

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre Expediente N° 980-2005

Autor

Diego Andrés Fasanando Van Oordt

Código del alumno:

20114497

Asesor:

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Lima, 2020

INFORME DE EXPEDIENTE ÚNICO E-2509

Candidato : Diego Andrés Fasanando Van Oordt

Código : 20114497

Origen : Judicial

Expediente : 980-2005-0-0601-JR-CI-02

Demandante : Mauro Serrano García

Demandado : Minera Yanacocha S.R.L.

Primera Instancia : 2° Juzgado Civil de Cajamarca

Segunda Instancia : Sala Civil de Cajamarca

R.A.C. : TC
Expediente N° 10422-2006-PA/TC
Expediente N° 367-2011-PA/TC (represión de actos homogéneos)

Materias : Derecho Laboral
Derecho Constitucional – Derecho Procesal Constitucional

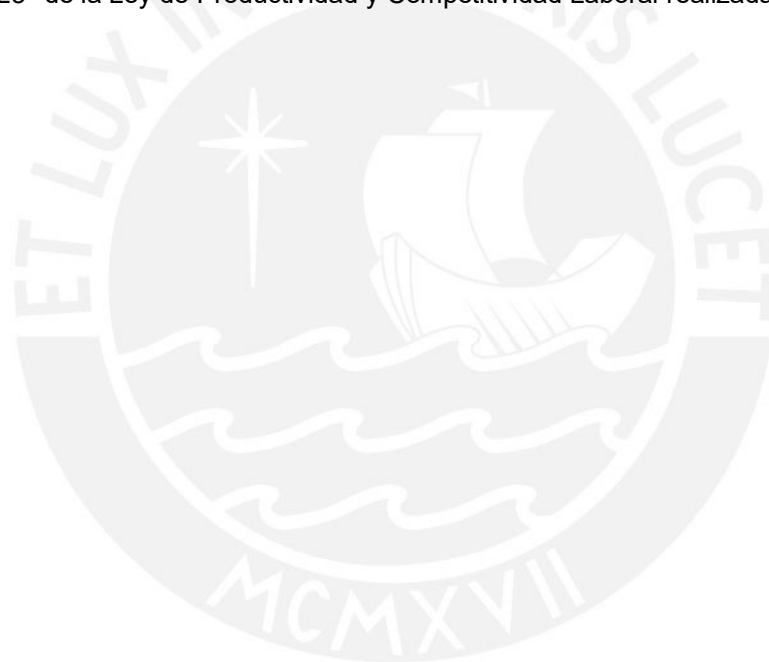
Resumen

El presente trabajo de investigación pretende analizar los problemas jurídicos más importantes que se desprenden del expediente materia de revisión, con la finalidad de emitir una opinión sobre la resolución del caso desde nuestro punto de vista. El análisis está respaldado con la base normativa constitucional, legal e internacional, junto con la interpretación realizada por doctrinaria y jurisprudencialmente aplicable al caso. Para tales efectos, se realiza una revisión de los hechos principales que componen la controversia, así como las actuaciones procesales más relevantes.

En ese sentido, determinamos que, en el caso concreto, la vía constitucional es la vía idónea para resolver controversias de tutela urgente. De acuerdo a lo expuesto en el precedente constitucional Elgo Ríos, frente a la existencia de casos ameriten tutela urgente deben en materia laboral, la vía ordinaria no podrá ser considerada igualmente satisfactoria.

Asimismo, postulamos que existe un conflicto normativo entre el despido por capacidad regulado en el literal a) del artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Finalmente, concluimos que en la actualidad la reubicación es un efecto de la declaratoria del despido nulo, pero que dicho efecto no se encontraba regulado antes de la modificatoria del literal a) del artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral realizada en el 2012.



	Pág.
I. HECHOS RELEVANTES.....	4
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	17
III. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	18
3.1. Determinar de qué modo opera el detrimento sobreviniente y determinante de las capacidades físicas en la relación laboral.....	18
3.1.1. Comentarios sobre los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo en materia de la reubicación de trabajadores de las personas con discapacidad.....	19
3.1.2. Análisis del caso, de acuerdo a la legislación aplicable durante el desarrollo del proceso.....	21
3.1.3. Análisis del caso, según la legislación vigente.....	22
3.2. Determinar la procedencia o improcedencia del amparo laboral.....	29
3.2.1. Naturaleza del proceso constitucional de amparo.....	30
3.2.2. Análisis de la procedencia de la demanda de amparo en el presente caso, según lo determinado en el precedente vinculante Baylón Flores	31
3.2.3. Análisis de la procedencia de la demanda de amparo en el presente caso, según lo determinando en el precedente vinculante Elgo Ríos	45
3.3. Determinar la configuración del despido nulo.....	51
3.3.1. Determinar si el actor fue despedido por haber incurrido en causa justa prevista en la LPCL o si fue objeto de un despido nulo.....	51
3.3.2. Sobre el supuesto conflicto entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL aplicable durante el desarrollo del proceso y las Normas Técnicas del SCTR.....	56
3.3.3. Análisis del procedimiento de despido del demandante y el uso de los medios probatorios.....	61
3.3.4. Análisis de la configuración de un despido nulo en el caso en concreto.....	67
3.4. Determinar si resulta aplicable la represión de actos homogéneos en el presente caso.....	70
3.4.1. Sobre la represión de actos homogéneos.....	70
3.4.2. Sobre los alcances de el/los actos/s lesivos/s de la demandada.....	74
IV. CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	83
ANEXOS.....	87

I. HECHOS RELEVANTES

El presente informe versa sobre un proceso constitucional de amparo iniciado como consecuencia de un supuesto despido nulo, interpuesto por el señor Mauro Serrano García (en adelante, “Sr. Serrano” o “el demandante”), en contra de la empresa Minera Yanacocha S.R.L. (en adelante, “Yanacocha” o “la demandada”).

A continuación, se detallan los hechos con mayor relevancia del caso, el desarrollo del proceso judicial y los principales problemas jurídicos identificados.

1.1. Antecedentes:

- 1.1.1. Con fecha 12 de julio de 2001, el Sr. Serrano inició sus labores como Operador II de Planta en el Área de Operaciones Procesos de Yanacocha. Dicho en otros términos, el vínculo laboral entre las partes comenzó en mencionada fecha.

Las funciones del demandante, como Operador II en Planta en el Área de Operaciones Procesos, incluían la recolección de muestras de descargas en envases de medio litro, lectura de flujómetros, corrección de conectores desacoplados, preparación de diatomita, cinc y cianuro, revisión de mangueras de para evitar taponamientos de las perforaciones por donde corría la solución cianural, revisión de los conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento, apoyo en la colocación de abrazaderas y flejes para acoplar tuberías, entre otros.

- 1.1.2. El día 7 de mayo de 2003, el Sr. Serrano sufrió un accidente en las instalaciones del centro de trabajo, al levantar un depósito de reactivo cinc que le impedía realizar sus labores.
- 1.1.3. Tras ello, el 8 de mayo de 2003, el demandante comunicó a Yanacocha que presentaba molestias físicas, las cuales aparentemente derivaban del accidente ocurrido el día anterior. Ese mismo día, el Sr. Serrano fue llevado y atendido en el Centro Médico – Km 37 del campamento minero.

Con fecha 9 de septiembre de 2003, el demandante fue sometido a una intervención quirúrgica debido a una hernia interdiscal.

- 1.1.4. El día 20 octubre de 2004, Yanacocha y el Sr. Serrano acordaron la reubicación del demandante en un nuevo puesto que implicara una menor exigencia física. Es así que el demandante fue asignado al área de lixiviación, en la cual sus funciones consistieron en brindar apoyo administrativo, recolectar muestras de descargas Pad YN en envases de medio litro, brindar apoyo en control de calidad, realizar lectura de flujómetros, corregir conectores desacoplados, revisar mangueras para verificar taponamientos, entre otros.

Pese a la menor exigencia física que implicaba para el Sr. Serrano el cambio de puesto (lo que incluía el cambio de funciones), este indicó que tampoco podía permanecer en el nuevo cargo, pues las nuevas labores que realizaba también eran incompatibles con la lesión que padecía.

- 1.1.5. Como consecuencia de lo sucedido, Yanacocha solicitó a EsSalud que emita un dictamen médico sobre el estado de salud del Sr. Serrano, con la finalidad de conocer con certeza su verdadero estado de salud y conocer las limitaciones que podría tener para realizar ciertas tareas.

Fue así que el día 5 de agosto de 2005 la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca emitió el Dictamen Médico N° 13-2005, en el cual se determinó que el demandante padecía de una incapacidad parcial permanente como consecuencia de una hernia discal que le impedía realizar esfuerzos físicos que pudieran agravar su enfermedad.

En atención al referido dictamen médico, Yanacocha concluyó que el Sr. Serrano no podía realizar las funciones correspondientes al cargo Operador II de Planta en el área de Operaciones Procesos, ni las que le fueron asignadas posteriormente.

- 1.1.6. Con fecha 25 de agosto de 2005, Yanacocha remitió una carta notarial al demandante, imputándole la causa de despido por incapacidad prevista en el inciso a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LPCL”), consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas.

Asimismo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 31° de la LPCL, Yanacocha le concedió al Sr. Serrano un plazo de 30 días naturales para que demuestre su capacidad y formule por escrito sus descargos.

- 1.1.7. El día 20 de setiembre de 2005, el Sr. Serrano respondió notarialmente la comunicación de Yanacocha, cuestionando la validez del dictamen médico emitido por EsSalud e indicando que no fue sometido a evaluaciones, sino que solo se basaron en los resultados de su operación.

Asimismo, el Sr. Serrano indicó que su capacidad no era incompatible con el desempeño de sus labores, pues en el dictamen médico se consignó que tenía capacidad para realizar cualquier otra actividad que no demande esfuerzo físico que pueda agravar la enfermedad.

- 1.1.8. Mediante carta notarial de fecha 26 de setiembre de 2005, Yanacocha materializó el despido del Sr. Serrano, indicando que no desvirtuó la imputación referida al detrimento de su facultad física y la ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas, con lo cual no demostró contar con la capacidad física suficiente para cumplir con las labores para las que fue contratado.

1.2. Hechos ocurridos previos a la interposición de la demanda:

- 1.2.1. Con fecha 28 de setiembre de 2005, la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca emitió un nuevo Dictamen Médico N° 20-2005 a solicitud del Sr. Serrano (complementario al dictamen médico N° 13-2005), en el cual se precisó que el grado de menoscabo que padecía el Sr. Serrano ascendía a 30%.
- 1.2.2. Con fecha 23 de noviembre de 2005, la Clínica Limatambo emitió el Informe Médico TRAU-CLMTB-NOV-05, en el cual diagnosticó al Sr. Serrano con lumbalgia crónica y secuela post operatoria de hernia lumbar.

1.3. Posiciones de las partes:

1.3.1. Fundamentos del demandante:

Con fecha 6 de diciembre de 2005, el Sr. Serrano interpuso demanda de amparo contra Yanacocha por la supuesta comisión de un despido nulo, con la finalidad de que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 26 de setiembre de 2005, alegando la vulneración a su derecho a la estabilidad laboral.

El Sr. Serrano resaltó que su enfermedad era de origen ocupacional, situación que se encontraba acreditada en el Informe TRAU-CLMTB-NOV-05, emitido por la Clínica Limatambo.

Del mismo modo, el demandante agregó que no podía ser despedido, pues el artículo 18.2.4. del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, referente a la invalidez parcial permanente inferior al 50% de menoscabo, establece que los empleadores quedan prohibidos de prescindir de los servicios del trabajador basándose en su condición de invalidez. Por tal motivo, el Sr. Serrano consideró que la imputación del detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas devino en un acto abusivo de Yanacocha.

El demandante agregó que en el Dictamen Médico N° 20-2005 se indicó que padecía de un menoscabo de 30% como consecuencia de las enfermedades que padecía, con lo cual no se podía considerar su incapacidad como parcial permanente, puesto que ella solo se configura cuando existe al menos un 33% de menoscabo en el rendimiento normal para el desarrollo de la profesión.

Finalmente, el demandante recalcó que la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca señaló que si bien no podía trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar su enfermedad, sí se encontraba en capacidad de realizar cualquier otro trabajo.

Por los argumentos antes mencionados, el demandante solicitó que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 26 de setiembre de 2005.

1.3.2. Fundamentos de la parte demandada:

1.3.2.1. Contestación de demanda:

Con fecha 27 de diciembre de 2005, Yanacocha contestó la demanda, en primer lugar, señalando que el proceso de amparo no era la vía idónea para resolver la controversia, pues si el Sr. Serrano consideró que no debió aplicarse el inciso a) del artículo 23° de la LPCL como causal para extinguir el vínculo laboral, estaría considerando que su despido fue arbitrario, cuyo trámite no procede en un proceso de amparo.

Asimismo, Yanacocha agregó que el despido obedeció a la causal consistente en el detrimento de la facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las labores. Por ello, acreditar la existencia de dicha causal requeriría una estadía probatoria inexistente en el proceso de amparo.

Con respecto al fondo de la controversia, Yanacocha indicó que la enfermedad que padecía el demandante era de origen común, situación que se acreditaba con el Dictamen Médico Dictamen Médico N° 13-2005 emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca, en el cual se indicó que su incapacidad le otorgaba subsidios por el régimen de salud y no por el régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

De igual modo, Yanacocha argumentó que el cese del Sr. Serrano derivó de una causal legítima de despido, pues no despidió al demandante por su condición de invalidez, sino por la existencia de una incapacidad física para desempeñar sus labores de Operador de Planta y las posteriores que se le asignaron. En tal sentido, a consideración de Yanacocha, resultó válida la imputación del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, la misma que culminó en la extinción del vínculo laboral, luego de respetarse el procedimiento de despido regulado en el artículo 31° de la LPCL.

Yanacocha señaló que en el Dictamen Médico N° 13-2005, la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca concluyó que el Sr. Serrano sufría de una incapacidad parcial permanente que le impedía realizar trabajos que demandaran esfuerzos físicos. Así, a consideración de Yanacocha, como el demandante sufría de una hernia de disco en la región lumbar que le impedía realizar esfuerzos físicos moderados, no se encontraba en condiciones de ejecutar funciones de Operador de Planta ni las posteriores que le fueron asignadas.

Asimismo, Yanacocha señaló que las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo pretenden brindar protección ante accidentes de trabajo o enfermedades ocupacional, situaciones que no

aplicaban en el caso del Sr. Serrano, pues el cese no tenía relación con su invalidez, sino con su incapacidad para realizar las labores en la empresa.

En ese sentido, la demandada señaló que aplicó correctamente el inciso a) del artículo 23° de la LPCL, toda vez que no existía conflicto normativo con las disposiciones contenidas en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Si bien en las referidas normas técnicas se indica que se encuentra prohibido prescindir de los servicios de un trabajador basándose en su condición de invalidez (parcial permanente inferior al 50%, pero mayor o igual al 20% de menoscabo), las normas no regulan el supuesto de que la condición física del trabajador resulte determinante para el cumplimiento de sus funciones, el cual sí está previsto en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL.

1.3.2.2. Escrito adicional presentado por la demandada:

Yanacocha indicó que fue Essalud la entidad que determinó el detrimento e ineptitud sobreviniente para el desempeño de las tareas del demandante. Dicha entidad era el órgano competente para pronunciarse sobre tal hecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Tras ello, la demandada argumentó que no existía obligación legal para reubicar al Sr. Serrano en un puesto en el cual desempeñe labores compatibles con su estado de salud. En esta línea, señaló que una empresa contrata a un trabajador para que desempeñe determinadas tareas y si, posteriormente, este sufre de un detrimento en su salud física que implique una ineptitud sobreviniente y determinante para el desempeño de las mismas, resulta evidente que habría incurrido en una causal válida de despido.

Por último, la demandada alegó que el Sr. Serrano no acreditó que sufría de una enfermedad ocupacional, así como tampoco existen indicios de ello, pues el demandante no recibió atenciones médicas bajo el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en adelante, SCTR) ni inició algún reclamo respecto a la póliza del SCTR contratada por Yanacocha.

1.4. Pronunciamientos judiciales y pronunciamientos del TC:

1.4.1. Decisión del órgano jurisdiccional de primera instancia:

Mediante la Resolución N° 15, notificada el 5 de junio de 2006, el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca (en adelante, "el Juzgado") declaró fundada la demanda y ordenó la reposición del Sr. Serrano en un puesto de mismo nivel y de acuerdo a su incapacidad.

Para el Juzgado, la causal de despido a la que hace referencia el literal a) del artículo 23° de la LPCL no podía ser interpretada de manera literal ni de forma aislada. El Juzgado indicó que la interpretación de dicho artículo debía realizarse de manera armoniosa con la Constitución y la Ley, pues lo contrario

implicaría un resquebrajamiento de los derechos del trabajador. Así, la interpretación debió realizarse de forma sistemática con el inciso 18.2.4. del artículo 18° de las Normas Técnicas del SCTR y aplicando el principio *in dubio pro operario*.

A criterio del Juzgado, la sola voluntad de despedir a un trabajador cuando este sufra una invalidez parcial permanente menor al 50% sería arbitraria e inconstitucional, toda vez que el Estado tiene el deber de otorgar una protección especial a la persona y trabajador que sufra invalidez. Tras ello, el Juzgado señaló que el porcentaje superior al 20% de invalidez parcial permanente no dará origen a un despido, sino que, con ello, deberían concederse las prestaciones por incapacidad parcial permanente.

En ese mismo sentido, el Juzgado determinó que cuando se aplique la incapacidad sobreviniente como causal de despido, la incapacidad no deberá derivar de las funciones que el trabajador desempeñó durante la relación laboral. Aceptar lo contrario sería dejar en desamparo al trabajador que dedicó su esfuerzo y su capacidad al empleador, incluso poniendo en riesgo su propia integridad física.

El Juzgado resaltó que en el Dictamen Médico emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II Essalud de Cajamarca se indicó que el demandante *“no puede realizar ninguna labor en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar su enfermedad, pero que está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo”*.

Finalmente, el Juzgado destacó que en el Informe Médico TRAU-CLMTB-NOV-05, emitido por la Clínica Limatambo, se señaló que la enfermedad contraída por el Sr. Serrano se originó tras levantar peso excesivo, concluyendo que fue adquirida al realizar sus labores en Yanacocha y, por tanto, era de origen ocupacional.

1.4.2. Apelación de sentencia de primera instancia:

Con fecha 8 de junio de 2006, Yanacocha interpuso recurso de apelación.

En ella, la demandada manifestó que la sentencia contravino el numeral 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional e inaplicó el criterio vinculante dictado por el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), recaído en el Expediente N° 206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores), pues declaró procedente la demanda pese a que existía una vía específica igualmente satisfactoria para reclamar el supuesto derecho afectado.

Asimismo, Yanacocha señaló que la sentencia de primera instancia también contravino el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 976-2001-PA/TC (Caso Llanos Huasco), debido a que los hechos alegados no se enmarcaban en ninguna de las 3 clases de despido que podían tramitarse en el proceso de amparo. A consideración de la demandada, el despido del Sr.

Serrano no puede considerarse como despido nulo, toda vez que este se configura cuando el despido de la persona con discapacidad se basa en motivos de discriminación, pero en este caso el despido obedeció a la causa justa de despido tipificada en el literal a) del artículo 23° de la LPCL. Yanacocha añadió que el demandante no había alegado ni demostrado la supuesta existencia de actos discriminatorios en su despido.

Adicionalmente, Yanacocha reiteró que la demanda debió ser declarada improcedente, debido a que la causa justa de despido invocada, que era materia controvertida en el proceso, no se podía discutir en el proceso de amparo por carecer de etapa probatoria.

En esta línea, la demandada también señaló que el Juzgado incurrió en error al determinar que el despido del Sr. Serrano se basó en su condición de invalidez, pues el hecho que motivó el cese fue la configuración de la causal válida de despido consistente en el detrimento e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus funciones, la cual fue determinada oficialmente por EsSalud.

En adición a lo señalado, la demandada resaltó que no se había acreditado de forma fehaciente en el proceso que la enfermedad padecida por el demandante sea de origen ocupacional. Al respecto, indicó que el actor fundamentó su afirmación con el Informe Médico emitido por la Clínica Limatambo, la misma que no constituye un organismo de salud con competencia para determinar el origen o la naturaleza de alguna enfermedad.

Sobre este último punto, Yanacocha aportó como medios probatorios las Cartas N° 001 y N° 002-RA-HH-CMIT-ESSALUD-CAJAMARCA-2006, emitidas por la Presidenta del Comité de Incapacidad para el Trabajo del Seguro Social de Salud, Rubby Mostacero Chavarri, en las cuales informó a la demandada que el Dictamen Médico presentado por el Sr. Serrano no acreditó la existencia de alguna enfermedad ocupacional, ya que EsSalud solo realiza evaluaciones de esta naturaleza con pacientes que tengan contratada dicha cobertura con ellos, lo que no ocurre con Yanacocha, que contrató tal cobertura con EPS Pacífico Vida. En dichas comunicaciones también se informó que si bien el porcentaje de menoscabo no aparece en Dictámenes Médicos como los que obraban en autos, fue a solicitud del demandante que se consignó el porcentaje de menoscabo a la salud.

Yanacocha agregó que no existía incompatibilidad entre los artículos aplicados de la LPCL y las Normas Técnicas del SCTR, pues esta última norma no se pone en el supuesto de que el detrimento en la condición física resulte determinante en el desempeño de las tareas, el cual sí se encuentra regulado en la LPCL. Señaló además que, si existiese algún conflicto normativo, el artículo 138° de la Constitución obliga a los jueces a aplicar la norma legal frente a otra de rango inferior.

Finalmente, la demandada expresó que la decisión del Juzgado vulnera el principio de congruencia procesal, pues el demandante no incluyó en su petitorio la reposición en el empleo y menos la reubicación en otro puesto.

1.4.3. Decisión del órgano jurisdiccional de segunda instancia:

Con fecha 12 de setiembre de 2006, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca (en adelante, "la Sala"), notificó la Resolución N° 23 que contenía sentencia de vista, mediante la cual revocó la sentencia contenida en la Resolución N° 15 y, la reformó, declarando improcedente la demanda.

La Sala declaró la improcedencia de la demanda, en atención a lo señalado en la jurisprudencia recaída en el Expediente N° 206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores) y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, donde se determinó que casos como el demandando no proceden porque existe una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados.

Asimismo, la Sala precisó que el hecho de que el demandante no haya podido acreditar su capacidad para el trabajo para el cual fue contratado, dentro de los 30 días calendario que le otorgó Yanacocha, haría presumir que se configuró un despido arbitrario, lo que debía analizarse en un proceso que cuente con suficiente actuación probatoria.

Finalmente, la Sala agregó también que debía evaluarse si era obligación de Yanacocha reincorporar al demandante y si correspondía otorgarle otras funciones, en caso de que la demandada cuente con otras áreas de trabajo que impliquen menor esfuerzo.

1.4.4. Recurso de agravio constitucional interpuesto por el demandante:

El demandante presentó recurso de agravio constitucional contra la Resolución N° 23, la cual contiene la sentencia de vista, señalando que se incurrió en un error de apreciación jurídica sobre los hechos y el material probatorio que obran en el proceso.

En virtud de ello, la Sala, en amparo del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, concedió el recurso de agravio constitucional.

1.4.5. Alegatos de la parte demandada:

Yanacocha presentó sus alegatos ante el TC señalando que debía declararse la improcedencia de la demanda, porque existía una vía ordinaria igualmente satisfactoria.

En esa línea, la demandada añadió que los hechos alegados en la demanda no calificaban en ninguna de las 3 clases de despido tramitables en un proceso

de amparo y que la discusión sobre la causa justa de despido no podía realizarse en la vía de amparo porque esta carece de etapa probatoria.

