

EL PETITORIO IMPLÍCITO Y OTRAS HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ

Omar Toledo Toribio¹

RESUMEN

En este artículo se analiza la figura del *petitorio implícito* como una excepción o hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en el proceso abreviado laboral, regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú, vigente desde el año 2010. En efecto, se plantea la posibilidad de discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo e implícito al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado. De esta forma, se enfoca las razones que justifican el *petitorio implícito*, como es la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso y tutela judicial efectiva, así como se señala determinadas condiciones que constituyen requisito necesario para su aplicación.

PALABRAS CLAVE: *Principio de congruencia. Petitorio implícito. Despido nulo, fraudulento, e incausado. Oralidad. Tutela judicial efectiva.*

¹ Doctor en Derecho y Ciencia Política (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), Magister en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), Juez Superior Titular, Presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala de Oralidad), Profesor de la Academia de la Magistratura y Catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Post Grado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor (Sección de post grado) de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Con estudios de litigación oral laboral en la Universidad de Medellín, Colombia y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Bogotá-Colombia. En febrero de 2014 ha cursado y acreditado la Academia de Destrezas en Litigación en el California Western School of Law. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en grado de Oficial. Delegado en Perú y consejero de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo (ALJT). www.omartoledotoribio.blogspot.com.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Dispositivo y el Sistema Inquisitivo son los grandes sistemas procesales. “El principio dispositivo es aquel en el que se asigna a las partes, y no al Juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso. En el Inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes; él es quien debe actuar por sí e investigar (*inquirere*). Un proceso está dominado por el principio dispositivo, entonces, cuando las partes pueden iniciarlo libremente y tienen la disponibilidad de este y de sus diversos actos. En el inquisitivo es el tribunal es el que lo inicia, averigua y decide con libertad, sin estar encerrado en los límites fijados por las partes.”²

Sin embargo, como sostiene el maestro Monroy Gálvez “la historia del derecho procesal no conoce un solo caso de vigencia real y efectiva de un ordenamiento procesal en el que alguno de los dos sistemas procesales esté presente sin ser afectado por el otro... “los sistemas citados no se presentan químicamente puros, lo que suele haber son tendencias más o menos definidas que permiten advertir la primacía de uno sobre otro”.³

Si se trata de ubicar al Proceso Laboral en uno de los grandes sistemas procesales, podemos concluir, sin lugar a dudas, que dicho proceso se ubica en el Sistema Inquisitivo. En efecto en el proceso laboral el Juez se encuentra dotado de una serie de facultades, atribuciones y prerrogativas que lo convierten en un principal impulsor del proceso y confieren por tanto un tinte marcadamente inquisitivo a dicho proceso⁴.

Una de las manifestaciones de carácter inquisitivo del proceso laboral consiste en que el Juez Laboral se encuentra facultado para expedir sentencias que vayan más allá del petitorio contenido en la demanda, posibilidad que se encuentra proscrita en el proceso común o proceso civil en virtud de que en el mismo impera el principio de congruencia contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

En efecto, el principio de congruencia tiene las siguientes manifestaciones: El objeto del proceso (*Thema decidendum*) lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el Juez debe decidir; el Juez deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*) y; la

² Vescovi, Enrique.- Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 51-52.

³ Monroy Galvez, Juan.- Introducción al Proceso Civil, Temis, Bogotá, 1996, pag. 87.

⁴ El artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley procesal del Trabajo establece que los jueces tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso.

sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado. En otras palabras el Juez debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más, esto es, conforme (congruente) con lo solicita por la parte. *En eat judex ultra petita partium*.

Sin embargo, existen excepciones al principio de congruencia que se justifican por la necesidad de garantizar la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en un Estado democrático y social de derecho, principio reconocido por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado. A estas excepciones se han dado en denominar hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.⁵

En el presente artículo analizaremos el petitorio implícito como una excepción o hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en los procesos abreviados de carácter laboral regulados en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT) a propósito de la norma contenida en el artículo 2.2. del citado cuerpo legal que prevé que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como **pretensión principal única**. (lo resaltado es nuestro).

La citada norma ha generado opiniones diversas respecto a la posibilidad de que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado.

EL PETITORIO IMPLÍCITO COMO HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El petitorio implícito constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un estado democrático y social de derecho. El Jurista Augusto M. Morello, indica en relación a este que: *“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta [...]”; afirma*

⁵ Como sostiene el magistrado Oswaldo Water Pisfil Capuñay, “los principios procesales clásicos, si bien funcionan correctamente en su concepción original, resultan siendo un obstáculo para materializar derechos que por su naturaleza especial (derechos fundamentales, sociales y económicos) exigen su excepcional y ponderada flexibilización (atenuación, resquebrajamiento, distensión, aligeramiento, morigeración o quebrantamiento).” En “Flexibilización de Principios Procesales Clásicos”, Ensayo preparado para la Academia de la Magistratura, Lima, Abril 2013.

que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar -con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable- prolija y razonada motivación [...]”⁶.

En la Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CAS Nº 4664-2010 PUNO), en la ciudad de Lima, el 18 de marzo del 2011, se indica en el décimo sexto considerando, en relación al petitorio implícito que: *“Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.”* (negrita y resaltado es nuestro).

Por su parte, **Jorge W. Peyrano**, señala que *“Entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio, respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito⁷, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes”*.

