en tal condición, sin embargo, en fallos reiterados el Tribunal Constitucional resolvió en contrario, como consta del fundamento 6 de la STC Exp. N° 02150-2005-AA/TC⁽²⁶⁾, que citando un precedente previo estableció lo siguiente:

“Al respecto, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de dichos postulados. En efecto, en la

(26) Proceso de amparo seguido por Urbano del Pino Gálvez, fallo publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de noviembre de 2006.

sentencia del Expediente N° 5711-2005-PA/TC se determinó que, estando acreditadas las aportaciones efectuadas, la negativa de la administración de otorgarle pensión al demandante se motivaba en una interpretación sin sustento legal y constitucional de las normas precitadas, ya que estas no establecen como requisito que el empleador deba estar constituido como persona jurídica. Es decir, **la convergencia de la figura del empleador y del trabajador en una persona no implica que, necesariamente, los aportes realizados por dicha persona tengan que ser declarados inválidos**. Con ello debe comprenderse que se pretende resguardar los aportes efectiva y acreditadamente efectuados por una persona asegurada (...)".

En la medida que el fallo bajo comentario (STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC) precisa en el literal e) de su fundamento 26 que estamos ante una pretensión manifiestamente fundada, la discusión sobre la validez (o no) de dicho criterio administrativo deviene actualmente irrelevante.

Debemos precisar que este supuesto (doble condición de asegurado y empleador) es distinto al caso de quien presta servicios para su cónyuge, en el cual se aplicará la Ley N° 26513, que en su artículo único precisa que no existe relación laboral entre los cónyuges. Este tema ha merecido una interpretación del Tribunal Constitucional (por todas: STC Exp. N° 01143-2004-AA/TC⁽²⁷⁾), en el sentido que solo se reconoce como válidos los períodos laborados en dicha condición hasta el 29 de julio de 1995, es decir, un día antes de la entrada en vigencia de la citada norma.

V. LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LA STC EXP. N° 04762-2007-PA/TC

Si bien la sentencia bajo comentario establece una serie de reglas (de fondo y forma) aplicables en principio a las demandas de reconocimiento de aportaciones formuladas a través del proceso de amparo, entendemos que algunos criterios del citado fallo (la interpretación del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990, el artículo 54 del Reglamento o la determinación de la idoneidad de las pruebas) deberán ser tomadas

(27) Proceso de amparo seguido por Prudencio Abraham Arboleda Cortez, fallo publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de marzo de 2005.

en cuenta por los jueces ordinarios (civiles, laborales o contenciosos administrativos), en mérito a lo dispuesto por el fundamento 60 de la STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC.

Considerando lo extenso del citado fallo, así como la variedad de temas desarrollados, nos limitaremos a efectuar anotaciones puntuales respecto a sus aspectos que a juicio del quien suscribe pueden resultar cuestionables, a saber:

1. La prueba en el proceso de amparo: justificando una excepción

La sentencia desarrolla entre los fundamentos 6 a 12 el tema relativo a la prueba en el proceso constitucional, reconociendo la ausencia de dicha etapa en el amparo. En este aspecto, hubiera sido pertinente que justifique la aplicación de una excepción a dicha regla general en materia de las demandas relativas al reconocimiento de las aportaciones previsionales, máxime si posteriormente (fundamento 22) reconoce la existencia de procesos en los cuales se han presentado documentos falsificados.

La opción, como señalamos anteriormente, hubiera sido dejar esta vía procesal solo a aquellos casos en los que el demandante tuviera una edad muy avanzada (senectud) o padeciese un grave estado de salud.

Como veremos más adelante, si el Tribunal Constitucional ha decidido convertir las demandas sobre reconocimiento de aportaciones en procesos de amparo con etapa probatoria (desde que dispone la remisión del expediente administrativo del actor), tendrá también que aceptar –en aras de garantizar el derecho a defensa de la entidad (ONP)– que instruir al juzgador para aceptar tanto el ofrecimiento como la actuación de determinadas pruebas que suplan el necesario cotejo de los documentos adjuntos a la demanda, sobre todo en los casos que estos no obren en el citado expediente.

En efecto, el juzgador debe tener presente que **no toda la documentación relativa a la actividad laboral del asegurado obra en el expediente administrativo, sino únicamente aquella presentada por este y la recabada durante las inspecciones practicadas por el IPSS**

y la ONP, por tanto, existen una serie de documentos que figuran en poder del demandante que **no** corren en su legajo, sea porque han sido redactados **con posterioridad** al pronunciamiento de la entidad, sea porque fueron emitidos por su (s) ex empleador (es) sin que este conserve una copia, a lo que debe sumarse los casos de empleadores que dejaron de brindar servicios sin seguir en su momento un proceso regular de disolución y liquidación, con lo cual la mayor parte de la documentación no puede ser ubicada.

Si bien no puede atribuirse al asegurado la responsabilidad en la conservación de la documentación que debía ser llevada por cada uno de sus empleadores, y el destino adecuado que estos deberían darle (sea entregándola a sus liquidadores, al Ministerio de Trabajo o a la misma ONP), como anotan algunos autores⁽²⁸⁾, ello no puede llevar al reconocimiento general de todo reclamo administrativo o demanda a la cual se adjunte apenas un certificado de trabajo, una boleta de remuneración, o la liquidación de los beneficios sociales, pues las aportaciones constituyen uno de los pilares sobre los cuales financia el SNP, existiendo una obligación constitucional de resguardo de los fondos pensionarios para la entidad estatal, que aunado al control posterior administrativo, la obliga a agotar los medios para constatar la veracidad y existencia de la documentación que sustente cada solicitud de pensión.

2. La interpretación flexible de las normas modificatorias

En los fundamentos 13 a 20, el fallo bajo comento se aboca a la interpretación de la modificatoria del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990, modificado por la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28991. Dicha norma establecía originalmente que para los asegurados obligatorios (quienes trabajan en relación de dependencia) se consideraba períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar aportaciones. Esto implicaba que **la administración debía**

(28) PILOTTO CARREÑO, Luigino. "El reconocimiento de años de aportación dentro del régimen del Decreto Ley N° 19990. Comentarios a un reciente precedente del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 123, Gaceta Jurídica Editores, Lima, diciembre de 2008, pp. 30-32.

reconocer como aportado el periodo que el asegurado acreditase haber laborado, aun cuando el empleador no hubiese efectuado el pago de las aportaciones.

El texto modificado de la citada norma establecía que solo se considerarían a futuro las aportaciones efectivamente pagadas, lo que implicaría una segura reducción del periodo acreditado, pues en la actualidad (y desde hace muchos años) la morosidad en el pago de las cotizaciones de la seguridad social en pensiones supera el 60%. Si bien la medida puede ser discutible, la finalidad aparente apunta a que el asegurado presione y supervise el accionar del empleador periódicamente, cuidando que este cumpla regularmente sus obligaciones previsionales, para que al momento que se solicite la pensión jubilatoria las cotizaciones hayan sido debidamente canceladas.

El Tribunal Constitucional considera que la obligación del pago (tanto como de la documentación sustentatoria de la existencia de una relación laboral) debe exigirse en primer orden a cada empleador que tuvo el asegurado, en su condición de agente retenedor de las aportaciones (parte de la remuneración mensual del trabajador), y en segundo orden a la entidad estatal administradora del régimen previsional, pues es responsabilidad suya la fiscalización de las obligaciones de aquél, tanto como de la ejecución de las medidas coercitivas (coactivas y/o judiciales) para procurar que el impago de las aportaciones sea revertido a favor del fondo pensionario, máxime si se considera el carácter tributario laboral de las cotizaciones de seguridad social.

Sobre el particular, algunos autores señalan⁽²⁹⁾, que el Tribunal Constitucional se ha excedido al interpretar la modificación del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990 a un punto que colinda con la derogación (criterio que compartimos), pues llega a ser un fundamento implícito de la inconstitucionalidad de la citada norma; para otros, por el

(29) LÓPEZ TRIGOSO, Edwin. "Sobre el reconocimiento de años de aportación en el Sistema Nacional de Pensiones. A propósito de la sentencia recaída en el Expediente N° 04762-2007-PA/TC". En: *Gaceta Constitucional*. N° 12, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre 2008, pp. 144-145.

contrario, se trata de una medida que suprime la prueba diabólica⁽³⁰⁾ que se le estaba imponiendo al asegurado, sin que dichas obligaciones le fueran imputables.

3. Las reglas para acreditación de aportaciones en el amparo previsional

En la parte medular del fallo, el fundamento 26⁽³¹⁾ establece (a partir de soslayar la modificación al artículo 54 del Decreto Ley N° 19990) que constituye instrumento de prueba que puede adjuntarse a las demandas sobre reconocimiento de aportaciones:

- Los certificados de trabajo,
- Las boletas de pago de remuneraciones,
- Los libros de planillas,
- Las liquidaciones de tiempo de servicios o de beneficios sociales,
- Las constancias de aportaciones de ORCINEA⁽³²⁾, del IPSS o de ESSALUD, entre otros documentos.

La precisión inicial del Tribunal Constitucional era que dichos documentos debían ser presentados en original, copia legalizada o fedatada, **pero no en copia simple**, sin embargo, precisando dicho criterio, el literal a) del numeral 7 de la resolución aclaratoria del 16 de octubre de 2008 indica lo siguiente:

(30) PILOTO CARREÑO, Luigino. Ob. cit., pp. 31-32. En sentido similar: DE LA PUENTE PARODI, Jaime. "El precedente constitucional vinculante, la tutela de urgencia y el amparo previsional. A propósito de los nuevos precedentes en materia pensionaria". En: *Gaceta Constitucional*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, pp. 394-396.

(31) Declarado precedente vinculante en el numeral 3 de la parte resolutiva de la sentencia comentada.

(32) La Oficina de Registro de Cuentas Individuales Nacional de Empleadores y Asegurado (ORCINEA) era el área del IPSS encargada de registrar todas las aportaciones del SNP, sin embargo, como es de conocimiento público (ver: diario oficial *El Peruano*, edición del 22 de octubre de 2001) al ser transferida a la ONP se constató la existencia de unos cuarenta millones de documentos sin ingresar a la base de datos.

- a)** Cuando en el fundamento 26.a, se precisa de manera enunciativa que los documentos allí mencionados pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, este Tribunal **no está estableciendo que en el proceso de amparo no se puedan presentar los mismos documentos en copia simple, sino que la sola presentación de dichos documentos en copia simple no puede generar en el juez suficiente convicción sobre la fundabilidad de la pretensión**, razón por la cual se le solicita al demandante que, en principio, los presente en original, copia legalizada o fedateada. Por tanto, en el proceso de amparo sí pueden presentarse, conjuntamente con los documentos en original, copia legalizada o fedateada o documentos en copia simple, los cuales han de ser valorados conjuntamente por el juez.

Esto implica, que los demandantes sí podrán presentar copias simples, pero estas no serán suficiente prueba de su pretensión. Complementando esta precisión, el literal b) del numeral 7 de la citada resolución aclaratoria precisa:

- b)** (...) teniendo presente que una de las justificaciones para establecer el precedente sobre las reglas de acreditación ha sido la presentación de documentos falsos para acreditar años de aportaciones, este Tribunal considera oportuno precisar que **en aquellos casos en los que el demandante presenta tan solo un certificado de trabajo en original, copia legalizada o fedateada como único medio probatorio**, el juez con la finalidad de generarse convicción suficiente sobre la veracidad de lo alegado, le **deberá solicitar que en un plazo de 15 días hábiles presente documentación adicional** que puede ser en original, copia legalizada, fedateada o simple **a efectos de corroborar el periodo que se pretende demostrar con el certificado de trabajo**.

Dentro de este contexto de incorporar en el amparo la actuación de pruebas, esta es una precisión pertinente, para evitar que el juzgador estime una demanda a la luz de las nuevas reglas únicamente sobre la base de un certificado de trabajo, pues está fijando como obligación del juzgador (al utilizar el término “deberá”) el requerir al demandante la presentación de documentación complementaria (boletas de pago de remuneraciones, libros de planillas, liquidación de beneficios sociales, etc.).

4. La valoración conjunta de las pruebas: actuaciones de oficio

En la medida que estamos ante un proceso de amparo con actuación probatoria, se deberá permitir que el juzgador haga uso de las facultades generales que rodean a la teoría general de la prueba, en particular de los artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil, que serán fundamentales para cotejar los documentos aparejados a la demanda, sea para confirmar su validez o para desenmascarar su falsedad.

En efecto, es de conocimiento público que desde hace unos cinco años existen en el Perú verdaderas fábricas de documentos falsificados para el trámite administrativo o judicial de las solicitudes de pensión, sean evaluaciones médicas (para la pensión de invalidez o la jubilación minera), tanto como certificados de trabajo, boletas de remuneraciones, libros de planillas, y demás documentos que probarían que existió una relación laboral de dependencia que habilita el acceso a una jubilación.

En tal sentido, consideramos que el juez debería cursar oficio a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Ministerio de Trabajo y al Registro Mercantil de la Oficina Registral respectiva, para verificar la fecha de inicio y conclusión de labores de cada empleador; la cantidad de trabajadores que se registraron ante la autoridad laboral⁽³³⁾; y, el nombre de los representantes legales que durante toda su existencia jurídica fueron registrados (para confrontarlos con el de quienes suscriben los certificados de trabajo y demás documentos con los cuales se pretende acreditar la relación laboral invocada).

Las respuestas a dichos oficios, junto con la documentación presentada adjunta a la demanda y la obrante en el expediente administrativo, deben ser valoradas de forma conjunta por el juzgador, tomando en cuenta el principio de unidad de la prueba y los sistemas de valoración aceptados (la libre apreciación y la prueba legal)⁽³⁴⁾. **En el supuesto**

(33) Existen muchos casos de empresas que en la práctica solo tuvieron 10 a 20 trabajadores, pero ante la autoridad administrativa previsional se presentan cientos de solicitudes de otorgamiento de pensión jubilatoria alegando ser trabajadores de estas (los denominados empleadores bamba o de fachada).

(34) Para Marianella Ledesma, la sana crítica no es un sistema de valoración, sino una modalidad de apreciación de las pruebas que se expresa en la apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional y la apreciación razonada. LEDESMA NÁRVAEZ,

que los documentos anexos a la demanda no figuren en el expediente administrativo del actor, se debería proceder con el cotejo judicial, pues si lo que se juzga es la decisión administrativa de denegar el otorgamiento de pensión, no se puede tomar de referente un documento que no fue actuado en la vía administrativa.

5. La revisión judicial de las pruebas complementarias (y adicionales)

En cuanto a la documentación complementaria que puede presentar el accionante se deberá tener presente los requisitos establecidos legalmente por las normas que se encontraban en vigencia al momento de su elaboración. Por ejemplo, tratándose de libros de planillas, el Decreto Supremo N° 015-72-TR (sustituido mucho tiempo después por el Decreto Supremo N° 001-98-TR) establecía en su artículos 2 y 6 la obligación de registrarlas tanto ante la Autoridad Administrativa de Trabajo como ante la Caja Nacional del Seguro Social, asimismo, el artículo 3 de la citada norma precisaba que la Autoridad Administrativa de Trabajo debería numerar, sellar y rubricar cada hoja de las planillas. Por tanto, el juzgador debería verificar que esta documentación cumpla los citados requisitos para validar al interior del proceso.

En el mismo sentido, el artículo 12 de la norma citada establecía que el empleador estaba obligado a entregar a cada trabajador **al momento de pagarle sus remuneraciones** una boleta sellada y firmada por este o por un representante. Este dato es importante, pues en no pocos casos algunas demandas aparejan boletas de pago de remuneraciones que pese a corresponder a periodos que datan desde inicios de los setenta, han sido redactadas en computadora o tienen como base legal (en la parte superior) al Decreto Supremo N° 001-98-TR, de fecha posterior.

En relación a la documentación que sea presentada al interior de las demandas que pretenden el reconocimiento de aportaciones (certificados de trabajo, boletas de pago de remuneraciones, libros de planillas, etc.) respecto de la cual exista indicio razonable de su falsedad, el juez

Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo". Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 725.

estará obligada a aplicar el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, como precisa el numeral 5 de la resolución aclaratoria:

“Que con relación al quinto punto este Tribunal estima que la precisión solicitada también resulta desestimable debido a que **los jueces, por imperio de la ley, tienen el deber de disponer la remisión de los actuados al Fiscal Penal cuando en un proceso que es de su conocimiento exista causa probable de la comisión de un delito**. Por esta razón no resulta viable que la precisión solicitada se concretice como precedente, ya que ello se encuentra previsto normativamente como un deber de los jueces”.

En suma, desde que estamos en un proceso de amparo en el cual es factible aportar y actuar medios probatorios, el juez constitucional deberá comportarse como un juez ordinario (contencioso-administrativo), evaluando la legalidad y validez de toda la documentación obrante en autos, calificando el cumplimiento de los requisitos que se establecen en las normas legales (laborales y previsionales) respectivas.

6. La presentación del expediente administrativo: críticas y anotaciones

Finalmente, en cuanto a la presentación del expediente administrativo, considero un exceso que en el literal d) del fundamento 26 bajo comento se establezca que si la ONP no presenta dicho legajo el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa (actor) o el artículo 282 del Código Procesal Civil (conclusiones en contra de los intereses de la parte demandada), pues es de público conocimiento que en la actualidad dicha entidad atraviesa una sobrecarga procesal justamente derivada del incremento de demandas en su contra en los últimos años (sobre todo por aplicación de la Ley N° 23908), lo cual dificulta la pronta ubicación, fotocopiado y fedateado de los expedientes administrativos requeridos, más aún si cuenta con unos 100,000 procesos judiciales a nivel nacional.

En todo caso, cabe destacar que el segundo párrafo del numeral 2) de la resolución aclaratoria se precisa –con relación al plazo de remisión– lo siguiente:

“(...) el plazo para la remisión de los actuados administrativos debe ser fijado por los jueces, caso por caso. Para ello, los jueces deben tener presente que el plazo que establezcan para la remisión de los actuados administrativos no puede generar la lentitud procesal (...) en el fundamento 26 de la sentencia de autos no se estableció plazo alguno porque se consideró que los jueces, atendiendo a los criterios antes expuestos, son los que deben evaluar las particularidades de cada caso concreto para determinar cuál es el plazo que consideran conveniente para la remisión de los actuados administrativos y la realización de los fines del proceso”.

En relación con la remisión del expediente administrativo, se deben tener presente que no será exigible en dos supuestos, conforme se aprecia en los literales e) y f) del citado fundamento 26, a saber:

- a) Cuando la demanda sea manifiestamente fundada:** cuando la pretensión se refiere a la pérdida de validez; la doble condición de asegurado y empleador; y, a la aplicación de las TRIA.
- b) Cuando la demanda sea manifiestamente infundada:** cuando no se adjunta prueba alguna que sustente la pretensión; los medios probatorio no acreditan el mínimo de años de aportación para acceder a una jubilación; o se presenta certificados de trabajo suscritos por terceras personas (no por el empleador).

Este precepto, a nuestro parecer, también deberá ser aplicado en la sede contencioso-administrativa, como lo dispone la STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC (fundamento 60).

VI. REQUISITOS FORMALES FIJADOS EN FALLOS POSTERIORES Y COMPLEMENTARIOS

Como hemos referido, la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC habilita la interposición de demandas de amparo para obtener el reconocimiento judicial de aportaciones no validadas en la sede administrativa, para obtener de esta manera el otorgamiento de una pensión jubilatoria, de invalidez o de sobrevivientes, sin embargo, a través de fallos posteriores se han ido fijando los requisitos formales que los jueces (constitucionales y ordinarios) deben exigir para que los documentos presentados

con dichas demandas sean calificados positivamente como un medio de prueba idóneo.

En efecto, partiendo de un análisis formal riguroso de dicha documentación (en tanto se ha reconocido la existencia de muchos casos en que se ha presentado pruebas falsas) se ha ido delineando los requisitos mínimos exigibles tanto a los certificados de trabajo como a los demás documentos presentados por los asegurados y pensionistas, los que deberán ser cotejados con los obrantes en el expediente administrativo y para ser evaluados de manera conjunta por el juzgador antes de emitir su pronunciamiento final.

1. Formalidades exigibles a los certificados de trabajo

Tratándose del medio documental que ha pasado por una mayor incidencia en los casos de falsificación, el Tribunal Constitucional establece una serie de exigencias para validar su legalidad y viabilidad como medio probatorio, precisando por ejemplo que se debe exigir la acreditación de la identidad (nombre completo y cargo) del firmante:

STC Exp. N° 02324-2008-PA/TC⁽³⁵⁾

9. A efectos de sustentar su pretensión, el demandante ha presentado la siguiente documentación:

9.1 Copias certificadas de los certificados de trabajo expedidos por la Empresa Negociación Agrícola “El Almendral y Tabacal S.A.”, en el que se indica que el recurrente laboró desde el 24 de enero de 1959 al 30 de noviembre de 1964; y por el Fundo “Las Palmas” (...). No obstante, cabe señalar que **los mencionados certificados no generan convicción en este Colegiado, dado que no se acredita la identidad de las personas que los expedieron**, ni tampoco que dichas personas cuenten con los poderes para tales efectos, no existiendo ningún otro documento que sustente las aportaciones efectuadas durante los referidos períodos.

(35) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02324-2008-AA.html>>.

De manera complementaria a dicha exigencia, adjunto al certificado de trabajo, debe correr la constancia de Registros Públicos a través de la cual se acredite que el firmante contaba (a la fecha de su elaboración) con la representación legal del empleador:

STC Exp. N° 01393-2008-PA/TC⁽³⁶⁾

10. Para acreditar las aportaciones referidas en los fundamentos precedentes y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha adjuntado a su demanda:

- Un certificado de trabajo, obrante a fojas 11, que indica que el actor trabajó para la Agrícola Monte Señor S.A., desde el 23 de enero de 1962 hasta el 30 de octubre de 1965, (...) **que no genera convicción por no estar acreditado que quien emitió el certificado tenga facultades para expedirlo.**

En igual sentido, se ha establecido como exigencia que entre el cese laboral del accionante y la fecha de emisión del certificado de trabajo existencia una cercanía o coetaniedad, vale decir, que no serán validados los suscritos en fecha posterior:

STC Exp. N° 03628-2008-PA/TC⁽³⁷⁾

9. Al respecto, para acreditar las aportaciones adicionales reclamadas, el recurrente ha presentado los siguientes documentos, en copia simple:

9.1. Certificados de trabajo (ff. 4, 5 y 7) emitidos por la Constructora Muro S.A. y la Inmobiliaria Marbel S.A.C., los cuales **no producen certeza para acreditar aportaciones adicionales (...) cuando fueron expedidos 26, 22 y 29 años después de su cese, respectivamente (...).**

9.2. Constancia de trabajo (f. 6) expedida por Marcelo Elejalde Vargas, la cual tampoco genera suficiente convicción para acreditar los

(36) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01393-2008-AA.html>>.