Asimismo, indicó que el despido se originó en una causa justa expresamente regulada en la LPCL y que cumplió con todas las formalidades previstas por ley.

1.4.6. Sentencia del TC:

Con fecha 16 de enero de 2007, la Primera Sala del TC, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez, declaró fundada la demanda, ordenando que Yanacocha reponga al Sr. Serrano en un cargo de similar categoría al que venía desempeñando, pero que demande un menor esfuerzo físico.

El TC consideró que la controversia consistía en determinar si el actor fue despedido por causa justa prevista en la LPCL o si fue objeto de un despido nulo por razones de discriminación por su discapacidad.

Al respecto, el TC sentenció en los siguientes términos:

- (i) El despido nulo se produce, entre otros supuestos, cuando el trabajador es cesado por motivos de discriminación derivados de su condición de discapacitado. En el artículo 31.2 de la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, se regula que nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad y que será nulo todo acto que, basado en motivos de discriminatorios, afecte la permanencia en el empleo de las personas con discapacidad.
- (ii) En los dictámenes médicos emitidos por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca, de fecha 5 de agosto y 28 de setiembre de 2005, se concluyó que el Sr. Serrano padecía de una incapacidad parcial y permanente, con un menoscabo de 30%. Agrega que, según lo señalado en el Informe Médico expedido por la Clínica Limatambo, la incapacidad fue consecuencia de una enfermedad de origen profesional.
- (iii) De la carta de preaviso de fecha 24 de agosto de 2005 y de la carta de despido de fecha 26 de setiembre de 2005, se desprende que la causa justa de despido imputada al Sr. Serrano no se encontraba relacionada directamente con el detrimento de su capacidad laboral, sino que tuvo como fundamento la condición de persona con discapacidad, ya que en ninguno de los documentos mencionados se señaló en qué consistía el detrimento de la capacidad laboral.

Por las consideraciones indicadas, el TC advirtió que no se probó la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el demandante, con lo

cual concluyó que el Sr. Serrano fue despedido por razones de discriminación por su condición de discapacitado.

Añadió que debía tenerse presente el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, según el cual el demandante no podía ser despedido si padecía de una invalidez parcial permanente con un menoscabo mayor o igual al 20% e inferior al 50%. Por tal motivo, si Yanacocha consideró que el Sr. Serrano no se encontraba capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debía reponerlo y reubicarlo en un puesto de trabajo de igual categoría que demande un menor esfuerzo físico.

1.5. Hechos ocurridos durante la ejecución de sentencia:

Con fechas 19 y 20 de diciembre de 2007, Yanacocha y el demandante se reunieron para hacer efectiva la reposición. En dichas reuniones, la demandada comunicó al Sr. Serrano que no contaba con un puesto de trabajo que contará con las características indicadas en la sentencia del TC y que si bien se efectuaría la reposición, mientras buscaban un puesto idóneo, el demandante no podría reincorporarse a las instalaciones de Yanacocha.

Al respecto, el Sr. Serrano manifestó su negativa de firmar el acta de reposición, hecho que fue comunicado al Juzgado el día 20 de diciembre de 2007, con la finalidad de que, a pesar de la negativa del Sr. Serrano, se tenga por repuesto al demandante desde dicha fecha.

Tras ello, el demandante presentó un escrito al Juzgado señalando que Yanacocha se negaba a realizar la reposición y que pretendía aparentarla con una licencia con goce de haber a tiempo indefinido. Añadió que la demandada pretendía condicionar la reposición al sometimiento de exámenes médicos.

Mediante Resolución N° 35, de fecha 27 de diciembre de 2007, el Juzgado ordenó a Yanacocha cumplir con lo ordenado en la sentencia del TC y la sancionó con una multa de 10 Unidades de Referencia Procesal.

Con fecha 8 de enero de 2008, Yanacocha apeló la Resolución N° 35, señalando que no debía confundirse la prestación efectiva de labores con la reposición en el empleo, pues esta última implicaba el restablecimiento del vínculo laboral y la restitución de obligaciones para cada una de las partes de la obligación jurídica, pero no necesariamente significaba la inmediata prestación de servicios. En atención a ello, la demandada solicitó que se tenga como fecha de reposición el 20 de diciembre de 2007, fecha desde la cual el Sr. Serrano se encontraba obligado a respetar los procedimientos y deberes al igual que todos los trabajadores de Yanacocha.

Yanacocha agregó que, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM, el demandante tenía la obligación de someterse a un examen médico

preocupacional para que pueda ingresar a los yacimientos mineros de Yanacocha y prestar servicios de manera efectiva.

Con fecha 22 de enero de 2008, el demandante se reincorporó a las instalaciones de Yanacocha ocupando el cargo Operador de Procesos de Planta de Tratamiento de Agua en la Planta de Procesos Yanacocha Norte.

Mediante Resolución N° 38, de fecha 23 de enero de 2008, la Sala indicó que la fecha de reposición del demandante fue el 20 de diciembre de 2007 y dejó sin efecto la multa de 10 Unidades de Referencia Procesal en contra de Yanacocha.

Posteriormente, con fecha 23 de marzo de 2009 Yanacocha emitió Memorando mediante el cual asignó un nuevo puesto al Sr. Serrano, en el cargo de Operador de Procesos II PAD de Lixiviación de la Zona Este – Pampa Larga.

Mediante carta notarial de fecha 21 de abril de 2009, el demandante solicitó a Yanacocha ser reubicado a un nuevo puesto de trabajo que implique un menor esfuerzo físico, conforme a lo dispuesto en la sentencia del TC.

Con fecha 8 de mayo de 2009, la demandada respondió la comunicación del Sr. Serrano, también mediante conducto notarial, indicando que las funciones que desempeñaba en el cargo de Operador de Procesos II PAD de Lixiviación de la Zona Este – Pampa Larga no resultaban contrarias a lo dispuesto por el TC, toda vez que no implicaban riesgo para su salud. La demandada respaldó su afirmación con un Informe Médico emitido por la Jefatura de Salud Ocupacional de la Clínica Internacional, el cual se basó en una evaluación *in situ* de las funciones que realizaba el Sr. Serrano, misma que se llevó a cabo el 5 de mayo de 2009 y que contenía recomendaciones para evitar riesgos posturales al realizar las labores.

Con fecha 11 de mayo de 2009, el Sr. Serrano envió una nueva carta notarial a Yanacocha, en la cual manifestó su disconformidad con el pronunciamiento emitido por la Clínica Internacional, alegando que no se le comunicó sobre la evaluación a las funciones que desempeñaba su puesto de trabajo y que no pudo realizar una participación activa en la misma. Asimismo, el Sr. Serrano reiteró su solicitud de ser reubicado a un puesto de trabajo que demande menor esfuerzo físico.

1.5.1. Decisión del Órgano Jurisdiccional de Primera Instancia y Segunda Instancia sobre la Represión de Actos Homogéneos:

Con fecha 31 de agosto de 2009, el Sr. Serrano solicitó judicialmente ser reubicado en un cargo que demande menor esfuerzo físico, conforme a lo dispuesto en la sentencia del TC. A la fecha de presentación de esta solicitud el Sr. Serrano ocupaba el cargo de Operador de Procesos II PAD de Lixiviación de la Zona Este – Pampa Larga.

Con fecha 2 de octubre de 2009, Yanacocha presentó un escrito al Juzgado indicando que la empresa dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del TC el 20 de diciembre de 2007 y que el proceso se encontraba concluido. Añadió que, si bien posteriormente a la conclusión del proceso, modificó el cargo o las funciones del Sr. Serrano, ello era una manifestación del poder de dirección con el que cuenta todo empleador. Finalizó alegando que, si el demandante no se encontraba de acuerdo con la modificación, ello no podía ser materia del proceso, porque significaría incorporar una nueva pretensión a un proceso que se encontraba concluido.

Con fecha 16 de noviembre de 2009, Yanacocha fue notificada con la Resolución N° 54, mediante la cual el Juzgado señaló que se estaba cumpliendo los presupuestos para solicitar la represión de actos homogéneos consistentes en la existencia de una sentencia ejecutoria a favor del demandante en un proceso constitucional y el cumplimiento de lo ordenado en dicha condena. El Juzgado agregó que el empleador puede variar las condiciones laborales del trabajador en aplicación del poder de dirección, pero que no puede ejercerse extralimitando lo ordenado por el TC. Asimismo, el Juzgado indicó que no correspondía valorar el Informe Médico emitido por la Clínica Internacional, pues únicamente analizó la historia médica que se encontraba en los archivos de la empresa.

Por lo expuesto, el Juzgado calificó como sustancialmente homogéneo el acto lesivo consistente en la rotación al puesto de Operador de Procesos II PAD de Lixiviación de la Zona Este – Pampa Larga y ordenó a Yanacocha reubicar al Sr. Serrano en un puesto de menor esfuerzo físico.

Con fecha 7 de diciembre de 2009, Yanacocha cumplió con reubicar al Sr. Serrano en el puesto de Operador de Procesos II PAD de Carachuco. Sin embargo, el demandante cuestionó la reubicación e indicó que las funciones del nuevo puesto asignado eran las mismas que desempeñaba en el cargo anterior.

Con fecha 3 de mayo de 2010, Yanacocha fue notificada con la Resolución N° 65, mediante la cual el Juzgado emitió pronunciamiento sobre el cuestionamiento realizado por el Sr. Serrano y señaló que las actividades que desarrollaba en el cargo de Operador de Procesos II PAD de Carachuco eran distintas a las que tuvo en el cargo de Operador de Procesos II PAD de Lixiviación de la Zona Este – Pampa Larga. El Juzgado arribó a dicha conclusión con la constatación realizada por el Secretario Judicial, el cual, mediante acta de fecha 26 de enero de 2010, indicó que el nuevo puesto de trabajo no acarreaba mayor esfuerzo. El Juzgado precisó que no podía ordenar a la demandada que asigne un puesto de trabajo específico al Sr. Serrano, pues ello supondría vulnerar el poder de dirección del empleador.

En atención a lo indicado, el Juzgado estimó que Yanacocha dio cabal cumplimiento al mandato judicial contenido en la Resolución N° 54.

Sin embargo, el demandante no se encontró conforme con la decisión del Juzgado contenida en la Resolución N° 65 y presentó una apelación contra dicho pronunciamiento.

Mediante Resolución N° 9, de fecha 21 de mayo de 2010, la Sala declaró improcedente la solicitud del Sr. Serrano, argumentando que no se configuró un hecho sustancialmente homogéneo entre lo indicado por el TC y lo acontecido en la ejecución de sentencia, pues el despido vulneratorio de derechos no tenía relación con la rotación en el puesto de trabajo.

1.5.2. Decisión del TC con relación al acto sustancialmente homogéneo:

Con fecha 16 de junio de 2010, el demandante interpuso recurso de agravio constitucional alegando la existencia de un acto sustancialmente homogéneo entre lo ocurrido durante la ejecución de la sentencia y lo ordenado por el TC. Señaló que, en el cargo que venía ocupando, realizaba un esfuerzo físico que generaba un detrimento en su salud y, por tal motivo, solicitó ser reubicado en un puesto de trabajo idóneo, en el cual no se ponga en peligro su integridad física.

Por su parte, Yanacocha indicó que no existía un acto sustancialmente homogéneo, pues el demandante no fue despedido, sino que fue reubicado en un nuevo puesto de trabajo. A ello agregó que, de acuerdo al Informe Médico elaborado por la Jefatura de Salud Ocupacional de la Clínica Internacional, las tareas que realizaba no resultaban incompatibles con la dolencia que presentaba.

Con fecha 6 de diciembre de 2011, Yanacocha fue notificada con la Resolución del TC, en la cual, declaró improcedente el recurso de agravio constitucional, señalando que la rotación cuestionada no era sustancialmente homogénea al acto lesivo que fue reparado por la sentencia del TC, toda vez que el Sr. Serrano fue asignado a un nuevo puesto de trabajo y no fue objeto de despido por discriminación por discapacidad.

Cabe precisar que los Magistrados Eto Cruz y Calle Hayen emitieron un Voto Singular sobre el recurso de agravio constitucional, en el cual argumentaron por qué consideraban que debió declararse fundada la pretensión del Sr. Serrano. Ambos Magistrados señalaron que el acto lesivo que realizó Yanacocha consistió en el despido discriminatorio basado en la discapacidad del demandante y las labores que le fueron encomendadas, las mismas que ocasionaron la enfermedad profesional. Añadieron que, si el acto lesivo hubiera consistido únicamente en el despido discriminatorio, no se habría ordenado la reubicación del puesto de trabajo. Finalmente, precisaron que, si bien las funciones que debían desempeñarse en el nuevo cargo implicaban un menor esfuerzo para el demandante, su estado de salud resultaba incompatible con tales labores.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

A continuación, se señalarán los principales problemas jurídicos que encontramos en la resolución del presente caso, tanto a nivel de cuestiones procesales como materiales:

- Primer problema principal: Determinar de qué modo opera el detrimento sobreviniente y determinante de las capacidades físicas en la relación laboral.
 - Problemas secundarios del primer problema principal:
 - Determinar si la empresa tenía la obligación de reubicar en un nuevo puesto de trabajo al demandante o si se encontraba facultada para cesarlo.
 - Determinar si, con la modificación legislativa sobre el detrimento sobreviniente y determinante de las capacidades físicas, los empleadores deberían proceder de manera distinta.
 - Determinar la relevancia, a efectos la aplicación del artículo 23° de la LPCL, del origen del detrimento sobreviniente y determinante de las capacidades físicas.
- Segundo problema principal: Determinar la procedencia o improcedencia del amparo laboral.
 - Problemas secundarios del segundo problema principal:
 - Determinar si existió una afectación al contenido constitucional de un derecho.
 - Determinar si el proceso constitucional de amparo fue la vía correcta para satisfacer la pretensión del demandante o, por el contrario, la controversia debió dilucidarse en la vía ordinaria laboral.
 - Determinar cómo se resolvería el caso en la actualidad con la aplicación de los elementos para identificar una vía procedimental igualmente satisfactoria contenidos en el precedente Elgo Ríos.
- Tercer problema principal: Determinar la configuración del despido nulo.
 - Problemas secundarios del tercer problema principal:
 - Determinar si el procedimiento de despido se realizó conforme a ley o si se lesionó algún derecho constitucional comprendido en el artículo 29° de la LPCL.
 - Determinar si un conflicto normativo entre la LPCL y las Normas Técnicas del SCTR.

- Determinar si en el caso concreto el demandante fue cesado por causa justa, despido arbitrario o despido nulo.
- Cuarto problema principal: Determinar si resulta aplicable la represión de actos homogéneos en el presente caso.
 - Problemas secundarios del cuarto problema principal:
 - Determinar en qué consistió el acto lesivo realizado por Yanacocha.
 - Determinar si la reubicación debió ser objeto de análisis en la solicitud de represión de actos homogéneos o si el supuesto acto lesivo debió ventilarse en un nuevo proceso.

III. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Determinar de qué modo opera el detrimento sobreviniente y determinante de las capacidades físicas en la relación laboral

Conforme expusimos en los hechos relevantes del informe, luego del accidente, el demandante fue reubicado en un nuevo puesto de trabajo, con funciones que implicaran una menor exigencia física. Pese a ello, el Sr. Serrano indicó que no podía continuar en el nuevo cargo, debido a que las funciones que realizaba eran incompatibles con su condición física.

Yanacocha solicitó a EsSalud que emita un Dictamen Médico sobre el demandante. Dicho dictamen fue expedido el 5 de agosto de 2005 y en él se concluyó que el paciente no podía trabajar en áreas que demandaban esfuerzo físico que agravara su enfermedad, pero que estaba en capacidad de realizar cualquier otro trabajo”.

Tras ello, la demandada inició el procedimiento de despido fundamentado en la causal de detrimento de la facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas, el mismo que concluyó con el cese del Sr. Serrano el 26 de setiembre de 2005.

En atención a los hechos detallados, en este apartado pretendemos determinar si, tras quedar esclarecido que Yanacocha no tenía responsabilidad sobre las consecuencias que derivaran del accidente de trabajo, esta se encontraba facultada para cesar al demandante mediante un despido por capacidad o si se encontraba obligada a reubicarlo en un cargo con funciones distintas a las que fue contratado, quedando imposibilitado de dar por concluido el vínculo laboral aplicando la causal comentada.

Precisamos, también, que en consideración a las modificaciones legislativas que han ocurrido luego de haberse resuelto el proceso, realizaremos el análisis con la legislación vigente durante el procedimiento de cese y con la que se encuentra vigente en la actualidad.

3.1.1. Comentarios sobre los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo en materia de la reubicación de trabajadores de las personas con discapacidad

Antes de ingresar a la discusión sobre la reubicación, resulta necesario, a modo de preámbulo, comentar algunos instrumentos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "la OIT") relacionados con el tema materia de análisis en este problema jurídico:

- Recomendación N° 99 – Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales inválidos, 1955.
- Convenio N° 159, Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983.
- Recomendación N° 168 – Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983.

El Convenio N° 159 fue ratificado en nuestro país el 29 de mayo de 1986, mediante la Resolución Legislativa N° 24509. En la misma resolución se ratificó la Recomendación N° 168, pese a que dicho instrumento no requería tal formalidad, pues, a diferencia de los convenios, no tiene naturaleza normativa.

En tal sentido, en nuestro país, la Recomendación 99 y la Recomendación 168 poseen la misma naturaleza y pueden surtir sus efectos en igual medida, ya que los órganos competentes, de considerarlo pertinente, podrían ejecutar sus lineamientos a través del ordenamiento nacional o de otro mecanismo regulador.

Si bien los tres instrumentos internacionales mencionan en su título a la "readaptación profesional", ninguno de ellos ha definido dicho concepto de modo concreto; sin embargo, de la revisión de los mismos se advierte que existe la intención de hacerlo, conforme procedemos a detallar.

Por ejemplo, en la Recomendación 99 se definió "adaptación y readaptación" e "inválido" por separado.

- Adaptación y readaptación: aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios -especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva- para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado.
- Inválido: toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental.

Asimismo, tanto en el Convenio N° 159 como en la Recomendación N° 168, se consideró que la finalidad de la readaptación era “permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”.

Por su parte, en la Recomendación N° 168 se propusieron medidas para que los empleadores contribuyan en la readaptación del personal con discapacidad, conforme se consignó en el artículo 34° de tal instrumento:

“34. Siempre que sea posible y apropiado, los empleadores y los representantes de los trabajadores en la empresa deberían cooperar con los especialistas correspondientes en el estudio de las posibilidades de readaptación profesional y de traslado a otras tareas de las personas inválidas empleadas en la empresa, así como de proporcionar empleo a otras personas inválidas.”

Posteriormente, la propia OIT se encargó de esclarecer el artículo citado, indicando que tenía como finalidad invitar a los empleadores y representantes de los trabajadores a tomar las siguientes medidas:

(...) cooperar con los especialistas en la prestación de servicios a los discapacitados, en la readaptación profesional y traslado a otras tareas de las personas inválidas. Este contexto tiene la finalidad de sensibilizar a los trabajadores de la empresa en lo que respecta a la situación profesional de sus compañeros de trabajo discapacitados y la de los discapacitados que buscan empleo y de alentar a los empleadores a que participen en el proceso de readaptación profesional, por lo menos en lo que respecta a las personas discapacitadas que emplean (citado en Lengua 2015: 89).

Luego de lo indicado sobre los instrumentos internacionales, consideramos que dichos instrumentos no definen de forma concreta la “readaptación profesional”; sin embargo, de la revisión conjunta de los mismos podemos esbozar un concepto. Desde nuestro punto de vista, la “readaptación profesional” es un mecanismo de protección que tiene como finalidad que las personas con discapacidad puedan desarrollarse bajo los mismos parámetros que regulan a las personas sin discapacidad, evitando con ello actos de discriminación en su contra.

Cabe precisar que la OIT no pretendía “*estatuir propiamente un derecho laboral en el sentido más estricto del término, sino más bien a promover la adopción de políticas gubernamentales y decisiones empresariales que fomenten la conservación y la adaptación del trabajo a los trabajadores con capacidades disminuidas*” (Lengua 2015: 72).

En el presente caso no existía mandato para que la empresa procure la reubicación del demandante. En tal sentido, si bien, a la luz de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional, el Convenio N° 159 formaba parte del bloque constitucional, dicho instrumento no establecía obligaciones relacionadas a la

reubicación de puesto, sino estatúa pilares que tenían como finalidad el fomento de medidas para proteger a trabajadores con discapacidad, como la imposibilidad de despedir a un trabajador por motivos de discapacidad o la obligación de contratar a trabajadores con discapacidad para cumplir una determinada cuota.

Para concluir, corresponde indicar que la legislación vigente al momento de la ocurrencia de los hechos sí se encontraba en el marco de los parámetros promovidos por la OIT en el convenio y las recomendaciones antes señaladas. La diferencia con la legislación actual radica en que actualmente existe un mayor grado de protección, pues el despido es considerado como la última medida en los casos de deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas que impidan el desempeño de las funciones, toda vez que, previo a ello, las empresas tienen que realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o disponer la reubicación a uno nuevo.

3.1.2. Análisis del caso, de acuerdo a la legislación aplicable durante el desarrollo del proceso

El Sr. Serrano fue cesado de manera unilateral por Yanacocha el 26 de setiembre de 2005. La demandada fundamentó el despido en una causa justa relacionada con la capacidad del trabajador, consistente en “el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida para el desempeño de sus tareas” (redacción del inciso a) del artículo 23 de la LPCL cuando operó el cese del Sr. Serrano).

Dicho artículo fue modificado el 24 de diciembre de 2012 y su redacción quedó, desde tal fecha hasta la actualidad, de la siguiente manera: “las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”.

La LPCL antes de la modificatoria era clara. Para que el supuesto operara, solo bastaba que el trabajador haya adquirido, durante la relación laboral, deficiencias de tal magnitud que le impidieran “*desempeñar con “normalidad” la labores convenidas y ofrecer rendimiento ‘convencional’ en la prestación de sus servicios (...)*” (Lengua 2015: 159).

Así, cuando se realizó el cese del demandante, la norma no obligaba a las empresas a realizar, de forma previa al despido, ajustes razonables en el puesto de trabajo y reubicar al trabajador en un cargo que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros. Por lo tanto, si existía algún detrimento sobreviniente y determinante para el desempeño de las tareas, el empleador se encontraba facultado para despedir al trabajador que ostente dicho detrimento.

En efecto, la LPCL no requería que la empresa tome medidas previas al despido, así que cualquier discusión sobre el origen del detrimento determinante para el desempeño de las tareas resultaba irrelevante. No importaba si el detrimento tenía origen común u ocupacional, por responsabilidad atribuible a la empleadora o no, pues esta última se encontraba facultada a cesar a un trabajador por causa justa relacionada a la capacidad con la sola existencia del detrimento.

Por tal motivo, concluimos que Yanacocha no tenía la obligación de reubicar al demandante, pues, para poder efectuar el despido basado en la causal relacionada a la capacidad, bastaba con la existencia del detrimento físico determinante e ineptitud sobreviniente para el desempeño de las labores. Ahora bien, la discusión para determinar si la demandada realizó el cese de forma correcta y si el despido realmente se debió a una causa justa requiere de un análisis distinto, el cual abordaremos en el apartado 3.3. del presente informe.

Asimismo, durante el proceso se discutió si el demandante debió ser reubicado o no, en aplicación del artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR. Dicho análisis se realizará en el punto 3.3.2. del informe, por motivos que detallaremos en dicho apartado.

3.1.3. Análisis del caso, según la legislación vigente

En el presente apartado determinaremos, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, si correspondería reubicar al demandante en un puesto de trabajo distinto al que venía ocupando.