Al referirse a esta frase la profesora Julia Cabello Matamala ha sostenido en relación a los procesos de divorcio y separación de cuerpos lo siguiente: *“En consecuencia, en, esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso”*.⁸ (el subrayado es agregado).

⁶ **Morello, Augusto M.** “La prueba, tendencias modernas”, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, páginas 98 a 99. Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CAS Nº 4664-2010 PUNO). Realizada en la ciudad de Lima, el 18 de marzo del 2011.

⁷ **Peyrano, Jorge W.** “Nuevas Tácticas Procesales”, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil.

⁸ **Cabello Matamala, Julia** El Divorcio en el Derecho Iberoamericano, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid - España, 2009, pp. 525-550.). Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil.

EL DESPIDO NULO, INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE ORDINARIA

La Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el D.S. 03-97-TR)⁹ en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: **a)** La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; **b)** Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; **c)** Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso **f)** del Artículo 25 (despido por reacción o por represalia); **d)** La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole (texto actual según ley N° 29973, E.P. 24/12/12); **e)** El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto (fuero de maternidad). A las causales antes citadas debe agregarse las dispuestas por la ley 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida.

Como es de advertirse, la norma establece taxativamente las causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser *numerus clausus*. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del Principio de Legalidad.

⁹ La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Por otro lado, el artículo 34° del TUO define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: *“si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.”*

Finalmente el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35°, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38° del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Sin embargo, **el Tribunal Constitucional** en la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL c/ Telefónica) ha señalado que: *“Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: “El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° (“República” “social”) y*

3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.”

De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela resarcitoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el **despido incausado** que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario.

Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la sentencia 1124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la amparización de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, -que establecía el amparo alternativo-, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 días de marzo del 2003 en el Exp. N.º 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y c) Despido fraudulento.

En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado **despido nulo** cuando se configuran las causales descritas en el artículo 29 del TUO. Por otro lado, se produce el **despido incausado** cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último, se configura el denominado **despido fraudulento**, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño,

por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. (fundamento 15)¹⁰.

PRIMER PLENO SUPREMO LABORAL (2012)

Cabe acotarse que, el Primer Pleno Supremo Laboral, realizado por primera vez en el año 2012, dentro de sus conclusiones sobre el Tema Nº 01, referida a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la Vía Laboral regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497); acordó por unanimidad que: *“Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única.”*. Por ende en virtud al citado acuerdo, los Jueces Especializados Laborales que conozcan procesos con la NLPT, son competentes para conocer las demandas de reposición como consecuencia del despido fraudulento o incausado.

¿LA REPOSICION COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL UNICA?

La norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT prevé que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como **pretensión principal única**.

La citada norma ha generado opiniones diversas respecto a la posibilidad de que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado.

El otro tema surgido a raíz de la novísima norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT consiste en que si resulta posible acumular en

¹⁰ Estos conceptos han sido desarrollados por el autor del presente artículo en la entrega titulada: “El despido fraudulento en la jurisprudencia” y publicado En la Revista RAE Jurisprudencia, tomo 19, enero 2010, págs. 401 a 410.

la demanda de reposición planteada en vía de proceso abreviado la pretensión referida al pago de las remuneraciones devengadas originadas con ocasión del despido. Respecto esta segunda interrogante el suscrito ha tenido oportunidad de señalar que: “Del análisis de la citada norma podemos concluir que la misma se refiere a la reposición *cuando ésta se plantea como pretensión principal única*, lo cual no impide que se pueda acumular la pretensión accesoria de pago de remuneraciones devengadas desde la fecha en que se produjo el despido y la referida a los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, sus intereses, derechos precisados en el artículo 40 del TUO del D.L. 728.”¹¹.

En base a lo anterior, siendo que los procesos de reposición por despido incausado o fraudulento constituyen acciones destinadas a restituir un derecho constitucional conculcado, esto es, el derecho al trabajo, finalidad idéntica a la que se persigue en las acciones de reposición por despido nulo, consideramos que resulta procedente exigir por parte del trabajador afectado la pretensión accesoria de pago de las remuneraciones devengadas, teniendo en cuenta la naturaleza de la reposición laboral.

Respecto a lo primero, somos de la opinión que es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición pues se configura un auténtico petitório implícito que, como hemos sostenido, se trata de un supuesto de flexibilización del principio de congruencia. Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.

En efecto, la desnaturalización del contrato laboral, o la declaración de la existencia de una relación laboral por imperio del principio de primacía de la realidad, no constituye una pretensión adicional sino que cons-

¹¹ “La reposición por despido incausado y fraudulento en sede laboral. A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral 2012.” Publicado en Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica, mes de mayo, año 2012, Tomo 222, págs. 351 a 357.

tituye un petitorio implícito que forma parte de la *causa petendi*.¹² De la misma forma en los procesos en los que se demanda únicamente el pago de beneficios sociales, sin antes reclamar como pretensión expresa la declaración de la existencia de una relación laboral, esto último constituye un petitorio implícito.

RAZONES QUE JUSTIFICAN EL PETITORIO IMPLÍCITO

a) Prevalencia de lo oral sobre lo escrito

Conforme expresamente lo establece el artículo 12.1 de la NLPT **en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas** sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.