(37) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03628-2008-AA.html>>.

aportes alegados, dado que dicho documento es suscrito por una persona distinta a la consignada como empleadora y **ha sido emitido 31 años después de su cese**.

El Tribunal Constitucional también ha sido enfático al señalar que la información a que se alude en los certificados de trabajo no puede ser contradictoria respecto a otros documentos adjuntos a la demanda, asimismo, los datos consignados deberán ser legibles⁽³⁸⁾.

STC Exp. N° 04779-2008-PA/TC⁽³⁹⁾

7. En tal sentido el demandante, a efectos de probar las aportaciones a la que hace referencia en su escrito de demanda, ha presentado la siguiente documentación:

- A fojas 34, obra en copia certificada un certificado de trabajo de Antonio Biondi Barnales (contratista), donde se señala que el accionante laboró como chofer del 13/09/74 al 30/06/76, con lo cual acredita 1 año 9 meses y 17 días; sin embargo **en este documento se señala como edad del recurrente 54 años, lo cual no coincide con el año en que se emitió este certificado**, que fue el 13 de setiembre de 1980, para lo cual, el actor debería tener la edad de 50 años; por lo tanto, este documento no produce convicción en este Colegiado.
- A fojas 37, obra en copia certificada un certificado de trabajo de BIOSELVA S.A., donde se señala que el accionante laboró como operario del 05/03/84 al 03/07/88, con lo cual acredita 4 años, 3 meses y 28 días; sin embargo, **en este documento se señala como edad del recurrente 51 años, la cual no coincide con el año en que se emitió este certificado**, que fue el 10 de julio de 1988, para lo cual el actor debería tener la edad de 58 años; **además se aprecia la ilegibilidad de la firma, así como el cargo y el nombre de la persona que emite este documento**, por lo cual no produce certeza a este Tribunal.

(38) Al respecto, revisar los fundamentos 21 al 25 de la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC.

(39) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04779-2008-AA.html>>.

Finalmente, podemos apreciar que el Tribunal no concede validez probatoria incluso en los supuestos en los cuales el certificado de trabajo correspondiente a una persona jurídica ha sido emitido en un papel sin membrete ni sellos:

STC Exp. N° 04321-2008-PA/TC⁽⁴⁰⁾

7. El recurrente para que se le reconozcan los años de aportaciones que la ONP no le ha reconocido para su jubilación adjunta la siguiente documentación: (...)

- A fojas 49, en copia simple un certificado de trabajo, donde se señala que el recurrente laboró en la obra de Kamel Mitre Hodaly como operario carpintero del 5/10/1989 al 3/12/1989, con lo cual acredita 1 mes y 28 días de aportes; sin embargo, no aparece el cargo ni el nombre de quien suscribe el documento, que a su vez ha sido emitido **sin papel membreteado ni sello**, por lo que no genera certeza.

En el supuesto de que los documentos anexos a la demanda no figuren en el expediente administrativo del actor se debería proceder con el cotejo judicial, pues si lo que se juzga es la resolución administrativa que denegó en determinado momento el otorgamiento de la pensión solicitada, no se podría tomar como referente para el reconocimiento de los aportes (y la pensión) documentos que no fueron actuados en el proceso administrativo, puesto que han sido emitidos con posterioridad a la emisión de la resolución o recién son puestos en conocimiento de la autoridad con la demanda.

2. Los expedientes administrativos y la carga de la prueba

Como sabemos, el Tribunal Constitucional ha dispuesto como nueva regla la presentación del expediente administrativo (por parte de la entidad administrativa previsional) a fin que su revisión permita al juzgador evaluar las pruebas presentadas por el actor en sede judicial con las actuadas en el proceso administrativo, cotejándolas para generarse convicción con relación al pronunciamiento, sin embargo, en no pocos

(40) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04321-2008-AA.html>>.

casos vemos que las pruebas que el asegurado o pensionista presenta con su demanda son las mismas que obran en el citado expediente administrativo, por tanto, el juzgador puede constatar que la evaluación que se practicó en la sede administrativa fue regular, correspondiendo rechazar el reclamo:

STC Exp. N° 00015-2009-PA/TC⁽⁴¹⁾

6. Que mediante escrito del 16 de setiembre de 2009, obrante a fojas 13 y siguientes, el demandante señala que no cuenta con los originales de los documentos solicitados, por lo que se solicitó a la ONP que entregue copia fedateada de estos dado que obran en el expediente administrativo N° 12100140696 (...).

7. Que mediante escrito de fecha 12 de enero del año en curso, la emplazada remite copia fedateada del expediente administrativo de otorgamiento de pensión de jubilación efectuada por el demandante. **De los documentos obrantes en este se concluye que no coadyuvan a generar convicción sobre el periodo adicional de aportes** que –según el demandante– faltaría reconocer, es decir, el periodo entre 1954 y 1968.

8. Que **no debe dejar de precisarse que la carga de la prueba corresponde al demandante** y que este, conforme a los parámetros establecidos en la sentencia y aclaración N° 4762-2007-PA/TC, no ha logrado acreditar las aportaciones adicionales que reclama, por lo que la demanda deberá ser declarada improcedente; quedando expedita la vía para que acuda al proceso a que hubiera lugar.

Como señalamos, el juzgador debería tener presente que no toda la documentación relativa a la vida laboral del asegurado figura en el expediente administrativo, sino únicamente aquella presentada por este y la recabada durante las inspecciones practicadas por el IPSS y la ONP.

En tal sentido, partiendo del principio de la carga de la prueba recogido por el artículo 196 del Código Procesal Civil (aplicable también en

(41) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00015-2009-AA%20Resolucion.html>>.

materia de pensiones), que establece que quien afirma un hecho que sustenta su pretensión deberá probarlo, en aquellos casos en los cuales el actor no adjunte documento adicional a los que obran en el expediente administrativo, su demanda debería ser declarada infundada.

3. Particularidades exigibles respecto a los libros de planillas

En la modificación que el Decreto Supremo N° 063-2007-EF practicó del artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990 (Decreto Supremo N° 011-74-TR), respecto de los documentos a través de los cuales se podrían acreditar las aportaciones anteriores al mes de julio de 1999 (fecha a partir de la cual la SUNAT se hizo cargo de la recaudación de las cotizaciones al SNP), los libros de planillas fueron colocados como prueba capital.

En este escenario, es fundamental apreciar las acotaciones que respecto a dicha prueba ha formulado en los fallos posteriores y complementarios a la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, como se desprende del fallo siguiente, en el cual el demandante alega haber laborado cierto periodo de manera ininterrumpida, sin embargo, cotejada dicha afirmación con la obrante en los libros de planillas, se comprobó que hubo meses en los que no trabajó, por tanto, no pueden ser reconocidos a efectos de sumar las aportaciones reclamadas:

STC Exp. N° 00296-2008-PA/TC⁽⁴²⁾

11.4(...)

En suma se aprecia que según los documentos (número 11.1) la actora trabajó de modo ininterrumpido, pero **según los libros de planillas presentados existen meses donde no figura el actor** (números 11.2 y 11.4). Tal circunstancia determina, es este caso concreto, que la presunción utilizada por este Tribunal quede desvirtuada con la información obtenida de los libros de planillas, que demuestra que la demandante no se encuentra registrada en algunos meses, **situación que no ha sido justificada en autos por la demandante.**

(42) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00296-2008-AA%20Resolucion.html>>.

Por otro lado, también desconoce la validez de una planillas que han sido presentadas en copias legalizadas con la demanda, sin embargo, la fecha de celebración del acto notarial **es posterior** a la de entrega de las mismas a la ONP (como consta del acta respectiva), por lo cual se presume su falta de veracidad pues deviene imposible que un notario certifique el original de un documento que no obra más en poder del actor o su empleador:

STC Exp. N° 02883-2009-PA/TC⁽⁴³⁾

7. Al respecto, cabe señalar lo siguiente: a) a fojas 9 figura copia legalizada del acta de entrega y recepción de planillas de la Hacienda Luperdi Villarreal José Andrés a la ONP, de fecha **31 de octubre de 2006**, mientras que **las copias legalizadas tanto de esta acta como de los libros de planillas son de fecha 13 de agosto de 2007 y 17 de diciembre de 2007**, respectivamente (...).

8. El hecho de que la fecha de legalización de las copias sea **posterior** a la entrega de los originales de los libros de planillas a la ONP genera dudas acerca de su verosimilitud puesto que **la legalización de copias se hace en base a los originales, los cuales ya habían sido entregados a la empleada (...).**

En términos generales, podemos afirmar que el juzgador deberá cotejar la legalidad (a la luz de las formalidades correspondientes en el tiempo de su emisión) tanto de los libros de planillas como de los demás documentos presentados para acreditar las aportaciones que se pretenden validar judicialmente. Por ejemplo, se deberá tener en cuenta que en el Decreto Supremo N° 015-72-TR (artículos 2⁽⁴⁴⁾ y 6⁽⁴⁵⁾) se establecía la obligación de registrar las planillas, tanto ante la Autoridad

(43) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02883-2009-AA.html>>.

(44) **Artículo 2.-** Las planillas serán autorizadas por las Autoridades Administrativas de Trabajo del lugar donde se encuentra situado el centro de trabajo.

Con tal fin el empleador presentará a dichas Autoridades una solicitud con los datos señalados en el inciso b) del artículo siguiente, acompañando los libros de planillas o las planillas en hojas sueltas y, si el empleador es una persona jurídica, un testimonio de la escritura pública de constitución con la indicación del tomo y folio de los Registros donde está inscrita. Las planillas deberán estar en blanco.

(45) **Artículo 6.-** Las planillas, luego de haber sido autorizadas deberán ser registradas por la Caja Nacional de Seguro Social o por el Seguro Social del Empleado, según corresponda.

Administrativa de Trabajo como ante la Caja Nacional del Seguro Social, acto que incluía expresamente la enumeración, sello y rúbrica de cada hoja de las planillas, exigencia que debe ser requerida al calificarlo como medio de prueba.

4. Formalidades exigibles a las liquidaciones y las boletas de pago

En lo que respecta a las liquidaciones de beneficios sociales, documento que se expide a favor del trabajador cuando concluye la relación laboral, precisando –entre otros– los datos relativos a la fecha de ingreso, cese, condición (obrero o empleado), etc., el Tribunal ha considerado pertinente exigir –al igual que en el caso de los certificados de trabajo– una constancia o certificación de los Registros Públicos que acredite la representación legal del empleador por parte del firmante de dicho medio de prueba:

STC Exp. N° 06171-2008-PA/TC⁽⁴⁶⁾

8. Adicionalmente la recurrente anexa al cuadernillo del Tribunal Constitucional la siguiente documentación:

- A fojas 9, obra la Liquidación de Beneficios emitida por la Clínica A. Bedoya, donde se señala que la recurrente laboró desde el 1 de setiembre de 1970 hasta el 4 de mayo de 1978, con lo que acredita 7 años, 8 meses y 3 días, sin embargo, no se observa el cargo ni la representación de la persona que lo suscribe, además **no obra en autos documento que acredite que dicha persona cuente con los poderes o representación para tales efectos**, por lo que no produce convicción a este Tribunal.

En sentido similar se pronuncia el Tribunal Constitucional respecto de las boletas de pago de remuneración, reconociendo la exigibilidad de los requisitos legales previstos a la fecha de su emisión, como eran el sello y la firma del empleador:

(46) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/06171-2008-AA.html>>.

STC Exp. N° 04321-2008-PA/TC⁽⁴⁷⁾

7. El recurrente para que se le reconozcan los años de aportaciones que la ONP no le ha reconocido para su jubilación adjunta la siguiente documentación:

- De fojas 23 a 32, en copia simple boletas de pago emitidos por M. De Muro S.A. correspondientes a los periodos del 19/1/84 al 25/1/84; del 29/1/84 al 4/2/84; del 9/2/84 al 15/2/84; del 23/2/84 al 29/2/84; del 8/3/84 al 14/3/84; del 15/3/84 al 23/3/84; del 24/3/84 al 28/3/84; del 5/4/84 al 11/4/84; del 25/4/84 al 31/4/84; con lo cual acredita 2 meses y 7 días de aportes; sin embargo, **no han sido suscritos por el empleador ni lleva sello de la empresa**, por lo cual no genera certeza. (...)

En efecto, con relación a las boletas de pago de remuneración el artículo 12⁽⁴⁸⁾ del Decreto Supremo N° 015-72-TR establecía que los empleadores estaban obligados a entregar a cada trabajador una boleta sellada y firmada, por este o por un representante de la empresa.

El juzgador debe tener cuidado particular en cuanto a las boletas de pago de remuneración, pues no son pocos los casos en los que se presentan documentos falsificados burdamente, al punto que la boleta hace referencia como base legal al Decreto Supremo N° 001-98-TR (norma que reguló posteriormente sobre esta materia), a pesar de corresponder en teoría a periodos anteriores al año 1998, e incluso pueden incluir conceptos remunerativos que no existían legalmente a la fecha de la presunta emisión de la boleta.

(47) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04321-2008-AA.html>>.

(48) **Artículo 12.**- El empleador está obligado a entregar a cada trabajador, al momento de pagarle sus remuneraciones o las sumas correspondientes a otros derechos sociales, una boleta conteniendo los mismos datos que figuren en las planillas y la fecha de ingreso del trabajador, la que será sellada y firmada por el empleador o por un representante suyo. El trabajador firmará un duplicado de esta boleta en dicho acto o imprimirá en ella su huella digital si no supiere firmar, debiendo quedar dicho duplicado en poder del empleador.

La firma en el duplicado de esta boleta no implicará renuncia por el trabajador a cobrar las sumas que este considere no figuran en la boleta.

No será necesaria la firma de los trabajadores en las planillas.

5. Los límites probatorios de las Declaraciones Juradas

La Declaración Jurada implica una manifestación del asegurado como del empleador, y en el primer caso, por mandato del Decreto Supremo N° 082-2001-TR, podría servir para la acreditación de hasta 4 años de aportes efectuados en condición de asegurado obligatorio (en condición de dependencia para un empleador), bajo los parámetros establecidos por la citada norma. En tal sentido, se constituye en un elemento probatorio que puede ser de importancia para los procesos judiciales de reconocimiento, materia de comentario, razón por la cual resulta necesario dar una mirada a la jurisprudencia vinculada a ellos.

En cuanto a las Declaraciones Juradas efectuadas **por el asegurado**, el Tribunal precisa su falta de idoneidad como medio de prueba de aportaciones, pues se trata de un documento elaborado unilateralmente por el demandante, cuya objetividad es relativa en tanto no vaya acompañada con documentos adicionales complementarios que lo validen:

STC Exp. N° 00270-2009-PA/TC⁽⁴⁹⁾

9. Al respecto, para acreditar las aportaciones adicionales reclamadas, el recurrente ha presentado cuatro Declaraciones Juradas **emitidas por él mismo** (fojas 2 a 5), sin embargo, al **no constituir prueba idónea suficiente para demostrar los períodos aportados, pues no se encuentran corroboradas con otros medios probatorios adicionales**, como certificados de trabajo, boletas de pago, liquidación de tiempo de servicios, resumen de aportaciones, entre otros, corresponde **desestimar** la presente demanda.

En lo que respecta a las Declaraciones Juradas emitidas **por el empleador**, se precisa que solo podrá ser considerada medio probatorio adicional e idóneo cuando esté suscrita por un representante legal debidamente acreditado, y además, se acredite que se procedió con la retención (de la aportación) para el SNP en favor del asegurado:

(49) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00270-2009-AA.html>>.

STC Exp. N° 04449-2009-PA/TC⁽⁵⁰⁾

5. Que, sobre el particular, conviene mencionar que para sustentar lo precisado en los referidos certificados de trabajo, el recurrente únicamente ha presentado las Declaraciones Juradas del empleador (fojas 8 y 9), las cuales no constituyen documentación adicional idónea que sustente los períodos de aportaciones alegados, puesto que conforme al artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley 19990, la declaración jurada del empleador solo podrá ser tomada en cuenta **cuando esté suscrita por el representante legal**, debiéndose acreditar tal condición con la copia literal de la ficha emitida por Registros Públicos, en la que se **señale que existió la correspondiente retención al Sistema Nacional de Pensiones a favor del asegurado**, lo cual no ocurre en el presente caso.

6. La falta de idoneidad de otros documentos complementarios

El SNP integró normativamente a los antiguos regímenes pensionarios de los trabajadores obreros y empleados, cada uno de los cuales contaba con una Caja Nacional del Seguro Social en la cual se registraban y depositaban las cotizaciones derivadas de los servicios a favor de determinado empleador. El trabajador debía inscribirse en cada Caja Nacional, a través de la suscripción de la ficha correspondiente, documento que contaba con los datos básicos del asegurado, del empleador, y el sello y firma de este.

Como se aprecia, y reconoce el Tribunal Constitucional, dichos documentos no pueden ser considerados medios de prueba que acrediten períodos de aportación específicos, pues solo dan cuenta de la inscripción del trabajador como asegurado obligatorio de un empleador en alguna de las antiguas Cajas Nacionales del Seguro Social, pero no precisaban el periodo por el cual se prolongaría la relación laboral y, por ende, las cotizaciones pensionarias:

(50) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04449-2009-AA%20Resolucion.html>>.

STC Exp. N° 04619-2008-PA/TC⁽⁵¹⁾

7. El recurrente, para que se le reconozcan los años de aportaciones que la ONP le ha desconocido y así poder acceder a una pensión de jubilación adjunta la siguiente documentación:

- A fojas 10, en copia simple una ficha emitida por la Caja Nacional de Seguro Social del Obrero, donde se señala al demandante como asegurado obligatorio, cuyo ex empleador es la Librería e Imprenta Rirene; sin embargo, **al no acreditarlo con otros documentos, además de no señalarse el tiempo que laboró con su ex empleador, no otorga certeza en este Tribunal.**

El mismo criterio se aplica en el mismo fallo para rechazar la calidad de medio de prueba de un Reporte de Vínculo Laboral emitido por la ONP desde su base de datos (Sistema de Consulta Individual de Empleadores y Asegurados), al señalar lo siguiente:

STC Exp. N° 04619-2008-PA/TC

7. El recurrente, para que se le reconozcan los años de aportaciones que la ONP le ha desconocido y así poder acceder a una pensión de jubilación, adjunta la siguiente documentación: (...)

- A fojas 12, en copia simple un Reporte Vínculo Laboral emitido por Sistema de Consulta Individual de Empleadores y Asegurados de la ONP, donde se señala como empleador del recurrente a El Virrey Industrias Musicales, teniendo como fecha de inicio el 11 de marzo de 1970; sin embargo, **al no acreditarlo con otros documentos, además de no señalarse el tiempo que laboró con su ex empleador, no otorga certeza en este Colegiado.**

En sentido similar se pronuncia el Tribunal respecto de las constancias de ORCINEA (bajo cargo de la ONP, actualmente), pues dicho documento no certifica o acredita determinado periodo específico de cotización:

(51) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04619-2008-AA.html>>.

STC Exp. N° 02036-2008-PA/TC⁽⁵²⁾

9. A fojas 5 de autos obra la Carta 12096-2005-ORCINEA/GO/ONP, emitida por ORCINEA - ONP, en la que se indica que el recurrente laboró para la Compañía Agrícola Lercari Lummis S.A. y que estuvo inscrito en el Fondo de Retiro del Chofer Profesional. No obstante, cabe señalar que **dicho documento no es idóneo para acreditar periodo de aportación alguno, toda vez que en el mismo no se ha consignado un periodo laboral cierto que permita determinar si reúne los aportes necesarios para acceder a la pensión que reclama.**

Finalmente, tampoco se está tomando como medio probatorio idóneo para acreditar las aportaciones reclamadas la copia certificada de una denuncia policial en la cual se aluda a la destrucción de la documentación del empleador, pues en este caso resultaría imposible cotejar de manera directa la existencia de una relación laboral, lo que es fundamental en la actualidad, ante la existencia de cientos de empleadores "de fachada":

STC Exp. N° 02991-2009-PA/TC⁽⁵³⁾

5. Que en el cargo de notificación de fojas 14 del cuaderno del Tribunal, consta que la actora (...) presentó un escrito con fecha 18 de noviembre de 2009 (fs. 6 del cuaderno del Tribunal), habiéndose limitado a adjuntar la documentación que obra en autos, entre la que se encuentra la **copia certificada de una denuncia policial (fs. 13) que demuestra la destrucción de la documentación de su empleadora, por lo que no es posible acreditar las aportaciones;** (...) la demanda debe ser declarada improcedente, sin perjuicio de lo cual queda expedita la vía para que acuda al proceso a que hubiere lugar.

(52) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02036-2008-AA.html>>.

(53) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02991-2009-AA%20Resolucion.html>>.