El artículo de la LPCL utilizado como causal de despido al Sr. Serrano fue modificado el 24 de diciembre de 2012 por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Tras dicha modificación, la redacción del inciso a) del artículo 23° quedó redactada de la siguiente manera:

“Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevinidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.”

La norma es clara al señalar que los empleadores deben tomar dos medidas previas al despido: los ajustes razonables y la reubicación. Así, el despido deberá ser entendido como la última decisión a adoptar.

En primer lugar, la norma indica que deben realizarse los ajustes razonables correspondientes ante las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o

sensoriales sobrevenidas. Lo relativo a los ajustes razonables para personas con discapacidad se encuentra desarrollado en el artículo 50° de la Ley General de la Persona con Discapacidad. Las principales disposiciones, a efectos de la resolución del caso en concreto, son las siguientes:

- La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo.
- Los ajustes razonables en el lugar de empleo comprenden:
 - La adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo.
 - La introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.
- Los empleadores están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que ello suponga una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Lo relativo a la carga desproporcionada o indebida que se indica en la Ley N° 29973 fue desarrollado en el artículo 19° de los “Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado” (en adelante, “los Lineamientos”), documento que fue aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 171-2019. En el artículo 19° de los Lineamientos se indicó que para determinar la existencia de la carga desproporcionada o indebida tenía que existir una afectación en el funcionamiento de la empresa que suponga:

- La paralización o alteración del ciclo productivo de forma que se ponga en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa.
- Un impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente.
- Falta de liquidez en la empresa que impide el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

En los Lineamientos también se estableció el procedimiento que debe seguirse para realizar los ajustes razonables en el lugar de trabajo; sin embargo, consideramos que no es necesario profundizar en tal tema, toda vez que ello implicaría desviarnos del eje central de nuestro análisis, el cual consiste en determinar si con la normativa vigente Yanacocha se encontraba obligado a reubicar al Sr. Serrano en un nuevo puesto de Trabajo.

Conforme lo indicado, las empresas tienen la obligación de implementar los ajustes razonables en el centro de labores, los mismos que deberán tener relación directa con la discapacidad que presente el sujeto afectado en el caso concreto y que deberán encontrarse en el marco de lo establecido en la Ley N° 29973.

Solo en el supuesto de que existiese una carga desproporcionada o indebida, las empresas se encontrarán eximidas de implementar los ajustes razonables. Esta reflexión toma importancia, porque, ante los casos de una carga desproporcionada o indebida, las empresas tendrán la obligación de reubicar a algún trabajador en un puesto de trabajo distinto al que venía ocupando y que debería implicar menor riesgo para la seguridad y salud del mismo. *“La norma no establece –como es lógico- que el nuevo puesto deba ser uno ‘carente de riesgo’, puesto que ello sería fantasioso en cualquier actividad productiva”* (Lengua 2015: 118). Adicionalmente, deberá tenerse en consideración que la reubicación en el puesto de trabajo no puede generar menoscabo ni en la categoría profesional ni en categoría remunerativa.

En la misma línea se encuentra lo dispuesto en el artículo 76° de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el cual se indica que, en los casos de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, el traslado a un nuevo puesto de trabajo deberá realizarse sin menoscabo de los derechos remunerativos y de categoría. Si bien esta norma se refiere a los casos en los que se atribuye a la empresa la responsabilidad de la disminución física o discapacidad, no existen motivos para no mantener la misma lógica para casos distintos a ese.

La reubicación del puesto de trabajo supone la continuación de contrato, pero con la modificación en el cargo del sujeto afectado, pues de lo contrario se haría imposible la permanencia de este último en el centro de labores. La modificación deviene de una novación objetiva del contrato sustentada en un mandato legal, pues es la norma la que establece la obligatoriedad de la reubicación; ello tiene sentido, toda vez que no podría atribuirse la responsabilidad al trabajador (quienes no buscan contraer deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales) o al empleador (quien no tiene en interés en generar deficiencias en los trabajadores).

En resumen, la única modificación que debe existir en el contrato de trabajo debe ser en lo referente al cargo y a las funciones que se desempeñará, la variación no tendrá por qué extenderse a la categoría profesional o remunerativa.

Asimismo, debe advertirse que, de acuerdo a la nueva redacción del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, *“el derecho de reubicación no constituye un derecho absoluto, dado que la ley prevé que este se practique en tanto exista vacante en la empresa”* (Lengua 2015: 233) y que dicha vacante no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros. Ello quiere decir que la

reposición está sujeta al cumplimiento de ambos requisitos y será ante la imposibilidad de cumplir alguno de estos que procederá el despido. Procedemos a detallar, desde nuestro punto de vista, qué debe entenderse por cada requisito.

- “Exista puesto vacante en la empresa”: El puesto vacante en el cual se pretenda reubicar al trabajador debe mantener la categoría profesional y la categoría remunerativa.

Si bien el universo de puestos vacantes se reducirá al considerar ambos elementos de forma conjunta, es necesario hacerlo, pues en caso contrario se podría afectar la dignidad del trabajador reubicado y la de otros trabajadores de la compañía.

Por ejemplo, situémonos en el caso de una compañía constructora que necesite reubicar a un ingeniero encargado de supervisar obras, que sufrió una lesión permanente que le imposibilita moverse durante periodos de largo tiempo y distancia. Sin embargo, la empresa no cuenta con puesto vacante de igual categoría profesional y solo se encuentra disponible el cargo de recepcionista de documentos en la ventanilla de mesa de partes.

Si la empresa decidiese reubicar al trabajador en mesa de partes, se estaría afectando su dignidad, al colocarlo en un puesto ajeno a aquel en el cual ha invertido tiempo y dinero para su formación profesional. Incluso, si se mantuviese la categoría remunerativa que ostentaba el trabajador en el cargo de ingeniero supervisor de obras, además de afectarse la dignidad del este, también se afectaría la dignidad de los otros trabajadores que ocupan el cargo de recepcionista de documentos, pues, dada la naturaleza de sus servicios, probablemente, no llegarán a tener la misma categoría remunerativa del primero.

- “El puesto vacante no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”: Además de las características detalladas con relación al puesto vacante, este no deberá implicar riesgos para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

Por ejemplo, un trabajador minero que labora en mina socavón o en mina a tajo abierto y ha contraído neumoconiosis debido al polvo sílice, en una magnitud que le imposibilite realizar sus funciones de manera adecuada, no podría ser reubicado en un puesto que, estando libre de exposición a dicho polvo, le demande trájín físico, pues ello implicaría un riesgo para su seguridad y salud, debido al menoscabo de su capacidad pulmonar.

De igual modo, y sin salir del caso propuesto, el trabajador que ha contraído neumoconiosis no podría ser reubicado en un puesto que requiera el manejo de maquinaria minera cuyo funcionamiento desconoce. El manejo de maquinaria minera requiere un personal capacitado para ello

y asignar tales funciones a un trabajador que no cumpla tal requisito implicaría un riesgo para la seguridad y salud de terceros.

En conclusión, con la normativa vigente, las empresas sí tienen la obligación de reubicar al trabajador en un nuevo cargo, antes de efectuar un cese amparado en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL, en tanto exista una vacante disponible en la empresa y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros. Sin embargo, debe advertirse que la reubicación es la segunda medida que deben tomar las empresas, pues inicialmente deberán implementar ajustes razonables en el centro de labores para que el sujeto incapacitado pueda desempeñarse a plenitud.

Así, podemos advertir que existen 3 fases, las mismas que deberán materializarse residualmente: (i) ajustes razonables; (ii) reubicación; y, de no prosperar ninguna de las anteriores, (iii) el despido.

Ahora bien, corresponde determinar si, con la legislación vigente, Yanacocha tendría que realizar ajustes razonables y/o trasladar al Sr. Serrano a un nuevo puesto de trabajo. Para ello, hemos considerado conveniente, a efectos de realizar un análisis integral del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, realizar dicha determinación poniéndonos en dos supuestos: que el origen de la deficiencia física del Sr. Serrano sea atribuible a Yanacocha y que el origen no sea atribuible a dicha empresa; con lo cual, primero tenemos que responder si la exoneración de responsabilidad tiene alguna implicancia sobre las medidas que debió tomar la demandada.

Al respecto, hay que advertir que en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL no se precisa si su aplicación tiene lugar en todos los casos que el trabajador lo requiera o solo cuando el empleador tenga responsabilidad sobre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. En tal sentido, corresponde realizar una interpretación de la norma para determinar qué sentido darle y por qué.

La teoría general de derecho propone los métodos para realizar un procedimiento de interpretación, *“en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente al qué quiere decir la norma jurídica”* (Marcial 2017: 237). Los métodos propuestos son los siguientes:

- **Literal**: Consiste en la aplicación de reglas lingüísticas para concluir cuál es el sentido de la norma en análisis. Sin embargo, cuando se presenten situaciones en las que existan términos en el contenido de la norma que tengan un significado en el ámbito jurídico y otro distinto en el uso común, deberá evaluarse hacia cuál de los dos está orientada.
- **Ratio legis**: Se trata del sentido lógico o la razón de ser de la norma. Este método no supone investigación alguna en el procedimiento de interpretación, sino que debe emanar del contenido mismo de la norma.

- Por comparación con otras normas: El procedimiento radica en analizar conceptos que son claros en el contenido de otras normas, en aras de concluir la finalidad de la norma que es objeto de del procedimiento metodológico de interpretación. Este método resultará aplicable cuando las normas en comparación cuenten con un *ratio legis* equivalente y cuando se rijan bajo los mismos principios.
- Por ubicación de la norma: Consiste en realizar un análisis mancomunado del grupo normativo al cual pertenece la norma, en aras de esclarecer la finalidad de esta por los elementos inherentes al conjunto en el que se encuentra contenida.
- Histórico: El procedimiento reside en analizar los antecedentes a la norma para concluir cuál es el sentido de la misma. Lo que se evalúa en este método es la voluntad del legislador, que deben encontrarse, entre otros, en el proyecto de Ley, los diarios de debates y las normas derogadas.
- Sociológico: Se basa en determinar la aplicación de la norma evaluando la realidad social del grupo en el cual será aplicada.

Debe tenerse en consideración que la aplicación de cada uno de los métodos de interpretación puede llevar a distintas conclusiones, sin que ninguna de estas seas más o menos válida que otra (Neves 2018: 154). Ante ello, el profesor Marcial Rubio considera que *"el buen intérprete es el que considera todos los métodos a emplear y elige como interpretación válida aquella en que confluyen todos o la mayoría de los métodos aplicados"* (2017: 253). Al respecto, consideramos que, en la interpretación de normas en materia laboral, el postulado del profesor Rubio no es del todo aplicable, pues, si bien deben utilizarse todos los métodos que correspondan en el procedimiento de interpretación, en el derecho del trabajo existe un principio denominado *in dubio pro operario*.

En palabras del profesor Javier Neves, *"el principio in dubio pro operario enuncia que si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador"* (2018: 155). Dicho principio ha sido reconocido en nuestra Constitución, pues en su artículo 26° se indica que en la relación laboral debe respetarse, entre otros principios, la interpretación favorable en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Antes de ingresar al ejercicio de interpretación, conviene determinar cómo se relaciona el *in dubio pro operario* con los métodos de interpretación propuestos por la teoría general de derecho. Al respecto, consideramos que el intérprete se encontrará en un caso de duda insalvable cuando la aplicación de referidos métodos arroje distintas conclusiones y, ante ello, deberá escoger aquella que sea más favorable para el trabajador.

Así, de la aplicación de los métodos de interpretación, consideramos que existen dos posibles interpretaciones del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, los cuales exponemos a continuación:

- Primera interpretación: En caso de que no exista responsabilidad de la empresa sobre la deficiencia sobrevenida del trabajador, tampoco existirá obligación para realizar ajustes razonables y/o trasladarlo a un nuevo puesto de trabajo. Esta interpretación es el resultado de las siguientes consideraciones:

La Ley N° 29783 tiene como finalidad promover una cultura de prevención de riesgos, contando para ello con el deber de prevención de los empleadores; así, podría considerarse que la intención de la norma es proteger únicamente a los supuestos en los cuales el empleador tenga responsabilidad sobre las consecuencias del accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Si se asumiese dicha lógica, en los casos en los cuales el supuesto que amerite el traslado se origine por causas no imputables a la empresa (pues escapó del alcance del deber de prevención), esta no tendría la obligación de realizar dicho traslado.

En este punto hemos interpretado la reubicación aplicando el método interpretativo “por ubicación de la norma”, relacionando la disposición contenida en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL con lo señalado en la Ley N° 29783, toda vez que ambas normas pertenecen a un mismo grupo normativo.

- Segunda interpretación: En caso exista una deficiencia sobrevenida de un trabajador, independientemente del origen y responsabilidad sobre esta, la empresa se encuentra obligada a realizar ajustes razonables y/o trasladarlo a un nuevo puesto de trabajo. Esta interpretación es el resultado de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, corresponde remitirnos a la literalidad de la norma, pues en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL no se realiza restricción alguna para su aplicación. La norma indica en términos generales “deficiencias sobrevenidas que impidan el desempeño de sus tareas” y no restringe su aplicación a ningún supuesto.

Asimismo, correspondería aplicar el método de interpretación “por comparación entre normas” entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL y la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, pues esta norma modificó la redacción del artículo analizado de la LPCL. Así, la razón de ser de la Ley N° 29973, y por tanto del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, es proteger, en condiciones de igualdad, los derechos de la persona con discapacidad, sin hacer distinción alguna en el origen de la misma.

Finalmente, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 7° de nuestra Constitución, el mismo que regula que la persona incapacitada tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Tras el desarrollo de las interpretaciones formuladas al inciso a) del artículo 23° la LPCL, nos encontramos frente a una duda insalvable sobre cuál de las dos opciones preferir. Es frente a aquella ocurrencia que toma lugar la aplicación del principio *in dubio pro operario*.

Entonces, ¿cuál de las dos posibles interpretaciones a las que hemos arribado corresponde aplicar: aquella que restringe la realización de ajustes razonables y la reubicación, o aquella que la permite para todos los casos de discapacidad?

Nuestra posición es que debemos acoger la segunda interpretación, aquella que permite a un trabajador obtener ajustes razonables o ser reubicado de puesto, sin la necesidad de realizar un examen previo sobre la responsabilidad de la empresa sobre deficiencia sobrevenida.

Frente a situaciones como la analizada, el profesor Elmer Arce, ha indicado lo siguiente:

Ahora bien, la modificatoria impide el despido del trabajador, si el empleador puede mantener al nuevo discapacitado. No importa si la discapacidad se adquiere dentro o fuera del centro de trabajo o cumpliendo labores o no. Lo que importa para el legislador es que se pruebe que el empleador puede seguir manteniendo al trabajador o bien en un puesto vacante o bien en el mismo puesto con los ajustes razonables organizacionales correspondiente (2013: 531).

Tras lo desarrollado en este extremo del informe, consideramos que ya podemos dar una respuesta a la interrogante sobre la cual hemos realizado todo el análisis previo: ¿con la legislación vigente la empresa tendría la obligación de reubicar en un nuevo puesto de trabajo al demandante o estaría facultada para cesarlo?

Concluimos que la empresa no estaría facultada para cesar al demandante de forma directa. De forma previa a ello, Yanacocha tendría que transferir a un nuevo puesto de trabajo al Sr. Serrano, en tanto exista puesto vacante que no implique riesgos para su seguridad y salud ni la de terceros. Sin embargo, forma previa a la reubicación, pues es la primera medida que deben adoptar todas las empresas antes casos como el analizado, Yanacocha tendría que realizar ajustes razonables al puesto de trabajo del Sr. Serrano.

3.2. Determinar la procedencia o improcedencia del amparo laboral

Durante el desarrollo del proceso, se discutió si el amparo era la vía idónea para resolver la supuesta comisión de un despido nulo por parte Yanacocha o

si correspondía ventilar la controversia en la vía ordinaria laboral, considerándola la vía específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado.

En atención a lo indicado, en el presente apartado analizaremos si la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Serrano correspondía ser resuelta en la vía constitucional o sí correspondía revisar la controversia en la vía ordinaria laboral.

3.2.1. Naturaleza del proceso constitucional de amparo

El amparo, de acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución, es un proceso constitucional que tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y hábeas data, vulnerados o amenazados por cualquier hecho u omisión de alguna autoridad, funcionario o persona.

Asimismo, el constitucionalista Eto Cruz, define al proceso de amparo como *“un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer a la persona en el ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado producto de ‘actos lesivos’ perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona”* (147: 2013).

De lo expuesto se colige, entonces, que la naturaleza del proceso constitucional de amparo consiste en proteger los derechos fundamentales que requieran una tutela urgente, cuando la protección de dichos derechos no pueda verse satisfecha mediante alguna vía procedimental específica, conforme exponremos en el apartado 3.2.2.

El caso materia de análisis se ha desarrollado en el marco de un amparo laboral, el cual ha sido objeto de pronunciamientos emitidos por el TC y desarrollo doctrinario, en los cuales se analiza de qué manera se brindará la protección de tales derechos y en qué casos la sede constitucional es competente para revisar y pronunciarse sobre este tipo de controversias.

Es importante resaltar que antes de que el TC emitiera la sentencia de fecha 16 de enero de 2007, el proceso materia de análisis se regía bajo las reglas desarrolladas en el precedente vinculante Baylón Flores, recaído en el Expediente N° 206-2005-PA/TC.

Tras la finalización del proceso analizado en el presente informe, el TC emitió el precedente vinculante Elgo Ríos, recaído en el Expediente N° 2383-2013-PA/TC, en el cual se definió qué debía entenderse por una vía procedimental igualmente satisfactoria.

En los siguientes puntos analizaremos cómo debía evaluarse el caso al momento de su desarrollo, esto es, a la luz del precedente Baylón Flores.

Posteriormente, extenderemos nuestro análisis, realizando una evaluación del caso tomando en consideración lo dispuesto en el precedente Elgo Ríos y evaluaremos si con dicha jurisprudencia la resolución del caso habría cambiado.

3.2.2. Análisis de la procedencia de la demanda de amparo en el presente caso, según lo determinado en el precedente vinculante Baylón Flores

Cabe tener en consideración que el proceso materia de análisis fue resuelto en aplicación de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, la cual fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el lunes 31 de mayo del 2004 y, de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, entró en vigencia luego de seis meses de la fecha de publicación, esto es, el 31 de noviembre de 2004.

Lo indicado en el párrafo precedente resulta relevante, pues con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se modificaron los requisitos de procedencia en el proceso de amparo.

Antes del Código Procesal Constitucional, el proceso constitucional de amparo se encontraba regulado en la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo. En el artículo 6° de la referida ley se indicó que las acciones de garantía (entre las cuales se encuentra amparo) no procedían cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (además de los casos en los que cesó la violación o amenaza del derecho constitucional o la violación se convirtió en irreparable; y cuando el agraviado optó por recurrir a la vía judicial ordinaria).

En otras palabras, durante la vigencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, los justiciables tenían, indistintamente, la facultad de interponer una demanda de amparo o recurrir a la vía judicial ordinaria, con la única condición de que cuando se acudía en un primer momento a la vía ordinaria ya no se podía optar por el amparo.

Con el Código Procesal Constitucional ello cambió. Ahora, de acuerdo a la regulación contenida en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo no procede cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado. Así, a diferencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, el Código Procesal Constitucional considera al amparo como una “vía residual”, con lo cual deberá declararse la improcedencia del amparo cuando exista una vía ordinaria idónea para la protección del derecho lesionado, esto es, no menos efectiva y protectora que el proceso de amparo (Blancas 2003: 162).

Así, tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se sustituyó el criterio del amparo como “vía alternativa” y se adoptó la tesis de la “vía residual”. En este punto queremos indicar que no existe uniformidad en la doctrina sobre el término que debe aplicarse tras la modificación del Código

Procesal Constitucional, pues, por un lado, autores como Luis Castillo Córdova o Francisco Eguiguren definen al amparo como “vía residual”, pero, por otro lado, autores como Carlos Blancas adoptan la tesis de las “vías paralelas”. Nuestra posición al respecto es que actualmente el amparo es considerado una “vía residual”, toda vez que solo procederá ante la inexistencia de una vía procedimental igualmente satisfactoria. Consideramos que sería un equívoco adoptar la tesis de las “vías paralelas”, pues ello significaría que existen dos vías a la vez, el proceso de amparo y la vía igualmente satisfactoria, lo cual no ocurre, pues solo se desarrolla una de los dos, ya sea la vía igualmente satisfactoria, o ante inexistencia de esta, el proceso consitucional de amparo.

Dicho de otro modo, con la regulación actual, el proceso de amparo procederá cuando se demuestre que no existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, pues en caso de existir quedaría descartada la opción del amparo para tutelar el derecho afectado y correspondería que la controversia se ventile en tal vía.

Ahora bien, corresponde responder qué debe entenderse por vía procedimental “igualmente satisfactoria”, pues de ello dependerá que una demanda de amparo sea declarada procedente o improcedente, para lo cual es necesario analizar el desarrollo doctrinario que ha tenido el amparo como “vía residual”, la misma que ha acogido el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, Luis Castillo Córdova ha indicado lo siguiente:

El legislador peruano ha dispuesto que frente a una agresión a un derecho constitucional (...) deberá preguntarse si la misma protección que encontraría en el amparo la puede conseguir en algún otro proceso específico en la vía judicial ordinaria. Si es posible esa otra igual protección, se habrán cerrado definitivamente las puertas del amparo para el quejoso, y deberá intentar encontrar la salvación de su derecho constitucional en ese otro proceso específico distinto del amparo. Sólo si no existiese una tal vía procesal, subsidiariamente podrá intentar defender su derecho constitucional a través del amparo. (2005a: 8-9).

Así, una vía “igualmente satisfactoria” será *“todo remedio que tiene el agraviado para sostener su pretensión jurídica (...) como pueden ser los procesos judiciales ordinarios o especiales, [los cuales] cierran la posibilidad al amparo, puesto que si la ley ha establecido procedimientos hábiles no se puede reemplazar a cualquiera de ellos mediante la elección de la acción de amparo”* (Lazzarini 1967: 123).

En tal sentido, el amparo como “vía residual” debe considerarse como *“un instituto excepcional (...) para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales”* (Sagüéz 1988: 166).

Sin embargo, la improcedencia de un proceso de amparo no debe aplicarse de manera mecánica por la mera existencia de, por ejemplo, un proceso ordinario

que pueda tutelar el derecho afectado. Lo que corresponde en estos casos es realizar un análisis del caso concreto, en el que se evalúe la existencia de una vía idónea para la protección del derecho, la cual deberá reunir determinadas características, entre las que se encuentra el modo de protección que se tendrá frente al derecho afectado, la existencia de una tutela resarcitoria o restitutoria, el tiempo de duración del proceso hasta que se emita un pronunciamiento de fondo que ponga fin al mismo, etc. Así, en caso de que exista una vía alterna, pero esta sea insuficiente y no reúna las características para ser considerada una vía idónea, el sujeto afectado podrá de forma residual accionar una demanda de amparo.

Asimismo, consideramos pertinente realizar una distinción entre las vías “igualmente satisfactorias” y las vías “aparentemente satisfactorias” (Blancas 2007: 144). Al respecto, las vías “igualmente satisfactorias” pretenden una reparación rápida e integral del derecho vulnerado, mientras que las vías “aparentemente satisfactorias” solo permiten una reparación compensatoria del agravio o cuentan con un proceso complejo que carece de celeridad. Tal distinción resulta relevante para graficar de mejor modo qué debe entenderse como vías “igualmente satisfactorias”, pues solo cuando no existan estas vías procederán las demandas de amparo.