En tal sentido, en un ámbito de oralidad, si el Juez de la causa aprecia que en los fundamentos fácticos (*causa petendi*) que sustentan la pretensión, el accionante está haciendo referencia precisamente a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o a la existencia de una relación laboral oculta bajo el disfraz de un contrato civil o mercantil o de otra naturaleza, puede aprovechar las bondades de la inmediación en las audiencias, sea de conciliación, juzgamiento o audiencia única, si se trata del proceso abreviado, a efectos de poder esclarecer debidamente los contor-

¹² El petitorio y la razón de pedir constituyen elementos de la pretensión. Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que “Estos dos elementos de la pretensión, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de *causa petendi*, *iuris petitum* o *iuris petitio*. (...) Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, este es el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional. Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de *petitorio*, aun cuando en doctrina suele llamarse también *petitum* o *petitio*. Incluye un sector de la doctrina identifica este petitorio con lo que se denomina el objeto de la pretensión”. (sic) (MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Editorial Themis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pág.274, énfasis es nuestro). En esa misma línea, el profesor Anibal Quiroga León sostiene que “Dentro del ejercicio del derecho de acción se manifiestan dos intereses, uno en el proceso y otro en el obrar: Dentro de lo segundo, se presentan dos figuras, por un lado la causa de la pretensión particular que el sujeto activo de la relación jurídico procesal hace relieve, aquella que se origina en la expectativa –legítima o no– de la relación jurídica sustancial que se ha invocado y que le sirve de fundamento para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva. Tal pretensión de carácter particular y privado es la *causa petendi*. En otras palabras, es el impulso que se otorga a la pretensión subjetiva del actor y que le da sustento a su interés en el obrar. Por otro lado, existe el *petitum* o *petitio*, que se refiere concretamente a lo que es objeto de pedido en virtud de la *causa petendi*, es decir, la propuesta de dispoitio que se hace al Órgano Jurisdiccional, a la autoatribución de una posición en la relación jurídica sustancial que el pronunciamiento jurisdiccional ha de establecer finalmente *meritum causae*. Toda *causa petendi* condiciona un *petitum*, y todo *petitum* presupone una *causa petendi*”. (sic) (QUIROGA LEÓN, Anibal, *Estudios de Derecho Procesal*, Lima, Perú, Idemsa, Junio 2008, pág. 116. énfasis es nuestro). Por su parte, Enrique Vescovi sostiene que “(...) El elemento objetivo de la pretensión es el bien de la vida que solicita el actor; la utilidad que quiere alcanzar con la sentencia: será el pago de un crédito, al entrega de una cosa mueble o inmueble, la prestación de un servicio, una acción u omisión, la declaración de que un contrato está rescindido, etc. Constituyen la finalidad última por la cual se ejerce la acción, el pedido (*petitum*) que tiene la demanda. (...) El tercer elemento es la *causa*, o fundamento jurídico de la pretensión. Es la razón de esta, la *causa de pedir* (*causa petendi*). Se trata de los hechos jurídicos en los que el actor funda su petición. Generalmente se distinguen el hecho histórico y sus consecuencias jurídicas. Esto es, que en la razón se distingue una razón de hecho y una de derecho”. (sic) (VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1984, págs. 83-84 énfasis es nuestro).

nos del petitorio implícito, bajo las condiciones que más adelante señalaremos, y considerarlo como materia de pronunciamiento en la sentencia.

b) Prevalencia del fondo sobre la forma

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

Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante -producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz- quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

c) Economía procesal

En virtud de este principio el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

Ciertamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto al petitorio implícito evita que se pueda generar nuevos procesos judiciales. De no ser así, ingresaríamos a un escenario en el los casos vinculados a la reposición del trabajador por despido nulo, fraudulento o incausado, para ser instrumentalizados en la vía abreviada, supondrían que antes el trabajador tenga que accionar en un primer proceso a efectos de que se declare la existencia de una relación laboral de carácter indeterminada y, luego solicitar, en un nuevo proceso laboral abreviado, la reposición como pretensión única, lo cual definitivamente constituye una negación al acceso a la tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que las acciones de reposición están sujetas a un plazo de caducidad. Por otro lado, exigir

que el trabajador acuda al proceso ordinario laboral no solamente afecta el principio de economía procesal sino que vacía de contenido completamente la finalidad que trasunta la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT que precisamente consiste en establecer un proceso ágil que signifique que el trabajador pueda ver resuelto su pedido de reinstalación de manera más célere teniendo en cuenta que estamos ante la afectación del derecho fundamental al trabajo.

d) Eficacia del proceso

La eficacia tiene que ver con el logro de la finalidad de todo proceso judicial que es el de resolver los conflictos para alcanzar la paz social.

Resulta evidente que dar solución a una controversia si necesidad si duplicar procesos o trámites constituye una demostración de la eficacia del proceso.

e) Tutela judicial efectiva

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como garantía de la administración de justicia la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

La exigencia de trasuntar por dos procesos judiciales para lograr la reposición de un trabajador o pretender seguir un proceso ordinario laboral, existiendo previsto un proceso más rápido y ágil como es el proceso abreviado, afecta definitivamente al principio constitucional antes citado, es más, implica, en otras palabras, la negación de la tutela jurisdiccional.

CONDICIONES DEL PETITORIO IMPLÍCITO

Estimamos que si bien es posible que se pueda desarrollar la figura del petitorio implícito en el escenario del proceso laboral abreviado y, con mayor razón, en el proceso ordinario, por la naturaleza y extensión del mismo, ello requiere que se den determinadas condiciones como presupuesto necesario. En efecto, de manera resumida señalaremos que solo se podrá aplicar la citada figura si: a) aparecen hechos claros y concretos respecto a la petición implícita; b) garantía del derecho de defensa y del contradictorio, esto es, en virtud de la garantía de la observancia del debido proceso, el demandado debe haber tenido la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa frente a dicha petición, derecho que incluye la posibilidad de ofrecer medios de prueba que respalden su posición.