7. La acreditación de los aportes de los asegurados facultativos

Como apreciará de los artículos 3 y 4 del Decreto Ley N° 19990, en el SNP tenemos formalmente tres tipos de asegurados:

- a) Obligatorios:** aquellas personas inscritas en el SNP que laboran en condición de dependencia, es decir, para un empleador, que se encarga de retener su aportación y la deposita a favor de la ONP (a través de la SUNAT).
- b) Facultativos:** quienes desarrollan actividad económica independiente, efectuando sus aportaciones al SNP de manera directa (a través del banco o la Internet).
- c) De continuación facultativa:** asegurados que cotizaron como obligatorios pero que al momento del cese laboral no contaban aún con los años de aportación mínimos a efectos de acceder a una jubilación, por lo que deberán reinscribirse en el SNP (en un plazo máximo de 6 meses posteriores al cese, caso contrario serán calificados como asegurados facultativos: esta diferencia en la denominación es relevante para efectos del cálculo de la pensión).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con el reconocimiento de aportes no ha sido ajena a este tema y ha precisado que solo podrán ser validados judicialmente las cotizaciones como asegurado facultativo que sean acreditadas con las boletas de pago en el banco de las cuotas mensuales correspondientes:

STC Exp. N° 04916-2008-PA/TC⁽⁵⁴⁾

8. Para el reconocimiento de los años de aportaciones la recurrente adjunta la siguiente documentación:

- A fojas 5 obra en copia simple la Resolución N° 0100-CEN-70 emitida por el Seguro Social del Empleado, que señala que la demandante se inscribió en la Continuación Facultativa del Seguro Social del Empleado a partir de diciembre de 1969; sin embargo **no se adjunta las boletas de pago correspondientes a las aportaciones, único medio de acreditación.**

(54) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04916-2008-AA.html>>.

La prueba de la existencia de la relación laboral en el procedimiento de inspección laboral

Rocío LIMAS VÁSQUEZ^(*) / Elvira CASTAÑEDA VELÁSQUEZ^(**)

En nuestro medio, el Ministerio de Trabajo es la entidad administrativa encargada de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social por parte de los empleadores. Sobre la base de esta función, en infinidad de ocasiones dicha entidad advierte encubrimientos de las relaciones laborales a través de contratos civiles o mercantiles, frente a lo cual es necesario demostrar que, en estos casos, existen los elementos de la relación laboral. Precisamente, en este trabajo se hace un análisis respecto de la probanza de la existencia de una relación laboral en un procedimiento de inspección laboral a partir de los parámetros de actuación e interpretación que tienen los inspectores de trabajo.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, nuestro país viene mostrando cifras expectantes en materia económica: según las informaciones brindadas por los especialistas, en el mes de abril el Perú creció en un 9.26%, el porcentaje más alto desde setiembre del año 2008 y para el mes de mayo se

(*) Socia del Estudio Laos, Aguilar, Limas & Asociados Abogados.

(**) Abogada del Estudio Laos, Aguilar, Limas & Asociados Abogados.

proyecta en una cifra similar, continuando con la tendencia de crecimiento reflejada desde hace varios años atrás. Esto es ciertamente alentador y nos permite avizorar un futuro con mayores oportunidades y mejoras en la calidad de vida de la población. Sin embargo, un aspecto que no podemos dejar de tener en cuenta es el relativo al empleo. A pesar de los favorables índices de crecimiento económico, aún mantenemos un elevado nivel de trabajo informal que no reconoce los beneficios que corresponden a los trabajadores y no les otorga cobertura alguna en materia de salud y pensiones; existiendo muchas situaciones en que los trabajadores prestan sus servicios en pésimas condiciones de salubridad y seguridad que ponen en riesgo su integridad física y hasta su vida. Resulta de la mayor importancia generar empleos formales en nuestro país, pues ello permitirá que más personas accedan a beneficios laborales otorgándoles igualdad de oportunidades, supuesto imprescindible para el desarrollo y progreso.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo viene realizando esfuerzos con miras a formalizar a los trabajadores informales, para lo cual ha implementado el denominado Plan de Registro de Trabajadores Obligatorio - Plan RETO, el que tiene como finalidad incorporar en las planillas de las empresas a los trabajadores que, en los hechos, brindan servicios personales y subordinados y, sin embargo, se limitan a emitir recibos por honorarios al hacer uso de la locación de servicios o simplemente se encuentran en situación de completa informalidad. Cabe señalar que la informalidad en el empleo en nuestro país existe no solamente en empresas de difícil ubicación o accesibilidad, sino que también las empresas formales presentan algunos niveles de informalidad en el empleo. Es a este sector al que se está orientando el Ministerio de Trabajo, a través de la realización de visitas inspectivas en las cuales se evalúa la existencia o no de trabajadores subordinados que no se encuentran registrados en planillas.

Resulta entonces bastante clara la relevancia de hacer un análisis respecto de la probanza de la existencia de una relación laboral en un procedimiento de inspección laboral estableciendo los parámetros de actuación e interpretación que tienen los inspectores de trabajo, por cuanto existe el riesgo que en aras de la formalización –la cual es imprescindible– se pretenda considerar como trabajadores dependientes

a quienes no ostentan tal calidad, más aún en supuestos en que puede resultar compleja y difícil tal apreciación.

I. LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA RELACIÓN LABORAL

1. Los elementos configuradores de la relación laboral y su regulación en nuestro ordenamiento

La relación de trabajo requiere de ciertos elementos configuradores cuya presencia permitirá determinar si nos encontramos ante una actividad que requiere de protección y, sobre todo, del reconocimiento de determinados beneficios establecidos en nuestra legislación.

La necesidad de conceder una protección especial a esta actividad en concreto –a diferencia de lo que sucede con otras actividades que realiza el ser humano– reside en que el trabajador pone a disposición del empleador el único bien o el máspreciado con que cuenta: su fuerza de trabajo, y lo hace bajo determinadas condiciones que le permiten al empleador dirigir, organizar, fiscalizar y, eventualmente, sancionarlo por la actividad que desarrolla. Esto pone en evidencia una situación de preeminencia del empleador frente al trabajador que, en los albores de la era industrial, dio paso a abusos de toda índole contra aquellos que prestaban sus servicios de manera subordinada, dejando como lección la necesidad de establecer una regulación y protección especial a la relación de trabajo.

De esta manera, resulta sumamente importante reconocer en cada actividad humana si están presentes o no los elementos configuradores de una relación de trabajo a efectos de concederle esta especial protección. Tales elementos configuradores son: la prestación personal de servicio, la subordinación y la remuneración.

La prestación personal de servicios supone que sea el trabajador y únicamente él quien preste los servicios contratados; la exigencia de la presencia de este elemento reside justamente en que es necesario que sea el mismo trabajador quien ofrezca al empleador su bien máspreciado: sus servicios. De permitirse el libre intercambio de los servicios por parte de terceros y no únicamente del trabajador, denotaría que no existe una vinculación personal, que es lo que permite conceder esta especial protección del derecho al trabajo.

La subordinación es el elemento configurador de la relación de trabajo que permite darle al contrato de trabajo una identidad propia. Cuando nos encontramos ante una relación jurídica en la cual una persona presta un servicio por cuenta ajena, que pone su fuerza de trabajo a disposición de otro que la dirige y organiza, nos encontraremos ante un contrato de trabajo, independientemente del nombre que las partes den a dicha relación. Este elemento será definitivo de la verdadera naturaleza del contrato de trabajo al no estar presente en otras actividades que guardan afinidad con aquel.

La remuneración, tercer elemento del contrato de trabajo, constituye la retribución que se otorga al trabajador por los servicios que presta y, aunque no es un elemento definitivo, debe estar presente al ser el contrato de trabajo uno de intercambio.

Estos son los tres elementos que determinan la existencia del contrato de trabajo, los que se encuentran reconocidos en nuestra legislación, específicamente en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) cuando prescribe que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Cabe precisar que se entiende que la presunción está referida a la indeterminación del contrato de trabajo, por cuanto ante la verificación de la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, no cabe presunción alguna, sino la plena constatación de la existencia de una relación laboral.

Los elementos configuradores resultan sumamente clarificadores en caso de conflicto de identificación respecto de figuras afines o en situaciones en que se pretenda desconocer su real naturaleza. De ahí que no resultará relevante la calificación o denominación que las partes de una determinada relación jurídica le concedan a esta cuando de la constatación de la presencia de los elementos, se determine que nos encontramos ante una relación de trabajo, siendo este el sustento del principio de primacía de la realidad. Esta es la razón por la cual algunos autores consideran que la regulación del artículo 4 de la LPCL, además de contener los elementos esenciales del contrato de trabajo, contendría una consagración del principio de primacía de la realidad.

2. El papel del principio de primacía de la realidad en la determinación de la relación de trabajo

El principio de primacía de la realidad, si bien es parte de los principios generales del Derecho, en el ámbito del Derecho Laboral se aplica, de manera preferente, para determinar la existencia de una relación de trabajo. Este principio, como su propio nombre lo indica, pro-pugna la prevalencia de lo que ocurre en los hechos antes que aquello que se encuentre señalado en documentos o de lo que haya sido pactado por las partes. De esta manera, de existir algún convenio o documento que señale que existe una relación jurídica distinta a la laboral, tal acuerdo quedará descartado si en los hechos se acredita que estuvieron presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo.

La doctrina tiene una definición uniforme de este principio. Así, el principio es definido por Plá Rodríguez señalando que "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a la primera, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"⁽¹⁾. En la misma línea Vásquez Vialard señala que si bien el principio de primacía de la realidad es un principio general "(...) en el trabajo presenta rasgos muy particulares. De conformidad con el mismo, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o aún se documentó debe darse primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma), sobre la apariencia"⁽²⁾. En nuestro país Neves Mujica señala que "ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la realidad"⁽³⁾.

En la jurisprudencia peruana, el principio de primacía de la realidad ha merecido un análisis y desarrollo profuso y uniforme. Así, podemos

(1) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3^a edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 243.

(2) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 9^a edición, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, pp. 83 y 84.

(3) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA editores, Lima, 1997, p. 41.

mentionar a manera de ejemplo, el Fundamento 4 de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 04699-2005-PA/TC en el cual se señala que: “Con relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Tribunal ha precisado, en la STC 1944-2002-AA/TC, que mediante este principio ‘(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’”.

En el mismo sentido, encontramos la invocación de la prevalencia de lo que sucede en la realidad respecto de aquello que se encuentra pactado en documentos cuando el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse con relación a si un contrato de locación de servicios realmente tiene naturaleza civil, tal como sucede en la sentencia recaída en el Expediente N° 04699-2005-PA/TC, en la que, luego de analizar que el demandante –quien prestaba servicios a favor del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA)– se encontraba subordinado a un jefe inmediato a quien solicitaba permiso de salida para realizar las labores para las que fue contratado, y “(...) en aplicación del principio de primacía de la realidad, prevalecen los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por el demandante, resultando, además, evidente que con tales contratos se pretendía esconder una relación laboral”⁽⁴⁾, llegando a la conclusión que “(...) habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente (...) queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral, y no civil; (...)”⁽⁵⁾.

A nivel de la magistratura especializada en materia laboral, además de la permanente y uniforme invocación del principio en las sentencias que se emiten, encontramos una referencia explícita al principio, cuando el Pleno Jurisdiccional del año 2000 adoptó un acuerdo para orientar la dilucidación de la existencia de un contrato de trabajo contrapuesto

(4) Cfr. Fundamento 5.

(5) Cfr. Fundamento 6.

a un contrato de locación de servicios, señalando que “si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan”.

En consecuencia, a nivel judicial, el principio de primacía de la realidad se enlaza al principio general de verdad real, el cual busca que en un proceso no prime la mera formalidad, sino que prevalezca el fondo sobre la forma.

Resulta bastante claro el fundamental papel que juega el principio de primacía de la realidad para llegar a determinar la existencia de una relación de trabajo, que permitirá descartar, inclusive, aquello que hubiere sido pactado por las partes si es que se constata que están presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo. En este sentido, cabrá la posibilidad de que una persona que haya puesto a disposición de un empleador su fuerza de trabajo, no desee mantener una relación laboral y, aun así, se reconocerá tal naturaleza, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo se configura con prescindencia de la denominación que las partes quieran atribuirle.

II. EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

1. Lo establecido en la Ley General de Inspección y su Reglamento sobre la determinación de la existencia de una relación laboral

La actual Ley General de Inspección (LGI) y su Reglamento (RLGI) contienen la definición del principio de primacía de la realidad, así como una referencia al este como principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo, respectivamente. Así, el artículo 3 de la LGI señala que el funcionamiento y actuación del Sistema de Inspección del Trabajo se rige por una serie de principios ordenadores, entre ellos, el principio de primacía de la realidad y lo define señalando que “en casos de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos

reflejados en los documentos formales siempre debe privilegiarse los hechos constatados”⁽⁶⁾.

Por su parte el RLGI, menciona el principio de primacía de la realidad en el artículo que regula lo referente a los principios que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo.

Cabe recordar que la primera norma en materia de inspecciones en nuestro país que incorporó el principio de primacía de la realidad como uno orientador de la función inspectiva fue el D.L. N° 910 y su Reglamento, el D.S. N° 020-2001-TR. En dichos cuerpos normativos, la regulación del principio fue más amplia, en el sentido de que se determinó los supuestos en los cuales el inspector podía aplicarlo. La regulación relativa a este principio, resultaba adecuada si la veíamos como un avance respecto del reconocimiento de la aplicación del principio en la actividad inspectiva, es decir, se respaldaba la labor inspectiva estableciendo expresamente la facultad de los inspectores de trabajo de aplicar el principio –no solo como un mero criterio informador– sino de manera concreta, en un contexto que es propio de la labor que desarrollan: la constatación o verificación de una relación de trabajo como producto de la labor inspectiva.

No obstante ello, no fueron pocos los cuestionamientos que surgieron ante la posibilidad de que un funcionario de la administración aplicara el principio, teniendo en cuenta que un procedimiento administrativo no cuenta con las mismas garantías ni autoridad propias de un proceso judicial. Para ello, el artículo 9 del reglamento estableció determinados parámetros o límites a partir de los cuales el inspector podía llevar a cabo su función de verificación de la existencia de una relación de trabajo con la aplicación del principio de primacía de la realidad⁽⁷⁾.

De una revisión de la regulación del artículo 9 del D.S. N° 020-2001-TR se advertía un aspecto que distorsionaba el principio, cual era la referencia a la posibilidad de que existiera prueba en contrario en la aplicación del principio. Como señala García Granara: “cuando se constata la concurrencia de los elementos esenciales existe un contrato de

(6) Artículo 2 de la Ley N° 28806.

(7) Artículo 9 del D.S. N° 020-2001-TR.

trabajo y tal constatación no está sujeta a presunción de ninguna clase (ni *ad probationem* ni *jure et de iure*), pues en los hechos ya existe una relación laboral”⁽⁸⁾.

De allí que los supuestos que contemplaba dicho cuerpo legal eran situaciones de desnaturalización de contratos de trabajo que ya tenían una sanción prevista en nuestra legislación pero que, en modo alguno, determinaban la aplicación del principio.

El D.S. N° 019-2006-TR modificó el reglamento y eliminó los límites establecidos en el artículo 9 del D.S. N° 020-2001-TR, quedando la consagración del principio tal y como lo conocemos hoy en día. Esto da una mayor flexibilidad y margen de actuación a los inspectores en su actuación cotidiana, en la medida en que no tienen que ajustarse a parámetros establecidos en una regulación. Sin embargo, sí es importante que el Ministerio de Trabajo cuente con parámetros, lineamientos y haga supervisión de la aplicación adecuada de este principio, por cuanto siempre estará sujeta a una valoración, la cual puede ser acertada pero, igualmente, puede incurrir en error de apreciación, sin perjuicio de lo cual los administrados siempre contarán con la posibilidad de presentar los descargos pertinentes ante la aplicación del principio en un proceso de inspección, así como de impugnar lo que resuelva la autoridad respectiva.

2. Infracción en que incurre el empleador y sanciones previstas

La LGI establece que constituyen infracciones administrativas en materia de relaciones laborales, de seguridad y salud en el trabajo y de seguridad social, los incumplimientos de las obligaciones contenidas en las leyes de la materia y convenios colectivos, mediante acción u omisión de los distintos sujetos responsables, previstas y sancionadas conforme a ley, considerando dentro de la materia de relaciones laborales, los temas de colocación, fomento del empleo y modalidades formativas.

(8) GARCÍA GRANARA, Fernando. “La primacía de la realidad en la inspección del trabajo”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. 1^a edición. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 403.

Las infracciones en las que puede incurrir un empleador se encuentran debidamente tipificadas en el RLGI, de manera que no podrá imponerse sanción económica por alguna infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento.

Tanto la LGI como el RLGI califican las infracciones como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del derecho afectado o del deber infringido y, sobre la base de la categorización prevista en el RLGI.

En el caso específico de la aplicación del principio de la primacía de la realidad ante la constatación de la existencia de una relación de trabajo, se trata de una infracción en materia de relaciones laborales que el RLGI califica como grave, la cual se propondría en vista de no haberse registrado a los trabajadores en las planillas de pago o en registros que las sustituyan o no haberlo hecho en el plazo y con los requisitos previstos, incurriendose en infracción por cada trabajador afectado⁽⁹⁾.

De acuerdo al artículo 47 del RLGI, las sanciones a las infracciones detectadas se aplican de acuerdo a una tabla que toma como parámetros la gravedad de la falta y el número de trabajadores afectados. Para el caso que nos ocupa, se ha previsto una sanción cuya base de cálculo considera un mínimo de 6 y un máximo de 10 UIT (entre S/. 21,600 y S/. 36,000), la cual se irá fijando en función del número de trabajadores afectados con la aplicación del principio.

Llama la atención que tratándose de un aspecto de tanta envergadura como es detectar que un empleador mantiene trabajadores en situación de informalidad, se haya calificado dicha infracción como una grave y no como una muy grave. Es fácil advertir que la informalidad en la contratación es un asunto que debe eliminarse y no aceptarse, por lo que una conducta de este tipo debiera merecer máximas sanciones.

Por su parte, el RLGT ha considerado como un supuesto de infracción muy grave el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la contratación a plazo determinado, cualquiera que sea la denominación de los contratos, su desnaturalización, su uso fraudulento y

(9) Artículo 24.1 del D.S. N° 019-2006-TR modificado por el D.S. N° 019-2007-TR.

su uso para violar el principio de no discriminación. Concordamos que tal conducta puede calificar como una infracción de gravedad; sin embargo, no se llega a entender por qué no se da el mismo tratamiento a supuestos de desconocimiento de la relación laboral. Se podría objetar que, dado el alto grado de informalidad en la contratación de trabajadores en nuestro país, muchas empresas podrían verse afectadas económicamente con la aplicación de una sanción de este tipo. Sin embargo, en este punto es importante resaltar la labor didáctica y orientadora que debe privilegiar el Ministerio de Trabajo en la realización de sus actividades de inspección de manera que si, a pesar de las recomendaciones y advertencias, el empleador no modifica o subsana su actitud, deberá ser posible de sanciones drásticas.

III. DIRECTIVAS QUE REGULAN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL

La Dirección Nacional de Inspección de Trabajo tiene entre sus funciones la dirección, organización, coordinación, planificación, seguimiento y control de la actuación y el funcionamiento del Sistema de Inspección, siendo el órgano técnico competente para dictar los lineamientos que deberán ser cumplidos por los inspectores de trabajo a nivel nacional.

En lo relativo al tema de la determinación de la existencia de una relación laboral, la Dirección Nacional de Inspección ha implementado el Plan Reto 2008-2011, sobre la base del cual se han emitido una serie de directivas que regulan los parámetros y esquemas procedimentales que deben cumplir los inspectores para determinar esta situación en un caso concreto.

1. El Plan RETO

El Plan RETO (Registro de Trabajadores Obligatorios) es un programa implementado por el Ministerio de Trabajo, que tiene como finalidad lograr la incorporación a planillas de trabajadores no registrados,

así como verificar el cumplimiento por parte del empleador del Seguro Social⁽¹⁰⁾.

Se trata de una política de fiscalización constante, a fin de que se formalicen las relaciones laborales de los trabajadores, lo cual trae como efecto inmediato que estas personas tengan acceso al pago de los beneficios sociales establecidos por nuestra legislación, además de su inclusión en los sistemas de seguridad social.

Entre las principales directivas que se han emitido, a efectos de regular la actuación de los inspectores en la determinación de la existencia de una relación de trabajo, tenemos a la Directiva Nacional N° 008-2008-MTE/2/11.4 y el Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4, que analizaremos a continuación:

1.1. Directiva Nacional N° 008-2008-MTE/2/11.4

El objetivo de esta directiva es establecer los criterios técnicos y pautas que deben cumplir los inspectores de trabajo para la adecuada formalización e incorporación de trabajadores en la planilla electrónica de cualquier centro de labores, en la medida en que se acredite que en realidad mantienen un vínculo laboral con el empleador.

De esta manera, en medio de las actuaciones inspectivas que se realicen sobre la verificación de las condiciones contractuales del personal que presta servicios en distintos centros de labores, los inspectores podrán ordenar la incorporación en la planilla electrónica del personal que presta servicios subordinados a cambio de una remuneración periódica, en la medida en que este personal no se encuentre registrado o mantenga un vínculo laboral distinto al laboral por desnaturalización o fraude a estas normas.

Bajo este contexto, los inspectores de trabajo deberán aplicar el principio de primacía de la realidad, para privilegiar los hechos constatados en medio de un procedimiento de inspección, frente a los documentos o actos formales que sean declarados por el empleador.

(10) Oficio Circular N° 126-2008-MTPE/2/11.4.

1.1.1. Criterios mediante los cuales se acredita la existencia de una relación laboral

En un caso concreto, el inspector de trabajo debe observar que se manifiesten los elementos de la relación de trabajo, como son la prestación personal, remuneración y subordinación, antes de ordenar la incorporación del trabajador en planilla. Cabe hacer notar que la directiva establece que la subordinación se configuraría con la existencia de un horario de trabajo predeterminado por el empleador, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o tareas debidamente especificadas en su desarrollo, las sanciones que se establezcan por no desarrollar adecuadamente estas actividades, etc.

Entre las situaciones que ameritarían la aplicación del principio de la primacía de la realidad, tenemos ejemplos tales como: la falta de definición de la naturaleza jurídica del vínculo entre el sujeto inspeccionado y el personal verificado en la visita inspectiva, el hecho de que la actividad realizada por la persona sea similar o equivalente a las de otro trabajador registrado en la planilla electrónica de la empresa, cuando la empresa usuaria o principal no acredite la condición del personal que mantiene en su centro de labores por un presunto contrato de intermediación laboral o tercerización de servicios, entre otros casos.