El amparo (al igual que el habeas corpus, el habeas data y la acción de cumplimiento), conforme se indica en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, tiene por finalidad “proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas a estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. Dicho ello, corresponde indicar que solo las vías “igualmente satisfactorias” podrán cumplir con la finalidad de estos procesos, pues una vía “aparentemente satisfactoria” resultaría insuficiente para tutelar el derecho vulnerado. Así, encontrándonos en un caso de amparo laboral, una vía “igualmente satisfactoria” deberá otorgar al sujeto afectado una tutela restitutoria del derecho protegido.

Lo indicado guarda relación con los derechos que pretenden protegerse mediante el amparo laboral, pues ante la afectación de derechos, como podrían ser la libertad de trabajo, la dignidad de la persona o la libertad sindical, no existen equivalentes que puedan restituir dichos derechos, con lo cual una tutela resarcitoria vaciaría el sentido del proceso de amparo.

En líneas generales, las vías “igualmente satisfactorias” deberán preferirse cuando (i) sea posible la reposición del derecho vulnerado, (ii) la vía cuente con un procedimiento igualmente célere y (iii) la urgencia de la tutela del derecho afectado no imposibilite su revisión en otra vía; en caso contrario, tendrá que proceder el amparo.

Cabe añadir que, en los casos en los que no exista certeza sobre la idoneidad de la vía para proteger el derecho demandado, el juez tendrá la facultad de admitir la procedencia del amparo, en aplicación del artículo 45° del Código Procesal Constitucional, según el cual “en caso de duda sobre el agotamiento

de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”. El Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 6512-2005-AA/TC, ha determinado que el referido artículo es una manifestación del *principio pro actione*, según el cual debe eliminarse toda interpretación que obstaculice injustificadamente el acceso a la justicia.

Ahora bien, remitiéndonos al caso en concreto, el petitorio del demandante consistía en que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 26 de setiembre de 2005, alegando la vulneración a su derecho a la estabilidad laboral e indicando que ello configuraría un despido nulo. Para ello, el demandante indicó que (i) su enfermedad era de origen ocupacional; (ii) se encontraba en condiciones de realizar cualquier trabajo que no demande esfuerzo físico; y, (iii) de acuerdo las Normas Técnicas del SCTR, la empresa no podía despedirlo por su condición de invalidez, en tanto padecía una invalidez parcial permanente inferior al 50% y superior el 20% de menoscabo.

Como medios probatorios de la demanda, el Sr. Serrano ofreció (i) el Informe TRAU-CLMTB-NOV-05 emitido por la Clínica Limatambo, documento con el cual pretendía acreditar que su enfermedad era de origen ocupacional; y, (ii) el Dictamen Médico N° 20-2005 emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca, mediante el cual pretendía acreditar que se encontraba en capacidades de realizar cualquier trabajo que no demande esfuerzo físico y que la empresa no podía cesarlo por su condición de invalidez, de acuerdo a las Normas Técnicas del SCTR.

El Código Procesal Constitucional indica en sus artículos 2° y 5° las reglas de procedencia del amparo (y, en general, de los procesos constitucionales), conforme detallamos en el siguiente cuadro:

<p>Artículo 2.- Procedencia Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. (...).”</p>	<p>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. (...).”</p>
---	--

Consideramos que la demanda de amparo presentada por el Sr. Serrano versa sobre una supuesta violación al derecho del trabajo (reconocido como un

derecho constitucional en el artículo 22° de la Constitución), la cual se habría materializado en el despido realizado por Yanacocha, presuntamente derivado de una discriminación por motivos de discapacidad, con lo cual se estaría cumpliendo el mandato contenido en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

De igual modo, consideramos que los hechos y el petitorio de la demanda sí están relacionados al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, pues de haber existido despido nulo se habría vulnerado la estabilidad en el empleo del Sr. Serrano al dar término a la relación laboral por una causa no calificada como justa por nuestro ordenamiento.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-AA/TC, ha determinado que el contenido esencial del derecho del trabajo implica dos aspectos: acceder a un puesto de trabajo (acceso) y no ser despedido por una causa justa (estabilidad).

En el plano internacional, el contenido esencial del derecho del trabajo se encuentra reconocido en el inciso d) del artículo 7° del Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, según el cual “en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. Este instrumento internacional ingresa a nuestro ordenamiento en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En atención a lo mencionado, en el caso concreto se superó la causal de improcedencia contenida en el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

La discusión inicia cuando el análisis recae sobre lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, según el cual el amparo no procede cuando existan vías procedimentales específicas “igualmente satisfactorias” para proteger el derecho vulnerado. Como hemos explicado, para el caso del amparo laboral, al momento de calificar si existe otra vía que califique como idónea para tutelar el derecho constitucional, tendrá que tenerse en consideración si la vía ordinaria cuenta con un procedimiento igualmente célere, y si la atención del derecho tutelado se realiza del mismo modo (en este caso con la reposición) y con la misma urgencia que existiría en el amparo; además de que en caso de dudas sobre la procedencia o improcedencia, deberá optarse por admitir la demanda de amparo.

Al respecto, el 28 de noviembre de 2005, el TC emitió el precedente vinculante Baylón Flores (Expediente N° 206-2005-PA/TC), en el cual se indica con claridad, mediante varios argumentos, la posición del citado tribunal frente a las

demandas de amparo por despido nulo y en qué casos corresponderá que estas controversias sean dilucidadas en el proceso de amparo.

De nuestro análisis a los fundamentos jurídicos del precedente vinculante Baylón Flores, concluimos que el TC establece tres elementos que deben cumplirse de forma conjunta para considerar a la vía ordinaria laboral como “igualmente satisfactoria. Los elementos son:

- Existencia de una estructura y tutela idónea en la vía ordinaria laboral.
- Inexistencia de una necesidad de tutela urgente en el caso concreto.
- Inexistencia de hechos controvertidos cuya protección escapa de la naturaleza del amparo.

A continuación, analizaremos cada elemento, para que, tras ello, procedamos a emitir nuestra posición sobre como debió actuar el TC.

- **Sobre la estructura y protección que brindan el proceso de amparo y la vía ordinaria laboral en los casos de despido nulo**

En el fundamento 7 de la citada sentencia se indicó que “(...) en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o 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 [despidos incausados, fraudulentos y nulos]”.

Analizando lo expuesto en el referido fundamento de la sentencia, corresponde determinar el tipo de tutela (resarcitoria o restitutoria) que otorga al caso concreto, por un lado, el proceso constitucional de amparo y, por otro, el proceso laboral. Solo si este último brinda igual tutela que el primero, se cumpliría el requisito relacionado a la protección que se brinda en los casos de despido nulo.

El proceso constitucional de amparo, ante la configuración de un despido nulo, otorga al trabajador una tutela restitutoria (reposición). En la vía ordinaria laboral el trabajador tendrá la posibilidad de optar por una tutela restitutoria o por una tutela resarcitoria (cuando en ejecución de sentencia opte por el pago de la indemnización por despido arbitrario).

En tal sentido, consideramos que la vía laboral ordinaria, regulada por Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo, brindaría, para el caso concreto, la misma tutela restitutoria que posee el proceso de amparo y protegería de manera adecuada el supuesto derecho afectado.

Sin embargo, es pertinente añadir que el caso en particular fue tramitado durante la vigencia de la Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo. La vía

ordinaria laboral regida por esta ley se caracterizaba por ser un proceso con alto tiempo de duración, debido a sus características o a la capacidad de la judicatura para dar trámite a los casos.

El profesor Luis Vinatea explica que uno de los hechos que generó la poca celeridad en resolver los casos fue la incapacidad para solucionar lo que él denominó como “cuellos de botella”, pues año a año la carga de procesos y la cantidad de procesos pendientes de emitir sentencia fue incrementándose hasta convertirse en una cantidad superior a la que los jueces podían manejar (2001: 35). Ello podía obedecer a diversos factores, como a la incapacidad de la judicatura para manejar tal carga procesal, a una baja productividad de los Juzgados y Salas Laborales o a la propia estructura del proceso laboral.

Sobre esto último, la estructura del proceso laboral de la Ley N° 26636 se caracterizaba por el predominio del elemento escrito, tanto para las partes procesales como para la autoridad judicial, situación que convertía al referido proceso en uno de alta duración, pues debía correrse traslado de los escritos, esperar las notificaciones y/o la respuesta de la contraparte, cuando todo ello podía realizarse en audiencias orales como sucede ahora con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29427.

En atención a lo expuesto, consideramos que la vía laboral ordinaria no podía considerarse como vía “igualmente satisfactoria”. Si bien la vía ordinaria laboral permitía la reposición como tutela de protección frente a la existencia de un despido nulo, la estructura de este proceso no garantizaba la celeridad que sí existe en un proceso de amparo.

- **Sobre los casos de urgencia relacionados con la violación de derechos constitucionales**

En el fundamento 9 de la sentencia tribunal menciona lo siguiente:

“Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo (...) El TC 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”.

De lo indicado en el fundamento 9 del precedente vinculante se concluye que los órganos jurisdiccionales que dan trámite al proceso de amparo son competentes para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de derechos constitucionales. En tal sentido, corresponde determinar si el caso en particular configuraba como uno de urgencia y ameritaba ser dilucidado en el marco de un proceso amparo.

En el presente caso, se estaría vulnerando el derecho al trabajo del demandante, mediante la comisión de un supuesto despido nulo. Ello invita a realizarnos el siguiente cuestionamiento: ¿la alegada vulneración era un caso de urgencia?

Para dar respuesta a la mencionada interrogante consideramos pertinente desarrollar la finalidad del trabajo para la persona. Por una parte, el trabajo es un canal para el desarrollo personal y humano, mediante el cual se prestan servicios a la sociedad en general. Por otra parte, el trabajo tiene una finalidad pecuniaria, con la cual las personas obtienen un beneficio económico por la prestación de sus servicios, el cual les permite cubrir sus necesidades y, en caso de contar con una, la de su familia.

En atención a lo indicado, tomando en consideración que el trabajo genera un beneficio tanto para el sujeto que presta servicios como para la sociedad en general, nuestra posición es que una presunta vulneración al derecho al trabajo es un caso de urgencia que otorga competencia a los órganos judiciales que resuelven las materias constitucionales para resolver tal clase de controversias.

Sin embargo, lo expuesto nos dirige hacia otra interrogante: ¿toda afectación al derecho al trabajo amerita que se tramite dicho caso en un proceso constitucional de amparo? Nuestra posición al respecto es que no, pues, dependiendo de cada caso en concreto, la vulneración al derecho podrá ser más o menos gravosa, lo cual exige un análisis particular para cada caso.

Por tal motivo, postulamos que el análisis sobre la urgencia del caso relacionado a la vulneración del derecho al trabajo no debe quedarse en el plano de verificar si se afectó o no dicho derecho, sino que el análisis debe trascender a un análisis más profundo, mediante el cual se determine de qué modo y a quiénes se afectó, y si la referida afectación merece una protección urgente.

En ese sentido se ha pronunciado el TC, mediante el fundamento 16 de la sentencia, indicando que "(...) 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". De la lectura del fundamento se desprende que en el caso del Sr. Serrano debemos evaluar si la afectación del derecho del trabajo merece una tutela urgente que amerite que la procedencia del amparo laboral.

Corresponde, entonces, dar respuesta a las interrogantes que mencionamos en párrafos previos. En primer lugar, corresponde responder de qué modo se realizó la supuesta afectación al derecho al trabajo del demandante. La respuesta no requiere de mayor análisis,

pues de acuerdo a la indicado por el Sr Serrano, el referido derecho se afectó mediante la comisión de un despido nulo que se habría fundamentado en razones de discapacidad.

Tras lo indicado, corresponde responder a quiénes se afectó con el accionar de la demandada. Sobre este punto la respuesta no se resume a indicar que el supuesto afectado es el Sr. Serrano, sino que debe precisar a qué grupo estuvo dirigido el acto, con la finalidad de definir si corresponde o no brindar una tutela urgente a la presunta afectación. Por ejemplo, si se alegara la configuración de un despido nulo por motivos de embarazo, el grupo afectado serían las madres, quienes tienen una especial protección por parte del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 4° de la Constitución.

En el caso del Sr. Serrano, el grupo afectado es el de las personas con discapacidad, grupo al cual el Estado le ha garantizado el derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, conforme se ha estipulado en el artículo 7° de la Constitución.

En la línea de lo expuesto se pronunció el TC, pues en el fundamento 15 de la sentencia determinó lo siguiente:

“Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origine en 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 Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de 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”.

En el citado fundamento se resalta la importancia de que los casos relacionados a despidos originados, entre otros, por una disminución de las capacidades físicas deban revisarse en el marco de un proceso de amparo.

Asimismo, cabe agregar que las personas con discapacidad *“han sufrido una larga historia de discriminación y exclusión por parte de la sociedad que no ha permitido su plena inserción y desarrollo en comunidad (...) [debido] a las inadecuadas actitudes y paradigmas que se atribuían a la discapacidad”* (Bregaglio y otros 2016: 200), lo cual hace imperante la necesidad de otorgar tutela urgente al caso del Sr. Serrano, toda vez que pertenece a un grupo que históricamente se ha visto afectado por barreras que le han sido impuestas por la sociedad y que afectan directamente la dignidad de este grupo.

Incluso, debe tenerse en consideración que un despido fundamentado en razones de discapacidad, sin que exista respaldo normativo y causas objetivas para ello, deviene en un acto que atenta contra el principio de no discriminación contenido en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. En el citado inciso se indica que *“nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o cualquier otra índole”*, redacción abierta que permite la inserción de otros motivos prohibidos, entre los cuales se encuentra el motivo de discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, el caso en concreto sí requería atención, porque existe una presunta afectación del derecho del trabajo de una persona con discapacidad, mediante un despido que, revestido de legalidad, podría ser discriminatorio y afectar la dignidad del Sr. Serrano.

Así, el caso en particular tenía como finalidad determinar que las causas por las cuales se realizó el cese no afectaban derechos constitucionales. Por un lado, Sr. Serrano alegaba que fue despedido por causas relacionadas a su incapacidad, la cual no impedía que realice funciones en la empresa. Por su parte, Yanacocha señaló que el despido se debió al detrimento de la facultad física determinante para el desempeño de las tareas para las cuales fue contratado.

En ese sentido, consideramos que la controversia debía resolverse en el marco del proceso constitucional de amparo, pues, de acuerdo a lo indicado por el TC, la afectación alegada por el demandante requería una atención especial y una tutela urgente para la protección del supuesto derecho afectado.

Luego de lo expuesto, procederemos a analizar el último extremo del precedente Baylón Flores, con lo cual expondremos nuestra posición sobre el caso, determinando si el proceso constitucional de amparo fue la vía correcta para satisfacer la pretensión del demandante o, por el contrario, la controversia debió dilucidarse en la vía ordinaria laboral.

- **Sobre la existencia de hechos controvertidos**

En el fundamento 19 del presente vinculante Baylón Flores se indicó lo siguiente:

“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, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.”

De acuerdo al citado fundamento, no procederá el amparo cuando el cuestionamiento sobre la causa del despido se encuentre revestido de hechos controvertidos. Incluso, se amplía la improcedencia para los casos en los cuales exista duda sobre la necesidad de una actividad probatoria que permitan dilucidar la controversia.

Corresponde, entonces, establecer con claridad cuál era la controversia que pretendía dilucidarse en el proceso de amparo. Para ello, consideramos pertinente mencionar lo señalado por el TC en el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, donde se precisó que “este Tribunal no realiza en el presente caso [amparo] una calificación de despido arbitrario (...), para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización, sino la evaluación de un acto, el despido, que, eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales”.

En tal sentido, en el caso correspondía determinar si el demandante había sido víctima de un despido nulo y para ello debía verificarse que no se haya vulnerado ninguno de los derechos constitucionales protegidos por tal clase de despido. Consideramos que la referida verificación podía realizarse con el análisis de los hechos y documentos obrantes en el expediente, pues tenía que determinarse si el procedimiento de despido y la imputación de la causa de despido por capacidad del trabajador se realizaron conforme a ley.

La discusión del caso, a efectos de resolver la controversia, no giraba en torno al grado de menoscabo de la incapacidad del demandante o si dicha incapacidad fue de origen ocupacional o no, con lo cual estimamos que no era necesaria e indispensable una actividad probatoria.

Por lo detallado, consideramos que la controversia debía dilucidarse en el marco del proceso constitucional de amparo, pues, de acuerdo a lo indicado por el TC, el cuestionamiento sobre la causa del despido no se encuentre revestido de hechos controvertidos.

Ahora bien, si la judicatura consideraba que debía existir actividad probatoria, contaba con la prerrogativa de incluir medios probatorios de oficio. Por ejemplo, si quería determinar si la alegada ineptitud del demandante era determinante para que este desempeñe sus funciones

en la empresa, podía oficiar a las instituciones médicas que emitieron los informes sobre el estado de salud del Sr. Serrano, ordenándoles que presenten los exámenes médicos y documentos sustentatorios en un plazo que no exceda los 15 días desde recibida la notificación. Sin embargo, consideramos que dicha medida no era necesaria, porque la relación entre el detrimento físico y el impedimento de realizar las tareas en el cargo que el demandante ocupaba en la empresa debió acreditarse por Yanacocha durante el procedimiento de despido.

Lo indicado sobre la posibilidad de incluir medios de pruebas en el proceso de amparo (entre ellas las pruebas de oficio) se encuentra regulado en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el cual señala que, en principio, no existe etapa probatoria, salvo una situación excepcional, conforme puede apreciarse a continuación:

“Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo 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.”

Si bien se señala que los procesos constitucionales no cuentan con etapa probatoria, se añade que excepcionalmente podrá admitirse una actividad probatoria, en tanto se cumplan los siguientes requisitos: (i) que sea indispensable y (ii) no se afecte la duración del proceso.

El TC se ha pronunciado en la misma línea, emitiendo jurisprudencia en la que se admite actividad probatoria en el proceso de amparo. Por ejemplo, en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3081-2007-PA/TC, el referido tribunal ha indicado lo siguiente:

“Si bien el artículo 9° del referido Código limita y establece la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, también es cierto que existe una excepción a la regla cuando en la segunda parte del mismo artículo se permite (...) la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. Desde esta perspectiva, lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional”.

En ese sentido, el Código Procesal Constitucional no establece un impedimento absoluto de la actividad probatoria, lo que hace es instituir un supuesto en el que será permitido (indispensabilidad de la prueba) y coloca una limitación para ello (no afectación a la duración del proceso).

En los casos en los que se haga indispensable una actuación probatoria, existiría *“un conflicto aparente entre el carácter sumario del amparo -*

manifestada a través de la regla sobre la inexistencia de etapa probatoria- y el derecho constitucional de actuación y valoración de las pruebas” (López 2012: 189). Ante ello, el propio Código Procesal Constitucional indica la manera en la cual se resolvería tal conflicto, pues, de acuerdo a lo expuesto, solo deberá preferirse la actividad probatoria cuando ello no signifique una demora al proceso. Solo así desaparecería la referida colisión. Sin embargo, como hemos mencionado, en el caso no era indispensable una actividad probatoria y no era necesario recurrir a ella.

En conclusión, nuestra posición es que la vía ordinaria laboral no cumplía los elementos estipulados en el precedente Baylón Flores para ser considerada la vía procedimental “igualmente satisfactoria”. En tal sentido, el proceso constitucional de amparo era la vía idónea para resolver la controversia.

A continuación, acompañamos un cuadro en el que resumimos los criterios que, de acuerdo al precedente Baylón Flores, debían cumplirse en el caso en concreto para que el amparo sea la vía idónea para resolver el caso. En el mismo cuadro indicamos si los criterios se cumplieron o no.

Criterios para que la vía ordinaria laboral sea considerada igualmente satisfactoria al amparo en el caso en concreto	¿Cumple?	Observación
Protección en los casos de despido nulo: tutela restitutoria (reposición) y estructura idónea del proceso.	No	<ul style="list-style-type: none"> • Si bien la vía laboral permite la reposición del demandante ante un despido nulo, su estructura procesal es lenta y no garantiza celeridad.
Inexistencia de una necesidad de tutela urgente.	No	<ul style="list-style-type: none"> • La vulneración al derecho al trabajo constituye un caso de urgencia. • La Constitución otorga una atención especial a las personas con alguna disminución en sus capacidades física.
Existen hechos controvertidos cuya protección escapa de la naturaleza del amparo.	No	<ul style="list-style-type: none"> • La controversia del proceso consistía en determinar si se afectó o no algún derecho constitucional del demandante con el despido, lo cual podía determinarse verificando

		si el cese se realizó dentro de los parámetros establecidos por ley.
--	--	--

Tras el detalle realizado en el cuadro, consideramos necesario precisar por qué el proceso de amparo era la vía idónea para dilucidar la controversia, lo cual procedemos a realizar a continuación:

- No existe controversia alguna sobre la tutela restitutoria que otorgan tanto el proceso constitucional de amparo como la vía ordinaria laboral mediante la reposición. Sin embargo, la estructura procesal del amparo garantiza una celeridad que no otorgaba el proceso laboral regulado bajo la Ley N° 26636.
- Con relación a la tutela urgente, detallamos anteriormente que el artículo 7° de la Constitución garantiza el respeto de su dignidad a las personas con discapacidad. De igual modo, les otorga un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. En atención a ello consideramos, que un presunto despido nulo basado en una condición de discapacidad requiere de especial atención por parte del Estado y, con ello, de una tutela urgente.
- El caso en concreto no presenta hechos controvertidos que por su naturaleza obligaran al órgano constitucional a cargo del proceso a contar con material probatorio que le permitiera esclarecer lo ocurrido y emitir un pronunciamiento de fondo. En el proceso bastaba con que se analice si durante el procedimiento de cese existió algún acto que haya vulnerado algún derecho constitucional del demandante y que, por ello, deba declararse la nulidad del despido.
- El órgano revisor de la demanda del Sr. Serrano contaba con la posibilidad de tomar medidas que coadyuvaran a esclarecer los hechos controvertidos. Desde nuestro punto de vista, consideramos que para resolver el proceso ello no era necesario. De cualquier manera, la procedencia del proceso de amparo no se encontraba en discusión.

En la línea de lo determinado, el profesor Víctor Ferro ha comentado lo siguiente:

(...) a través de la sentencia recaída en el caso César Antonio Baylón Flores, expediente 206-2005-AA/ TC, el TC pasa a establecer con carácter de precedente vinculante determinadas reglas para la procedencia del amparo: solo procederán las demandas de amparo en materia laboral que se sustenten en despidos nulos, incausados o fraudulentos, en caso que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (2012: 482).

En conclusión, toda vez que la vía ordinaria laboral no constituye una vía igualmente satisfactoria en el caso en concreto (que brinda mayor o igual protección contra el supuesto derecho vulnerado), consideramos que se actuó conforme a ley al admitir a trámite la demanda de amparo del Sr. Serrano.

3.2.3. Análisis de la procedencia de la demanda de amparo en el presente caso, según lo determinado en el precedente vinculante Elgo Ríos

Como indicamos anteriormente, el proceso materia de análisis en este informe se desarrolló durante la vigencia de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo. Algunos años después de culminado dicho proceso, se promulgó la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la cual se regía sobre principios que la diferencian de su norma predecesora. En palabras del profesor Mario Pasco Cosmopolis, con el cambio a la Nueva Ley Procesal de Trabajo se pretendía “*implantar un proceso laboral, eficaz, célere y certero*” (Pasco 2010: 227).

En atención al cambio normativo en materia procesal laboral, el TC consideró conveniente revisar las causales de procedencia de los amparos en materia laboral y emitir un nuevo pronunciamiento de carácter vinculante al respecto, el cual tuvo lugar en la sentencia recaída en el Expediente N° 2383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos). Para ello, dicho tribunal tuvo en cuenta la regulación prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, norma que no formaba parte del ordenamiento cuando se emitió el precedente Baylón Flores.