EL PETITORIO IMPLÍCITO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL

La aplicación de la figura del petitorio implícito en el proceso abreviado laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido expuesta por vez primera en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 17 de julio de 2013 (Expediente N° 00225-2013-04- NLPT, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por ROBERTO VICTOR ROJAS BARRAGAN, sobre reposición al centro laboral. Si bien la opinión nuestra resultó un voto en discordia, posición minoritaria, la citada sentencia fue materia de análisis en su integridad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior realizado en Lima los días 06 y 07 de setiembre de 2013, siendo que la ponencia que reflejaba nuestra posición resultó ganadora por mayoría en el citado certamen judicial (56 votos frente a 17).¹³

Con el objeto de ilustrar los términos de la controversia que originó el citado pronunciamiento nuestro transcribimos a continuación algunos párrafos del citado voto:

7. Conforme a los argumentos de la sentencia recurrida, la A quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda: ***“4.5.- Siendo la PRETENSION demandada del actor la REPOSICION a su Centro de labores, se debe tener en cuenta que la misma no procede por cuanto el contrato celebrado entre las partes cumplió su naturaleza de Contrato Temporal para Servicio Especifico, esto teniendo en cuenta que la cláusula primera del Contrato así lo estipulaba, hasta que se culmine con el proceso de selección de la plaza de Asistente Social, por lo que la Carta Notarial enviada al demandante sólo cumplía con comunicarle al actor el término del contrato que tenían celebrado con la demandada, lo que no se puede comparar a un despido incausado, asimismo el prestador del servicio no ha desarrollado las razones jurídicas ni argumentativas***

¹³ Primera Ponencia:

De conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 el Proceso Abreviado Laboral debe contener una sola pretensión principal, y cuando se advierte además de la pretensión principal un petitorio implícito, el juez debió advertir esta situación al momento de la calificación de la demanda, pronunciándose respecto a la imposibilidad de acumular otra pretensión a la pretensión principal en un proceso Abreviado Laboral, al no haberse actuado así, la sentencia es nula. (17 votos)

Segunda Ponencia

En virtud al principio tuitivo a los que se contrae los procesos laborales y los que está obligado a observar el juzgador, encontrándonos ante un petitorio implícito, debió ser objeto de pronunciamiento por el juez, tanto más cuando se aprecia que se ha garantizado el derecho de defensa de la demandada, pues la empleadora en su escrito de contestación cuestiona la pretensión implícita, siendo tratada en la Audiencia Única y en consideración además a que en esta clase de procesos prevalece las actuaciones orales sobre las escritas, correspondiendo pronunciarse en la sentencia por la pretensión implícita. (56 votos)

orientadas a cuestionar alguna de las cláusulas del contrato que acompaña, tampoco ha desarrollado el tema de la desnaturalización de los contratos, lo que exige al juzgado de fundamentar al respecto.”

8. Bajo ese contexto, se advierte de la visualización del Audio/Video de la Audiencia Única, realizado con fecha 13 de marzo de 2013, subido en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), que el abogado de la parte demandante, como argumentos de su alegato, señala literalmente que: “(...)El cargo de Asistente Social, le corresponde hasta que termine el desarrollo o estructura de la Oficina de Bienestar Social, porque quien tiene que llevar a cabo esa Oficina de Bienestar Social, tiene que ser un Asistente Social, precisamente por ello es que lo contrataron como Asistente Social. En tal sentido los contratos que le han hecho suscribir a mi patrocinado, **contratos para servicios específico a plazo fijo, son contratos desnaturalizados, porque si su labor era de carácter permanente, lógicamente y jurídicamente, le correspondía un contrato a tiempo indeterminado y no un contrato a plazo fijo como errónea e ilegalmente lo ha efectuado, la contraria; en ese sentido señora Juez, está claro y objetivamente probado en autos que mi patrocinado tenía un contrato a tiempo indeterminado y que esa carta que comunica el cese, es ilegal(...)**”; es decir, la parte actora señala de forma específica que se han desnaturalizado los contratos de trabajo por naturaleza específica, por haberse desarrollado labores permanentes en la Institución demandada, como es la de Asistente Social, hecho que debió ser tomado con un pretensión implícita, en la medida que en virtud al principio tuitivo a los que se contraen los procesos laborales y los que está obligado a observar el Juzgador. Siendo así, debió ser objeto de pronunciamiento, en consecuencia, no resultaba válida la postura de la Juzgadora en el sentido que el actor no había invocado la desnaturalización de los contratos laborales.

9. La emisión del pronunciamiento respecto a la desnaturalización de los contratos modales en forma alguna afecta el derecho de defensa de la demandada, pues dicha parte en su escrito de contestación de demanda, de fojas 40 a 50, se ha pronunciado expresamente sobre dicha pretensión al señalar en el punto “II.2.- **RESPECTO A LA EQUIVOCADA PRETENSIÓN DESNATURALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA SERVICIO ESPECIFICO (...)**; *siendo totalmente falso que se haya producido alguna desnaturalización de dichos contratos de conformidad con el artículo 77° del T.U.O del Decreto Legislativo Nº 728, razón por lo cual debe quedar claro que su Despacho deberá llevar un análisis jurídico (...)*”;

10. Es decir, la demandada, pudo ejercer su derecho de defensa, respecto al petitorio implícito referido a la desnaturalización de los contratos de trabajo, aspecto que ha sido además tratado en la Audiencia Única antes citada, lo cual debe analizarse bajo el contexto de que constituye un principio del Nuevo Proceso Laboral la oralidad que implica la prevalencia de las actuaciones orales sobre las escritas. Por ende, se garantizó el Derecho de defensa de la parte demandada.