1.1.2. Esquema procedimental que deben seguir los inspectores para la determinación de la relación de trabajo

Si es que en un caso concreto los inspectores de trabajo observan inconsistencias en la información vertida por el empleador, se le deberá citar a una diligencia de comparecencia, en donde deberá presentar los documentos que sustenten el vínculo del personal verificado en la visita de investigación, así como del personal que estando registrado en planillas no es sujeto de entrega de boletas de pago, en este último caso, cuando el inspector considere relevante investigar el tipo de vínculo que une a estas personas con la empresa.

El inspector puede adoptar una medida de requerimiento en caso el sujeto inspeccionado no acredite adecuadamente el vínculo o relación existente con el personal encontrado en la visita de inspección, debiendo presumirse en estos casos la existencia de una relación de

carácter laboral, por lo que se le otorgará un plazo razonable al sujeto inspeccionado para que incorpore a estas personas en las planillas.

Cabe hacer notar que si en la misma visita inspectiva se logra determinar con los documentos correspondientes la no incorporación o incorporación indebida de trabajadores en las planillas, o el mismo empleador reconoce este hecho, el inspector se encontrará facultado para adoptar la medida de requerimiento, sin necesidad de seguir el trámite de comparecencia.

1.2. Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4

En función de la información contenida en las planillas electrónicas, la Dirección Nacional de Inspección remite mensualmente a los Directores Regionales la relación de empresas aleatoriamente seleccionadas que cuenten con locadores de servicios que les giran recibos por honorarios de manera periódica, así como los datos de identidad de los locadores de servicios, a efectos de que puedan ser identificados en una visita de inspección.

Las Direcciones Regionales, a su vez, se encargarán de distribuir órdenes de inspección a los inspectores correspondientes, las que deberán contener de manera obligatoria y clasificada, los datos de la planilla electrónica respecto al número de trabajadores y locadores de servicios que se reportan en el centro de labores y, asimismo, la identidad de los locadores.

Ahora, al realizar las visitas inspectivas, los inspectores de trabajo cotejarán la información entregada con aquella que el empleador puede haberles entregado directamente sobre sus locadores, debiendo poner especial atención en:

- El cargo u ocupación que ostentan.
- La existencia de un lugar físico dentro del centro de trabajo donde desarrolleen sus actividades.
- La existencia de un horario específico de ingreso y salida.
- El tiempo de servicios en el centro de labores.

- Si se han girado recibos por honorarios a varias razones sociales o solo a la empresa inspeccionada.

El inspector deberá realizar un recorrido en las instalaciones de la empresa inspeccionada, verificando si se encuentran algunos de los locadores, según la información que le fuera entregada, así como la presencia de trabajadores que no estén en planillas. Sobre estos últimos, será misión del inspector indagar sobre las características del vínculo que mantienen con el sujeto inspeccionado.

La carga de la prueba respecto a los locadores de servicio materia de la inspección recaerá sobre la empresa inspeccionada, quien deberá acreditar el tipo de labor que realizan y el sustento fáctico de su autonomía. En la medida en que el sujeto inspeccionado no brinde los medios probatorios necesarios para acreditar esta situación, y el inspector verifique la existencia de un vínculo laboral, se emitirá una medida de requerimiento a fin de que dichos locadores sean incorporados como trabajadores del sujeto inspeccionado.

Cabe hacer notar que el requerimiento se hará efectivo a partir del día siguiente del vencimiento del plazo que posee la empresa para presentar el PDT - Planilla Electrónica, según su último dígito de RUC.

Ahora, si el empleador se niega a permitir el acceso a sus instalaciones a los inspectores debidamente acreditados, se recabará una constatación policial y emitirá el acta de infracción respectiva debiéndose elevar el informe respectivo para que se dé cuenta al Ministerio Público de la comisión del delito contra la Administración Pública - violencia y resistencia a la autoridad.

1.3. Pautas complementarias con relación al Plan RETO

Con fecha 14 de julio de 2009, se emitió el Oficio Circular N° 107-2009-MTPE/2/11.4, mediante el cual se establecen las pautas complementarias a las ya establecidas en la Directiva N° 008-2008-MTPE/2/11.4 y el Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4, a fin de hacer más rápida la determinación de la existencia de una relación de trabajo y la incorporación del trabajador en las planillas de la empresa.

Es así que se establece que en su primera visita el inspector de trabajo debe proceder al recorrido por las instalaciones del centro de trabajo, individualizando a los trabajadores y recabando los demás datos que pudieran existir, relacionados al vínculo laboral, dejando constancia de esta información en el documento respectivo, con la finalidad de tener un registro preliminar que le permita cotejar las planillas, boletas de pago u otra documentación a cargo del empleador.

Si después de revisar la documentación proporcionada por el empleador, se observa que no se encuentran registrados en planilla los trabajadores que corresponden, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el inspector adoptará una medida de requerimiento de manera inmediata, señalando un plazo al empleador para incorporar a los trabajadores en planillas e incluirlos en la seguridad social, el cual deberá fijarse tomando en cuenta la fecha programada por la Sunat para la presentación de las planillas electrónicas.

La citación en comparecencia solo procede cuando el empleador afirme que no posee en el centro de trabajo la documentación que le permita sustentar lo expresado. Sin embargo, si en la citación a comparecencia no presenta la documentación que afirmó tener, o no satisface la acreditación del registro en planillas o la inscripción a la seguridad social, el inspector adoptará la medida de requerimiento en el mismo acto, mediante la que se ordenará la incorporación del trabajador en las planillas de la empresa.

Conforme se aprecia, estas disposiciones complementan el esquema procedimental establecido en la Directiva Nº 008-2008-MTPE/2/11.4, toda vez que regulan que es lo que exactamente debe hacer el inspector de trabajo en la primera visita inspectiva (recabar datos en medio de un recorrido al centro de trabajo y luego confrontar esta información con la que el empleador proporcione), lo cual permitiría que en esta misma diligencia el inspector pueda ordenar la incorporación de los trabajadores en planillas, si es que se aprecia que existe contradicción entre lo que se observó en los hechos y lo que ha sido alegado por el empleador.

IV. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL EN LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Conforme hemos analizado precedentemente, la Dirección Nacional de Inspección ha establecido una serie de pautas y facultades que deberán emplear los inspectores al momento de determinar la existencia de una relación de trabajo, y ordenar en función de ello la incorporación de personal en las planillas de una empresa.

Se observa que el sistema implementado ha seguido una evolución y un proceso de simplificación, para hacer más rápida la determinación de la existencia de la relación de trabajo, la cual tendrá como base principal los hechos que hayan sido verificados por el inspector en el centro de trabajo objeto de fiscalización.

De esta manera, se observa que en el caso específico de la determinación de la existencia de una relación de trabajo, lo que pueda ser observado por el inspector de trabajo en medio de una visita de inspección será uno de los aspectos más relevantes para establecer la existencia de una relación laboral, lo cual, obviamente, guardaría concordancia con el principio de primacía de la realidad, que necesariamente se aplica a este tipo de situaciones.

Bajo este contexto, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de procedimientos administrativos, en los que se da preferencia a la prueba documental, en el caso de la inspección de trabajo, uno de los elementos más importantes para establecer una concreta situación jurídica se encontrará en los datos que hayan sido recabados por el inspector mediante una verificación *in situ* de las actividades realizadas por una persona en el centro de trabajo inspeccionado.

Obviamente, brindar este tipo de prevalencia a los datos recabados por parte del inspector, guarda concordancia con el tipo de sistema inspectivo implementado en nuestro ordenamiento, en el que se conceden las más amplias facultades a los inspectores de trabajo para que puedan cumplir con sus funciones, y modificar de facto, aquellas situaciones que resultan contrarias a lo establecido en nuestra Constitución y la legislación laboral vigente.

Sin embargo, preocupa que en determinados supuestos, la interpretación realizada por los inspectores de trabajo respecto a determinados hechos, guarde cierto margen de subjetividad, que pueda implicar la imposición de medidas de requerimiento, en casos en los que en realidad no se configura una relación de trabajo.

Sobre este punto, se debe tomar en cuenta que los datos recabados por un inspector de trabajo siempre pasan por una apreciación personal respecto a determinada situación o hecho observado en la inspección. Obviamente, esta subjetividad, se encuentra limitada por determinados parámetros establecidos en las directivas emitidas por el Ministerio, en los que se exige la verificación de hechos específicos para hablar de la existencia de una relación de trabajo.

Sin embargo, no todos los casos resultan ser tan sencillos, ni han sido previstos por las directivas emitidas por el Ministerio, lo cual implicará que en determinados supuestos, los inspectores tengan que efectuar una interpretación de los hechos basándose en amplios márgenes de subjetividad, lo cual, obviamente, podría traer consecuencias contradictorias a lo establecido en nuestro ordenamiento legal.

Al respecto, conviene indicar que son varios los casos en los que se ha podido observar que sobre la base de criterios subjetivos, se ha establecido la existencia de una relación de trabajo, cuando en los hechos, podemos encontrarnos ante otro tipo de situación.

Por citar un ejemplo, se tiene el caso de una empresa que se dedica a realizar comerciales para televisión y que, en virtud de la obtención de un contrato, ha requerido contar con los servicios de personal especializado en estas actividades, como sería el caso de un director, modelos, camarógrafos, decoradores, etc., para realizar determinado anuncio publicitario.

Cuando el inspector llega al centro de trabajo observa a todo este personal en medio de la realización del comercial, por lo que considera que estas personas mantienen una relación laboral con el sujeto inspeccionado, más aún si se toma en cuenta que están desarrollando actividades que resultan ser parte del objeto social de esta empresa de publicidad, por lo que formula el requerimiento para que estas personas sean incorporadas en los libros de planilla de la empresa.

El problema radica aquí en que los supuestos "trabajadores" son en realidad personas que desarrollan sus actividades de manera independiente, y de forma indistinta para diferentes empresas del medio al mismo tiempo, hecho que es por demás evidente. Más aún, dado que el tipo de actividad que realizan es especializada, la empresa no les da directivas respecto a como desarrollar su trabajo, sino únicamente establece pautas generales para poder llevar a cabo el proyecto basándose en los márgenes esperados por el cliente.

Sin embargo, el inspector de trabajo al verificar que hay una prestación personal de servicios, el pago de una "remuneración" y una suerte de "subordinación", toda vez que estas personas han asistido a las grabaciones del comercial en función de los tiempos requeridos por el "empleador" durante uno o cuatro días, considera que se ha configurado la existencia de una relación de trabajo.

Y obviamente, le da prevalencia a los hechos observados en el centro de trabajo antes que a los documentos presentados por el empleador, en los que se podría apreciar que estas personas solo prestan servicios eventualmente, o en algunos casos, solo prestaron servicios por esa única ocasión, como es el caso de la modelo, que por el tipo de actividad que desarrolla, no puede ser personal permanente de una empresa que realiza distintos tipos de comerciales.

De esta manera, se observa que, la valoración de los hechos se encuentra sujeta a un amplio margen de subjetividad por parte del inspector de trabajo, y siendo este aspecto, prácticamente, uno de los más importantes al momento de establecer una relación de trabajo, podemos encontrarnos ante supuestos en los que sobre la base de apreciaciones completamente sesgadas, se obligue a un sujeto inspeccionado a incorporar en los libros de planillas a personal que desarrolla actividades de naturaleza independiente.

Obviamente, se puede considerar que siempre existirá un margen de error por parte del inspector de trabajo en la determinación de la existencia de una relación laboral, lo cual podrá ser cuestionado por el sujeto inspeccionado en medio del procedimiento sancionador. Sin embargo, preocupan las amplias prerrogativas de las que pueden hacer uso los inspectores de trabajo antes de que el empleador

tenga oportunidad de efectuar este cuestionamiento, como es el hecho del requerimiento de incorporación de estas personas en planillas, so pena de incurrir en una nueva infracción por no cumplir oportunamente con la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden sociolaboral.

Bajo este contexto, si bien nos parece que se han implementado parámetros adecuados para que la determinación de la relación de trabajo sea realizada de manera expeditiva por parte de los inspectores, existirán casos concretos en los que únicamente podrá entrar a tallar el criterio subjetivo del inspector, lo cual podría conllevar a que se emitan requerimientos de incorporación a los libros de planillas de una empresa, pese a que en los hechos, los supuestos “trabajadores” no hayan realizado actividades de naturaleza personal, remunerada y subordinada a su favor.

V. LA DEBIDA MOTIVACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

La Dirección Nacional de Inspección de Lima y las Direcciones Regionales de Trabajo han tratado de corregir la problemática descrita en el acápite precedente al declarar la nulidad de las resoluciones administrativas en las que los inspectores de trabajo no han cumplido con explicar debidamente el razonamiento que los ha llevado a determinar la existencia del vínculo laboral en un caso concreto.

Sobre este punto, corresponde explicar que todo acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas vigentes ordenadoras de determinada situación y, a su vez, ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General para su constitución, tales como son: la competencia, el objeto y contenido posible, la finalidad pública, motivación y el procedimiento regular.

La motivación implica una exigencia de argumentar la decisión tomada en un determinado acto administrativo, por lo que obliga al funcionario a demostrar la justificación de este, así como el objetivo perseguido con su emisión.

La debida motivación cumple un rol informador y justificador sobre el contenido del acto administrativo, lo cual posibilitará que tanto los administrados como los superiores con potestades de revisión del acto, puedan tomar conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa.

Bajo este contexto es claro que la motivación en un acto administrativo no puede implicar un análisis vacío o genérico de la situación que se analiza, pues constituye una exigencia legal y constitucional, que cuando se establezca determinada situación, el funcionario a cargo cumpla con fundamentar tal decisión en función de los hechos comprobados y conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En el caso de las inspecciones, la debida motivación funciona como un límite a la actuación de los inspectores en la determinación de la existencia de un vínculo laboral, pues no bastará con que se fundamente la decisión de manera genérica, sino que es necesario que se lleve a cabo una explicación razonada de todos los datos o hechos que lo han llevado a determinar la existencia de los elementos que configuran una relación laboral, ya que en el supuesto contrario, se declarará la nulidad de la resolución administrativa.

A la fecha, se podría considerar que existen ciertos criterios respecto a la debida motivación que deben cumplir los inspectores al momento de determinar la existencia de la relación de carácter laboral, pues por ejemplo, se considera que no se podrá establecer tal situación sobre la base de la sola manifestación de los supuestos trabajadores afectados o en el hecho de haber encontrado a estas personas en la empresa durante la inspección, pues en estos casos resulta necesario explicar como estos datos pueden acreditar la existencia de subordinación, tal como se puede apreciar a continuación:

“Si bien los inspectores de trabajo comisionados han consignado como hecho verificado que existe una relación laboral entre el indicado señor y el sujeto inspeccionado, no desarrollaron el razonamiento que motivó dicha conclusión, es decir, que los elementos fácticos que fueron verificados y que los llevaron a considerar que el servicio que prestaba dicha persona se desarrollaba de manera personal, que existía una contraprestación por el mismo y

principalmente, que tales labores se realizaron bajo la subordinación del recurrente, basando su verificación en lo manifestado por las citadas personas y en que los encontró durante la visita al centro de trabajo, hechos que no implican necesariamente que dichas personas hayan prestado servicios bajo dirección del empleador, que este haya normado reglamentariamente sus labores, que haya dictado las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, o que los haya sancionado, disciplinariamente por alguna falta. Conforme lo señala el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-R, máxime si la función que afirmaron desarrollar no tiene relación directa con la actividad principal de la inspeccionada". (Resolución N° 244-2009/ Dpto. Lima)⁽¹¹⁾.

"El inferior jerárquico no desarrolló el razonamiento que llevaron a considerar que el servicio que prestaban las personas supuestamente afectadas se desarrollaba de manera personal, que existía una contraprestación por el mismo y, principalmente, que tales labores se realizaban bajo la subordinación del recurrente, basando únicamente su decisión en el hecho que dicho personal fue encontrado laborando en la primera visita al centro de trabajo, lo que no implica necesariamente que estos hayan prestado servicios bajo la dirección del empleador, que este haya normado reglamentariamente sus labores, que haya dado las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas o que los haya sancionado disciplinariamente por alguna falta, conforme lo señala el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, máxime si no se ha verificado documentación alguna que acredite el vínculo laboral". (Resolución N° 009-2009 / Dpto. Lima)⁽¹²⁾.

"De la revisión de los actuados, se desprende que la autoridad de primera instancia, en concordancia con lo propuesto en el acta de infracción y sin una debida motivación, estableció la existencia del vínculo laboral entre la inspeccionada y las personas consignadas en la resolución apelada, a pesar de que el comisionado solo se basó en los afirmado por estas últimas, durante el recorrido efectuado en

(11) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUILUREN PRAELI, Augusto. *Jurisprudencia sobre inspecciones laborales*. Gaceta Jurídica. Lima, diciembre de 2009, p. 244.

(12) Ibídem, p. 82.

el centro laboral, en tal sentido, la resolución materia de inspección no reúne los requisitos de validez que establece la ley, en aplicación del artículo 202 y el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, resulta procedente la nulidad del acto administrativo en salvaguarda a los principios de observancia del debido proceso y de pluralidad de instancias". (Resolución N° 214-2009 / Dpto. Lima)⁽¹³⁾.

En estos casos, se entiende que el inspector de trabajo había declarado la existencia del vínculo laboral sobre la base de las declaraciones vertidas por la parte trabajadora o en lo que habría sido observado en la vista inspectiva llevada a cabo en el centro de trabajo; sin embargo, el superior jerárquico consideró que tales datos no eran suficientes para determinar una situación de este tipo, pues estos no necesariamente acreditaban la prestación de servicios bajo una situación de dependencia y subordinación.

Ante tal situación, era necesario que el inspector explique detalladamente los hechos que fueron verificados y cómo estos demostraban que la persona prestó servicios personales, remunerados y subordinados para determinado empleador, no siendo suficiente que realice una descripción de lo observado en la visita inspectiva. Debemos hacer notar que si bien los datos recabados por el inspector resultan relevantes a efectos de determinar la existencia del vínculo laboral, si no se cumple con enlazar estos a los elementos propios del contrato de trabajo, no se podría considerar que la decisión se encuentre debidamente motivada.

Ahora, corresponde hacer notar que en otros casos se ha considerado que se ha determinado válidamente la existencia del vínculo laboral si es que el inspector de trabajo cumple con realizar un análisis del puesto ocupado por la persona dentro de la empresa, tal como se puede apreciar a continuación:

"Lo alegado en el sentido que la persona afectada prestó servicios bajo la modalidad de locación de servicios por lo que no se habría configurado una relación laboral carece de sustento, teniendo

(13) Ibídem, p. 46.

en cuenta que el comisionado determinó la existencia de subordinación, elemento diferenciador entre un vínculo de naturaleza laboral y otro de naturaleza civil; en efecto, la labor de cajera no puede conceptuarse como una prestación de servicios bajo la propia dirección y responsabilidad del locador, debido a que se requiere permanencia y fiscalización por parte del empleador, situación que lleva a concluir en la existencia de los elementos propios de un contrato de trabajo como son: la prestación personal de un servicio, la contraprestación y la subordinación, siendo aplicable el principio de primacía de la realidad". (Resolución N° 134-2009 / Dpto. Lima)⁽¹⁴⁾.

"Conforme a lo verificado y consignado por el comisionado en el acta de infracción, la persona que prestaba servicios a la inspeccionada se desempeñaba como despachador de productos, labor que tiene relación directa con la actividad principal de la empresa inspeccionada, encontrándose para tal efecto bajo la supervisión del gerente de ventas, tal como lo afirmó este en la visita inspectiva, evidenciándose una relación de subordinación que además se confirma con el memorando de oficina que obra en el expediente, mediante el cual se imparten directivas para el desarrollo de sus funciones, por lo que, conjuntamente con la continuidad de los servicios, reflejada en la jornada de trabajo, así como el pago efectuado por la labor realizada, se configura un vínculo laboral al concurrir los elementos del contrato de trabajo, tales como la prestación personal de servicio, el pago de una remuneración y la subordinación.

"El comisionado encontró laborando a la persona afectada, verificando respecto de ella la existencia de las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, es así que la titular de la empresa exhibió una carta de renuncia suscrita por la prestadora afectada, además consignó que la recurrente le había señalado que la citada persona era empleada del hogar dicho que por cierto no acreditó, con que se demostraba que la inspeccionada la reconocía como su trabajadora, máxime si ha constatado que esta desempeñaba en forma directa la labor de cocinera, labor que se encuentra relacionada con la actividad principal del sujeto inspeccionado, la

(14) Ibídem, p. 47.

cual es hostal-restaurante, implicando el desarrollo de una actividad permanente, obligatoria y necesaria para su funcionamiento que requiere que esté dirigido y supervisado por un jefe inmediato, por lo que resulta irrelevante la afirmación que hace la inspeccionada". (Resolución N° 036-2008 / Dpto. Lima)⁽¹⁵⁾.

En estos casos, se considera que el cargo ocupado por la persona necesariamente implicaba que la empresa tenga que realizar una supervisión y control sobre sus actividades, con lo cual, se encontraría demostrada la existencia del elemento subordinación, que es el que propiamente distingue a las relaciones civiles de las de carácter laboral.

Ahora, existen otros datos sobre la base de los cuales se puede determinar la existencia de una situación de dependencia de la persona respecto a la empresa, como sería por ejemplo, el hecho de que tenga que usar uniformes entregados por esta última o de que tenga que cumplir determinado horario dentro de la empresa, etc.

"De las diligencias inspectivas realizadas y pruebas documentales actuadas, se advierte que la prestación de servicios de la trabajadora presuntamente afectada a favor de la inspeccionada, fue personal, remunerada y subordinada, al contar con un registro de entrada y salida de las instalaciones de la empresa y cumplir con un horario de trabajo, situación que incluso fue corroborada con el documento denominado "adelanto de sueldo", que otorgó la inspeccionada en febrero de 2007, conforme se acredita con el recibo provisional N° 00266, que exhibe la recurrente en la diligencia de fecha 30 de marzo de 2007, extremos que permiten concluir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad". (Resolución N° 065-2008 / Dpto. Lima)⁽¹⁶⁾.

"El inspector de trabajo detectó la presencia de dos trabajadores portando el uniforme característico con el logotipo de la empresa laborando en el horario de trabajo, se puede colegir de acuerdo al principio de razonabilidad que los trabajadores se encuentran

(15) Ibídem, p. 84.