El fundamento 8 del precedente Elgo Ríos reiteró lo que debía entenderse por vía procedimental igualmente satisfactoria en términos generales, pues indicó que “debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la pretensión requerida”.

Tras ello, el TC profundizó en el análisis y expresó las dos perspectivas desde las cuales se entiende que una vía es igualmente satisfactoria, una objetiva y una subjetiva, conforme podrá advertirse a continuación:

“12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia *iusfundamental*).

13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso *iusfundamental* que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.

14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)." (Énfasis agregado).

Como consecuencia de los fundamentos jurídicos citados del precedente Elgo Ríos, el TC indicó que para que una vía sea considerada igualmente satisfactoria, debían cumplirse copulativamente los siguientes elementos:

- Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
- Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y,
- Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Para un mejor entendimiento de la relación que existe entre la perspectiva objetiva y subjetiva con los cuatro elementos establecidos por el TC para considerar una vía como igualmente satisfactoria, hemos elaborado el siguiente cuadro:

Perspectiva	Contenido a revisar	Elementos determinado por el TC
Objetiva	Estructura idónea del proceso: ¿es una vía célere y eficaz?	Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho.
	Tutela idónea del proceso: ¿podrá la vía ordinaria resolver debidamente el caso?	Que el pronunciamiento que se emita pueda brindar una tutela adecuada.
Subjetiva	Urgencia como amenaza de irreparabilidad: ¿la vía ordinaria ponga en grave riesgo la reparabilidad del derecho afectado?	Que no exista riesgo de irreparabilidad.
	Urgencia por la magnitud del bien involucrado: ¿es necesaria una tutela urgente?	Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Tras lo indicado, procederemos a determinar si en el caso en concreto, a la luz de los elementos establecidos por el TC en el precedente vinculante Elgo Ríos, la demanda del Sr. Serrano debió tramitarse en la vía de amparo o en la vía ordinaria laboral como vía igualmente satisfactoria.

- **¿La vía ordinaria laboral es una vía celer y eficaz?**

A diferencia del proceso regulado bajo la Ley N° 26636, la Ley N° 29497 dio origen a un proceso oral, sencillo y celer. Además de ello, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo se crearon dos tipos de procesos: la vía ordinaria y la vía abreviada. Cabe precisar que ambos procesos tienen, en principio, una menor duración que el proceso regulado bajo la Ley N° 26636.

Ahora bien, la pretensión del Sr. Serrano hubiese sido tramitada en la vía ordinaria, pues, de acuerdo al inciso 1 del artículo 2° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los juzgados especializados de trabajo conocen, en proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

“Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

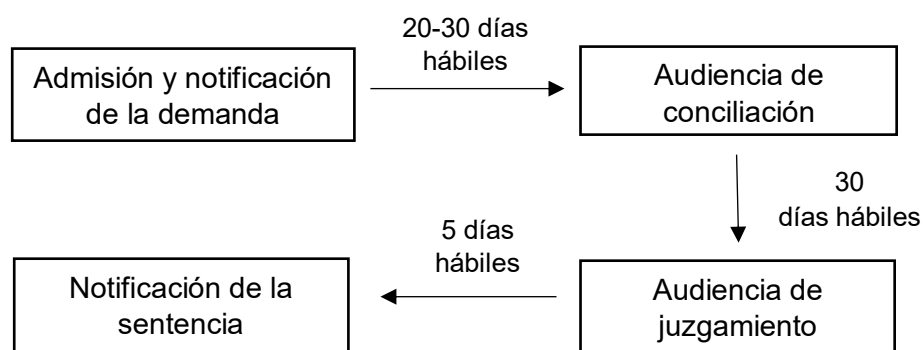
Los Juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

(...)

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.”

La estructura del proceso ordinario laboral es, en líneas generales, la siguiente:



Como se advierte en la gráfica, la estructura del proceso ordinario laboral, en principio, se caracteriza por la celeridad para emitir un

pronunciamiento de fondo. La celeridad, como principio del Derecho Procesal del Trabajo, *“constituye el objetivo principal que se persigue en el proceso laboral para buscar la rapidez a través de la simplificación de los trámites, limitación de los recursos impugnatorios, brevedad de los plazos, limitación de las instancias, la perentoriedad de los términos, etc”* (Gamarra 2011: 203). En tal sentido, la duración del proceso no debería ser un inconveniente para que la controversia del caso sea ventilada en el marco de un proceso laboral.

La oralidad, otro principio del Derecho Procesal del Trabajo, coadyuva al cumplimiento de la celeridad procesal, pues elimina en gran medida los formalismos escritos y, junto con los principios de concentración e inmediación, garantiza la eficiencia del proceso, toda vez que las partes y los jueces se reúnen en audiencias orales para la revisión de pruebas y brindar sus alegatos.

A lo mencionado, cabe añadir que *“en los hechos no es ningún secreto que un proceso de amparo muchas veces puede demorar más tiempo del que implica un proceso ordinario laboral (...). Un proceso de amparo, en promedio, puede durar tres años, habiendo casos (...) en donde este plazo es ampliamente superado”* (Osorio y Castillo 2015: 322).

En la línea de lo expuesto, el profesor Abad señala que *“(...) puede afirmarse que en la realidad peruana, el proceso de amparo no ha logrado convertirse en una verdadera tutela de urgencia”* (Abad 2009: 225).

Adicionalmente, en la vía ordinaria laboral las partes contarían con una actuación probatoria. Si bien hemos indicado que el caso concreto no requeriría que las partes actúen medios de prueba, consideramos que de todos modos este hecho debe tenerse en consideración para evaluar si este proceso califica como una vía “igualmente satisfactoria”.

Desde nuestro punto de vista, el proceso ordinario laboral resulta ser idóneo, toda vez que cuenta con una vía célere y eficaz. En atención a lo expuesto, el primer elemento para determinar la existencia de una vía “igualmente satisfactoria” se ha cumplido.

- **¿La vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso?**

De declararse fundada la pretensión del demandante, la consecuencia inmediata en el proceso de amparo habría sido la reposición. La interrogante inmediata a ello es determinar si en la vía laboral se podría obtener también la reposición.

La respuesta es afirmativa. Tal como indicamos en el análisis del precedente Baylón Flores, la reposición es el efecto de la declaratoria del despido nulo, tanto en la vía laboral como en el proceso de amparo. La única diferencia entre ambas vías es que en el proceso ordinario laboral

el demandante, durante la ejecución de la sentencia, puede optar por el pago de la indemnización por despido arbitrario en lugar de la reposición, situación que, lejos de ser menos beneficiosa, le otorga la posibilidad de elegir entre una tutela restitutoria o a una resarcitoria.

Por tanto, con relación a este segundo elemento, concluimos que la vía ordinaria sí puede resolver debidamente el caso en particular.

- **¿La vía ordinaria pone en grave riesgo la reparabilidad del derecho afectado?**

Este elemento implica analizar si el caso en la vía ordinaria laboral podría derivar en la imposibilidad de reparar el supuesto derecho afectado. Para realizar el referido análisis, corresponderá determinar si cuando se emita pronunciamiento de fondo se cumplirá la finalidad del amparo: retrotraer al estado anterior el derecho afectado.

Para determinar la existencia de un riesgo de reparabilidad existen diversos factores a tener en consideración, como pueden ser la edad del demandante o la existencia de alguna enfermedad de gravedad.

Ante la existencia de una posible edad avanzada del demandante podría considerarse como irreparable el supuesto derecho afectado. Sin embargo, ello no ocurrió en el caso, pues el Sr. Serrano contaba con 42 años cuando interpuso la demanda de amparo, edad que no ponía en riesgo su continuidad en Yanacocha ni en el mercado laboral luego de que el proceso sea resuelto.

De igual modo, la existencia de una lesión o enfermedad grave también podría volver irreparable el presunto derecho afectado. Por ejemplo, si existiese una lesión grave en el caso concreto, podría ponerse en riesgo la posible reposición en el centro de labores por algún agravamiento en la salud que haga imposible su continuidad en la empresa. No obstante, el mencionado ejemplo no es aplicable en el caso, pues el propio demandante ha indicado encontrarse con capacidad suficiente para continuar laborando en Yanacocha.

Por lo expuesto, tomando en consideración este tercer elemento, concluimos que la vía ordinaria sí puede resolver debidamente la demanda del Sr. Serrano, toda vez que no pone en grave riesgo la reparabilidad del derecho afectado.

- **¿Es necesaria una tutela urgente en la resolución del caso?**

El elemento de tutela urgente demanda la realización de un análisis sobre la relevancia del presunto derecho vulnerado. Como hemos expuesto anteriormente, una afectación al derecho al trabajo requiere una especial atención, pero para verificar si requiere una tutela urgente según lo

establecido por el Tribunal Constitucional tendrá que determinarse de qué modo y a quiénes se afectó, conforme se hizo al analizar el precedente Baylón Flores.

Consideramos pertinente precisar que la discapacidad del demandante no se encuentra en discusión en el proceso, pues existían Dictámenes Médicos emitidos por el Hospital II EsSalud de Cajamarca que así lo señalaban. Lo que estaba en discusión era determinar si Yanacocha afectó el derecho al trabajo del demandante, por ejemplo, por cesarlo sin que exista relación entre la discapacidad y las labores que realizaba en la empresa. En tal sentido, el Sr. Serrano se encontraba dentro de la población calificada como personas con discapacidad, población que tiene una atención especial del Estado por mandato constitucional, el cual se encuentra contenido en el artículo 9° de la Constitución.

Corresponde, entonces, reiterar lo indicado en el punto 3.2.2. sobre la tutela urgente, indicado que el Sr. Serrano fue presuntamente cesado por razones de discapacidad, motivo por el cual demandó la nulidad de su despido.

Es relevante añadir a lo indicado que, en el año 2008, el Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y desde ese momento quedó obligado a respetar y garantizar las disposiciones de dicho instrumento internacional. En el artículo 4° del referido convenio se establece el compromiso de asegurar y promover el respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, así como el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo, en el numeral 2 del artículo 5°, se prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad y se garantiza protección legal contra la discriminación por cualquier motivo.

Con la ratificación Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Perú otorgó mayor reconocimiento a este grupo y, como consecuencia de ello, cualquier afectación al derecho del trabajo requerirá una especial salvaguarda, más aún si dicha afectación podría derivar de un acto discriminatorio, como aparentemente sucedía en el caso.

En atención a lo señalado, tomando en consideración este cuarto elemento, concluimos que el caso concreto sí requiere de una tutela urgente, con lo cual no se cumple el cuarto elemento para considerar, bajo los parámetros señalados en el precedente Elgo Ríos, a la vía ordinaria laboral como “igualmente satisfactoria”.

Con lo señalado no negamos que los casos de despido nulo puedan ventilarse en la vía ordinaria laboral ni que dicha vía otorga una tutela adecuada a la afectación de derechos. Sin embargo, el precedente Elgo Ríos es claro al señalar los elementos que deben cumplirse de manera

copulativa y en el último elemento se indica que para considerar a la vía ordinaria como “igualmente satisfactoria” no deberá existir necesidad de tutela urgente. Dicho elemento no pretende que se acredite que en la vía ordinaria también se otorga una tutela adecuada y, de ser así, considerarla “igualmente satisfactoria”; el análisis de este elemento consiste en determinar si el caso concreto requiere una tutela urgente y si la respuesta es afirmativa (como sucede en nuestro análisis) deberá resolverse en el marco del proceso de amparo.

A modo de conclusión, corresponde señalar que, tras la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y a la luz del precedente vinculante Elgo Ríos, nuestra posición sobre el amparo como la vía idónea para resolver el proceso no se ha modificado, pues la controversia amerita una tutela urgente en la resolución del caso que, de acuerdo a lo señalado en el precedente Elgo Ríos, hace obligatoria su revisión en el proceso de amparo.

3.3. Determinar la configuración del despido nulo.

Conforme podrá apreciarse en los hechos relevantes del informe, una de las discusiones durante el desarrollo del proceso consistió en determinar si el demandante fue cesado por una causa justa, o si se produjo un despido arbitrario o despido nulo. Por tal motivo, en este apartado desarrollaremos cada uno de estos tipos de despido, con la finalidad de determinar si existió un despido nulo, conforme fue declarado por el TC, o, por el contrario, la extinción del vínculo laboral se debió a otra clase de despido.

En lo concerniente al despido por causa justa relacionada con la capacidad del trabajador, nos detendremos a analizar si se realizó el procedimiento de despido conforme se ha regulado en la LPCL y en el Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de Ley de Fomento al Empleo. Además de ello, evaluaremos si realmente existe un conflicto normativo entre la LPCL y las Normas Técnicas del SCTR.

Cabe señalar que el análisis al que nos hemos referido en el párrafo precedente se realizará con la norma vigente durante el desarrollo real de los hechos. Como podrá notarse, la discusión no variaría si tomáramos en cuenta la modificación que ha tenido el inciso a) del artículo 23° de la LPCL en el año 2012, pues lo que interesa para el análisis es ubicarnos en el momento en el que la empresa podía ejecutar el despido, lo que ocurriría, de acuerdo a la redacción actual, tras los intentos de ajustes razonables y reubicación.

3.3.1. Determinar si el actor fue despedido por haber incurrido en causa justa prevista en la LPCL o si fue objeto de un despido nulo.

Antes de ingresar a comentar los tipos de despido que existe en nuestro ordenamiento, consideramos necesario hacer la precisión de que este extremo del problema jurídico es meramente descriptivo y tiene como finalidad exponer en términos generales cada clase de despido, con la finalidad que al momento

de realizar el análisis de los puntos controvertidos de este problema, contemos con una definición clara de cada tipo y podamos arribar con mayor facilidad a una conclusión. Sin embargo, cuando identifiquemos algún concepto cuya explicación sea trascendente para el análisis que realizaremos con posterioridad, nos detendremos a desarrollarlo conforme lo amerite.

Los despidos en nuestro ordenamiento no solo han sido desarrollados por la legislación, pues la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia han tenido un rol fundamental en la construcción de tales conceptos.

Dicho ello, procedemos a desarrollar cada tipo de despido, los cuales podrán ser calificados de 5 maneras, cada una con efectos particulares sobre el empleador y el trabajador cesado, conforme detallamos a continuación:

- Despido por causa justa: Este tipo de despido se encuentra fundamentado en la conducta o la capacidad del trabajador.

Además de ello, para la configuración de este despido, el empleador tendrá que haber realizado el procedimiento establecido en el artículo 31° de la LPCL, el cual consiste otorgar por escrito un plazo no menor a 6 días naturales al trabajador, para que pueda ejercer su derecho a la defensa frente a los cargos que formule la empresa. La defensa del trabajador también deberá realizarse por escrito. Cabe precisar que, en los casos en los cuales se imputen causas relacionadas a la capacidad del trabajador, la empresa deberá otorgarle 30 días naturales -y no 6- para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Finalmente, corresponde indicar que como este despido se realiza dentro del marco legal, no da lugar a indemnización alguna a favor del trabajador cesado.

- Causas relacionadas con la conducta: La LPCL regula tres supuestos en los que se configura un despido por causa justa relacionada a la conducta del trabajador, los cuales detallamos a continuación: (i) la condena penal por delito doloso derivada de una sentencia con la que concluye el proceso, independientemente de que exista pena privativa de la libertad; (ii) la inhabilitación del trabajador para el desempeño de su actividad en el centro de trabajo, impuesta por una autoridad judicial o administrativa; y (iii) la comisión de una falta grave tipificada en ley (artículo 25° de la LPCL) que hace irrazonable la continuación del vínculo laboral.

Cabe tener en consideración que las dos primeras causales a las que hemos hecho referencia tienen la particularidad de que derivan de sanciones impuestas por autoridades ajenas a la relación laboral. Luego de la imposición de tales sanciones, recién interviene el empleador decidiendo si ejecuta o no el cese por la causal configurada.

- Causas relacionadas con la capacidad del trabajador: La LPCL regula dos supuestos para las causas relacionadas a la capacidad del trabajador, las cuales detallamos a continuación:

- La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes:

Esta causal otorga a los empleadores un mecanismo para realizar un control sobre los trabajadores y verificar si se encuentran cumpliendo las medidas en materia de seguridad y salud a las que están obligados por acuerdo entre las partes o por mandato legal. En caso de incumplimiento por parte del trabajador, el empleador quedará facultado para operar este tipo de despido. En palabras del profesor Elmer Arce, *“lo que se quiere evitar es, en suma, que se produzca una incapacidad del trabajador, a consecuencia de sus propios incumplimientos”* (2013: 534).

- El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares:

El cese por rendimiento deficiente supone una merma en la calidad de la prestación de servicios del trabajador de manera continua y por un periodo lo suficientemente largo para que el empleador arribe a tal conclusión. La deficiencia deberá acreditarse mediante una comparación de rendimiento de propio trabajador antes de detectar la merma y con el rendimiento promedio de otros trabajadores que realizan las mismas labores en condiciones semejantes.

El empleador se encuentra facultado para solicitar la intervención del Ministerio de Trabajo o del sector al que pertenece la empresa, con la finalidad de acreditar el rendimiento deficiente. Sin embargo, al no ser una obligación, el empleador podría proceder al cese con medios de prueba que considere suficientes para acreditar la deficiencia.

- El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas:

Cabe recordar que el análisis en este punto del informe se realiza con la redacción de esta causal a la fecha de sucedidos los hechos.

Esta causal faculta al empleador a cesar a un trabajador cuando este último adquiera un detrimento de tal magnitud que le impida realizar sus labores. El empleador deberá probar la existencia de un nexo de causalidad entre el detrimento y las funciones que el trabajador realiza en el puesto que ocupa.

Además, tiene la característica de que debe ser sobrevenido, lo que quiere decir que el detrimento deberá haber surgido luego de iniciado el vínculo laboral.

Cabe añadir que en el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, Decreto Supremo N° 001-96-TR, se señala que el detrimento deberá certificarse, a solicitud del empleador, por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú.

- Despido arbitrario: Este tipo de despido se suscita cuando la causa alegada en el procedimiento de despido no se puede probar en juicio. Como consecuencia de este despido, el trabajador cesado tiene derecho al pago de una indemnización por parte del empleador.

Cabe agregar que si en el contrato de trabajo se consignó un periodo de prueba y el trabajador fue cesado dentro de dicho periodo, no habrá derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario.

Hay que añadir que el monto de la indemnización variará dependiendo de la naturaleza temporal o permanente del contrato. En el primer caso, corresponderá que la empresa otorgue una remuneración y media por cada mes que falte para que culmine el contrato, con un límite de 12 remuneraciones. En el segundo caso, corresponderá otorgar una indemnización y media por cada año de prestación servicios en la empresa, hasta un tope de 12 remuneraciones. Finalmente, debe mencionarse que la citada indemnización *“tiene naturaleza reparadora y no sancionatoria (...). Es decir, la indemnización tasada por la LPCL no puede aumentarse, aun cuando los perjuicios sufridos por el trabajador sean mayores”* (Arce 2013: 576).

- Despido nulo: La configuración de este despido tiene lugar cuando se lesionan derechos constitucionales contenidos en el listado de casuales del artículo 29° de la LPCL. De acuerdo a lo señalado por el TC (Expediente N° 976-2001-AA/TC - Caso Llanos Huasco), este despido surge ante la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2° (igualdad ante la ley y no discriminación); inciso 1) del artículo 26° (igualdad de oportunidades sin discriminación) e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución (libertad sindical).

Como indicamos, el despido nulo se encuentra regulado en el artículo 29° de la LPCL, cuya redacción a la fecha de producidos los hechos del caso era la siguiente:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición).
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

Asimismo, mediante la Ley N° 26626, Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual; y, la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, se añadieron las siguientes causales:

- Se despide al trabajador por razones de ser portador de sida.
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad.

La consecuencia del este tipo de despido es la nulidad del acto lesivo del derecho, acto que se materializa reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo. Con la reposición se pretende retornar el estado de las cosas al momento previo al acto lesivo.

- Despido incausado: En la sentencia del TC correspondiente al caso Llanos Huasco también se definió qué debía entenderse por despido incausado. El citado tribunal señaló que tal despido se produce cuando se despide a un trabajador, mediante comunicación verbal o escrita, sin expresar causa alguna derivada de la conducta o la labor que justifique el acto.

Esta clase de despido se considera vulneratorio al derecho al trabajo. Por tal motivo, la configuración de este despido tiene como efecto la reposición en el puesto de trabajo, con la intención de restituir el derecho afectado.

- Despido fraudulento: Este despido ha sido construido y definido por la jurisprudencia constitucional. En el precedente vinculante Llanos Huasco se señaló que el despido fraudulento se produce cuando el trabajador es cesado con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, incluso cuando se cumpla con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, en cualquier de los siguientes supuestos:
 - Cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.
 - Cuando se atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad.

- Cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad.
- Cuando se produce la extinción mediante la fabricación de pruebas.

Al igual que los otros despidos vulnerarios de derechos constitucionales, el efecto del despido fraudulento es la reposición.

Ahora bien, tras haber realizado la definición de las clases de despido, procederemos a realizar el análisis de fondo y determinar si se configuró un despido nulo.

3.3.2. Sobre el supuesto conflicto entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL aplicable durante el desarrollo del proceso y las Normas Técnicas del SCTR.

Como detallamos en los hechos relevantes del caso, el Sr. Serrano señaló en su escrito de demanda que no podía ser despedido, pues en el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR se establece que los empleadores quedan prohibidos de prescindir de los servicios del trabajador basándose en su condición de invalidez, cuando ostenten una invalidez parcial permanente inferior al 50% pero mayor o igual al 20%, y él padecía de una invalidez parcial permanente con 30% de menoscabo.

El TC acogió la posición del demandante y en la sentencia recaída en el Expediente N° 10422-2006-PA/TC afirmó lo siguiente:

“ (...) este Tribunal llega a la conclusión de que el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; (...).

Además, debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50%, no podía ser despedido. Por tanto, si la empleada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador.”

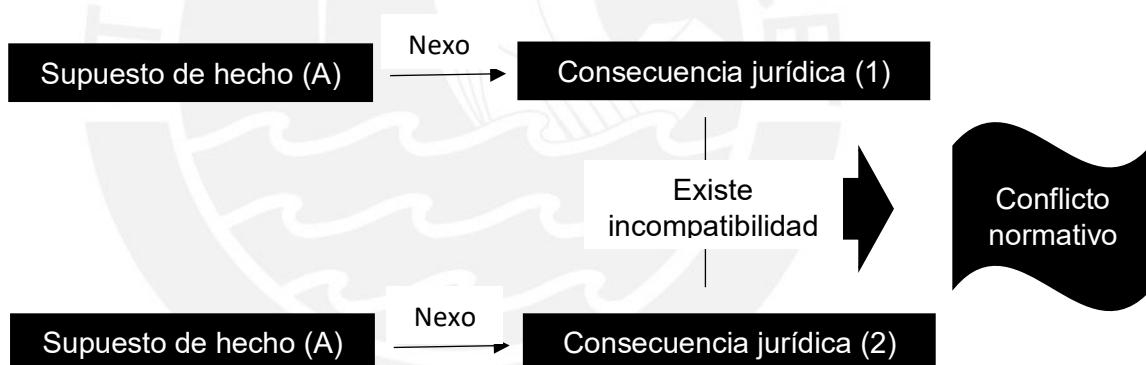
En el primer párrafo de la cita, el TC determinó que el demandante fue despedido por motivos de discriminación que derivaron de su condición de persona con discapacidad y, como consecuencia de ello, ordenó su reposición en la compañía. En el segundo párrafo, el TC indicó que si Yanacocha consideraba, tras la reposición, que el demandante no se encontraba capacitado para realizar sus funciones, debía reubicarlo en otro puesto de trabajo, toda vez que, según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, se encontraba imposibilitado de despedirlo.