11. Por lo antes expuesto, este colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía un contrato a plazo indeterminado, su cese sólo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728.”(sic).

OTROS SUPUESTOS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1 - EL *IURA NOVIT CURIA*

Sobre este principio, Gustavo Calvino¹⁴, señala que: *“Entonces, cabe sostener otra razón: la obligación de la autoridad de aplicar el derecho vigente más allá del que invoquen los litigantes y su deber de conocerlo —rectius, la imposibilidad de excusarse en su aplicación aduciendo ignorancia— es una garantía para las partes. Garantía de seguridad jurídica, en cuanto la resolución se basará en el derecho vigente. Y no en otra cosa. La sociedad, a fin de mantener la paz social erradicando el uso privado de la fuerza para solucionar los conflictos, ha instaurado como alternativa que un tercero, siguiendo un método —proceso— resuelva el litigio. Para ello ha delegado una fracción de su poder en la autoridad constituida —juez o árbitro—, Pero, para no quedar sometido al arbitrio del poder constituido, se reserva ciertas garantías como resguardo de su poder no delegado. Con esta perspectiva, el aforismo iura novit curia encuen-*

¹⁴ Gustavo Calvino, “Estudios Procesales – Enfoque sistemático pro-homine”, Editorial San Marcos, Agosto 2008, página 71.

tra su motivo en la sujeción a las reglas de juego que la autoridad debe respetar para resolver los litigios.”

En nuestro ordenamiento legal este principio ha sido positivizado en el VII del Título Preliminar del Código Civil que establece que: “**Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda**”. Norma concordante con el principio **juez y derecho** que prevé el Art. VII del T.P. del C.P.C. que prescribe que juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, norma que la sido replicada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El máximo Intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC de fecha 06 de noviembre de 2008, (Rosa Bethzabé Gambini Vidal) fundamento 4., señala lo siguiente: “**Sin embargo, en aplicación del principio iura novit curia, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el poder-deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada.**” (resaltado es agregado).

Así también lo ha reiterado en la sentencia recaída en el Expediente N° 03731-2010, de fecha 07 de octubre de 2011, fundamento 8. al señalar: “**No obstante lo anterior, este Colegiado estima que a efectos de evitar un perjuicio innecesario a la parte demandante, 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 recurrente deberá ser analizada según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen general de jubilación establecido en el Decreto Ley 19990.**” (negrita y subrayado es del suscrito).

En esa línea ha opinado el suscrito, a propósito del análisis de la STC recaída en el Exp. N° 01048-2011-PA/TC, caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa Star Print, sobre un supuesto despido por problemas económicos del empleador o por evaluación de personal, señalando que: “**Esto significa que una vez más el TC, en virtud del principio iura novit curia, pre-**

visto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se pronunció sobre un hecho que no formaba parte -por lo menos eso parece de los datos que se pueden extraer de la resolución- de la causa petendi invocada por la parte actora.”¹⁵

La aplicación de este principio en un proceso abreviado laboral de reposición ha sido destacada en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 04 de octubre 2013 (Exp.Nº 4119-2013, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por **LUIS HABACUC ROJAS GAVINO** con **INSTALACIÓN DE TENDIDOS TELEFÓNICOS DEL PERÚ S.A. - ITETE PERU S.A.**; sobre reposición al centro laboral, el cual por sus propios términos resulta revelador en cuanto a la aplicación del *iura novit curia* en los procesos de reposición.

En efecto, nosotros somos de la opinión que si el actor en su demanda ha invocado una causal de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, como puede ser la falta de señalamiento de la causa objetiva de contratación o la inobservancia de la formalidad escrita, si de los hechos expuestos como sustento de su demanda (*causa petendi*) se aprecia que se ha configurado alguna otra causal de desnaturalización de los contratos modales prevista en el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, y dicha causal ha sido materia de debate y actividad probatoria, es perfectamente posible que el Juez se pronuncie sobre dicha otra causal en aplicación del principio en comento. En el caso citado, se verificó que el contrato sujeto a modalidad para obra o servicio fue suscrito recién el 17 de agosto de 2009, es decir casi un mes después de la fecha que se estipuló como inicio de la vigencia del contrato modal, lo cual permite concluir que durante tal periodo el actor laboró sin que medie algún tipo de contrato de trabajo de naturaleza modal, al haberse especificado que la relación laboral se inició el día 13 de julio de 2009, por lo que se impone la aplicación de presunción de laboralidad prevista en el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según la cual en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Igualmente, en virtud del citado principio consideramos si el actor invoca haber sido objeto de un despido fraudulento, nulo o incausado, si

¹⁵ **O mar Toledo Toribio** - Comentario de la STC Exp. Nº 01048-2011-PA/TC, caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa Star Print, Gaceta Constitucional, Tomo 50, Febrero 2012, página 197.

de los hechos expuestos en la demanda se verifica que se ha configurado una modalidad distinta de despido, y dichos hechos han sido materia del contradictorio y de actividad probatoria, el Juez puede pronunciarse sobre el despido que se ha configurado siempre que se viabilice el tipo de tutela invocada por el actor frente al despido -tutela restitutoria o tutela resarcitoria, esto es, la reposición o la indemnización.