(16) Ibídem, p. 66.

subordinados, siendo ello un elemento para establecer un vínculo laboral, implicando la presencia de facultades de directriz, fiscalizadora y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador las mismas que se exteriorizan con el cumplimiento de un horario de trabajo y el portar el uniforme de la empresa, siendo de aplicación de la presunción de existencia del contrato de trabajo frente al hecho de la prestación de servicios". (Resolución N° 053-2008 / Dpto. San Martín)⁽¹⁷⁾.

En realidad, son varios aspectos los que pueden ser analizados por el inspector de trabajo en este tipo de situaciones, sin embargo, es evidente que estos deben ser apreciados de manera conjunta y razonada al momento de determinar que la prestación de servicios se está desarrollando de manera personal, remunerada y, sobre todo, subordinada.

Respecto a este último punto, consideramos que el elemento subordinación resulta el más importante a efectos de determinar la existencia del vínculo laboral, resultando vital que el inspector de trabajo realice una adecuada fundamentación de los elementos de juicio que lo han llevado a determinar que la persona afectada presta servicios bajo el poder de dirección, control y sanción del empleador, pues no basta que en estos casos se describan los hechos observados en una inspección, sino que es necesario enlazar estos datos a un razonamiento lógico que permita fundamentar debidamente esta decisión.

Consideramos que el papel de la inspección de trabajo en la determinación de la existencia de la relación laboral resulta vital a efectos de cumplir con un papel de inclusión de aquellos trabajadores que se encuentran en una situación de informalidad y precariedad. Sin embargo, también es importante que este tipo de decisiones se fundamenten en razonamientos conjuntos y objetivos respecto a los hechos y datos recabados en la inspección, principalmente, para evitar que este tipo de decisiones puedan ser objeto de posteriores declaraciones de nulidad, con lo cual, el procedimiento inspectivo que se haya llevado a cabo no habría podido cumplir en los hechos con su finalidad.

(17) Ibídem, p. 84.

CONCLUSIONES

- La Dirección Nacional de Inspección de Trabajo ha implementado el Plan Reto mediante el cual se busca lograr la incorporación a plánnillas de trabajadores que no hayan sido registrados como tales en las empresas.
- La Directiva N° 008-2008-MTPE/2/11.4, el Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4 y el Oficio Circular N° 107-2009-MTPE/2/11.4, son algunos de los instrumentos más importantes, mediante los cuales la Dirección Nacional de Trabajo ha buscado regular los parámetros y esquemas procedimentales que deberán ser tomados en cuenta por los inspectores de trabajo para la determinación de una relación laboral.
- Si bien se ha buscado implementar un sistema expeditivo para la determinación de una relación de trabajo, preocupa que en determinados supuestos, la interpretación realizada por los inspectores de trabajo respecto a determinados hechos, guarde cierto margen de subjetividad, que pueda implicar la imposición de medidas de requerimiento, en casos en los que en realidad no se configura una relación de trabajo.
- La Dirección Nacional de Inspección y las Direcciones Regionales han ido declarando la nulidad de aquellas resoluciones administrativas en las que se declara la existencia del vínculo laboral sin llevar a cabo una adecuada motivación de esta decisión.
- De esta manera, se considera vital que el inspector de trabajo realice una apreciación conjunta y razonada de los datos que lo llevan a considerar que existe una situación de subordinación y dependencia, pues en caso contrario, la declaración de existencia del vínculo laboral podría ser dejada sin efecto, con lo cual, el procedimiento inspectivo no podría llegar a cumplir con su finalidad.

Capítulo

3

**La procedencia
probatoria del
proceso de
amparo laboral**

Problemas jurisprudenciales observados sobre la procedencia probatoria del proceso de amparo laboral

Federico G. MESINAS MONTERO^(*)

El Tribunal Constitucional tiene abundante jurisprudencia y hasta algún precedente vinculante a través de los cuales ha establecido que si el trabajador no demuestra que la vía ordinaria laboral no es la idónea para la tutela del derecho laboral alegado, no debería proceder la demanda de amparo en aras de la protección de derechos laborales cuando los hechos son controvertidos y se exija un mayor análisis probatorio. Sin embargo, este criterio planteado ha sido, en ciertas ocasiones, obviado por su propio autor, pues el Tribunal ha admitido y hasta ha declarado fundadas algunas demandas en donde la dificultad probatoria es evidente. El autor de este artículo expone estos pronunciamientos a fin de mostrar que el TC esquiva en algunas oportunidades sus propios criterios jurisprudenciales sobre la causal de improcedencia del proceso de amparo laboral por temas probatorios.

I. ¿CUÁNDO SE DECLARA LA IMPROCEDENCIA DEL AMPARO LABORAL POR TEMAS PROBATORIOS?

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede observarse que constantemente este órgano declara improcedente un proceso

(*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado de la Maestría en Derecho Civil de la PUCP.

de amparo laboral –generalmente planteado para la tutela de los derechos de un trabajador frente a un despido constitucional– cuando las pruebas presentadas no son de actuación inmediata y en tal sentido no permiten una acreditación directa del derecho vulnerado. Particularmente hablamos de los casos en los que se han producido un despido constitucional (nulo, sin causa, fraudulento, colectivo, por violación del debido proceso⁽¹⁾). Ello implica, pues, el rechazo de la demanda de amparo sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado.

Vinculado estrechamente con este punto, también se rechazan por improcedentes las demandas de amparo laboral que se refieren a hechos controvertidos; vale decir, procesos en los que en razón de la naturaleza de los hechos demandados para emitirse un pronunciamiento se exigiría una actuación probatoria mayor a la que puede efectuarse en un proceso constitucional, conforme al Código Procesal Constitucional. Predomina aquí el criterio de que la tutela constitucional del trabajador solo es posible en caso de que el derecho vulnerado pueda ser directa o fehacientemente acreditado por las pruebas presentadas, y no que la dilucidación de la controversia exija un análisis probatorio exhaustivo, que debe hacerse necesariamente en la vía judicial ordinaria⁽²⁾⁽³⁾.

Ambos casos de improcedencia mencionados, en el fondo, se refieren a una misma situación: la problemática probatoria laboral en el amparo, esto es, cuando el trabajador (si se trata de un asunto laboral

(1) Un análisis extenso sobre los diversos supuestos de despido constitucional puede verse en QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 109 y ss.

(2) Para Cairo Roldán, para que la función del amparo pueda cumplirse, su estructura procedural se compone por elementos como la flexibilización de las exigencias formales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), la limitación de las posibilidades probatorias (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), la summarización procedural (artículo 53 del Código Procesal Constitucional) y la actuación inmediata de la sentencia de primer grado (artículo 22 del Código Procesal Constitucional). Por lo tanto, al interior de este proceso no pueden dilucidarse controversias complejas o que requieran de una intensa actividad probatoria” (CAIRO ROLDÁN, Omar. “La tutela de urgencia y el amparo subsidiario”. En: *Gaceta Constitucional*. N° 8, Gaceta Jurídica, agosto de 2008, p. 110.

(3) Precisamos que ambas situaciones descritas, a su vez causales de improcedencia, se presentan en realidad respecto de cualquier demanda de amparo, esto es, no solo respecto de los derechos laborales-constitucionales. No obstante, el presente trabajo se enfocará en la problemática jurisprudencial que se observa solo respecto de estos últimos derechos.

constitucional) no puede acreditar clara o fehacientemente el derecho constitucional vulnerado, y comúnmente se presentarán conjuntamente, pues la no posibilidad de acreditación del derecho con pruebas de actuación inmediata normalmente se funda en la naturaleza de la situación o conflicto planteado, cuando este resulta de difícil dilucidación o controversial⁽⁴⁾. En estos casos, antes que declararse infundada la demanda de amparo porque no se ha acreditado adecuadamente la vulneración del derecho constitucional –emitiéndose así un pronunciamiento de fondo– se opta por declarar solo la improcedencia, lo que apuntaría a que el agente pueda reclamar su derecho en la vía que corresponda⁽⁵⁾.

El criterio que mencionamos puede verse en los fundamentos 19 y 20 de la STC Exp. N° 0206-2005-PA, en la que el Tribunal Constitucional señaló que no cabe el proceso de amparo respecto de derechos laborales cuando los hechos sean controvertidos o se exija actividad probatoria, salvo que se pueda demostrar la falta de idoneidad de la vía laboral ordinaria. Se dijo así lo siguiente: “[C]onforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que,

(4) En adelante, nos referiremos a la causal de improcedencia por temas probatorios como el concepto que engloba a las dos situaciones o causales de improcedencia aquí mencionadas.

(5) Así lo contempla, por ejemplo, la sentencia del Exp. N° 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco contra telefónica del Perú S.A: “la dilucidación de la controversia requiere de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en este proceso, que carece de estación probatoria, por lo que al desestimarse la pretensión, debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley”.

entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio (...). Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”.

En suma, según el propio Tribunal Constitucional, en la medida que no se demuestre que la vía ordinaria laboral no es la idónea para la tutela del derecho alegado, o en su caso que no existe vía alguna para la tutela del tema objeto de análisis, no debería proceder la demanda de amparo en aras de la protección de derechos laborales cuando los hechos son controvertidos y se exija un mayor análisis probatorio. Por lo menos, ello se desprende como regla general de sus fallos jurisprudenciales.

No obstante, hemos observado en la práctica que el Tribunal Constitucional en ocasiones ha obviado estas consideraciones y ha admitido a trámite demandas de amparo laboral, más allá de la dificultad probatoria existente. Esto es, que el Tribunal contradice sus propios criterios, lo que crea inseguridad en la forma de admisión de las demandas constitucionales-laborales. Analizaremos en este trabajo dos casos recogidos en la jurisprudencia constitucional que nos parecen paradigmáticos y que, entendemos, no han sido muy difundidos. Previo a ello haremos algunas consideraciones generales en torno a la causal de improcedencia del amparo por temas probatorios, analizando críticamente los criterios del Tribunal Constitucional sobre el particular.

II. UNA CAUSAL JURISPRUDENCIAL DE IMPROCEDENCIA Y SU APLICACIÓN LIMINAR

Es de notarse que el Código Procesal Constitucional no concibe expresamente a la deficiencia probatoria como una causal de improcedencia de la demanda de amparo. Por lo menos, este supuesto no se observa tipificado entre las causales de improcedencia reguladas en el artículo 5 de dicha norma⁽⁶⁾. Y sin embargo, el Tribunal Constitucional recurrentemente declara la improcedencia del proceso de amparo (laboral u otros) por dicha razón.

Respecto de los medios probatorios que pueden presentarse en un proceso de amparo, el Código Procesal Constitucional solo dice que son improcedentes las pruebas que requieran actuación. Es decir, un

(6) **Código Procesal Constitucional**

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;
8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;

10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.

medio probatorio de actuación compleja presentado o planteado con la demanda será rechazado de plano en la medida en el que la naturaleza del proceso de amparo no permita su actuación y salvo que el juez lo considere de actuación “indispensable”, como se señala el artículo 9 de dicha norma: “En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”. Pero en cualquier caso queda claro que se sanciona aquí la improcedencia de la prueba en sí, y no del proceso en su totalidad. Por lo tanto, a partir de este dispositivo no podría interpretarse que la deficiencia probatoria o el carácter controvertido de los hechos produce la improcedencia integral del proceso de amparo.

¿En qué norma o criterio legal se fundamenta, entonces, el Tribunal Constitucional para declarar la improcedencia de una demanda por temas probatorios? En la sentencia del Exp. N° 2132-2006-PA/TC se dijo implícitamente que ello se hace en aplicación del numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional; vale decir, la causal de improcedencia por la existencia de vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. La referida sentencia estableció lo siguiente: “la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado... En consecuencia, por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (cfr. Fund. 38 de la STC 0206-2005-PA/TC)”.

No obstante, nos parece que el Tribunal Constitucional fuerza aquí una causal de improcedencia establecida para incorporar un supuesto que claramente no se adecua a esa regulación. En efecto, nada tiene que ver la existencia de una vía igualmente satisfactoria a la constitucional –vale decir, una vía igual de urgente o expeditiva– que el

supuesto de que los hechos sean controvertidos por lo que se exija otro tipo de proceso –no urgente, sino lato– para la dilucidación del asunto, en el que puedan actuarse mayores medios probatorios. En realidad, si se observa bien, el supuesto de deficiencia probatoria es contrario a la situación de la existencia de otra vía satisfactoria, pues al declararse la improcedencia por tal motivo en el fondo se dice que el caso analizado no puede dilucidarse en una vía expeditiva o urgente como el amparo, o sea, que debe verse necesariamente en otro tipo de vía, de ningún modo igualmente satisfactoria.

Tampoco podría encontrarse la base legal del criterio del Tribunal Constitucional en el artículo 47 del Código Procesal Constitucional, que permite el rechazo liminar de una demanda cuando esta es manifiestamente improcedente. El carácter liminar alude a que el rechazo en este caso es directo, sin traslado a la parte demandada. Por su parte, el carácter “manifiesto” de la improcedencia queda a criterio del juez, conforme lo regula el artículo 47 del Código Procesal Constitucional:

“Artículo 47.- Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de este, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”.

Si se observa bien, la norma citada deja de inicio abierta la posibilidad de que la improcedencia *in limine* se declare por una razón que el juez considere atendible, tratándose de una causal abierta. Sin perjuicio de ello, el juez puede declarar improcedente *in limine* también el proceso por las causales del artículo 5 del Código Procesal Constitucional

y por la otra situación establecida allí. Se trata, en todo caso, de una facultad grave, porque involucra el rechazo de plano de una pretensión de tutela constitucional, y la finalidad sería no tener que tramitar innecesariamente un proceso de amparo a todas luces infructuoso, ahorrándose en carga procesal y permitiéndose al justiciable acudir a la vía que corresponda sin necesidad de seguir trámite alguno.

Ahora, ¿puede considerarse la problemática probatoria o controversia de los hechos una casual de improcedencia *in limine* de la demanda de amparo? Podría pensarse, en efecto, que la ausencia de medios probatorios de actuación inmediata o la amplia controversiabilidad del tema justifican que se detenga el proceso desde el inicio, pero en realidad ello no es así⁽⁷⁾. Nótese en primer lugar que en todo proceso (judicial u otro) el análisis probatorio involucra un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia o, como también se la denomina, una cuestión de mérito, por lo que no se entiende que ello pueda ser tratado en vía de improcedencia *in limine*. ¿Es correcto hacer ese análisis de los medios probatorios en la mera calificación de la demanda y a efectos de denegar la tutela constitucional? De ningún modo.

En este punto convenimos con Cairo Roldán en que la acreditación probatoria de la violación de Derecho Constitucional no es una condición de procedencia de un proceso de amparo, sino de fundabilidad. Así, para dicho autor “si se acredita ante el juez que mediante el acto objeto de la demanda se ha violado el derecho constitucional, el juez necesariamente deberá declarar fundada la demanda. Por lo tanto, si se exige esta acreditación como requisito de procedencia de la demanda, luego de admitida esta, el trámite del proceso (emplazamiento, contestación, entre otros actos procesales) resultaría innecesario, pues el juez –sin oír a la otra parte– ya habrá adquirido convicción de que el acto violatorio del derecho constitucional se encuentra acreditado”⁽⁸⁾.

(7) Sobre la problemática y efectos perniciosos de la improcedencia liminar de un proceso, véase detenidamente ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre el poder del juez de ‘sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso’”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 41, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2002, p. 91 y ss.

(8) CAIRO ROLDÁN, Omar. “La procedencia del amparo y la acreditación fehaciente de la violación efectiva del derecho constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 149, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2006, p. 141.

De otro lado, los beneficios que se esperan obtener de la fijación de una causal de improcedencia *in limine* no son tales en la práctica. Por el contrario, se distorsiona el sentido del proceso desarrollado, que en casos como este, y más aún tratándose de un tema probatorio, exige un mínimo de contradictorio.

En estricto, el contradictorio plantea que la demanda sea siempre trasladada a la otra parte, para que esta conozca del proceso que se inicia en su contra (como un criterio mínimo de justicia procesal) y para que, tras la contestación, el juez constitucional tenga un conocimiento correcto de los alcances del asunto planteado. La improcedencia liminar de una demanda evita el contradictorio procesal, y con ello la posibilidad de que el demandado no solo conozca del proceso, sino de que además provea otros elementos de análisis que pudieren llevar al juez a evaluar adecuadamente los alcances de la demanda formulada (y en su momento el fondo de la pretensión). En cierta medida, con ello el demandado le ahorra trabajo al juez, proveyendo a este último de elementos adicionales de juicio que le permitan resolver más rápido y mejor. Y ello tras un simple traslado de la demanda, que no es sino una mera notificación. ¿Puede hablarse entonces de un incremento de la carga procesal?

El rechazo liminar de la demanda se vuelve así un acto con un alto riesgo de causar perjuicios irremediables, porque se hace desde una visión sesgada y limitada de la controversia o problema planteado, al haberse escuchado solo al demandante. Y lo paradójico es que ello no tutela mejor a este último, que pudiere estar efectivamente sufriendo la violación de un derecho constitucional, y quien se ve ya en la necesidad de ir a otra vía jurisdiccional o de volver a presentar su demanda.

En efecto, no puede hablarse tampoco de que se favorece al justiciable con el rechazo liminar de la demanda, al dársele vía libre para acudir a la "vía que corresponda", pues esta última será siempre una lata y/o no igualmente satisfactoria, que no responderá a la necesidad buscada al plantearse la demanda constitucional, comúnmente de urgencia. E igual de complicada es la situación si el agente decide apelar el rechazo liminar, lo que conllevará a la dilatación de un proceso en estricto no nato, que en ocasiones incluso llega hasta el Tribunal

Constitucional, aun cuando en algunos casos excepcionales este último decida pronunciarse igual sobre el fondo del derecho alegado.

III. CUESTIONABLES INAPLICACIONES JURISPRUDENCIALES DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA POR DEFICIENCIA PROBATORIA O HECHOS CONTROVERTIDOS

Entendido entonces que para el Tribunal Constitucional es causal de improcedencia la dificultad probatoria de los hechos planteados en la demanda, veamos a continuación dos casos en los que este mismo órgano deja de aplicar este criterio general.

1. Protección de derechos sindicales

La primera resolución que analizaremos es la emitida en el Exp. N° 01147-2007-PA/TC. En el caso allí resuelto, los dirigentes de un sindicato interpusieron una demanda de amparo en la que alegaron la vulneración de su derecho fundamental al trabajo (así como respecto de sus remuneraciones, tiempo de servicios y cargos dirigenciales), en tanto supuestamente fueron despedidos sin causa alguna por su empleador y solo por el hecho de haber reclamado el pago de determinados beneficios sociales.

Como se recordará, el Tribunal Constitucional considera como parte del contenido constitucional de la libertad sindical (garantizada por el artículo 28 de la Constitución) a la protección de las actuaciones sindicales, lo que encuentra sustento en la protección de la autonomía sindical, pues “sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como (...) el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical” (STC Exp. N° 0206-2005-PA, f.j. 12). Nos encontramos, así, frente a un supuesto de protección de la libertad sindical en su dimensión plural, que apunta a la protección de la autonomía sindical a efectos de que los sindicatos puedan funcionar libremente, sin injerencias o actos externos que los afecten (Cfr. STC Exp. N° 3311-2005-PA, f.j. 6).

En protección del ejercicio de la libertad sindical, por lo tanto, para el Tribunal Constitucional cabe la tutela constitucional frente a los despidos de dirigentes sindicales. Así, pues, para dicho órgano “la libertad

sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28, inciso 1 de la Constitución (Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilié o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11 del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1 del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)" (STC Exp. N° 0206-2005-PA, f.j. 10)"⁽⁹⁾.

Ahora bien, en primera instancia del caso que analizamos se declaró improcedente la demanda de conformidad con el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, considerando el juez que los reclamos presentados estaban orientados al cese de los actos de hostilidad contra los afiliados, como es el pago de sobretiempo, cancelación de acreencias laborales y cumplimiento de convenio por parte de la demandada, y que por lo tanto, se entiende, tales pretensiones debieron tramitarse en la vía que corresponda. Por su parte, la Sala

(9) Sobre este tema, sin embargo, compartimos la crítica formulada por Toyama Miyagusuku sobre la falta de necesidad de conceder tutela constitucional ante los despidos por ejercicio de la actividad sindical. Y es que en estos casos puede accionarse la reposición en la vía laboral ordinaria: "en tanto que existen vías procesales judiciales para obtener la reposición laboral en los casos de nulidad en el despido (supuestos de discriminación, despidos antisindicales, establecidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...)) Decreto Supremo N° 003-97-TR), no deberían ser procedentes las acciones de amparo en el cuestionamiento del cese por una razón de nulidad de despido (...). [N]o queda claro la razón por la cual la lesión a la libertad sindical (por ejemplo, despido a un dirigente sindical) sigue siendo posible de una acción de amparo cuando, en la vía laboral, se puede obtener la misma tutela o hasta una mejor (los procesos laborales permiten una medida cautelar, reposición e, inclusive, la liquidación de las remuneraciones devengadas en el proceso dentro del mismo juicio a diferencia de la acción de amparo)" (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Amparo laboral: Los supuestos de procedencia del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*. N° 1. Gaceta Jurídica. Lima, enero 2008, p. 318).

Superior confirma la resolución apelada (o sea, la declaración de improcedencia) señalando, por un lado, que en el caso se produjo un despido nulo, debiendo acudirse entonces a la vía ordinaria laboral⁽¹⁰⁾; pero asimismo que los demandantes –y he aquí lo importante– “**no habían acreditado fehacientemente que fueron despedidos fraudulentamente**, correspondiendo a la vía ordinaria laboral dilucidar la controversia, esto de conformidad al fundamento 8 de la STC Exp. N° 0206-2005-PA⁽¹¹⁾” (resaltado nuestro).