Desde nuestro punto de vista, nos encontramos en un caso de relación entre normas, el cual coincide con el de Yanacocha durante el trámite del proceso. La demandada argumentó que en dicha relación normativa entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL y el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR existía un conflicto; además, indicó que como consecuencia del mencionado conflicto debía omitirse la disposición contenida en las Normas Técnicas del SCTR.

Por lo indicado, consideramos relevante determinar de qué modo se relacionan las normas mencionadas y como debía resolverse tal relación en el caso, pues de existir un conflicto tendría que escogerse una norma sobre otra.

Para ello, debe determinarse el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de cada norma (LPCL y Normas Técnicas del SCTR), para que a partir de ello establezcamos si existe o no un conflicto normativo.

El conflicto normativo “se produce cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo hecho, de modo incompatible entre sí” (Neves 2018: 163). Al presentarse esta situación, se da solución al conflicto mediante el empleo de tres criterios de aplicación sucesiva, propuestos por la teoría general del derecho: jerarquía, especialidad y temporalidad.

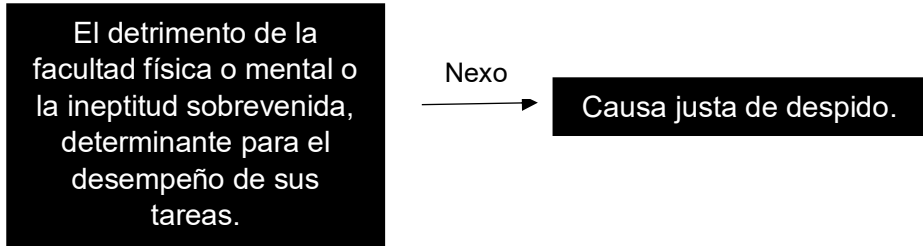


Tras lo expuesto, procedemos a detallar los elementos de ambas normas, con la finalidad de determinar cómo debe resolverse la relación normativa:

- Inciso a) del artículo 23° de la LPCL:

Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.

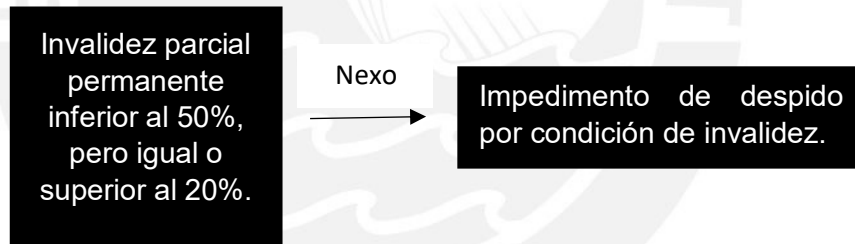


- Artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR:

18.2.4 Invalidez Parcial Permanente Inferior al 50%:

En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por una única vez al ASEGURADO inválido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez.



Luego de haber determinado los elementos, consideramos necesario indicar que *“en un sistema jurídico predominantemente escrito, como es el peruano, el supuesto de la norma suele ser una descripción simplificada y abstracta, y por lo tanto con menos matices descriptivos que los que pueden encontrarse al verificarse luego en la realidad”* (Rubio 2017: 87). En tal sentido, el profesor Marcial Rubio señala que aterrizar a la realidad la relación “supuesto → consecuencia” no necesariamente resulta un tarea sencilla, pues existen diversos factores que lo dificultan, como la ausencia de algún elemento o la existencia de algunos fenómenos ocurridos en la aplicación a la realidad.

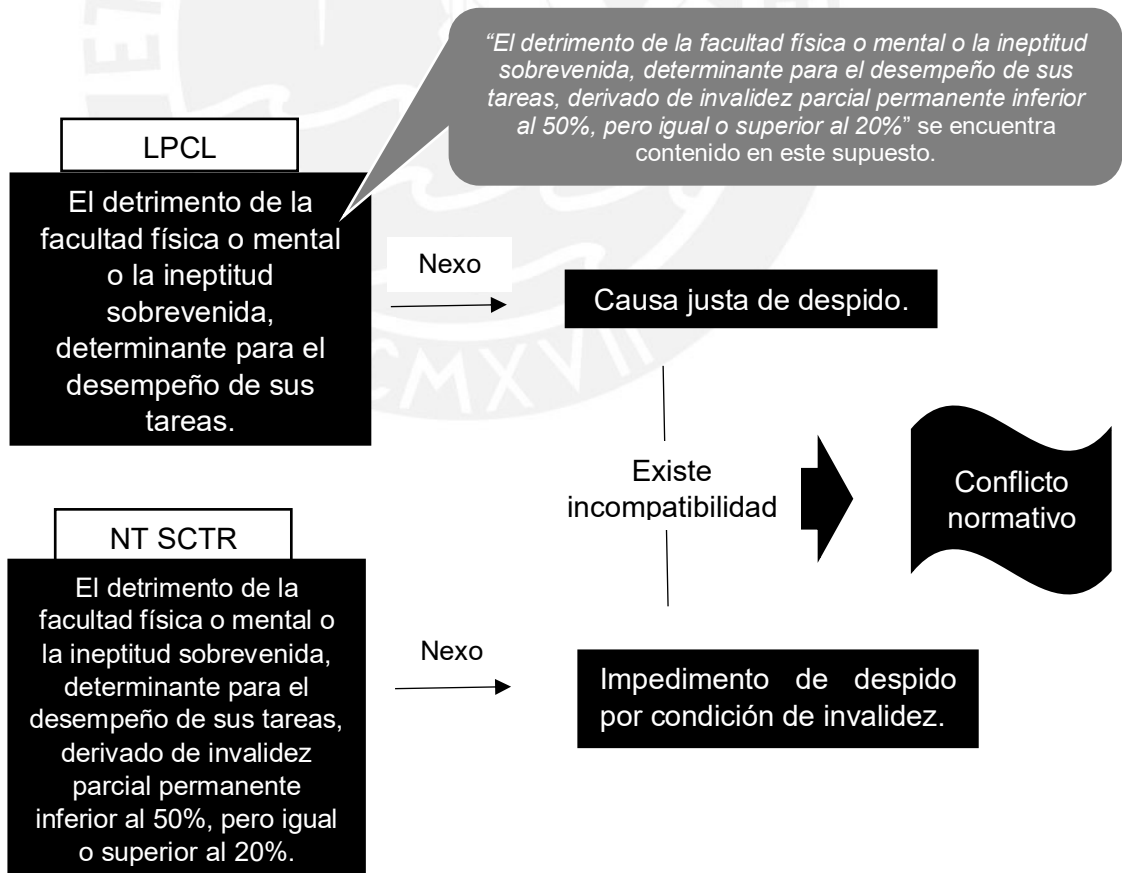
Por tal motivo, resulta pertinente realizar algunas precisiones sobre el aterrizaje a la realidad de las dos normas que son materia de análisis en este extremo del informe.

En primer lugar, debe advertirse que ante un detrimento de facultades físicas o mentales siempre habrá una invalidez. Así, en las ocasiones en las cuales se

produzca un cese por detrimento sobreviniente e ineptitud determinante para el desempeño de las tareas, también existirá una invalidez, en mayor o menor rango, del sujeto afectado. Con ello queremos resaltar que el legislador, al redactar la antigua tipificación del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, no otorgó relevancia al grado de invalidez que pueda padecer un trabajador y consideró la procedencia del despido cuando no exista capacidad para continuar realizando las funciones del cargo, pues un trabajador podría llegar a tener un alto grado de invalidez, pero encontrarse en condiciones de realizar sus tareas laborales, con lo cual no tendría que operar el despido.

En segundo lugar, hay que notar que una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20% es, en todos los casos, semejante a un detrimento, pero este no siempre será determinante para el desempeño de las tareas en el centro laboral. Lo que sucede con las Normas Técnicas del SCTR es que no se ponen en el supuesto de que el trabajador cuente con una invalidez que le impida realizar sus funciones en la empresa.

A partir de lo desarrollado en los dos párrafos precedentes, hemos adecuado los elementos normativos de los artículos en análisis, sacándolos del plano abstracto y aterrizándolos en la realidad, con la finalidad de poder determinar si existe o no un conflicto normativo.



De acuerdo a lo señalado, tal como puede advertirse en la gráfica anterior, consideramos que en el supuesto bajo análisis existe un conflicto normativo. Por tal motivo, corresponde determinar cómo solucionar dicho conflicto.

Hemos indicado que la teoría general de derecho ha propuesto tres criterios de aplicación sucesiva para determinar la norma aplicable en estos casos: jerarquía, especialidad y temporalidad. Así, ante un conflicto se aplicará la norma de mayor jerarquía; si ambas normas tuvieran la misma jerarquía, se elegirá la norma de aplicación especial sobre la general; y, si ambas normas tuvieran el mismo ámbito de aplicación, se tendría que aplicar la norma más reciente.

Dicho ello, la resolución del caso se hace más sencilla, pues la LPCL tiene un mayor rango que las Normas Técnicas del SCTR, con lo cual debería aplicarse el inciso a) del artículo 23° de la LPCL sobre el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR.

Cabe añadir que el Derecho del Trabajo ha desarrollado un principio a aplicar en las situaciones de conflicto normativo: el principio de la norma más favorable. Este principio consiste en seleccionar la norma que conceda mayor ventaja al trabajador, cuando existan dos normas que regulen incompatiblemente el mismo hecho (Neves 2018: 164).

Tras lo indicado, la interrogante que surge es cómo se relaciona este principio con los criterios desarrollados anteriormente y si luego de esta relación la respuesta sobre la norma a aplicarse variará.

En el caso en particular, nos encontramos ante dos normas estatales de distinto rango y ante tal supuesto *“la regla de la jerarquía opera rígidamente”* (Neves 2018: 166). Así, en estos casos no entra en discusión si una norma es más favorable que otra, pues la controversia se resuelve con la sola aplicación de jerarquía de normas.

Cabe señalar que la jerarquía normativa cuenta con reconocimiento constitucional. En el artículo 138° de la Constitución se indica con claridad que los jueces deben preferir -aplicar- la norma legal sobre otra de menor rango, conforme citamos a continuación:

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Por lo tanto, luego de haber resuelto el conflicto, con aplicación de criterio de jerarquía normativa, la causal regulada en la LPCL debía aplicarse si existía un trabajador que presentara un detrimento físico o ineptitud sobreviniente

determinante para el desempeño de sus funciones, sin que el grado de invalidez que produzca dicho detrimento sea de relevancia para la decisión de la empresa. A continuación, presentamos un ejemplo para un mejor entendimiento:

Un profesor de inglés sufre un accidente que le causa lesiones en la columna con un grado de incapacidad parcial permanente menor al 50%. En este caso el grado de incapacidad no es lo relevante para definir si corresponde o no el cese del demandante. Lo realmente importante es que la lesión no sea determinante para el desempeño de las labores, situación que ocurre en el caso, pues, pese a las lesiones, el profesor podrá continuar dictando clases de inglés. Sin embargo, si, en lugar de desempeñarse como profesor, trabajara como albañil de construcción civil, resulta evidente que las lesiones en la columna impedirían que el desarrollo de sus tareas, ya que se encontraría impedido de realizar algunos movimientos, levantar peso, entre otros, con lo cual sí procedería el despido por capacidad.

Luego del análisis realizado, nuestra conclusión es que en el caso en concreto sí existió un conflicto normativo y debió preferirse la aplicación del inciso a) del artículo 23° de la LPCL sobre el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, pues el primero en mención tiene mayor jerarquía normativa que el segundo; además de que en este caso no cabía la aplicación del principio de la norma más favorable.

A modo de comentario, la misma conclusión a la que hemos arribado en este apartado del informe es aplicable a la redacción actual del inciso a) del artículo 23° de la LPCL. Si bien la actual literalidad indica que antes del cese la empresa debe realizar ajustes razonables y reubicar al trabajador, existirían situaciones en las que irremediamente se tendrá que llegar al despido y podría creerse que por la existencia del artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR dicho despido no se podría realizar. Sin embargo, tal controversia ha quedado resuelta con la interpretación al conflicto normativo que hemos realizado.

Finalmente, cabe señalar que este análisis no se realizó en el apartado 3.2.1. del informe, debido a que en dicho extremo hicimos un análisis genérico de la obligación de reubicar al trabajador a la luz de la LPCL. Asimismo, preferimos evaluar lo referido a las Normas Técnicas del SCTR en esta parte del informe, porque su aplicación e interpretación en el caso fue relevante para que el TC determinara la existencia de un despido nulo y, sobre todo, ordenara reponer en al Sr. Serrano en un nuevo puesto de trabajo.

3.3.3. Análisis del procedimiento de despido del demandante y el uso de los medios probatorios

Cuando una empresa cuestiona la capacidad de un trabajador, en el marco de un procedimiento de despido, tendrá la obligación de presentarle una carta de imputación de causa justa de despido y otorgarle un plazo no menor a 30 días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. En el caso concreto,

lo que Yanacocha pretendía era que el trabajador demuestre su capacidad para continuar en el puesto de trabajo que ocupada en la empresa, conforme se advierte de la revisión de la carta de preaviso y de la carta de despido.

Cabe añadir que el artículo 31° de la LPCL únicamente regula la exoneración de asistir al centro de trabajados para los casos de despido por causa relacionada a la conducta del trabajador, restringiéndolo para los casos en los que se perjudique el derecho de defensa. El legislador no previó tal exoneración a los casos de despido por causa relacionada a la capacidad, porque en dichas circunstancias sí se vulneraría el derecho de defensa del trabajador, “*puesto que este necesita este plazo para demostrar su capacidad o corregir su deficiencia*” (Arce 2013: 535).

Asimismo, cuando el cuestionamiento de la capacidad del trabajador consista en el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, la empresa tendrá la obligación de respaldar dicho hecho con un certificado emitido por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú. Además de adjuntarse el referido dictamen médico, la empresa deberá determinar de qué manera el detrimento resulta determinante e impide que el trabajador tenga un correcto desempeño de sus tareas en el puesto de trabajo.

De igual modo, las empresas tienen la obligación de observar el principio de inmediatez al momento de imputar el detrimento físico o mental del trabajador. De acuerdo al referido principio, el empleador “*debe iniciar los trámites de imputación de la causa de despido tan rápido como hubiera tomado conocimiento*” (Arce 2013: 537).

De los hechos ocurridos en el caso concreto, procederemos a evaluar si Yanacocha cumplió con las obligaciones antes descritas en la carta de imputación de cargos.

- Sobre el plazo del trabajador para defenderse de las imputaciones: La demandada cumplió con remitir al Sr. Serrano la carta, de fecha 24 de agosto de 2005, mediante la cual imputó la causa justa de despido relacionada a su capacidad consistente en el detrimento de la facultad física o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas.

En la carta de imputación, Yanacocha concedió al demandante el plazo de 30 días naturales contados a partir de la recepción de dicha comunicación para que formule sus descargos por escrito y demuestre su capacidad.

En tal sentido, la demandada cumplió con otorgar el plazo determinado en ley y no trasgredió este extremo del derecho de defensa previsto para el trabajador.

- Sobre la exoneración de asistir al centro de labores: Yanacocha exoneró al demandante de la obligación de asistir al centro de trabajo durante el transcurso del procedimiento de despido, asegurándole que dicha medida no afectaría los derechos y beneficios que pudieran corresponderle.

Como hemos mencionado, la permanencia en el centro de labores durante el transcurso del procedimiento de despido es de vital importancia para el propio desarrollo del mismo, porque con ello se permite que el trabajador pueda acreditar que se encuentra apto para el desarrollo de sus funciones. El detrimento podría ser determinante para el cumplimiento de las tareas, pero nos encontramos ante un tema que debe verificarse durante el procedimiento, para lo cual la permanencia en el puesto resulta necesaria.

Imposibilitar al trabajador a seguir laborando y no otorgar mayores elementos para determinar si se encuentra o no con las facultades necesarias para continuar ocupando su puesto de trabajo es una afectación al derecho de defensa. Así, la medida de Yanacocha vulneró este extremo del derecho de defensa del Sr. Serrano.

- Sobre el dictamen médico y la existencia de un nexo de causalidad: Yanacocha fundamentó la imputación de detrimento físico determinante para el desempeño de sus tareas en el Dictamen de la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca, de fecha 5 de agosto de 2005, en el cual se le diagnosticó “trastorno del disco lumbar y otros, con radiculopatía” (M51.1) y “lumbago no especificado” (M54.4). En dicho dictamen se señaló que “el paciente no puede [podía] trabajar en áreas que demanden esfuerzos que puedan [pudieran] agravar la enfermedad, pero está [estaba] en capacidad de realizar cualquier otro trabajo”.

Asimismo, en la carta de imputación, la demandada resaltó que reubicó al trabajador a un nuevo puesto de trabajo que implicara un menor esfuerzo físico, pero que las labores del nuevo cargo igual demandaban exigencias físicas que eran incompatibles con su condición, la cual se encontraba acreditada con el dictamen emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades del Hospital II EsSalud de Cajamarca.

Sin embargo, Yanacocha se limitó únicamente a señalar las funciones que realizaba el demandante en su puesto de trabajo, pero no precisó de qué manera las lesiones que este padecía eran determinantes para la realización de sus labores.

Es importante establecer la relación causal entre el detrimento y la manera en cómo ello afecta el desempeño en el trabajo por dos motivos. En primer lugar, porque pone en evidencia que realmente existe una ineptitud determinante para la realización de las tareas; y, en segundo

lugar, porque la defensa del trabajador recaerá sobre dicha relación causal. De lo contrario, la imputación, los descargos y la carta de despido versarán sobre hechos gaseosos y no se habrá permitido al trabajador ejercer de forma plena su derecho a la defensa.

Ahora bien, consideramos un detalle no menor lo referente a la reubicación. Como hemos indicado en diversos apartados de este informe, Yanacocha no tenía la obligación de trasladar al demandante en un nuevo puesto de trabajo cuando ocurrieron los hechos. La reubicación se debió a un acuerdo entre las partes que tuvo como finalidad proteger la integridad física del demandante. La importancia de lo indicado es que cuando suceden estos casos y una empresa considere que existe un detrimento o ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas, no deben tenerse en consideración las tareas para las cuales fue contratado el trabajador, sino aquellas que realiza en el puesto en el cual fue reubicado y, por ende, en el que labora al producirse el cese.

En la carta de imputación Yanacocha hizo referencia al cargo de operador de planta. Sin embargo, no precisó a qué operador de planta se refería, pues tanto el puesto para el cual fue contrato como al que fue reubicado eran operadores planta, pero cada uno tenía características que los hacían distintos. En atención a ello, es presumible que la demandada se refería al cargo que el Sr. Serrano ocupaba cuando fue cesado y sobre ello debía presentar sus descargos el demandante.

- Sobre el principio de inmediatez: Yanacocha tomó conocimiento del dictamen el 23 de agosto de 2005 y fue al día siguiente que envió la carta de imputación al Sr. Serrano. En tal sentido, la empresa cumplió con el principio de inmediatez, toda vez que imputo la causal de despido inmediatamente luego de tomar conocimiento de la condición del demandante.

Podemos notar entonces que Yanacocha incurrió en dos irregularidades en esta etapa del procedimiento de despido, consistentes en la exoneración de asistir al centro de labores y el hecho de no establecer la relación que debía existir entre el detrimento y la posibilidad de realizar sus funciones con normalidad, las cuales configuran una vulneración al derecho a la defensa del demandante.

Tras lo expuesto, corresponde analizar el contenido de la carta de descargos del demandante remitida a Yanacocha el 20 de setiembre de 2005. En esta comunicación, el Sr. Serrano dio respuesta a la carta de imputación indicando lo siguiente:

- Sobre la defensa a los hechos imputados por Yanacocha: El demandante señaló que se reincorporó a Yanacocha luego del accidente y por prescripción médica fue trasladado a un puesto de trabajo distinto al que

venía ocupando. Indicó, además, que se encontraba cumpliendo sus labores sin ningún inconveniente.

En estos casos el trabajador tiene dos opciones. Puede señalar que no existe detrimento en sus capacidades o aceptar que este existe, pero negando que ello afecte su desempeño en el trabajo. El demandante optó por lo segundo, pues señaló que se encontraba realizando su prestación de servicios sin inconveniente alguno.

Si bien posteriormente indicó que presentaría dictámenes médicos para acreditar que la invalidez no existiría, ello no ocurrió durante el procedimiento de despido.

- Sobre el dictamen emitido por EsSalud: El demandante indicó que el dictamen médico emitido por la comisión del Hospital II EsSalud de Cajamarca no señalaba el grado de invalidez. Añadió que según dicho dictamen se encontraba en capacidad para realizar cualquier otra labor.

Corresponde indicar que, como hemos desarrollado anteriormente, el grado de invalidez no es determinante para que opere la causal de despido relacionada a la capacidad del trabajador que estamos analizando, lo realmente importante es que la ineptitud sea sobreviniente y determinante para el desempeño de las tareas.

Con relación a la defensa del demandante, este señaló que según lo expresado en el dictamen, se encontraba en capacidad de seguir desempeñando funciones para la empresa, porque a la fecha de la imputación de la causal de despido las realizaba sin inconvenientes.

- Sobre el material de respaldo a los argumentos del demandante: El demandante señaló que se encontraba solicitando la realización de evaluaciones médicas al Instituto Nacional de Rehabilitación y al Hospital II EsSalud de Cajamarca, con la finalidad de determinar, a partir del resultado que arrojaran dictámenes que emitirían ambas instituciones, si existió alguna anomalía en la determinación de su invalidez.

Cabe precisar que el demandante no presentó los dictámenes, pero se comprometió a hacerlo cuando contara con ellos. Al respecto es importante resaltar que el procedimiento de despido cuenta con un plazo mínimo de 30 días para que el trabajador certifique su rendimiento en las tareas que realiza. De no acreditarse la capacidad dentro de dicho plazo, las empresas cuentan con la facultad de operar el cese.

Así, la empresa se encontraba en facultad de despedir al demandante si consideraba que no había desvirtuado las imputaciones señaladas o de esperar la presentación de la documentación que el demandante se había comprometido a presentar.

- Sobre las Normas Técnicas del SCTR: El demandante señaló que las Normas Técnicas del SCTR establecen la prohibición de prescindir de los servicios de un trabajador basándose en su condición de invalidez.

Como ya hemos desarrollado, lo relevante para la configuración del despido por causa justa relacionada al detrimento o ineptitud sobreviniente es que sea determinante para el cumplimiento de las funciones en la empresa. Entonces, si el trabajador no se encontraba en capacidades de continuar realizando sus tareas, la empleadora podría cesarlo. El conflicto normativo que existe entre las Normas Técnicas del SCTR y la LPCL ya ha sido resuelto en el apartado 3.3.2. de este informe.

- Sobre la exoneración a asistir al trabajo: El demandante señaló que Yanacocha lo exoneró de la obligación de asistir al centro de labores durante el desarrollo del procedimiento de despido, sin que exista prescripción médica u otro motivo para ello. Como ya hemos señalado, este hecho afectó el derecho de defensa del demandante, pues con ello fue impedido de acreditar que se encuentra en condiciones de continuar realizando sus tareas sin inconvenientes

Habiendo analizado el contenido de la carta de descargos del demandante, es pertinente señalar que, desde nuestro punto de vista, la defensa del Sr. Serrano fue ambigua, toda vez que, por un lado, indicó que se encontraba realizando sus funciones sin inconvenientes y, por otro, que sí se encontraba en capacidad de realizar cualquier otra labor. En otras palabras, no quedó claro si pretendía señalar que la incapacidad no afectaba su productividad en la empresa o que sí lo hacía, pero pese a ello podía realizar otras funciones.

Esto hubiese sido más claro si el Sr. Serrano hubiese detallado de qué modo se relacionaba su capacidad con las tareas que le correspondían realizar, pero también hay que indicar que ello era complicado, debido la empresa tampoco realizó dicha relación. Incluso, el Sr. Serrano no tenía obligación de ponerse en supuestos que no habían sido imputados por Yanacocha, pues no podría identificar todos los supuestos en los cuales la empresa podría considerar que existía una relación entre las funciones y la incapacidad.