En el caso materia de comentario, el actor en los fundamentos de hecho de su demanda señala que ha sido víctima de un despido fraudulento, agregando que la demandada lo despidió el 01 de enero de 2013 aduciendo un supuesto término del contrato modal a pesar que a esa fecha era un trabajador a plazo indeterminado, por lo que sólo podía ser despedido por causa justa relacionada a su capacidad o conducta. Sin embargo, a la luz de los elementos fácticos aportados, el suscrito ha sido de la opinión de que en aplicación del principio *iura novit curia* correspondía determinar si los hechos enunciados por el demandante enmarcan más bien es el supuesto de despido incausado.

A continuación transcribo parte de los fundamentos de nuestro voto en discordia que, si bien al final quedó en minoría, ilustra perfectamente nuestra posición expresada líneas arriba:

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

10. En el caso de autos, si bien es cierto conforme a los argumentos expuesto en la sentencia materia de alzada, el A quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda que: “**8. Respecto de estas exposiciones orales que se han repetido además en la actuación probatoria y en los alegatos de cierre, se aprecia que traen al escenario del presente proceso hechos nuevos no invocados expresamente en la demanda. En lo atinente, conviene señalar que si bien la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece en el artículo 12.1 relacionado con el principio de la oralidad que en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia; tal estipulación de la ley en modo alguno puede vulnerar la prohibición establecida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el que reza: **El Juez[...] no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.** Y esta prohibición constituye la observancia del debido proceso porque se relaciona con el principio de congruencia que tiene desarrollo y preeminencia constitucional, en des-**

medro del principio de oralidad que tiene desarrollo legal en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.” (resaltado es agregado).

11. No obstante lo expuesto por el A quo en la sentencia recurrida, corresponde a esta instancia efectuar un análisis de los hechos materia de controversia a la luz del principio **iura novit curia**; toda vez que en efecto conforme lo expusiera el Magistrado de Primera Instancia, el demandante ha invocado la desnaturalización de los contratos modales suscritos entre las partes **“lo que ocurrió específicamente en el año 2010”**; no obstante ello, corresponde analizarse si en efectos se produjo la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad para obra determinada o servicio específico desde el inicio de las labores del actor, esto es, desde el 13 de julio de 2009, así como verificar si los contratos de trabajo sujetos a modalidad se han llevado a cabo con las formalidades establecidas en el artículo 63° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

15. En el caso materia de análisis, se advierte que obra a fojas 45 y 45 vuelta, el CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO PARA OBRA O SERVICIO ESPECÍFICO, suscrito por el demandante y por la empresa Instalación de Tendidos Telefónicos del Perú S.A. (Itete S.A.), detallándose que se contrataba al actor a efectos desarrolle labores de Técnico, por el periodo comprendido entre el 13 de julio de 2009 al 30 de setiembre de 2009, dejando constancia dicho contrato que: *“En señal de conformidad las partes suscriben este documento en la ciudad de Lima, a los 17 días del mes de Agosto de 2009”* (énfasis nuestro).

16. En efecto, conforme se advierte del contenido del contrato antes citado, este fue suscrito recién el 17 de agosto de 2009, es decir casi un mes después de la fecha que se estipuló como inicio de la vigencia del contrato modal. En tal sentido de lo anterior se puede colegir que durante tal periodo el actor laboró sin ningún tipo de contrato de trabajo de naturaleza modal, al haberse especificado que la relación laboral se inició el día 13 de julio de 2009.

17. En ese sentido, se infiere la aplicación de presunción de laboralidad prevista en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según la cual en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, **se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado**, lo cual ha sido incluso recogido con mayor ventaja para el trabajador en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, al señalar: *“Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.”*. Consecuentemente desde el inicio de la relación laboral, esto es, el 13 de julio de 2009, se desarrolló entre las partes un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada.

EN RELACIÓN AL DESPIDO

22. Conforme lo hemos venido señalando en los considerandos que preceden, en virtud del principio “*iura novit curia*” los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda. En tal sentido, si bien es cierto, conforme a los términos de la demanda sostiene en sus fundamentos de hecho que ha sido víctima de un despido fraudulento, sin embargo, agrega que la demandada lo despidió el 01 de enero de 2013 aduciendo un supuesto término del contrato modal a pesar que a esa fecha era un trabajador a plazo indeterminado, por lo que sólo podía ser despedido por causa justa relacionada a su capacidad o conducta.

23. Por lo tanto, en aplicación del principio citado en el considerando anterior, corresponde determinar si los hechos enunciados por el demandante enmarcan más bien es el supuesto de despido incausado.

24. En relación al despido incausado, la Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el D.S. 03-97-TR) en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

En el **caso concreto**, la demandada ha manifestado tanto en su escrito de contestación de demanda, así como en la Audiencia Única que no existe despido alguno, lo que ocurrió es la finalización del plazo pactado del contrato sujeto a modalidad, sustentado en el literal c) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

35. De lo que se deduce, evidentemente que el supuesto cese por vencimiento de contrato a plazo fijo, era realmente un despido, toda vez que el contrato de trabajo a plazo fijo que mantuvo con el demandante se desnaturalizó convirtiéndose en un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Por lo que, estando a que la relación laboral entre las partes era de carácter indeterminado, el actor únicamente podía ser despedido por causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, lo cual no ha ocurrido conforme lo advierte expresamente la demandada, por lo que en consecuencia se produjo el despido incausado o también denominado *ad nutum*.