Como se observa, en líneas generales, el fallo de segunda instancia aplica la causal jurisprudencial de improcedencia del proceso de amparo por temas probatorios, conforme a los términos o criterios del Tribunal Constitucional; e incluso el fallo de primera instancia hizo alusión a la existencia de una vía igualmente satisfactoria (numeral 2 artículo del Código Procesal Constitucional), que, aunque aplicado esta vez para otra situación, es el fundamento legal empleado por el Tribunal para rechazar una demanda que refleje una controversia no transitable en vía de amparo. Por lo tanto, se hubiera esperado un fallo confirmatorio del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente la demanda de amparo referido, sin que interese en el fondo la dificultad probatoria existente o la complejidad de la controversia (ni incluso que se demanden cuestiones que no pueden verse en vía constitucional, como el cobro de remuneraciones o beneficios o los actos de hostilidad). Lo hizo alegando la necesidad de otorgar una protección especial para los dirigentes sindicales; esto es, que por el estatus de protección del que gozarían estos agentes se justifica la

(10) Sobre el tema, la Sala Superior parece seguir el criterio expresado por Toyama Miyagusuku en la nota al pie anterior.

(11) El fundamento N° 8 de la STC Exp. N° 0206-2005-PA se refiere a la procedencia del despido fraudulento, y señala lo siguiente: “Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”.

procedencia del amparo, más allá de la naturaleza compleja o no del proceso a tramitarse. Dijo así el Tribunal que “con relación al argumento de las instancias inferiores para aplicar el inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, debemos precisar que estas no han tomado en cuenta los criterios vinculantes establecidos en la STC Exp. N° 0206-2005-PA, en el sentido de que la vía del amparo es idónea para la protección especial contra el despido arbitrario, ‘pues a criterio del Tribunal Constitucional, **la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados** (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), **sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado**’”. (Cfr. Fundamento 13 de la STC Exp. N° 0206-2005-PA) (...). **Por tanto debe revocarse el auto impugnado de rechazo de la demanda y disponerse que el juez constitucional de primera instancia proceda a admitir a trámite la demanda, para evaluar la posible violación de derechos constitucionales y permitir que la parte demandada exprese lo conveniente, garantizando así el derecho de defensa de ambas partes**” (resaltado nuestro).

Pues bien, ¿fue correcto que el Tribunal Constitucional varíe en este caso su criterio con relación a la improcedencia del proceso por razones probatorias argumentando la necesidad de tutelar los derechos de los dirigentes sindicales? ¿Era esta una justificación valedera para ello? Es de notar que dentro de sus fundamentos, el Tribunal considera necesario que proceda el proceso de amparo para salvaguardar que la parte demandada “exprese lo conveniente, garantizando así el derecho de defensa de ambas partes”. Se reconoce implícitamente entonces, como lo hemos afirmado, que el contradictorio es garantía de un proceso justo. Sin embargo, no se fija este criterio de modo general para admitir la demanda y trasladarla a la otra parte (que hubiera sido lo ideal), sino solo en función de los agentes involucrados en este caso: “dirigentes sindicales”, quienes supuestamente reciben de la Constitución

una protección especial (en este caso, procesal) y que por tanto deben ser tutelados.

Por nuestra parte, no consideramos correcto el planteamiento expresado por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, y en cierta medida nos parece discriminatorio. Es incorrecto en primer lugar, porque el status especial que pudiere detentar un dirigente no varía el hecho de que por la naturaleza del proceso de amparo no es posible hacer análisis probatorios profundos. Es decir, aun cuando se desee proteger a un supuesto agente de especial de tutela en un caso como este, subsistirá la falta de idoneidad del proceso de amparo para dilucidar la controversia compleja, por lo que muy probablemente se llegue a un fallo injusto.

En segundo lugar, ello tampoco otorga justificación al conocimiento de temas que son ajenos al proceso de amparo, porque en ese caso no se atiende al contenido constitucional de los derechos involucrados, conforme a los propios criterios del Tribunal Constitucional. Y en tercer término, porque aun cuando los dirigentes sindicales tengan alguna protección especial (como en el caso de la nulidad de despido), esta no es procesal y por ende, es discriminatorio que se les otorgue una protección privilegiada que, en todo caso, debería proceder para todo aquel que sufra la violación de un derecho constitucional. O sea, dentro de sus competencias legales, el Tribunal Constitucional debería propender a actuar a subsanar procesalmente cualquier situación en la que se violente derechos fundamentales, lo que no tiene sentido que se haga solo para el dirigente sindical y no para un trabajador común, que también es un ser humano con derechos a la tutela jurisdiccional efectiva.

En suma, no debió declararse procedente la presente demanda de amparo en la que existía complejidad probatoria por el solo hecho de que la presentaban agentes con un inexistente derecho a una mejor tutela procesal constitucional, por no ser una justificación legal suficientemente constitucional para ello.

2. Análisis de un despido fraudulento más allá de las necesidades probatorias

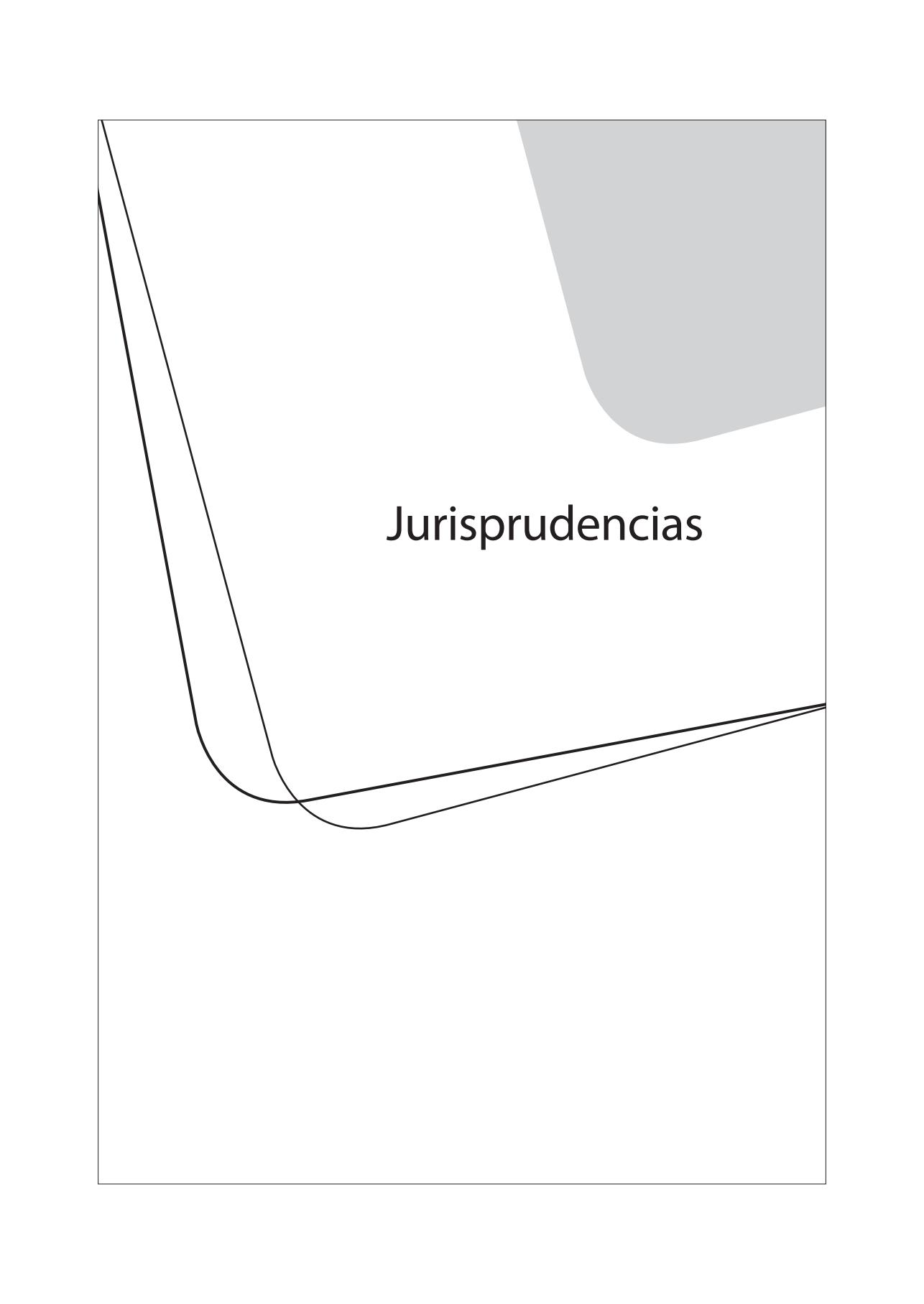
En la STC Exp. N° 06159-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional consideró procedente un proceso de amparo en el que se demandó la configuración de despido sin imputación de causa o despido fraudulento. Dijo así el Tribunal que la jurisdicción constitucional es la vía idónea y competente para resolver las pretensiones relativas a este tipo de despido; más aún porque el demandante había alegado haber sido despedido sin que se le impute una causa justa de despido (además de que se había desnaturalizado su contrato celebrado). No obstante, al resolver el Tribunal soslayó el hecho de que las instancias inferiores consideraban necesario verificar la naturaleza temporal o permanente de las labores, lo cual no podía hacerse en vía de amparo al haberse comprobado la existencia de hechos controvertidos (lo que, se entiende, exigía una mayor actuación probatoria). Para la Sala Superior incluso debía atenderse a lo señalado en el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en el sentido de que existía una vía igualmente satisfactoria –proceso laboral ordinario– para resolver la controversia; todo esto último perfectamente acorde con el criterio del Tribunal Constitucional de improcedencia del proceso de amparo por temas probatorios.

En nuestra opinión, esta resolución contradice claramente los criterios anteriores del propio Tribunal Constitucional sobre la procedencia del proceso amparo, cuando los hechos del caso son controversiales y particularmente en el caso de despidos fraudulentos. Es el caso, por ejemplo, de la RTC Exp. N° 02323-2007-PA/TC⁽¹²⁾ en la que se determinó la improcedencia de una demanda de amparo por despido fraudulento, al existir controversia sobre los hechos alegados (el trabajador fue despedido por consignar en su currículum la realización de ciertos estudios que acreditaba con una constancia de matrícula, pero que según la empresa no eran ciertos conforme a un oficio de la institución educativa en cuestión). Dijo allí el Tribunal que al requerirse una etapa probatoria para el esclarecimiento de la falta imputada, correspondía que en la vía ordinaria laboral se acrediten de manera fehaciente los hechos expuestos en la demanda.

(12) En: *Gaceta Constitucional*. N° 6. Gaceta Jurídica, Junio, 2008, p. 321.

No entendemos, por ende, por qué respecto del presente caso se admite la demanda sin tomar en cuenta la divergencia sobre los hechos o, en todo caso, sin que se precise expresamente que los hechos no eran controversiales. Solo así hubiese podido hablarse de coherencia en los criterios de procedencia que emplea el Tribunal Constitucional, conforme a lo explicado en el presente trabajo⁽¹³⁾.

(13) Cabe hacerse una precisión en relación a la ambigua calificación del despido en este caso, que en la instancia judicial es considerado como “fraudulento” pero que el Tribunal Constitucional considera “incausado”. Sobre el tema, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha empleado indistintamente ambos conceptos para calificar el uso ilegal de una modalidad de contratación temporal. Así, por ejemplo, en la STC Exp. N° 1397-2001-AA/TC dijo que: “En el caso de los contratos sujetos a un plazo tienen por su propia naturaleza, un carácter excepcional, de allí que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación, supone un despido absolutamente arbitrario”; mientras que en la STC Exp. N° 06080-2005-PA/TC se refirió al mismo supuesto como un despido incausado: “Si en los contratos de trabajo sujetos a modalidad celebrados, no se aprecia que el empleador haya consignado en forma expresa cuáles fueron las causas objetivas para contratar al trabajador, ni que haya especificado si fue contratado para trabajar en una obra determinada o para un servicio específico; y se observa que el trabajador continuó laborando después de vencer el plazo de vigencia de los mencionados contratos; al haber prestado servicios el trabajador sin un contrato de trabajo sujeto a modalidad, se presume que entre las partes ha existido un contrato de trabajo a plazo indeterminado; por lo tanto, el trabajador solamente podía ser despedido por causa justa establecida en la ley. Por consiguiente, si la empresa no expresa la causa justa de despido, se configura un despido incausado y arbitrario”.



Jurisprudencias

La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

1. APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD EN EL DESPIDO NULO POR DISCRIMINACIÓN

En la nulidad de despido resulta conveniente aplicar el Test de igualdad que establece: "i) determinar un trato diferenciado; ii), determinar la intensidad de dicha diferenciación; iii) la legitimidad de la finalidad perseguida por la diferenciación; iv) que exista relación de causalidad, v) que exista relación de causalidad entre la diferenciación la finalidad perseguida; y, vi) que esta sea necesaria, es decir que no exista otra manera menos, lesiva de conseguir esa finalidad".

CAS. N° 2386-2005-CALLAO

Lima, veintiséis de abril del dos mil siete.- **LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA VISTA**; la causa número dos mil trescientos ochentiséis del dos mil cinco; de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas novecientos uno por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, entidad absorbente de la Ex Superintendencia Nacional de Aduanas SUNAD

contra la sentencia de vista de fojas ochocientos ochenta y cinco de fecha uno de junio del dos mil cinco, que confirma la sentencia apelada de fojas ochocientos veintiocho, su fecha trece de julio de dos mil cuatro, que declara fundada en parte la demanda, con lo demás que contiene. **CAUSALES DEL RECURSO** Por resolución de fecha veinticinco de mayo del dos mil cinco corriente a fojas cuarenta y cinco del Cuadernillo de Casación, se ha declarado procedente el recurso por la causal de interpretación errónea del inciso d) del artículo veintinueve del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho. **CONSIDERANDO Primero:** Que, el inciso segundo del artículo dos de la Constitución Política del Estado vigente, ampara el derecho de igualdad ante la ley, no permitiendo la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; considerando dentro de este último supuesto que no se puede aplicar un trato diferenciado a los iguales; y que este acto discriminatorio afecte derechos fundamentales consagrados en el artículo veintidós de nuestra Carta Constitucional, como se evidencia en el caso *sub examine*, y a que se hace referencia en el considerando séptimo de la recurrida; **Segundo:** Que, la nulidad de despido se sustenta en la causal contenida en el inciso d) del artículo veintinueve del Decreto Supremo número cero cero tres-noventisiete-TR, considerando la discriminación por motivo de raza, sexo, idioma, religión u opinión; sin embargo frente a la evidencia de discriminación de los trabajadores por un trato desigual entre ellos, resulta constitucionalmente válido preferir la norma constitucional en protección de derechos fundamentales que merecen protección tal como lo establece el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado e inclusive por normas supranacionales; **Tercero:** Que, el concepto de discriminación ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente número dos mil quinientos diez - dos mil dos - AA)TC, publicada, en el Diario Oficial *El Peruano* el trece de abril de dos mil cuatro, estableciendo: (...) los demandantes alegan que se ha violado el derecho constitucional a la igualdad, es necesario señalar, como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y

exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato; **Cuarto:** Que, asimismo, en la nulidad de despido resulta conveniente aplicar el test de igualdad que establece: "i) determinar un trato diferenciado; ii), determinar la intensidad de dicha diferenciación; iii) la legitimidad de la finalidad perseguida por la diferenciación; iv) que exista relación de causalidad; v) que exista relación de causalidad entre la diferenciación la finalidad perseguida; y, vi) que esta sea necesaria, es decir, que no exista otra manera menos lesiva de conseguir esa finalidad". Derechos Laborales, Derechos pensionarios y Justicia Constitucional, Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dos mil seis. Ponencia del Dr. Jorge Toyama Miyagusuku, "Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Impreso Gráfica S.A. página doscientos doce; **Quinto:** Que, en este sentido el Dr. Javier Neves Mújica en su Libro "Introducción al Derecho Laboral", páginas ciento siete - ciento ocho al desarrollar el tema de igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades, señala: "(...) la igualdad de trato, que vincula a autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas. Quedan comprendidas las decisiones unilaterales del empleador (no contratar o no promover o sancionar a un trabajador), (...) o conferir ventajas mayores a unos trabajadores (...)" de lo que se infiere que dentro de los supuestos del inciso d) del artículo veintinueve del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, se considere también como parte de la discriminación al trato diferenciado de los iguales, por cuanto la Constitución Política del Perú en su artículo segundo inciso dos hace referencia (...) "o cualquier otra índole" considerando dentro de ellos como cualquier otro equivalente que constituya vulneración a los derechos de la persona, tal como lo ha establecido la doctrina invocada, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales encuentran amparo en el Convenio ciento once de la Organización Internacional del Trabajo referido a la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como el artículo seis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

el artículo veintiséis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo segundo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo veinticuatro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; **Sexto:** Que, la recurrente ha aplicado el control difuso en defensa de los derechos del trabajador a no ser discriminado, por lo tanto el recurso debe ser declarado infundado: **RESOLUCIÓN** Por estas consideraciones declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas novecientos uno por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT, entidad absorbente de la Ex Superintendencia Nacional de Aduanas SUNAD; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ochocientos ochenta y cinco, su fecha primero de junio del dos mil cinco; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley; en los seguidos por Miguel Ángel Torralba Casas y otro, sobre Nulidad de Despido; y los devolvieron.- **S.S. VILLA STEIN, VILLACORTA RAMÍREZ, ACEVEDO MENA, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVÍ**

2. NULIDAD DE DESPIDO DE DIRIGENTE SINDICAL

La sola calidad de dirigente sindical del demandante no constituye elemento suficiente para declarar el despido como nulo; sino es un indicio más que, confrontado con otros, puede coadyuvar para determinar la nulidad o no del despido.

CAS. N° 157-2006-DEL SANTA. Lima, veinte de marzo del dos mil siete.- **LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA VISTA:** la causa número ciento cincuentisiete guión dos mil seis; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; y producida la votación con arreglo a Ley; se ha emitido la siguiente sentencia. **RECURSO DE CASACIÓN:** Interpuesto por el Apoderado Judicial del Proyecto Especial Chinecas, mediante escrito de fojas doscientos dieciocho; contra la sentencia de vista de fojas doscientos nueve, su fecha veintisiete de octubre del año dos mil cinco, expedida por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa, que confirmando la sentencia apelada de fojas ciento sesentitrés, fechada el veinte de junio del dos mil cinco, declara fundada la demanda; en consecuencia se declara Nulo el despido contra el actor con fecha uno de abril del dos mil tres y notifica a la demandada para que en el término del quinto día reponga al trabajador en su puesto de trabajo y en ejecución de sentencia se liquiden las remuneraciones devengadas que correspondan y le abone las remuneraciones que corresponden al actor, más intereses legales, costas y costos del proceso. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, mediante resolución de fecha veinte de junio del dos mil seis, obrante a fojas treintidós del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, aplicada en estos autos en forma excepcional; por lo que corresponde emitir pronunciamiento de fondo, **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, el inciso tercero del artículo ciento treintinueve de la

Constitución Política del Estado señala como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, garantía constitucional que expresa además el derecho de todo justiciable de conocer cuáles han sido los razonamientos e ideas que conllevaron al juzgador a adoptar su decisión; **Segundo:** Que, el inciso sexto del artículo cincuenta del Código Procesal Civil impone al Juez la obligación de fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando el Principio de Congruencia Procesal consagrado en el segundo párrafo del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil, entendiéndose como tal la exigencia de identidad que debe mediar entre la materia, partes y hechos del proceso y lo resuelto por el órgano jurisdiccional, es decir la decisión jurisdiccional que resuelve el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica contenida en dicho proceso, debiéndose expedir de acuerdo al principio y alcance de las peticiones formuladas por las partes; **Tercero:** Que, la presente litis versa sobre nulidad de despido sustentada en la causal descrita en la parte *in fine* del literal a) del artículo veintinueve del Decreto Supremo número cero cero tres guión noventisiete guión TR; al sostener el accionante que fue despedido con motivo de su participación en actividades sindicales y en su calidad de Secretario de Organización del Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto Especial Chinecas; **Cuarto:** Que, ninguna de las partes ha cuestionado la relación laboral que existió entre ellas, sin embargo en ambas sentencias se dilucida sobre aspectos ajenos a los puntos controvertidos, como lo es la subordinación, elemento esencial de todo contrato de trabajo, ya sea a plazo determinado o indeterminado; **Quinto:** Que, asimismo en el considerando noveno de la recurrida se refiere a indicios suficientes y evidentes que generan la convicción de un Despido Arbitrario, cuando la presente litis versa sobre nulidad de despido; **Sexto:** Que, las sentencias de mérito contienen vicios insubsanables, pues al amparar la demanda se debió explicar y señalar cuáles son las razones por la que se habría producido la nulidad del despido del actor siendo necesario subrayar que si en un proceso judicial, como en el presente caso, se establece la calidad de dirigente sindical del demandante; ello no constituye elemento suficiente por sí solo para declarar el despido como nulo; sino es un indicio más que confrontado con otros puede coadyuvar para determinar la nulidad o no del despido. **Séptimo:** Que; el artículo cinco de la Ley número veintiséis mil

ochocientos cuarentisésis del veintisiete de julio de mil novecientos noventisiete, que modifica el artículo cuatrocientos trece del Código Procesal Civil, señala de manera expresa que están exentos de la condena en costas y costos, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales; **Octavo:** Que, siendo El Proyecto Especial Chinecas una entidad del Estado, funcionalmente dependiente del Instituto Nacional de Desarrollo - INADE y del Ministerio de Agricultura, que es parte integrante del Poder Ejecutivo, es aplicable de manera clara e inequívocamente los beneficios establecidos en la norma procesal antes invocada; **Noveno:** Que, la nulidad absoluta se presenta siempre que un acto procesal (o actos procesales cuyo conjunto hacen el proceso) adolezca de una circunstancia fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto produzca sus efectos normales (Manuel Seria Domínguez. Nulidad Procesal. Revista Peruana de Derecho Procesal. Número dos, mil novecientos ochentiocho; página quinientos sesentitrés); en tal sentido, cabe advertir que frente a un vicio de tal consideración, cualquier órgano jurisdiccional por el solo hecho de serlo tiene lo que en doctrina se llama potestad nulificante del juzgador y que ha sido acogido en el artículo ciento setentisésis *in fine* del Código Procesal Civil, entendida como aquella facultad de declarar la nulidad aun cuando no haya sido solicitada, si considera que el acto viciado (incluso el proceso todo) puede alterar sustancialmente los fines abstracto y concreto del proceso y la decisión que en él va a recaer; **Décimo:** Que, en consecuencia, esta Sala Suprema considera que en el presente caso las sentencias de mérito han incurrido en nulidad insalvable, al emitir un fallo diminuto y además al contravenir lo dispuesto en el artículo cuatrocientos trece del Código Procesal Civil, norma de orden público y de observancia obligatoria; **Undécimo:** Que, en ese sentido corresponde anular la sentencia de mérito a efectos de que se emita nueva sentencia de acuerdo a ley. **RESOLUCIÓN:** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos dieciocho por el Proyecto Especial Chinecas –INADE–, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas doscientos nueve, su fecha veintisiete de octubre del dos mil cinco; en el extremo que ordena el pago de costas y costos; e **INSUBSTANTE** la sentencia apelada de fojas ciento sesentitrés fechada el veinte de junio del dos mil cinco; **DISPUSIERON** que el Juez

de la causa expida nuevo fallo cumplidas las directivas de la presente resolución; **ORDENARON** la publicación de la presente Resolución en el diario oficial *El Peruano*, por sentar este precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la Ley; en los seguidos por Juan Silvano Díaz Zúñiga, sobre Nulidad de Despido; y los devolvieron.- **S.S. VILLA STEIN, VILLACORTA RAMÍREZ, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVÍ, SALAS MEDINA**

3. NULIDAD DE DESPIDO DEL TRABAJADOR QUE HA PARTICIPADO DE UNA QUEJA O UN PROCESO CONTRA SU EMPLEADOR

El supuesto contenido en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, referido a que la queja o reclamo debe necesariamente encontrarse precedida de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores a los efectos de que se configure la nulidad del despido, excede el marco de la ley reglamentada –Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728– pues no interpreta o reglamenta estrictamente, sino que agrega un supuesto de hecho no contenido en la norma principal. En tal virtud, no corresponde aplicar en el presente proceso el artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR a efectos de interpretar el artículo 29, inciso c), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, pues dicha norma restringe indebidamente los supuestos legales para declarar nulo el despido, desnaturizando la norma reglamentada en contravención del citado artículo 118, inciso 8, de la Carta Magna.