El procedimiento culminó con la carta de despido de fecha 26 de setiembre de 2005, mediante la cual Yanacocha comunicó al Sr. Serrano que, luego de revisar con minuciosidad su carta de descargos, no logró desvirtuar las imputaciones y, en tal sentido, no demostró contar con capacidad suficiente para cumplir las labores para las cuales fue contratado. Esto último es de especial relevancia, porque ya hemos indicado anteriormente que las partes convinieron por mutuo acuerdo que el Sr. Serrano debía ser reubicado a un nuevo puesto de trabajo con la finalidad de cuidar su integridad. Como consecuencia de ello, las tareas que el demandante realizaba no necesariamente debían coincidir con las funciones para las cuales fue contratado. Lo que debía acreditarse en este procedimiento era que el Sr. Serrano no se encontraba en condiciones, por consecuencia de la incapacidad,

de realizar las tareas inherentes al puesto que ocupaba cuando inicio el procedimiento. Si el despido llegaba a materializarse (como sucedió en la realidad), debía ser por la ineptitud del trabajador de desempeñar las labores del puesto en el cual fue reubicado, situación que no ocurrió en el caso y que vulnera claramente el procedimiento de despido establecido en la LPCL.

Asimismo, Yanacocha reiteró los argumentos indicados en la carta de imputación para justificar que el demandante no logró demostrar capacidad física suficiente para cumplir con sus labores. En tal sentido, en la carta de despido tampoco se indica la relación que debía haber existido entre la capacidad del Sr. Serrano y la imposibilidad para realizar sus tareas con normalidad.

Tras lo expuesto, nuestra conclusión es que Yanacocha incurrió en tres inconsistencias durante el procedimiento de despido: (i) exonerar de asistir a trabajar al demandante; (ii) no exponer la relación que debió haber existido entre el detrimento físico sobreviniente del Sr. Serrano y la ineptitud determinante para desarrollar sus tareas con normalidad; y, (iii) realizar el despido por la supuesta ineptitud del demandante para realizar las funciones para las cuales fue contratado y no para las que se encontraba desempeñando cuando inició el procedimiento.

La pregunta que surge tras la conclusión a la que hemos arribado es si las inconsistencias que ocurrieron durante el procedimiento de cese configuraron la existencia de un despido nulo al Sr. Serrano. Daremos respuesta a ello a continuación.

3.3.4. Análisis de la configuración de un despido nulo en el caso en concreto

Queremos iniciar resaltando la importancia de lo expuesto en los apartados anteriores, pues el TC resolvió la controversia en base a los temas que hemos analizado.

En primer lugar, el TC concluyó que existieron razones de discriminación derivadas de las condiciones de discapacitado, debido a que no se acreditó que el detrimento físico del Sr. Serrano tenga una relación determinante con el desempeño de las funciones que realizaba la empresa. En atención a ello, dicho tribunal declaró la existencia de un despido nulo y ordenó la reposición del demandante.

En segundo lugar, el TC ordenó que el demandante sea reubicado. En atención a lo establecido en el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, si Yanacocha consideraba que el Sr. Serrano no se encontraba capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debía reubicarlo a un nuevo puesto de igual categoría que demande un menor esfuerzo físico.

Partiendo del análisis del TC, sumado a las conclusiones a las que hemos arribado en los apartados previos, estableceremos si en el caso en concreto se

configuró el despido nulo y, de ser ese el caso, determinaremos cuál debió ser el fallo del TC:

- **Sobre la configuración de un despido nulo y la reposición del demandante**

Como hemos desarrollado en el apartado 3.3.3. del informe, existieron inconsistencias en el actuar de Yanacocha durante el procedimiento de despido.

La demandada no determinó de qué modo el detrimento físico impedía que realice sus labores en la empresa y eximió al Sr. Serrano de asistir al centro de labores durante el desarrollo del procedimiento de despido. Ambos actos configuraron una vulneración al derecho de defensa del demandante durante el procedimiento de despido y a su derecho al trabajo cuando dicho procedimiento llegó a su fin.

Asimismo, en la carta de despido se señaló que el cese del Sr. Serrano obedeció a que no pudo acreditar su capacidad para cumplir con las labores para las que fue contratado. Sin embargo, cuando fue despedido, el demandante ya no realizaba las funciones para las que fue contratado, toda vez que las partes convinieron su reubicación, con lo cual es nexo de causalidad entre la ineptitud y la insuficiencia en la realización de las tareas debía obedecer al puesto de trabajo que el Sr. Serrano ocupaba cuando inició el procedimiento de cese. Este acto también atentó contra el derecho al trabajo del demandante, toda vez que fue despedido por una incapacidad -cuya relación con una mala ejecución de sus funciones no fue probada- en atención a un puesto que ya no ocupaba.

Ahora bien, en el artículo 31.2. de la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, se indica lo siguiente:

“Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.

La citada norma, en otros términos, indica que será nulo el despido basado en motivos discriminatorios relacionados a la discapacidad de un trabajador. Dicho ello, corresponde determinar si en el caso en concreto el despido obedeció a ello.

Nuestra posición es que el despido sí se encuentra en el marco de lo establecido en la Ley de la Persona con Discapacidad, pues se fundamentó en la discapacidad diagnosticada en el Dictamen Médico emitido por Hospital II EsSalud de Cajamarca. Si bien se siguió el procedimiento de despido establecido en ley, durante su desarrollo

Yanacocha realizó actos que afectaron el derecho al trabajo del Sr. Serrano y que derivaron de la discapacidad que padecía.

Cabe tener en consideración que despidos como los que han sido materia de análisis, usualmente se encontrarán revestidos del cumplimiento de las obligaciones legales, pero es labor de la judicatura evaluar estos casos verificando que no se haya afectado ningún derecho constitucional. En ese sentido, el TC se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, indicando lo siguiente:

“(…) en la vía de amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional.”

Así, en el proceso de amparo no se realiza una calificación del despido arbitrario, lo que se hace es evaluar el acto de despido para determinar si lesionó derechos constitucionales.

Como hemos mencionado, en el caso se vulneró derecho del trabajo del Sr. Serrano, debido a que fue despedido por su condición física sin que determine de qué manera su discapacidad impedía desempeñar sus funciones. Además, fue imposibilitado de demostrar lo contrario, pues se le exoneró de asistir al centro de labores durante el periodo concedido para presentar sus descargos. Finalmente, el cese se sustentó en que la incapacidad le impedía realizar las funciones para las cuales fue contratado, pero el Sr. Serrano había sido reubicado, con lo cual sus funciones no eran precisamente las que desempeñaba antes de la reubicación.

El cese se realizó debido a que el demandante era una persona con discapacidad. A partir de dicha premisa, Yanacocha procedió a despedir al Sr. Serrano, revistiendo de legalidad el acto. Sin embargo, realizando un análisis del cese, se advierten las inconsistencias detalladas anteriormente, las cuales, al sustentarse en la discapacidad del Sr. Serrano, configuran un acto discriminatorio que afectó su permanencia en el empleo, hecho que debe ser calificado como un despido nulo.

En conclusión consideramos que el TC, pese a que no advirtió algunos elementos que hubiesen reforzado su posición en la sentencia, determinó correctamente la nulidad del despido.

- **Sobre las Normas Técnicas del SCTR**

Sobre la aplicación del artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR también nos hemos pronunciado. En el apartado 3.3.2. del presente informe resolvimos el conflicto normativo entre la mencionada norma y el

inciso a) del artículo 23° de la LPCL, determinando que no existían restricciones para que opere el cese en los casos de detrimento o ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas.

El TC indicó que Yanacocha inicialmente se encontraba imposibilitada de despedir al demandante. Por tal motivo, tras la reposición, y tomando en cuenta que la demandada consideraba que el Sr. Serrano no se encontraba en condiciones de continuar en su puesto de trabajo (lo que motivó el cese), correspondía que sea reubicado a un cargo de similar categoría que no ponga en peligro su integridad.

Sin embargo, si la restricción contenida en el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR era inaplicable, la lógica del TC carecía de sentido, con lo cual no correspondía que el demandante sea reubicado tras la reposición.

Luego de lo expuesto en los apartados que ha tenido el análisis de este problema jurídico, llegamos a la conclusión de que, en el caso en concreto, sí se configuró un despido nulo sobre el demandante. Sin embargo, discrepamos con el TC sobre la reubicación del Sr. Serrano, toda vez que, tras resolver el conflicto normativo entre la LPCL y las Normas Técnicas del SCRT, consideramos inaplicable el artículo 18.2.4. de esta última.

3.4. Determinar si resulta aplicable la represión de actos homogéneos en el presente caso

En este punto del proceso se encontró en discusión cuál era el alcance del acto lesivo determinado en la sentencia del TC. La posición de Yanacocha era que el acto lesivo se reducía al despido por discapacidad y la del Sr. Serrano es que se extendía a las funciones que desempeñaba en la empresa.

Consideramos que la controversia que surgió sobre la represión de actos homogéneos es un aspecto relevante del proceso. Incluso, el propio TC no pudo emitir un pronunciamiento unánime sobre este hecho. En el voto en mayoría de dicho tribunal se indicó que el acto lesivo consistió en el despido realizado por Yanacocha. Sin embargo, los Magistrados Eto Cruz y Calle Hayen emitieron un Voto Singular en el que determinaron que el acto lesivo alcanzaba a las funciones que el demandante realizaba en la empresa, toda vez que tales funciones ocasionaron la discapacidad en la que se basó el despido.

En este punto del informe determinaremos el alcance del acto lesivo y en qué sentido debió emitir el TC el pronunciamiento sobre la represión de actos homogéneos.

3.4.1. Sobre la represión de actos homogéneos

El procedimiento de represión de actos homogéneos consiste en declarar, a pedido expreso de la parte afectada, que un acto sobreviniente es

sustancialmente homogéneo a otro que fue considerado inconstitucional en la sentencia que fue ejecutoriada (Garcés 2005: 47). Cabe precisar que la evaluación y declaración del acto homogéneo se realiza en el marco del mismo proceso en el cual se emitió la mencionada sentencia. Dicho procedimiento se encuentra regulado en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

“Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.”

Como puede advertirse, el Código Procesal Constitucional faculta al juez a proteger daños que se produzcan de forma posterior a la ejecución de sentencia y que deriven del acto lesivo que generó el daño primigenio, el cual fue protegido y revertido por la sentencia ejecutoriada. Para ello resulta de especial relevancia la correcta identificación del acto lesivo, del sujeto dañoso y del sujeto dañado.

Mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 4878-2008-PA/TC, el TC ha emitido doctrina jurisprudencial al respecto. Posteriormente, luego de que el proceso en análisis concluyó, el TC complementó la doctrina jurisprudencial con la sentencia recaída en el Expediente N° 5496-2011-PA/TC, cuyo contenido comentaremos oportunamente.

En la doctrina jurisprudencial emitida por el TC, se definió a la represión de actos homogéneos como un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos.

De tal modo, la sentencia ejecutoriada extiende sus efectos a futuro y permite al demandante ejercer una tutela sobre los derechos que se vean nuevamente afectados por actos semejantes a los que fueron declarados como gravosos. Con ello, la parte vencedora no tendrá que iniciar un nuevo proceso, evitando dilaciones y la posibilidad de que existan dos pronunciamientos diferentes sobre un mismo acto.

En la línea de lo expuesto, el TC también indicó que el sustento de la represión de actos homogéneos es evitar el inicio de un nuevo proceso y garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas.

- **Evitar el inicio de un nuevo proceso**

El mecanismo de represión de actos homogéneos tiene como finalidad evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional para cuestionar la afectación a un derecho ya protegido en un primer proceso. Con ello, además, se pretende evitar la existencia de sentencias contradictorias sobre un mismo hecho.

- **Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas**

El TC señaló que fundamento de la represión de actos homogéneos tiene como finalidad asegurar la eficacia de la cosa juzgada constitucional. El citado tribunal ha indicado que la cosa juzgada constitucional tiene lugar con aquella sentencia que emite pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Asimismo, el TC, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 4878-2008-PA/TC, estableció dos presupuestos procesales que deben concurrir para que proceda una solicitud de represión de actos homogéneos, los cuales explicaremos a continuación:

- **Existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales**

El TC resalta la importancia de la existencia de una sentencia previa a favor del demandante que haya sido ejecutada, pues solo si esta existe se podrá determinar si una acción u omisión que se produzca con posterioridad es homogénea al acto lesivo que se determinó en dicha sentencia.

Para ingresar al análisis de un acto y determinar si es homogéneo al acto lesivo señalado en la sentencia previa, no importará si dicha sentencia fue emitida por el Poder Judicial o el TC.

Si bien no constituyen parte del presupuesto para conocer los requerimientos de represión de actos homogéneos, el TC señaló que para resolver de mejor manera los mencionados requerimientos, la sentencia previa debía establecer con claridad, cuando menos, la siguiente información:

- El derecho identificado como amenazado o vulnerado.
- El acto (acción u omisión) considerado como lesivo del derecho invocado.
- El acto concreto que corresponde ser llevado a cabo por la parte demandada a fin de proteger el derecho amenazado o vulnerado.
- La autoridad a la que corresponde llevar a cabo el mandato ordenado por el juez, sala o tribunal.

- El plazo en que corresponde llevar a cabo el acto concreto a favor del derecho amenazado o vulnerado.
- Las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

- **Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena**

El TC resalta la importancia del cumplimiento de la sentencia previa. Si tras la emisión de la sentencia no se cumple el mandato contenido en ella, el Código Procesal Constitucional cuenta con mecanismos coercitivos para que se efectúe el cumplimiento.

Ahora bien, si luego de tener cumplido el mandato contenido en la sentencia previa se reitera el acto lesivo, recién podrá operar el mecanismo de represión de actos homogéneos.

En otras palabras, para que puedan configurarse actos lesivos homogéneos, de forma previa la parte perdedora del proceso tendrá que haber cumplido con la sentencia que inicialmente puso fin al proceso.

Cabe precisar que luego de concluido el proceso en análisis, mediante la emisión de la sentencia recaída en el Expediente N° 5496-2011-PA/TC, se incluyeron dos presupuestos procesales: (i) Solo si existe una sentencia previa firme en la que se haya establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse con posterioridad la represión de actos homogéneos; y, (ii) La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del TC.

Esta inclusión de nuevos presupuestos procesales no cambió la esencia del procedimiento de represión de actos homogéneos, pues ambos presupuestos se encontraban incluidos en el primer presupuesto desarrollado (existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales).

Adicionalmente, el TC estableció criterios que los Juzgados, las Salas y/o el TC debían identificar para verificar la existencia un acto lesivo homogéneo. El TC estableció dos tipos de criterios que debían analizarse: los criterios subjetivos y los criterios objetivos.

- **Criterios Subjetivos**

- Persona afecta: La autoridad que evalúe el requerimiento de represión de actos homogéneos deberá verificar que la persona que realice dicho requerimiento sea la misma que obtuvo un resultado favorable en el proceso constitucional que dio origen a la sentencia.

- Origen del acto lesivo: El acto lesivo que tenga lugar con posterioridad a la ejecución de la sentencia tendrá que haberse realizado por la misma entidad o persona que fue obligada a realizar o dejar de hacer determinada conducta.

- **Criterio Objetivo: homogeneidad del nuevo acto respecto al anterior**

El artículo 60° del Código Procesal Constitucional indica que el nuevo acto debe ser “homogéneo” al anterior. Sobre tal definición, el análisis no debe resumirse a la reiteración de la conducta, porque si en la sentencia previa se determinó que “x” fue un acto lesivo, ello no quiere decir que “x” siempre será un acto lesivo. Con ello queremos resaltar que la homogeneidad debe verse como un conjunto (analizando las características y las razones que originaron el hecho) y no resumir el análisis a la simple reiteración del acto.

Por ejemplo, si una empresa repite su conducta y despide a un trabajador pero con fundamentos distintos a los utilizados en la primera oportunidad, deberá advertirse que el nuevo despido es un comportamiento no enmarcado dentro de los alcances de la sentencia previa ejecutoriada, con lo cual no calificará como un acto homogéneo y la controversia deberá dilucidarse en un nuevo proceso.

En adición a los criterios expuestos, el TC ha indicado que el carácter homogéneo deberá ser manifiesto. Así, cuando existan dudas sobre la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo, el requerimiento de represión deberá declararse improcedente, dejando a salvo el derecho del demandante de iniciar un nuevo proceso constitucional contra el acto que señala como lesivo. *“Por ello resulta conveniente para la estrategia del demandante hacer explícitos tanto la agresión pasada y la amenaza presente, como hechos relevantes que sustentan su pretensión”* (Garcés 2005: 53).

Luego de lo expuesto en este apartado, procederemos a analizar el alcance de los actos lesivos realizados por la demanda y si el análisis elaborado por el TC sobre la represión de los actos homogéneos se hizo conforme a lo desarrollado por el propio tribunal.

3.4.2. Sobre los alcances de el/los actos/s lesivos/s de la demandada.

En el caso en concreto, el TC fundamentó la existencia de un despido nulo alegando que Yanacocha no pudo acreditar la relación entre la discapacidad que padecía el Sr. Serrano y las funciones que realizaba para la empresa. Así, a criterio del citado tribunal, la demandada cesó al Sr. Serrano debido a su incapacidad, cuya relación con las tareas que desempeñaba en la empresa nunca fue acreditada. Este argumento ha sido objeto de análisis en el apartado 3.3. del presente informe, con lo cual nos remitimos al desarrollo realizado en dicho punto.

Lo que sí corresponde precisar es que el acto lesivo identificado en la sentencia emitida por el TC fue el despido nulo derivado de una discriminación al demandante por razón de discapacidad, debido a que no se estableció el vínculo entre la incapacidad física y las tareas que realizaba en la empresa. En tal sentido, el remedio ante la vulneración del derecho del trabajo del Sr. Serrano era la reposición en Yanacocha.

Con respecto a la reubicación en un nuevo puesto de trabajo, cabe indicar que el TC ordenó esta medida a Yanacocha, debido a la interpretación que le dio al artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR. Por nuestra parte, consideramos que el TC aplicó de forma errónea la citada norma, pues, conforme detallamos en el apartado 3.3.2. del presente informe, existió un conflicto normativo entre la LPCL y las Normas Técnicas del SCTR y, como consecuencia del mismo, tuvo que primar la aplicación del inciso a) del artículo 23º de la LPCL sin tomar la consideración lo dispuesto en las Normas Técnicas del SCTR.

En tal sentido, si adoptáramos por completo la tesis del TC, la reubicación formaría parte de las medidas que tendría que tomar la empresa para dejar sin efecto el acto lesivo. Sin embargo, nuestra posición dista parcialmente de lo dispuesto por el TC, toda vez que, a partir de una interpretación distinta de la relación normativa entre la LCPL y las Normas Técnicas del SCTR, consideramos que en el caso únicamente debió ordenarse la reposición del Sr. Serrano, pero no la reubicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos si la solicitud de represión de actos homogéneos del demandante se realizó de forma correcta y dentro de los parámetros establecidos por el TC.

En primer lugar, verificaremos que se hayan cumplido los dos presupuestos procesales que se encontraban vigentes durante el desarrollo del proceso.

El primero de los presupuestos procesales es la “existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales”. Este presupuesto se cumplió, pues el 16 de enero de 2007 el TC emitió la sentencia que dio por concluida la discusión sobre el fondo de la controversia y declaró fundada la pretensión del Sr. Serrano.

Tras lo expuesto, tuvo lugar el cumplimiento del segundo presupuesto procesal, referente al “cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena”. En efecto, Yanacocha efectuó la reposición del Sr. Serrano a la empresa el 20 de diciembre de 2008, dando cumplimiento al mandato contenido en la sentencia.

Entonces, habiéndose cumplido los dos presupuestos procesales, el Sr. Serrano se encontraba facultado para solicitar la represión de actos homogéneos. Tras ello, corresponde determinar si el requerimiento pretendía la supresión de conductas realmente homogéneas, pues la pretensión del

demandante no fue la reposición, sino la reubicación a un nuevo puesto de trabajo que no ponga en peligro su condición física.

En tal sentido, verificaremos el cumplimiento de los criterios establecidos por el TC para determinar la existencia de un acto lesivo homogéneo.

Iniciando por los criterios subjetivos, podemos precisar que la persona que efectuó el requerimiento de represión de actos homogéneos fue la misma que obtuvo el resultado favorable en la sentencia emitida por el TC: el Sr Serrano. Por tanto, el criterio de “persona afecta” se cumplió en el caso.

Asimismo, el supuesto acto lesivo, luego de ejecutada la sentencia emitida por el TC, fue cometido por la misma entidad que fue obligada a reponer al demandante: Yanacocha; con lo cual, el criterio de “origen del acto lesivo” también fue cumplido.

Habiéndose verificado el cumplimiento de los criterios subjetivos, corresponde corroborar que el criterio objetivo también haya sido cumplido. Para que este último criterio se verifique tendrá que existir homogeneidad entre el nuevo acto y el anterior (el que fue calificado como acto lesivo en la sentencia emitida por el TC), así que procederemos a analizar si existe o no la referida homogeneidad.

Sobre el particular, primero debemos recordar que el TC realizó una interpretación de la relación normativa entre la LPCL y las Normas Técnicas del SCTR que no compartimos. Si asumiéramos la posición del TC tendríamos que decir también que sí existiría homogeneidad entre el acto realizado por Yanacocha luego de ejecutada la sentencia con el que fue calificado como acto lesivo en la misma, pues la reubicación a un puesto de trabajo derivaría de la aplicación del artículo 18.2.4 de las Normas Técnicas del SCTR.

Sin embargo, como hemos mencionado, consideramos que el TC se equivocó al aplicar las Normas Técnicas del SCTR en el caso concreto, debido a una interpretación errónea de la relación entre la mencionada norma y la LPCL. Desde nuestro punto de vista, debió inaplicarse la disposición contenida en el artículo 18.2.4 de las Normas Técnicas del SCTR, con lo cual únicamente correspondía la reposición del demandante a Yanacocha.

Por tanto, si el acto lesivo que cometió Yanacocha fue el despido nulo debido a una discriminación fundamentada en razones de discapacidad y el derecho afectado fue restituido con la reposición del Sr. Serrano, para que exista homogeneidad Yanacocha tuvo que haber vuelto a despedir al demandante por motivos de discapacidad. De lo contrario, al no existir homogeneidad, tuvo que declararse la improcedencia de la solicitud de represión de actos homogéneos.

Como detallamos en los hechos relevantes del caso, el Sr. Serrano, luego de ser repuesto por Yanacocha, fue reubicado en distintos puestos de trabajo, con la finalidad que de las funciones que desempeñase no afectaran su integridad

física. Desde el punto de vista del demandante, la reubicación a un puesto de trabajo que a su consideración implicaba un mayor esfuerzo físico, debía considerarse como una conducta homogénea al acto lesivo identificado en la sentencia emitida por el TC, motivo por el cual interpuso una solicitud de represión de actos homogéneos. No obstante, desde nuestra posición sobre el alcance de acto lesivo de Yanacocha determinado en la sentencia ejecutoriada, la reubicación no debió formar parte del mandato que debía cumplirse para restituir el derecho afectado.

Por lo expuesto, consideramos que no se cumplió el criterio objetivo para que existan actos homogéneos, pues el acto lesivo identificado por el TC en la sentencia (despido nulo) se sancionó con la reposición y, teniendo en cuenta el amplio desarrollo que hemos realizado sobre la aplicación de las Normas Técnicas del SCTR en el caso, la reubicación debió encontrarse fuera de lo ordenado en la sentencia.