36. De otro lado, en la sentencia venida en grado, se aprecia que el juez ha desestimado la demanda de reposición; sin embargo, al haberse determinado en la presente sentencia, conforme a los considerandos antes expuestos, si resulta procedente la reposición del actor en el cargo de Técnico de la empresa INSTALACIÓN DE TENDIDOS TELEFÓNICOS DEL PERÚ S.A. - ITETE PERU S.A., conforme a lo esgrimido por el Máximo Intérprete de la Constitución en las sentencias acotadas; por tal motivo, corresponden estimarse los agravios expuestos y revocarse la sentencia venida en grado.

37. Máxime si la demandada, no ha cumplido con acreditar que se haya cumplido con las formalidad de la extinción del contrato de trabajo carga de la prueba que le corresponde, de conformidad con el artículo 23.4° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, N° 29497, que textualmente señala: *“De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.”*

38. Finalmente, con el respeto que se merecen mis colegas no comparto la posición de las mismas, pues en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el Título Preliminar artículo III, se establece que: ***“En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.”*** (énfasis agregado). En ese sentido declarar la nulidad de la sentencia lo único que conllevaría es repetir nuevamente los actos procesales con la consecuente utilización de recursos humanos y materiales, lo cual va a contrapelo de los propósitos delineados por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, esto es, la de alcanzar una justicia pronta, celer y oportuna. En el presente caso, los extremos materia de controversia se encuentran debidamente definidos y los medios probatorios son suficientes para emitir pronunciamiento, por lo que sólo justificaría la realización de una Proceso Ordinario Laboral si hubiera necesidad de realizar actividad probatoria, lo cual no se presenta en el caso de sub materia.

39. A mayor abundamiento cuando la Nueva Ley Procesal del Trabajo prevé las acciones de reposición deben tramitarse en el Proceso Abreviado, no hace sino más que resaltar que en estos procesos se ventilan pretensiones que tienen que ver con la defensa de los Derechos Fundamentales del Trabajador, pauta basilar de una Estado Constitucional de Derecho. Nulificar este proceso para ser reiniciado bajo un Proceso Ordinario Laboral implicaría postergar la solución del mismo.” (sic.)

2 - FALLO *ULTRA PETITA*

Una de las manifestaciones de carácter inquisitivo del proceso laboral consiste en que el Juez Laboral se encuentra facultado para expedir sentencias que vayan mas allá del petitorio contenido en la demanda, posibilidad que se encuentra proscrita en el proceso común o proceso civil en virtud de que en el mismo impera el principio de congruencia contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil ¹⁶.

Refiriéndose a esta facultad del juzgador laboral el profesor de la Universidad Católica Mario Pasco Cosmópolis sostiene que “por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección de los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el Derecho procesal del Trabajo admite pues, la posibilidad de un fallo que, despojándose de ataduras formales excesivas, desborde lo demandado. Cuando tal exceso es cuantitativo se denomina *ultra petita*, mas allá de lo pedido; cuando es cualitativo se denomina *extra petita*, distinto de lo demandado”¹⁷

Nos encontramos frente a un fallo *ultra petita*, cuando el Juez ordena el pago de un monto mayor a lo demandado si advierte errores aritméticos o de cálculo o errores en la fundamentación jurídica de la demanda o cuando percibe que se ha aplicado indebidamente una norma legal que tiene implicancia en el monto del fallo. Es decir, estamos ante un fallo *ultra petita* cuando la sentencia sobrepuja o excede a la demanda en términos cuantitativos. Nuestro sistema procesal laboral confiere al Juzgador la facultad *ultra petita*, esto es, la posibilidad de expedir sentencias que en términos cuantitativos excedan a la demanda.

Según **Ernesto Krotoschin**: “La jurisprudencia, por lo general, ha comprendido en el sentido que acaba de exponerse, la faculta de sentenciar *ultra petita*. Aplicando este, criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde

¹⁶ El principio de congruencia tiene las siguientes manifestaciones: El objeto del proceso (*Thema decidendum*) lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el Juez debe decidir; el Juez deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*) y; la sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado. En otras palabras el Juez debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más, esto es, conforme (congruente) con lo solicita por la parte. *En eat judex ultra petita partium*

¹⁷ Pasco Cosmópolis, Mario.-“Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo”, Lima *aele*, 1997.pág.55

disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo.” (sic)¹⁸

Por su parte para el doctor Mario Pasco Cosmópolis “Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber:

a. Que, aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso.

b. Que, hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que hayan podido producir convicción absoluta en el juez sobre la precedencia del derecho.

c. Que el derecho se amparado, esto es, que la faculta se ejerza *pro operario*.

d. Que versen sobre derechos irrenunciables.”(sic)¹⁹

La Nueva Ley Procesal de Trabajo 29497, que fuera resultado de estudio y revisión por el grupo de trabajo creado por Resolución Ministerial N.º 006-2009-TR, el que tuvimos la satisfacción de integrar, igualmente ha previsto esta figura en el artículo 31º cuando establece que “*La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.*” (lo resaltado es nuestro). La norma legal citada tiene su antecedente en el artículo 48, inciso 3 de la Ley 26636 que establece que el juez puede ordenar el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas.