CAS. N° 1887-2006-LIMA

Lima, veinte de marzo del dos mil siete.- **LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VISTA:** con el acompañado; la causa número mil ochocientos ochenta y siete del dos mil seis; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco por Corporación José R. Lindley Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista obrante a fojas cuatrocientos veintiocho, su fecha treinta y uno de enero de dos mil seis, que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos ochenta y uno, del dieciocho de agosto del dos mil cuatro, que declara fundada la demanda, en consecuencia nulo el despido y ordena

la reposición del demandante con el reconocimiento de sus remuneraciones devengadas y derechos accesorios, más intereses legales, costas y costos, con lo demás que contiene. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La demandada denuncia: **a)** Interpretación errónea del: **a.i)** inciso c) del artículo veintinueve del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante Decreto Supremo, número cero cero tres-noventisiete-TR. **a.ii)** artículo cuarenta y siete del Decreto Supremo número cero cero uno-noventiséis-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo. **b)** Contradicción con otras resoluciones, expedidas por la Corte Suprema y Cortes Superiores en casos objetivamente similares; **CONSIDERANDO: Primerº:** Que, el recurso de casación reúne los requisitos que para su admisibilidad contempla el artículo cincuenta y siete de la Ley número veintiséis mil seiscientos treinta y seis, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley número veintisiete mil veintiuno; **Segundo:** Que, respecto a la causal contenida en el literal b), cabe advertir que la recurrente, si bien es cierto cumple con adjuntar las resoluciones emitidas por la Corte Suprema; sin embargo no ha cumplido con fundamentar adecuadamente el agravio denunciado, toda vez que solo hace un relato de las resoluciones que adjunta, sin señalar las contradicciones o similitudes a que hace referencia el inciso d) del artículo cincuenta y ocho de la Ley Procesal del Trabajo, por lo que esta causal deviene en improcedente; **Tercero:** Que, respecto a las causales contenidas en el literal a), esto es: a.i), y, a.ii), la demandada ha cumplido con detallar y precisar los supuestos de la interpretación errónea y señala cuál es la interpretación correcta de las normas denunciadas como agravio, por lo que deviene en procedente, y corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo; **Cuarto:** Que, las causales del despido nulo se encuentran determinadas en el artículo veintinueve del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo ellas: **a)** La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; **b)** Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; **c)** Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo veinticinco; **d)** La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; **e)** El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa

días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa; **Quinto:** Que asimismo, el Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo cero cero uno-noventiséis-TR, en su artículo cuarenta y siete establece: "Se configura la nulidad del despido, (...) y se acredita que esté precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores"; **Sexto:** Que, el argumento de la recurrente en su recurso extraordinario es que la Sala no ha considerado que para efectos de que se configure la causal de despido, la queja o reclamo del trabajador debe estar precedida por actos del empleador que hayan desplegado una conducta y/o política manifiestamente antilaboral y lesiva a los derechos de los trabajadores, de modo que en forma notoria restrinja la libre actuación de su personal; **Séptimo:** Que, en consecuencia la parte recurrente plantea que para la interpretación de la norma invocada se tome como fuente su propio Reglamento y se advierta que un extremo del supuesto de hecho para la configuración de la nulidad del despido ha sido preterido por la Sala Superior; **Octavo:** Que, el artículo ciento dieciocho inciso octavo de la Constitución Política del Estado establece que corresponde a la Presidencia de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones, es entonces en ese sentido que se debe interpretar la Reglamentación del Decreto Supremo cero cero uno-noventiséis-TR respecto del Texto Único del Decreto Legislativo setecientos veintiocho; **Noveno:** Que, el segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución señala que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, y que, igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior; **Décimo:** Que, el supuesto contenido en el artículo cuarenta y siete del Decreto Supremo cero cero uno-noventiséis-TR, referido a que la queja o reclamo debe necesariamente encontrarse precedida de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente

reclamos de sus trabajadores, excede el marco de la Ley reglamentada, pues no interpreta o reglamenta estrictamente, sino que agrega un supuesto de hecho no contenido en la norma principal; **Undécimo:** Que, en tal virtud, no corresponde aplicar en el presente proceso el artículo cuarenta y siete del Decreto Supremo cero cero uno noventiséis - TR a efectos de interpretar el artículo veintinueve inciso c) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, pues dicha norma restringe indebidamente los supuestos legales para declarar nulo el despido, desnaturalizando la norma reglamentada en contravención del citado artículo ciento dieciocho inciso octavo de la Carta Magna; **RESOLUCIÓN:** Por estas consideraciones declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco interpuesto por José R. Lindley Sociedad Anónima; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos veintiocho, de fecha treinta y uno de enero del dos mil seis; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como a las costas y costos de la tramitación del presente recurso; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley; en los seguidos por Carlos Alfredo Quiñones Cortez, sobre Nulidad de Despido; y los devolvieron. **SS.** **VILLA STEIN, VILLACORTA RAMÍREZ, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVÍ, SALAS MEDINA**

La prueba de la relación de trabajo

1. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES. NECESIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE SE POSTULEN

La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión.

EXP. N° 4762-2007-PA/TC-SANTA

ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alejandro Tarazona Valverde contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte

Superior de Justicia del Santa, de fojas 126, su fecha 12 de julio de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N° 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47 del Decreto Ley N° 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47 del Decreto Ley N° 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Chimbote, con fecha 5 de marzo de 2007, declara fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante ha cumplido con acreditar que cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 44 del Decreto Ley N° 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el demandante pretende acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54 del Decreto Supremo N° 011-74-TR.

FUNDAMENTOS

1.º Procedencia de la demanda y delimitación del petitorio

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del

derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento de mérito.

2. El demandante alega que la resolución cuestionada vulnera su derecho fundamental a la pensión, por cuanto no le reconoce sus aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, por lo que solicita que se le reconozca dicho periodo de aportaciones y que se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47 del Decreto Ley N° 19990. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

3. Por su parte la ONP aduce que existe la imposibilidad material de acreditar la totalidad de aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, debido a que de la revisión de sus planillas solo se ha podido constatar y reconocer las aportaciones de 1971 a 1974, una semana de 1979, y varias semanas entre 1985 y 1992.

4. Delimitados de este modo los términos del debate, este Tribunal Constitucional, dada la recurrencia creciente de este tema, considera conveniente revisar su jurisprudencia respecto a los medios probatorios que permiten acreditar periodos de aportaciones que son considerados por la ONP como años de aportaciones no acreditados, bajo el argumento de que no han sido probados fehacientemente o de que existe la imposibilidad material de acreditarlos.

Ello porque en un gran número de procesos de amparo que tienen por finalidad la tutela del derecho fundamental a la pensión, la controversia se centra en determinar si el demandante cuenta con el periodo de aportaciones que establece la ley para acceder a la pensión solicitada, lo que comporta siempre la necesidad de evaluar la idoneidad, la probidad y la eficacia de los medios probatorios aportados por las partes para poder determinar si efectivamente el demandante cumple o no con los años de aportaciones, ya que el derecho fundamental a la pensión es de configuración legal.

5. Además, debe tenerse presente que el derecho fundamental a la pensión tiene naturaleza de derecho social, que como tal impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas con la finalidad de subvenir las necesidades mínimas y vitales de los pensionistas para permitirles alcanzar y satisfacer adecuadamente el ejercicio del derecho a una vida digna.

Para este efecto, se abordarán los siguientes temas:

- a. La prueba en los procesos constitucionales y la ausencia de etapa probatoria.
- b. ¿Quién es responsable en la retención y pago de la aportación?
- c. ¿Cómo se prueban los períodos de aportación?
- d. Reglas para probar períodos de aportaciones.

2.5 La prueba en los procesos constitucionales

6. La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión.

7. Así, en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable.

Ello con la finalidad de que el Juez en la sentencia, cuando sea estimativa, pueda ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, o disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones

u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y cuando sea desestimativa, pueda condenar al demandante al pago de costas y costos en caso de que su actuación haya sido manifiestamente temeraria.

8. En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice.

2.1§ La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales

9. Conforme al artículo 9 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

10. La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino solo se restaura su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa.

11. De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto vía de tutela urgente, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de

actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta.

12. Por ello es que, en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo.

3.§ La responsabilidad en la retención y pago de las aportaciones

13. En cuanto a la responsabilidad de la retención y pago de aportación, debe destacarse que el Decreto Ley N° 19990 parte de la premisa de que el empleador actúa como agente de retención, es decir, como el que procede a retener el aporte que efectúa el trabajador y a entregarlo a la entidad competente. Por ello, el artículo 11 del Decreto Ley N° 19990 establece que:

Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el montepío del pago de sus remuneraciones y a entregarlas a Seguro Social del Perú, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deberán abonar, por el término que fije el Reglamento, dentro del mes siguiente a aquel en que se prestó el trabajo. Si las personas obligadas no retuvieren en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago, sin derecho a descontárselas a estos.

14. Asimismo, debe destacarse que el Decreto Ley N° 19990 consideraba como períodos de aportación los días, meses y semanas en que presten o hayan prestado servicios los trabajadores, aun cuando el empleador no hubiese pagado las aportaciones a la entidad gestora, por tener este la condición de agente retención. Así, en la redacción original del primer párrafo del artículo 70 se establecía que:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13, aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones.

Sin embargo, esta redacción original del primer párrafo del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990 fue modificada por la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28991, eliminándose la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, quedando redactado de la siguiente manera:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13.

15. Pues bien, teniendo en cuenta la nueva redacción del primer párrafo del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990 se impone determinar si la modificación referida ha suprimido la presunción *iuris et de iure* de que se considere aportaciones efectivas a la retención del aporte efectuado por el empleador a la remuneración del trabajador que no es pagada a la entidad gestora. Para resolver esta cuestión debe tenerse presente la posición que ocupa el trabajador, el empleador y la entidad gestora en la relación laboral-previsional de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

16. Sobre el particular, este Tribunal considera que la modificación del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990 en nada afecta la responsabilidad de los empleadores por la retención y pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, pues si bien en la nueva redacción se ha eliminado la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, ello no implica que las aportaciones retenidas y no pagadas sean consideradas como aportaciones no efectuadas; por el contrario, las aportaciones retenidas y no pagadas por los empleadores deben ser consideradas como aportaciones efectivas, pues la

modificación referida no enerva la calidad de los empleadores como agentes de retención de las aportaciones de los trabajadores.

17. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la relación de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, el trabajador ocupa una posición de desventaja, pues si bien él efectúa la aportación, es el empleador quien la retiene y la paga efectivamente ante la entidad gestora, es decir, es el responsable exclusivo de que las aportaciones ingresen al fondo de pensiones. Por su parte el empleador, al actuar como agente de retención, asume una posición de ventaja frente al trabajador por recaer en su accionar la posibilidad de que las aportaciones se realicen de manera efectiva, ya que puede retenerla de la remuneración del trabajador pero no pagarla ante la entidad gestora, pues el trabajador, en calidad de asegurado obligatorio, ocupa un rol de inacción y, por ello, está liberado de toda responsabilidad por el depósito de las aportaciones ante la entidad gestora. Ello implica también que la entidad gestora frente al empleador mantiene una posición de ventaja, ya que le puede imponer una multa por incumplimiento de pago de aportaciones retenidas o exigirle mediante los procedimientos legales el cobro de las aportaciones retenidas.

18. Por lo tanto, los asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones nunca se encuentran en la posibilidad efectiva de realizar directamente el pago de sus aportaciones a la entidad gestora, razón por la cual las aportaciones retenidas pero no pagadas al Sistema Nacional de Pensiones serán consideradas para determinar el total de años de aportaciones, pues su pago es responsabilidad exclusiva del empleador.

19. Ello quiere decir que el incumplimiento de la obligación de abonar las aportaciones por el empleador no puede perjudicar al trabajador, ya que si existe incumplimiento en este aspecto, la ONP o la entidad gestora competente debe hacer uso de los procedimientos de cobranza y de las sanciones previstas por la ley para cobrarle al empleador las aportaciones retenidas y no pagadas. En consecuencia, en todos los casos en que se hubiera probado adecuadamente la relación de trabajo, deberá equiparse el periodo de labores como periodo de aportaciones efectivas al Sistema Nacional de Pensiones.

20. Además, debe considerarse que a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 27334 y del Decreto Supremo N° 039-2001-EF el incumplimiento del pago de las aportaciones constituye un problema de carácter tributario-laboral entre el ente recaudador de la ONP –ahora, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria– y el mismo empleador.

Y es que, como lo señala la Defensoría del Pueblo, la no verificación del aporte efectivo es un problema tributario entre el empleador y la SUNAT, ajeno al trabajador, teniendo la entidad recaudadora sus propias herramientas para exigir su cobro⁽¹⁾.

4.§ La prueba de periodos de aportaciones en la jurisprudencia constitucional

21. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar a los certificados de trabajo presentados en original, en copia legalizada o en copia simple, como medios probatorios idóneos y suficientes para demostrar periodos de aportaciones que han sido considerados por la ONP como aportaciones no acreditadas.

Ello debido a que, luego de una interpretación conjunta de los artículos 11 y 70 del Decreto Ley N° 19990 el Tribunal llegó a la conclusión de que, en el caso de los asegurados obligatorios, los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones, son considerados como periodos de aportaciones efectivas, aunque el empleador no hubiese efectuado el pago de las aportaciones, debido a que está obligado a retenerlas de los trabajadores. Es más, dicha argumentación se ha visto reforzada con la cita del artículo 13 del Decreto Ley N° 19990, que dispone que la ONP se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal y es la que se reafirma, luego de la modificación del artículo

(1) Informe Defensorial N° 135. "Por un acceso justo y oportuno a las pensiones: Aportes para una mejor gestión de la ONP". Lima, 2008, p. 66.

70 del Decreto Ley N° 19990, tal como se ha sustentado en los fundamentos precedentes.

22. Sin embargo debe destacarse que a partir de este criterio jurisprudencial, durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal ha podido detectar, entre otros casos, algunos en los cuales se han presentado documentos falsos para acreditar años de aportaciones no reconocidos por la ONP.

Así, en la STC 09560-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por don Róger Aguinaldo Cabeza Vera contra la ONP y ordenó remitir copia de la sentencia y de los actuados pertinentes al Ministerio Público, porque los datos consignados en uno de los certificados presentados por el demandante no eran ciertos. En este sentido se señaló que:

En cuanto al primer certificado de trabajo, debe señalarse que los datos consignados en él no pueden ser ciertos, puesto que el notario referido fue destituido mediante la Resolución del Consejo del Notariado N° 005-93-JUS/CN, de fecha 20 de julio de 1993. Por tanto, el demandante no pudo trabajar en la notaría referida hasta el 30 de julio de 1995, porque don Daniel Alejandro Céspedes Marín fue destituido del cargo de notario en el año de 1993.

23. De otro lado, también debe tenerse presente que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria, el Tribunal ha podido detectar otros casos en los cuales el demandante, para acreditar períodos de aportación, ha presentado certificados de trabajo que han sido expedidos por terceros o certificados de trabajo que son contradictorios en su contenido.

En la STC 4332-2005-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Heracio Barranzuela Cienfuegos contra la ONP, debido a que los certificados de trabajo que presentó para acreditar que contaba con 20 años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación, habían sido expedidos por terceras personas y eran contradictorios. En tal sentido, para desestimar la demanda se precisó que:

(...) se advierte a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, un certificado de trabajo firmado por Manuel Rangel Castro, sosteniendo ser ex empleado de la oficina de la ex hacienda Yapatera, la misma que fue de propiedad de la señora Josefina Checa viuda de Mc Donald; certificado donde se afirma que el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1950 hasta 1971; pero también obra en el expediente, a fojas 6, otro certificado de trabajo firmado por Miguel Torres Carrasco –adjuntado por el recurrente junto con la presente demanda–, que tiene por fecha el mes de mayo de 2004, quien también afirma ser ex empleado (apuntador general) de la ex hacienda Compañía Agrícola Yapatera S.A. y que esta fue de propiedad de la señora Josefina Checa de Mc Donald. Según este certificado, el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1953 hasta el 30 de diciembre de 1957. Con estos documentos el recurrente pretende acreditar que reúne los 20 años de aportaciones necesarios para obtener su pensión de jubilación; sin embargo, al estar firmados por terceros y no por su ex empleador, no podrían ser tomados como medios de prueba para acreditar su relación laboral. Más aún, se advierte contradicción entre ellos: mientras el documento que obra a fojas 6 sostiene que el recurrente laboró desde el año 1953 hasta diciembre del año 1957 en la referida hacienda, el documento que obra a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, sostiene que lo hizo desde el año 1950 hasta el año 1971. Es decir, no solo su validez está en cuestión, sino también su veracidad, lo que hace imposible acreditar con ellos ni la relación laboral ni el tiempo efectivamente laborado que determine los años de aportaciones que se le habrían desconocido al recurrente (...).

24. Finalmente, debe destacarse que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal también ha podido detectar casos en los cuales el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones sin que presente algún medio probatorio que los acredite.

Así, en la STC 10465-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Edilberto Dueñas Coronado contra la ONP. En dicha causa, el demandante solicitaba que se le

reconociera un total de 33 años aportaciones, en vez de los 27 años de aportaciones que le había reconocido la ONP. Al analizar la controversia, el Tribunal desestimó la demanda porque:

(...) para acreditar dichos años de aportaciones, el demandante no ha[bía] adjuntado ningún medio probatorio (certificados de trabajo, boletas de pago, liquidación de tiempo de servicios, resumen de aportaciones, entre otros).

En igual sentido, en la STC 00273-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Bernardo Isaac Leud Ku contra la ONP. En dicha causa, la controversia se centraba en determinar si el demandante cumplía con los 20 años de aportaciones exigidos por el artículo 1 del Decreto Ley Nº 25967 para acceder a una pensión de jubilación. Al analizar la controversia, se desestimó la demanda porque de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en el expediente, se llegó a la conclusión de que:

(...) no se puede verificar si efectivamente el recurrente tiene acreditado su derecho respecto a dichos años de aportación por cuanto no ha presentado documentos con los que al menos pruebe la relación laboral con sus distintos empleadores durante el referido tiempo.

25. Por lo tanto, teniendo presente que el criterio reseñado ha sido aprovechado abusivamente por los demandantes, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedentes de observancia obligatoria respecto de las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo para la acreditación de períodos de aportaciones considerados como no acreditados por la ONP.

Cabe destacar que estas reglas particulares que han de seguir los jueces que conozcan procesos de amparo, para determinar cuándo un demandante ha acreditado fehacientemente períodos de aportaciones, tiene su razón de ser no solo por la inexistencia de estación

probatoria en el proceso de amparo, sino también porque el criterio referido ha sido utilizado maliciosamente por los demandantes.

5.§ Reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo

26. De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de Orcinea, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.
- b. La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor periodo de aportaciones ha sido arbitrario o se encuentra justificado. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.
- c. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, es aplicable a los

procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

- d. En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedatada de este. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282 del Código Procesal Civil.
- e. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedatada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido períodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.
- f. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedatada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

6.§ Análisis de la controversia

27. Los artículos 47 y 48 del Decreto Ley N° 19990, vigentes antes de la promulgación del Decreto Ley N° 25967, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que tienen derecho a pensión del régimen especial de jubilación los hombres que: a) cuenten con 60 años siempre que hayan nacido antes del 1 de julio de 1931; b) hayan estado inscritos en las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social o del Seguro Social del Empleado; y, c) acrediten, por lo menos, cinco años de aportaciones, siempre que sean asegurados obligatorios o que, habiéndolo sido, opten por la continuación facultativa.

28. En el caso de autos, según el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, el actor nació el 25 de noviembre de 1949, es decir, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 47 del Decreto Ley N° 19990 para tener derecho a adquirir una pensión de jubilación conforme al régimen especial, por lo que dicho régimen de jubilación no le resulta aplicable.

29. No obstante, este Colegiado considera que en atención al contenido de la resolución cuestionada, procede la aplicación del principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, en el presente caso la configuración legal del derecho a la pensión del demandante se analizará según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen de jubilación adelantada establecido en el Decreto Ley N° 19990, así como por sus modificatorias.