¹⁸ Ernesto Krotoschin, “Tratado práctico de derecho del trabajo”. 4ta. ed. Buenos Aires, Ed. Desalma, 1981, pp. 639-693 (cuarta parte). Citado por el Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT/OIT) en el libro “Fichas para la Investigación”. 1era. edición, diciembre de 1986.

¹⁹ Pasco Cosmópolis, Mario.- “El Principio Protector en el Proceso Laboral”. En “Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez”. Lima. Editorial Grijley. 2008. pp.530-531.

Precepto que se origina en base al c) del artículo 50 del Decreto Supremo No. 03-80-TR, norma legal con rango de ley que reguló el Proceso Laboral Judicial hasta la entrada en vigencia de la Ley 26636.²⁰

De esta manera en virtud de la facultad *ultra petita* el Juez Laboral puede otorgar un mayor monto por Compensación por Tiempo de Servicios en caso de que el actor incurra en un error al no considerar determinados rubros que legalmente forman parte de la Remuneración Computable (remuneración que se toma como base de cálculo para establecer la Compensación por Tiempo de Servicios, conforme a lo regulado por los artículos 9 a 20 del Decreto Supremo No. 01-97-TR -Texto Unico Ordenado de la Ley de CTS). De otro lado, en términos generales dicha facultad resulta igualmente aplicable en el caso de que exista algún error aritmético en la determinación de los beneficios sociales o en la sumatoria del total adeudado. Finalmente, consideramos que la citada atribución podría ser ejercitada si el actor reclama el pago de las gratificaciones de los meses de julio y diciembre considerando erróneamente que el monto de cada gratificación asciende al 50% de la Remuneración del actor cuando de conformidad con la Ley 27735 la gratificación equivale a un sueldo íntegro por cada oportunidad.

3- FALLO EXTRA PETITA

En cambio nos encontramos frente a un fallo *extra petita* cuando la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorga conceptos o derechos que no formaban parte del petitorio de la demanda.

Nuestro sistema procesal laboral no ha contemplado la posibilidad de que el Juez pueda en la sentencia exceder el marco de la demanda en términos cualitativos (facultad *extra petita*), esto es, el Juzgador no está facultado para disponer el otorgamiento de conceptos que no han sido materia de demanda, esto es, no podrá conceder pretensiones que no se encuentran contenidas en el acto postulatorio.

A guisa de ejemplo: si la demanda comprende las pretensiones acumuladas de pago de Compensación por Tiempo de Servicios y Vacaciones

²⁰ "Artículo 50. La sentencia declarará fundada la demanda: c) Respecto de los hechos constatados por el Juez Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales que constituyan violación de las normas legales o convencionales, objeto de la demanda, pudiendo ordenar también el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas".

Truncas, el Juez no puede ordenar el pago de las gratificaciones aunque resulte evidente de la simple verificación del libro de planillas que dicho pago por las festividades contempladas en la Ley 27735 (Aniversario Patrio y Navidad) no ha sido efectuado.

Algunos autores consideran que existe un caso en que en nuestro medio podría considerarse como fallo *extra petita*, legalmente admitido. Es el caso referido a los procesos por nulidad de despido en cuyo caso la ley permite la reinstalación o readmisión del trabajador en la empresa con el subsecuente pago de las remuneraciones devengadas, esto es, las remuneraciones dejadas de percibir como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de trabajo (despido). De esta forma se estima de que estaríamos ante un fallo *extra petita* cuando el Juez ordena el pago de las remuneraciones devengadas no obstante que el trabajador demanda únicamente la impugnación del despido nulo y su reposición en el empleo obviando reclamar las remuneraciones devengadas.

Sin embargo, nosotros consideramos que siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal**, tanto más si como lo establece el artículo 87, *in fine*, del Código Procesal Civil, -aplicable supletoriamente al proceso laboral-, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Si bien en el ámbito laboral no existe la posibilidad de emitir pronunciamientos *extra petita* algunos instrumentos legales si han previsto esa posibilidad. Es el caso de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, cuyo Texto Unico Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS en su artículo 41 se establece que “La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: 2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, **aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.** (...)”.(lo resaltado es nuestro).

REFERÊNCIAS

- CABELLO MATAMALA, Julia. **El Divorcio en el Derecho Iberoamericano**. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Madrid - España :Editorial Reus S.A., 2009.
- CALVINHO, Gustavo. *Estudios Procesales : Enfoque sistemático pro-homine*. Editorial San Marcos, Ago., 2008.
- KROTSCHIM, Ernesto. **Tratado práctico de derecho del trabajo**. 4.ed. Buenos Aires: Desalma, 1981.
- MONROY GALVEZ, Juan. **Introducción al Proceso Civil**. Temis, Bogotá, 1996.
- MORELLO, Augusto M. **La prueba, tendencias modernas**. 2. Ed. Amp. Buenos Aire: Abeledo-Perrot, 2001.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. **El Principio Protector en el Proceso Laboral**. En Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Editorial Grijley. 2008.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. **Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo**. Lima: Aaele, 1997.
- PEYRANO, Jorge W. **Nuevas Tácticas Procesales, Rosario Santa Fe Argentina**. Nova Tesis: Editorial Jurídica S.R.L., 2010.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*. Lima, Perú: Idemsa, Junio 2008.
- TORIBIO, Omar Toledo Toribio. **Comentario de la STC Exp. Nº 01048-2011-PA/TC, caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa Star Print**. Gaceta Constitucional, Tomo 50, Febrero 2012.
- VESCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Temis, Bogotá, 1984.