30. Conforme al artículo 44 del Decreto Ley N° 19990, para tener derecho a una pensión de jubilación adelantada se requiere tener, en el caso de los hombres, como mínimo, 55 años de edad y 30 años completos de aportaciones.

31. De la Resolución N° 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990 y del Cuadro Resumen de aportaciones, obrantes a fojas 2 y 7, se advierte que la ONP le denegó al demandante la pensión de jubilación adelantada porque consideró que: a) solo había acreditado 17 años y 5 meses

de aportaciones; y b) existía la imposibilidad material de acreditar los 22 años y 10 meses de aportaciones efectuados de 1965 a 1970, de 1975 a 1978 y de 1980 a 1984, así como los periodos faltantes de 1964, 1971, 1973, 1974, 1979, de 1985 a 1992 y de 1994 a 1996.

32. Para demostrar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran, el demandante ha adjuntado a su demanda dos certificados de trabajo obrantes a fojas 9 y 14, y dos liquidaciones de beneficios sociales obrantes a fojas 10 y 11, que acreditan que ha trabajado para Electro Cerámica Chimbote S.A. desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 11 y 70 del Decreto Ley N° 19990, dicho periodo deberá ser tomado en cuenta como periodo de aportaciones para efectos de otorgarle pensión de jubilación, aun cuando el empleador no hubiese hecho el pago de las aportaciones correspondientes, toda vez que la demandada debe efectuar la cobranza de las aportaciones indicadas de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, haciendo uso de los apremios que resulten necesarios para dicho fin.

33. Por tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el actor acredita 21 años y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales, sumados a los 17 años y 5 meses de aportaciones reconocidos por la demandada, hacen un total de 38 años y 9 meses de aportaciones. Asimismo, con el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, se acredita que el demandante nació el 25 de noviembre de 1949, y que cumplió los 55 años el 25 de noviembre de 2004.

34. Siendo así, el demandante reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada; y, consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe abonarle las pensiones devengadas de conformidad con el artículo 81 del Decreto Ley 19990, para lo cual deberá tener en cuenta la fecha de apertura del Expediente N° 00900037205, en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

35. Adicionalmente se debe ordenar a la emplazada que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246 del Código Civil, y que proceda a su pago en la forma establecida por la Ley N° 28798.

36. Habiéndose acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional a la pensión, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones N°s 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990 y 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990.

2. Ordenar que la emplazada cumpla con otorgarle al recurrente una pensión de jubilación adelantada con arreglo al artículo 44 del Decreto Ley N° 19990, y que le abone las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes, así como los costos procesales en la etapa de ejecución de la sentencia.

3. Declarar que los criterios previstos en el fundamento 26, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.

Publíquese y notifíquese.

**SS. MESÍA RAMÍREZ; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO;
BEAUMONT CALLIRGOS; CALLE HAYEN; ETO CRUZ; ÁLVAREZ
MIRANDA**

Problemas observados sobre la procedencia probatoria del proceso de amparo laboral

1. PROCENDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA ACTOS LESIVOS DE DERECHOS DE TRABAJADORES SINDICALIZADOS

Todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

EXP. N° 1147-2007-PA/TC-ICA

ANICASIO EDUARDO CABEZUDO CHACALIAZA Y OTROS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 15 de noviembre de 2007.

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Anicasio Eduardo Cabezudo Chacaliza y otros contra la resolución de la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia del Ica, de fojas 106, su fecha 4 de diciembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos, en los seguidos con Cottonificio Sur Perú S.A.C.; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 1 de junio de 2006 los recurrentes, en representación del Sindicato de Trabajadores Obreros de Cottonificio Sur Perú S.A.C. Planta Pisco, interponen demanda de amparo con el objeto que se le restituya el goce y disfrute de su derecho fundamental al trabajo así como sus remuneraciones, tiempo de servicios y cargos direpcionales por haber sido despedidos. Señalan, que al momento de solicitar a la demandada el pago de los derechos sociales prestados a la antigua empresa Fabritex Peruana S.A.A., fueron despedidos sin causa alguna.
2. Que el Juzgado Civil de Pisco, con fecha 26 de julio de 2006, declara improcedente la demanda de conformidad con el artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional por considerar que los reclamos presentados por los recurrentes están orientados al cese de los actos de hostilidad contra los afiliados, como es el pago de sobretiempos, cancelación de acreencias laborales y cumplimiento de convenio por parte de la demandada,
3. Que la segunda instancia confirma la apelada estimando que se ha producido un despido nulo, debiendo acudir a la vía ordinaria laboral. Asimismo considera que los demandantes no han acreditado fehacientemente que fueron despedidos fraudulentamente, correspondiendo a la vía ordinaria laboral dilucidar la controversia, esto de conformidad al fundamento 8 de la STC 0206-2005-PA.
4. Que con relación al argumento de las instancias inferiores para aplicar el inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, debemos precisar que estas no han tomado en cuenta los criterios vinculantes establecidos en la STC N° 0206-2005-PA, en el sentido de que la vía del amparo es idónea para la protección especial contra el despido arbitrario, "pues a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado

e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado". (Cfr. Fundamento 13 de la STC 0206-2005-PA).

5. Que por tanto debe revocarse el auto impugnado de rechazo de la demanda y disponerse que el juez constitucional de primera instancia proceda a admitir a trámite la demanda, para evaluar la posible violación de derechos constitucionales y permitir que la parte demandada exprese lo conveniente, garantizando así el derecho de defensa de ambas partes.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional y revocando la apelada se ordene al juez de primera instancia admitir a trámite la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS. MESÍA RAMÍREZ; VERGARA GOTELLI; ÁLVAREZ MIRANDA

2. PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO FRENTE A UN DESPIDO INCAUSADO

Al configurarse un supuesto de despido sin imputación de causa, la jurisdicción constitucional es la vía idónea y competente para resolver las pretensiones relativas a este despido; más aún al considerar que la recurrente alega haber sido despedida sin que se le impute una causa justa de despido así como que se ha desnaturalizado su contrato de trabajo.

EXP. N° 06159-2007-PA/TC-LIMA

ELIZABETH ROSA ÁLVAREZ DURAND

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 1 de octubre de 2008

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Guenter Fritz Dresda Huarcaya a favor de doña Elizabeth Rosa Álvarez Durand contra la resolución expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 164, su fecha 29 de mayo de 2007, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 24 de julio de 2006, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Jockey Club del Perú, solicitando que se declare nula y sin efecto jurídico la Carta Notarial de fecha 22 de mayo de 2006 por la cual se le despidió sin causa justa contemplada en la ley, violando su derecho constitucional al trabajo, la irrenunciabilidad de derechos laborales, la protección contra el despido arbitrario, el debido proceso, y el derecho de defensa, así como el principio de legalidad y tipicidad; y que en consecuencia se ordene la reposición a su centro de trabajo y se le reintegren las remuneraciones dejadas de

percibir, incluyendo bonificaciones, gratificaciones así como los costos y costas del proceso.

2. Que el juez *a quo* declaró improcedente la demanda, por estimar que para acreditar que el despido fue fraudulento es necesario verificar la naturaleza temporal o permanente de las labores, no resultando adecuado el proceso de amparo por carecer de estación probatoria, de conformidad con el fundamento 8 de la STC N° 206-2005-PA.

3. Que por su parte el *ad quem* confirmó la apelada, estimando que de acuerdo al precedente vinculante STC N° 0206-2005-PA, fundamentos 8 a 25 y en concordancia con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, existe una vía igualmente satisfactoria –proceso laboral ordinario– para resolver la presente controversia; además de comprobarse la existencia de hechos controvertidos.

4. Que no obstante, este Colegiado no comparte los pronunciamientos de las instancias inferiores, debido a que estas no han tomado en cuenta los criterios vinculantes establecidos en los fundamentos 6 y 7 de la STC N° 206-2005-PA. De acuerdo a ello, al configurarse un supuesto de despido sin imputación de causa, la jurisdicción constitucional es la vía idónea y competente para resolver las pretensiones relativas a este despido; más aún al considerar que la recurrente alega haber sido despedida sin que se le impute una causa justa de despido así como que se ha desnaturalizado su contrato conforme al artículo 77 del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

5. Que en tal sentido, debe revocarse el auto impugnado de rechazo de la demanda y, por tanto, disponerse que el juez constitucional de primera instancia proceda a admitirla a trámite, para evaluar la posible violación de derechos constitucionales y permitir que la parte demandada exprese lo conveniente, garantizando el derecho de defensa de ambas partes.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. **REVOCAR** el auto apelado.
2. **ORDENAR** al juez de primera instancia admitir a trámite la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ

3. PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO Y VÍAS IGUALMENTE SATISFACTORIAS

Cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección de un derecho constitucional vulnerado o amenazado, no procederán las demandas constitucionales de amparo. Con ello, el Tribunal Constitucional establece el carácter subsidiario de las demandas de amparo, lo que modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas.

EXP. N° 0206-2005-PA/TC-HUAURA

CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; González Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 461, su fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de gerente general de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de

imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del "Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI" llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le une vínculo alguno con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La recurrente confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0008-2005-PI/TC, (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como *in dubio pro operario*, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Igualmente, en el citado caso, se hizo referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución, entre los que destacan de libertad sindical, de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos en materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.

2. En esta oportunidad y complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado (en particular los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2001-AA/TC), así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, que, conforme al artículo VII del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado

3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

4. Al respecto, este Colegiado precisó que “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N° 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al amparo alternativo y al amparo residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario”. (Exp. N° 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).

5. En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría firmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales

de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.

6. Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29 y 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28, inciso 1 de la Constitución (Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11 del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1 del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N° 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no solo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N° 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2 del Convenio N° 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la

protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”).

Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N° 26636, prevé en su artículo 4 la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma

ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
- b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de **hechos controvertidos**, o cuando existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

Vía procedural igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4 literal 6) de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N° 276, Ley N° 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el Sector Público (Ley N° 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803, entre otros.

24. Por tanto, conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral

pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 *supra*.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

Análisis del presente caso

26. El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándosele las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de preaviso y que pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral atinente a este tipo de procesos. Consiguientemente, no se advierte vulneración del debido proceso.

27. De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediatez. Sobre este punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N° 009-2003 EPS EMAPA-HUACHO-OCI “Examen especial: sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICI”, sistema informático comercial integrado, llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la

empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.

28. Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el periodo 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades solo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediatez, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N° 0585-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.

29. Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demandada, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante concedió, de manera irregular, rebajas al usuario Línea Interprovincial de Transportistas S.A. - LITSA; que se emitieron facturas a la empresa EMSAL cuando tales servicios ya habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.

30. El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario. Por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.

31. Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se denuncie penalmente al gerente general de la demandada.

Precedente vinculante

32. Hasta la fecha de dilucidación del presente caso los criterios de la jurisdicción constitucional habían sido sumamente flexibles y amplios en la evaluación de una gran variedad de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público, sobre la base del carácter alternativo del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos en el presente caso, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisprudenciales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo.

33. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.

34. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en materia laboral en trámite

35. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció los casos de materia pensionaria que conocería, encausándose a la vía contenciosa administrativa las demandas que, por tal razón, se declarasen improcedentes.

36. Consecuentemente, y por la aplicación de similares criterios respecto a la reconducción de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausadas a través de las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas, y que son:

- a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual privado.
- b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículos 4 inciso 6 y 25 de la Ley N° 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público.

37. Por lo tanto, haciendo uso de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional, se dispone que las demandas de amparo sobre materia laboral, que en aplicación de los criterios previstos en los fundamentos 21 a 25 *supra*, de la presente sentencia, sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias a la materia laboral pública.

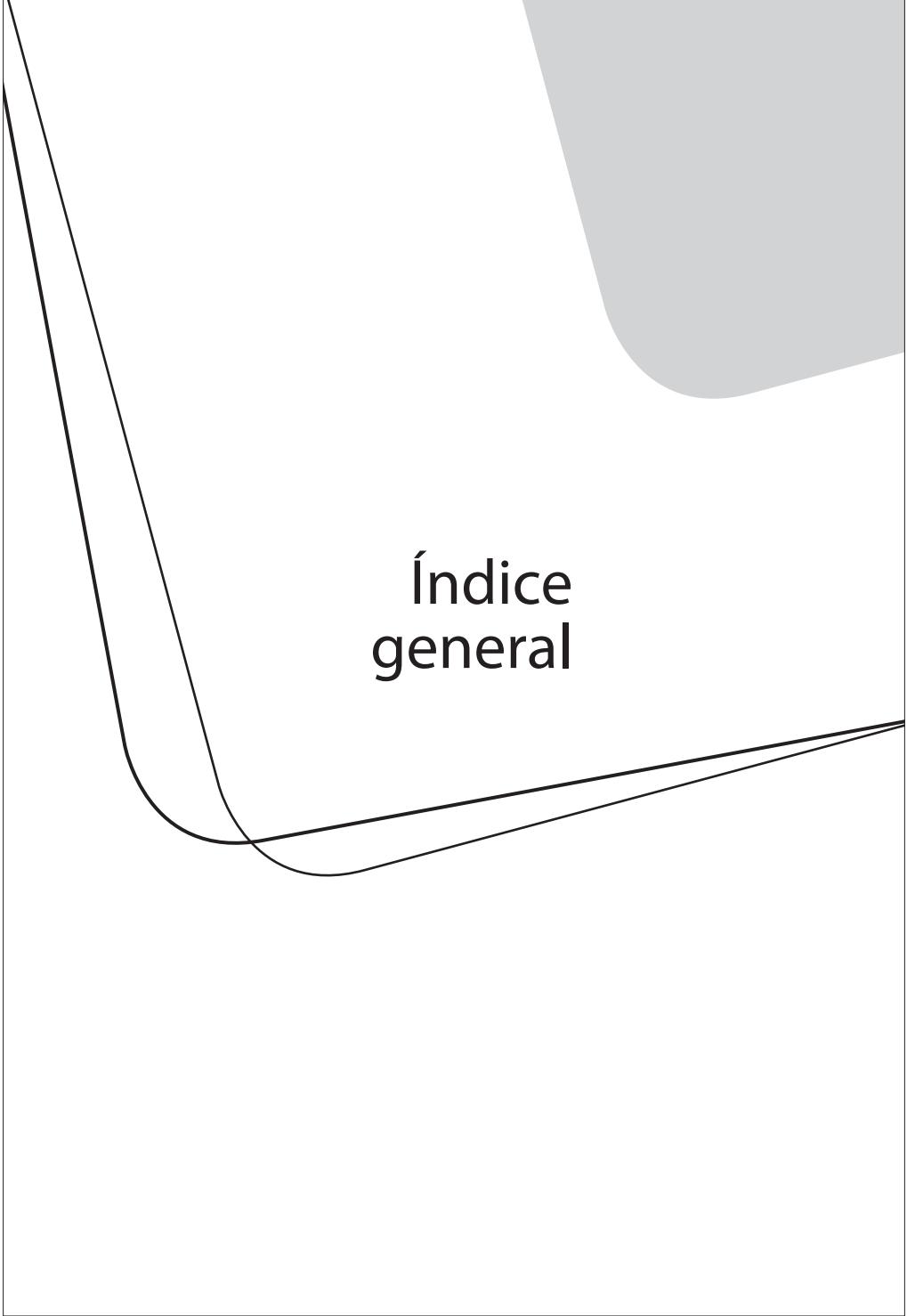
38. Para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, fundamentos 7 a 20 *supra*, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú ha resuelto:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez.
2. Declararla **IMPROCEDENTE** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios.
3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.
4. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo en materia laboral pública que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas a que se refiere la Ley N° 27584.
5. Declarar que las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 *supra*, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO



Índice general

Índice general

PRESENTACIÓN.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

<i>Jorge Toyama Miyagusuku / Elmer Huamán Estrada</i>	11
INTRODUCCIÓN	11
I. EL DESPIDO NULO	13
II. LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO BAJO LA LEY N° 26636	17
1. La aportación de indicios: la carga del trabajador	20
2. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador.....	25
III. LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO	26
IV. JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA PRUEBA DEL DESPIDO NULO	29
1. La carga probatoria del trabajador del despido nulo	29
1.1. En el despido basado en la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales o por ser representante de los trabajadores	29

1.2. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.....	31
1.3. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, etc.	36
1.4. El embarazo	36
2. La carga probatoria del empleador	38
CONCLUSIONES.....	39

CAPÍTULO 2

La prueba de la relación de trabajo

La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigente y la Nueva Ley Procesal del Trabajo César Puntriano Rosas.....	43
INTRODUCCIÓN	43
I. LA SUBORDINACIÓN COMO NOTA ESENCIAL AÚN VIGENTE DE LA RELACIÓN LABORAL	47
II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD COMO HERRAMIENTA JURÍDICA PARA CALIFICAR UNA RELACIÓN COMO LABORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE LA SUBORDINACIÓN ...	53
1. Concepción del principio	53
2. Regulación del principio.....	56
3. Aplicación práctica del principio.....	57
III. ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: LA CARGA PROBATORIA DEL TRABAJADOR Y LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD REGULADA EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO.....	65
1. La presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.....	68
CONCLUSIONES.....	71

La prueba de la existencia de una relación laboral para acceder a una pensión de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
César Abanto Revilla	75
I. BREVE PANORÁMICA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ.....	76
II. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PREVISIONAL.....	79
III. LAS APORTACIONES PENSIONARIAS: CONCEPTO, FINALIDAD Y RELEVANCIA	80
IV. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JUDICIALES EN MATERIA DE APORTACIONES.....	82
1. Pérdida de validez de las aportaciones (obreros).....	82
2. Fecha de inicio de cotización para pensiones (empleados)	84
3. La falta de acreditación documentaria de las aportaciones	86
4. La doble condición del reclamante como asegurado y empleador	89
V. LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LA STC EXP. N° 04762-2007-PA/TC.....	90
1. La prueba en el proceso de amparo: justificando una excepción ..	91
2. La interpretación flexible de las normas modificatorias	92
3. Las reglas para acreditación de aportaciones en el amparo pre-visional.....	94
4. La valoración conjunta de las pruebas: actuaciones de oficio	96
5. La revisión judicial de las pruebas complementarias (y adicionales)	97
6. La presentación del expediente administrativo: críticas y anota-ciones	98
VI. REQUISITOS FORMALES FIJADOS EN FALLOS POSTERIORES Y COMPLEMENTARIOS	99
1. Formalidades exigibles a los certificados de trabajo	100
2. Los expedientes administrativos y la carga de la prueba	103
3. Particularidades exigibles respecto a los libros de planillas.....	105
4. Formalidades exigibles a las liquidaciones y las boletas de pago.	107
5. Los límites probatorios de las Declaraciones Juradas.....	109
6. La falta de idoneidad de otros documentos complementarios	110
7. La acreditación de los aportes de los asegurados facultativos.....	113

La prueba de la existencia de la relación laboral en el procedimiento de inspección laboral	
<i>Rocío Limas Vásquez / Elvira Castañeda Velásquez</i>	115
INTRODUCCIÓN	115
I. LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA RELACIÓN LABORAL	117
1. Los elementos configuradores de la relación laboral y su regulación en nuestro ordenamiento	117
2. El papel del principio de primacía de la realidad en la determinación de la relación de trabajo	119
II. EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL	121
1. Lo establecido en la Ley General de Inspección y su Reglamento sobre la determinación de la existencia de una relación laboral	121
2. Infracción en que incurre el empleador y sanciones previstas	123
III. DIRECTIVAS QUE REGULAN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL	125
1. El Plan Reto	125
1.1. Directiva Nacional N° 008-2008-MTE/2/11.4	126
1.1.1. Criterios mediante los cuales se acredita la existencia de una relación laboral	127
1.1.2. Esquema procedural que deben seguir los inspectores para la determinación de la relación de trabajo	127
1.2. Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4	128
1.3. Pautas complementarias con relación al Plan Reto	129
IV. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL EN LA INSPECCIÓN DE TRABAJO	131
V. LA DEBIDA MOTIVACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD	134
CONCLUSIONES	141

CAPÍTULO 3
**La procedencia probatoria del proceso de
amparo laboral**

**Problemas jurisprudenciales observados sobre la procedencia
probatoria del proceso de amparo laboral**

Federico G. Mesinas Montero	145
I. ¿CUÁNDO SE DECLARA LA IMPROCEDENCIA DEL AMPARO LA- BORAL POR TEMAS PROBATORIOS?	145
II. UNA CAUSAL JURISPRUDENCIAL DE IMPROCEDENCIA Y SU APLICACIÓN LIMINAR	149
III. CUESTIONABLES INAPLICACIONES JURISPRUDENCIALES DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA POR DEFICIENCIA PROBATO- RIA O HECHOS CONTROVERTIDOS	154
1. Protección de derechos sindicales	154
2. Análisis de un despido fraudulento más allá de las necesidades probatorias	159

**Jurisprudencia
del Capítulo 1**

**La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del
Trabajo**

1. APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD EN EL DESPIDO NULO POR DISCRIMINACIÓN	163
CAS. N° 2386-2005-CALLAO	163
2. NULIDAD DE DESPIDO DE DIRIGENTE SINDICAL	167
CAS. N° 157-2006-DEL SANTA	167
3. NULIDAD DE DESPIDO DEL TRABAJADOR QUE HA PARTICIPA- DO DE UNA QUEJA O UN PROCESO CONTRA SU EMPLEADOR..	171
CAS. N° 1887-2006-LIMA	171

**Jurisprudencia
del Capítulo 2**

La prueba de la relación de trabajo

1. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES. NECESIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE SE POSTULEN	175
EXP. N° 4762-2007-PA/TC-SANTA.....	175

**Jurisprudencia
del Capítulo 3**

Problemas observados sobre la procedencia probatoria del proceso de amparo laboral

1. PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA ACTOS LESIVOS DE DERECHOS DE TRABAJADORES SINDICALIZADOS EXP. N° 1147-2007-PA/TC-ICA.....	193
2. PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO FRENTE A UN DESPIDO INCAUSADO EXP. N° 06159-2007-PA/TC-LIMA.....	196
3. PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO Y VÍAS IGUALMENTE SATISFACTORIAS EXP. N° 0206-2005-PA/TC-HUAURA.....	199

Índice general	217
----------------------	-----