A modo de comentario, antes de concluir con el análisis de este problema jurídico, nos resulta curioso que el pronunciamiento en mayoría del TC sobre la represión de actos homogéneos no se condijo con la sentencia que el mismo colegiado emitió. En esta última se ordenó la reposición a Yanacocha y reubicación en un puesto de trabajo de similar categoría que no ponga en riesgo la integridad física del Sr. Serrano; no obstante, en la resolución sobre los actos homogéneos se determinó que no existía homogeneidad en la solicitud de reubicación, porque la conducta lesiva se reducía al despido por razones de discriminación.

Fue el voto singular emitido por los magistrados Eto Cruz y Calle Hayen el cual se encontró en la línea de lo determinado por la sentencia, pues en él se indicó que los actos lesivos cometidos por Yanacocha consistieron en el despido nulo por razones de discriminación y las labores que se encomendaron al demandante. Si bien en el voto singular no se realiza un análisis que vincule las Normas Técnicas del SCTR con el pronunciamiento, hace sentido que si una empresa se encontrara imposibilitada de despedir a un trabajador cuando cuente con una discapacidad parcial permanente inferior a 50% y mayor o igual a 20%, tenga que reubicarlo en un puesto acorde a su condición.

En conclusión, luego del desarrollo realizado en este apartado del informe, nuestra posición es que el acto lesivo realizado por Yanacocha se resumía al despido nulo. Ello debido a la interpretación de la relación normativa entre las Normas Técnicas del SCTR y la LPCL que hemos realizado. Por tanto, no existió homogeneidad entre el supuesto acto lesivo realizado por Yanacocha luego del ejecutoriada la sentencia del TC (el cual pretendía restituirse con la reubicación en un nuevo puesto de trabajo) y el despido nulo (el cual se restituye con la reposición a la empresa). En tal sentido, si el demandante consideraba que la reubicación a un nuevo puesto de trabajo afectaba alguno de sus derechos constitucionales, se encontraba facultado para presentar una nueva demanda y dar inicio a un nuevo proceso, porque, como hemos indicado,

en el caso concreto debió declararse la improcedencia de la solicitud de represión de actos homogéneos.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. Cuando ocurrieron los hechos del caso, se encontraba vigente la redacción anterior del inciso a) del artículo 23° de la LPCL, según la cual bastaba la existencia de un detrimento físico determinante e ineptitud sobreviniente para el desempeño de las labores para que opere un despido por causa justa basado en la capacidad del trabajador. Dicho ello, se concluye que, en caso de que existiera el referido detrimento, la empresa no tenía obligación alguna de reubicar al trabajador en un nuevo puesto de trabajo antes de que opere el cese.

Actualmente, la redacción del inciso a) del artículo 23° de la LPCL se modificó y establece que, ante la existencia de una deficiencia física de un trabajador que sea determinante y sobreviniente para el cumplimiento de sus funciones, la empresa tiene la obligación, antes de que pueda operar el cese, de realizar ajustes razonables en la institución y en el puesto que ocupa el trabajador o, siempre que exista un cargo idóneo, reubicar a este en un nuevo cargo.

Cabe precisar que con la legislación vigente, Yanacocha se encontraría impedida de realizar el cese sin antes haber realizado ajustes razonables o haber trasladado a un nuevo cargo al trabajador, independientemente de que exista responsabilidad o no de la empresa sobre la deficiencia física que sustentaría el despido por capacidad. De acuerdo a la interpretación que hemos desarrollado, la actual redacción del inciso a) del artículo 23° de la LPCL no establece distinción para su aplicación y la finalidad dicho mandato es proteger en condiciones de igualdad los derechos de las personas con discapacidad, con lo cual, a partir de la aplicación del principio *in dubio pro operario*, el citado artículo tendrá que operar en todos los casos en los cuales un trabajador presente alguna deficiencia física.

- 4.2. La procedencia del amparo laboral durante el desarrollo del proceso se encontraba regulada por el Código Procesal Constitucional y por el precedente vinculante Baylón Flores.

El debate sobre la procedencia del amparo en el caso concreto giró en torno a la existencia de una vía “igualmente satisfactoria”. Por un lado, en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional se indica que el amparo no procederá cuando existan vías procedimentales “igualmente satisfactorias” para la protección del derecho constitucional. Por otro lado, en el precedente vinculante Baylón Flores se establecieron los criterios para determinar si la vía laboral es igualmente satisfactoria, conforme detallamos a continuación:

Criterios	¿Cumple?
Protección en los casos de despido nulo: tutela restitutoria	No

(reposición) y estructura idónea del proceso.	
Inexistencia de una necesidad de tutela urgente.	No
Existen hechos controvertidos cuya protección escapa de la naturaleza del amparo.	No

La vía ordinaria laboral sí permitía la reposición de un trabajador cesado como consecuencia de un despido nulo; no obstante, la estructura procesal del amparo garantiza una celeridad que no otorgaba el proceso laboral regulado bajo la Ley N° 26636.

Asimismo, hay que precisar que el Sr. Serrano fue calificado como una persona con discapacidad, con lo cual pertenece a un grupo al que el Estado le otorga una atención especial, de acuerdo al artículo 7° de la Constitución, con lo cual el caso concreto requiere de tutela urgente.

Finalmente, sobre la existencia de hechos controvertidos, hay que señalar que el caso concreto no contaba con una controversia que requiriera de actuación probatoria, por lo que el proceso debía ser resuelto en la vía constitucional.

- 4.3. Luego de concluido el proceso, se emitió la Nueva Ley Procesal del Trabajo que tenía como finalidad que los procesos laborales se caractericen, entre otras cosas, por su celeridad. En atención a ello, el TC consideró pertinente emitir un nuevo precedente vinculante, el cual se materializó con la sentencia emitida en el caso Elgo Ríos.

En el precedente Elgo Ríos se señalaron 4 elementos que tenían que cumplirse de forma copulativa para que el nuevo proceso laboral sea calificado como “igualmente satisfactorio”.

Elementos	¿Cumple?
Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho.	Sí
Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada.	Sí
Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad.	Sí
Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.	No

Con la modificación de la estructura del proceso laboral, la celeridad para emitir un pronunciamiento de fondo se encontraba garantizada. Asimismo, la reposición continuó siendo el efecto de la declaratoria de un despido nulo en los procesos laborales.

De igual manera, concluimos que no existiría riesgo de irreparabilidad en el caso, pues a la fecha de la interposición de la demanda el Sr. Serrano no contaba con una edad avanzada o una lesión grave que pudieran impedir que ante una sentencia favorable para el demandante se pueda retrotraer al estado anterior el derecho afectado

Finalmente, precisamos que el demandante se encontraba dentro de la población que califica como persona con discapacidad, población que tiene una atención especial del Estado por mandato constitucional, el cual se encuentra contenido en el artículo 9° de la Constitución. En este sentido, el caso en particular requeriría tutela urgente, con lo cual correspondería declarar la procedencia de la demanda de amparo.

- 4.4. Consideramos que entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL y el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR existió un conflicto normativo, pues mientras que la primera norma facultaba a la empresa a despedir a un trabajador por razones de capacidad, cuando presente un detrimento físico o mental e ineptitud sobreviniente para el desempeño de sus funciones, la segunda impedía despedir por razones de invalidez a quienes padecían de una discapacidad parcial permanente menor de 50% pero igual o más de 20% de menoscabo a la salud.

Desde nuestro punto de vista, todo detrimento físico o mental representa una invalidez y toda invalidez representa un detrimento físico o mental, con lo cual consideramos que el conflicto entre ambos dispositivos normativos.

Ante ello, hemos concluido que debió aplicarse el criterio de jerarquía normativa para resolver el conflicto, con lo cual tuvo que preferirse lo dispuesto en el inciso a) del artículo 23° de la LPCL y omitirse lo regulado en el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR.

- 4.5. Nuestra posición frente al despido del demandante es que sí existió un despido nulo basado en su condición de discapacidad. La discapacidad del Sr. Serrano se encontraba respaldada en el Dictamen Médico emitido por el Hospital II EsSalud de Cajamarca y fue en atención a ello que Yanacocha decidió despedir al demandante. Sin embargo, durante el procedimiento de despido no se acreditó la relación entre la capacidad del demandante y las funciones que desempeñaba en el puesto de trabajo al que había sido reubicado.

Adicionalmente, la empresa exoneró al demandante de asistir a la empresa durante el tiempo que tenía para presentar sus descargos a la empresa y que serviría para demostrar que se encontraba en condición de realizar las funciones del cargo que ocupada en Yanacocha. Este hecho vulneró el derecho

a la defensa del Sr. Serrano porque se le negó la posibilidad de acreditar que sí podía continuar realizar sus funciones.

Asimismo, en la carta de despido Yanacocha señaló que el cese se debía, entre otros motivos, a que el Sr. Serrano no había acreditado que podía desempeñar, con normalidad y dentro del estándar, las funciones para las cuales había sido contratado. Sin embargo, la demandada omitió que el Sr. Serrano había sido trasladado a un nuevo puesto de trabajo por acuerdo ambas partes, con lo cual lo que debía acreditarse era la posibilidad o imposibilidad de que el demandante desarrolle sus funciones de forma óptima en el cargo en el cual fue reubicado. Este hecho también vulnera el derecho a la defensa y el derecho al trabajo del Sr. Serrano, pues se le despidió por un hecho sobre el cual no tuvo oportunidad de defenderse y por una aparente imposibilidad de realizar funciones que ya no desempeñaba en la empresa.

Por lo indicado, concluimos que en el caso se afectó el derecho al trabajo del Sr. Serrano, toda vez que el cese realizado por Yanacocha califica como un despido nulo basado en su condición de discapacitado.

- 4.6. En atención a que existió un despido nulo, correspondía la reposición del demandante a Yanacocha.

No obstante, consideramos que no correspondía la reubicación a un nuevo puesto de trabajo que ordenó el TC, pues de acuerdo a la aplicación del criterio de jerarquía entre el inciso a) del artículo 23° de la LPCL y el artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, este último dispositivo normativo debió omitirse.

El TC consideró que correspondía la reubicación debido a la interpretación que le dio al artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, pues, a su criterio, si la empresa no podía cesar al trabajador, entonces debía reubicarlo. Sin embargo, al omitirse la aplicación de la referida norma, el razonamiento del TC se quedaría sin respaldo y no cabría la reubicación.

En tal sentido, concluimos que en el caso únicamente debió ordenarse la reposición de demandante.

- 4.7. Nuestra posición es que el acto lesivo realizado por Yanacocha se resumió al despido nulo. En tal sentido, consideramos que no existió homogeneidad entre el supuesto acto lesivo realizado por Yanacocha luego de ejecutoriada la sentencia el TC (consistente en la reubicación a un puesto de trabajo que a consideración del Sr. Serrano colocaba en riesgo su integridad física) y el acto condenado la referida sentencia (el despido nulo).

Una posición en contrario derivaría de la interpretación que el TC otorgó en la sentencia ejecutoriada al artículo 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, interpretación que como hemos detallado se encuentra equivocada, porque en

el caso debió omitirse dicha norma y aplicarse el inciso a) del artículo 23° de la LPCL.

En conclusión, la solicitud de represión de actos homogéneos debió declararse improcedente. Así, si el demandante consideraba que la reubicación afectaba alguno de sus derechos constitucionales, este se encontraba en posibilidad de presentar una nueva demanda de amparo y, con ello, dar inicio a un nuevo proceso.



BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

2017 *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.

2009 “La reforma del proceso de amparo. Avances, problemas y agenda pendiente”. *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*. Lima: Palestra Editores, pp.223-267.

ALVA LÓPEZ, Noelia Belmira

2015 “Despido nulo en la legislación y la jurisprudencia laboral” *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, año 21, número 207, pp. 35-44.

ARCE ORTIZ, Elmer

2013 *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

ARCOS COTRADO, Raúl

2013 “El nuevo recurso de agravio constitucional verificador de la homogeneidad del acto lesivo”. *Gaceta Constitucional*. Lima, tomo 68, pp. 30-37.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2007 “La acción de amparo como vía procesal para la protección contra el despido arbitrario y el código procesal constitucional”. *Foro Jurídico*. Lima, número 7, pp. 142-150.

2003 “La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 21, pp. 154-171.

BREGAGLIO LAZARTE, Renata y otros

2016 “Querer no (siempre) es poder: Algunos problemas laborales de las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 47, pp. 199-213.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005a “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”. *Repositorio Institucional PIRHUA de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Lima, pp. 1-27. Consulta: 11 de enero de 2020.

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2069/Amparo_residual_peru_cuestion_ser_no_ser.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2005b “El contenido constitucional de derecho al trabajo y el proceso de amparo”. *Repositorio Institucional PIRHUA de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Lima, pp. 1-13. Consulta: 11 de enero de 2020.

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1906/Contenido_constitucional_derecho_trabajo_proceso_amparo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2005c “Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional”. *Repositorio Institucional PIRHUA de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Lima, pp. 1-15. Consulta: 11 de enero de 2020.

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2066/Principios_procesales_Codigo_procesal_constitucional.pdf?sequence=1

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2012 *Ley N° 29973*. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, 14 de junio.

2011 *Ley N° 29783*. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 19 de agosto.

1998 *Ley N° 27050*. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, 31 de diciembre.

1996 *Ley N° 26626*. Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. Lima, 19 de junio.

CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio

2015 “La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas”. En CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ). *Anuario de investigación CICAJ 2013 -2014. Las instituciones jurídicas en debate*. Lima: CICAJ, pp. 261-269.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José

2007 “El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 12, pp. 221-254.

ETO CRUZ, Gerardo

2013 “El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 18, pp. 145-174.

FERRO DELGADO, Víctor

2012 “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del TC”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, número 68, pp.471-494.

GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo

2011 “La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 37, pp. 200-211

GARCÉS TRELLES, Kenneth

2005 “La tutela preventiva y el artículo 60° del Código Procesal Constitucional: la represión de actos homogéneos”. *Proceso & Justicia*. Lima, número 5, pp. 47-56.

HUAMÁN ESTRADA, Elmer

2015 “La reposición ante un despido no considerado como nulo, incausado o fraudulento”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, año 21, número 207, pp. 25-34.

LAZZARINI, José Luis

1967 *El juicio de amparo*. Buenos Aires: La Ley.

LENGUA APOLAYA, César

2015 *La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica e impacto en las relaciones laborales*. Lima: Palestra Editores.

LÓPEZ FLORES, Berly Javier

2012 *Los medios probatorios en los procesos constitucionales*. Lima: Gaceta Jurídica.

MERINO GARCÍA, Fabiola

2013 “Análisis de la figura de represión de actos homogéneos”. *Gaceta Constitucional*. Lima, tomo 68, pp. 17-29.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2019 *Resolución Ministerial N° 171-2019-TR*. Lima, 3 de julio.

2012 *Decreto Supremo N° 005-2012-TR*. Lima, 24 de abril.

2005 *Decreto Supremo N° 009-2005-TR*. Lima, 28 de setiembre.

1997 *Decreto Supremo N° 003-97-TR*. Lima, 21 de marzo.

1996 *Decreto Supremo N° 001-96-TR*. Lima, 24 de enero.

NEVES MUJICA, Javier.

2018 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1983 *Convenio 159, Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo*. Ginebra.

1983. *Recomendación 198, Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo*. Ginebra.

1955 *Recomendación 99, Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos*. Ginebra.

OSORIO VÉLIZ, Rosa Valeria y Diego CASTILLO FUENTES.

2015 “La vía igualmente satisfactoria del proceso de amparo: implicancias del precedente Elgo Ríos en la pretensión de reposición de trabajadores en el sector privado. *Ius et veritas*. Lima, número 51, 314-324.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

2010 “La nueva ley procesal del trabajo: de cuarentiocho a seis meses” *Derecho & Sociedad*. Lima, número 35, pp. 225-227.

RUBIO CORREA, Marcial

2017 *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Décimo primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SAGÜEZ, Néstor Pedro

1988 *Derecho procesal constitucional: Acción de amparo*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

SALGADO, Alí Joaquín y Alejandro César VERDAGUER

2000 *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

TORRES BUSTAMANTE, Humberto

2013 “RAC verificador: Una competencia necesaria del TC”. *Gaceta Constitucional*. Lima, tomo 68, pp. 38-42.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

2015 *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2013 *Expediente N° 2383-2013-PA/TC*. Sentencia: 12 de mayo de 2015.

2013 *Expediente N° 5496-2011-PA/TC*. Sentencia: 22 de mayo de 2013.

2009 *Expediente N° 5287-2008-PA/TC*. Sentencia: 4 de setiembre de 2009.

2009 *Expediente N° 4878-2008-PA/TC*. Sentencia: 20 de marzo de 2009.

2007 *Expediente N° 3081-2007-PA/TC*. Sentencia: 9 de noviembre de 2007.

2006 *Expediente N° 6512-2005-AA/TC*. Sentencia: 2 de mayo de 2006.

2005 *Expediente N° 206-2005-PA/TC*. Sentencia: 28 de noviembre de 2005.

2001 *Expediente N° 976-2001-AA/TC*. Sentencia: 13 de marzo de 2003.

2011 *Expediente N° 1124-2011-AA/TC*. Sentencia: 11 de julio de 2002.

VINATEA RECOBA, Luis

2001 “Análisis funcional de la Ley Procesal del Trabajo: Condiciones de la eficacia del proceso laboral”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 17, pp. 27-37

ANEXOS

- Anexo 1: Demanda interpuesta por el Sr. Serrando en contra de Yanacocha, junto con los anexos presentados.
- Anexo 2: Contestación de demanda presentada por Yanacocha, junto con los anexos presentados.
- Anexo 3: Escrito complementario presentado por Yanacocha, junto con los anexos presentados.
- Anexo 4: Sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado.
- Anexo 5: Recurso de apelación de sentencia interpuesto por Yanacocha.
- Anexo 6: Sentencia de segunda instancia emitida por la Sala.
- Anexo 7: Informe escrito presentado por Yanacocha ante el TC.
- Anexo 8: Sentencia emitida por el TC.
- Anexo 9: Escrito presentado por el Sr. Serrano al Juzgado, referente a la solicitud de represión de actos homogéneos.
- Anexo 10: Escrito presentado por Yanacocha al Juzgado, relacionado a la solicitud de represión de actos homogéneos presentada por el Sr. Serrano.
- Anexo 11: Resolución emitida por el Juzgado sobre la solicitud de represión de actos homogéneos presentada por el Sr. Serrano.
- Anexo 12: Escrito presentado por Yanacocha al Juzgado, mediante el cual informó sobre el cumplimiento del mandato referido a la reubicación del Sr Serrano.
- Anexo 13: Escrito presentado por el Sr. Serrano al Juzgado, mediante el cual cuestionó el puesto al que fue reubicado.
- Anexo 14: Resolución emitida por el Juzgado sobre la nueva solicitud de represión de actos homogéneos presentada por el Sr. Serrano.
- Anexo 15: Resolución emitida por la Sala sobre la nueva solicitud de represión de actos homogéneos presentada por el Sr. Serrano.
- Anexo 16: Recurso de agravio constitucional presentado por el Sr. Serrano referente a su solicitud de represión de actos homogéneos.
- Anexo 17: Resolución del Tribunal Constitucional sobre la nueva solicitud de represión de actos homogéneos presentada por el Sr. Serrano.



ANEXO 1

EXPEDIENTE.-

SECRETARIO.

ESCRITO.-

INTERPONE ACCION DE AMPARO

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO CIVIL DE TURNO DE CAJAMARCA.

MAURO SERRANO GARCIA, identificado con D.N.I 19834779, con domicilio en la Av. en Vía de Evitamiento Norte 687 y con domicilio procesal en el Jr. Apurímac 670 Oficina 16, a Usted, con el debido respeto digo:

I.- NOMBRE Y DOMICILIO DE LOS DEMANDADOS

EMPRESA MINERA YANACUCHA SRL, en la persona de su representante legal a quien se le notificará en la Vía de Evitamiento Sur, Manzana B lote 17 Urbanización la Rivera de esta ciudad.

II.- PETITORIO

Interpongo ACCION DE AMPARO por haberse vulnerado mis derechos constitucionales a la estabilidad en el trabajo, derecho del trabajo .

III.- FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de julio del 2001, ingresé a laborar para la demandada en calidad de OPERADOR II de PROCESOS, realizando mis labores con responsabilidad y dedicación.

SEGUNDO.- Por la naturaleza de las labores mi empleadora su labor es de trabajo en riesgo, en consecuencia los trabajadores nos encontramos sujetos a contraer enfermedades ocupacionales, es así que mi persona producto de mi labor ha obtenido una ENFERMEDAD DE ETIOLOGIA OCUPACIONAL, tal como se puede apreciar del informe TRU-CLMTB-NOV-05, y tal como se puede apreciar del Dictamen de la Comisión Medica donde se puede establecer que mi persona tiene una incapacidad PARCIAL PERMANENTE ESTABLECIENDO un menoscabo del

30% en consecuencia no puedo ser despedido por mi empleadora, pues tal como se establece en el Decreto Supremo Nro 003-98-AS en su artículo 18 párrafo 18.2.4 REFERENTE a INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE INFERIOR AL 50% las EMPLEADORAS QUEDAN PROHIBIDAS DE PRESCINDER DE LOS SERVICIOS DEL TRABAJADOR BASADA EN SU CONDICION DE INVALIDEZ, por lo tanto el hecho de haberme imputado falta grave basada en mi detrimento de mis facultades físicas e ineptitud sobreviniente determinantes para el desempeño de mis tareas deviene en un acto abusivo toda vez que la enfermedad contraída por mi persona es netamente OCUPACIONAL y no como se pretende hacer ver que es una enfermedad COMUN.

TERCERO.-Que, son requisitos para declarar la incapacidad Permanente Parcial lo siguiente:

- a.- estar en alta o situación asimilada
- b.- si la incapacidad se deriva de ENFERMEDAD COMUN.
- c.-Tenga una disminución al menos 33% en el rendimiento normal para mi profesión.

Al respecto se debe notar que mi enfermedad que he contraído no es una enfermedad común sino es netamente ocupacional, además que tal como se puede apreciar del dictamen de la COMISION MEDICA , no cuento con el mínimo de disminución en mi rendimiento normal, puesto que mi persona solo cuenta con el 30% de disminución en el rendimiento normal, es por eso que la propia comisión médica señala que el PACIENTE NO PUEDE TABAJAR EN AREA QUE DEMANDEN ESFUERZO FISICO Y QUE PUEDAN AGRAVR ENFERMEDAD , PERO ESTÁ EN CAPACIDAD DE REALIZAR CUALQUIER OTRO TRABAJO.

CUARTO.-Tal como el Decreto Supremo nro 003-98-AS, ART.18, inciso 18.2.4 establece que el trabajador no puede ser despedido si la invalidez es menor al 50%, por lo tanto se ha cometido un abuso eminente al imputarme una falta grave establecida por el Decreto Supremo nro 003-97-TR, ARTÍCULO 23, tal como se puede probar, a través de la norma que adjunto, así como los requisitos mínimos que se establece para poder declarar la incapacidad permanente parcial.

QUINTO.-Que, la demandada a través de su carta de despido de fecha 26 de setiembre del presente año señala en su cuarto fundamento que mi persona sufre de una incapacidad permanente parcial consistente en una hernia de disco en la región lumbar..., pero lo que no se ha tenido en cuenta es que mi invalidez es inferior al 50% por lo tanto por imposición de la norma anteriormente citada no puedo ser despedido, en consecuencia la carta de despido cursada a mi persona debe quedar sin efecto, teniendo en cuenta la prohibición que la norma establece.

SÉXTO.-Que, el despido tal como se ha realizado deviene en un DESPIDO NULO, en tanto mi condición es de encontrarme enfermo cuya enfermedad es de carácter ocupacional tal como se establece el informe que adjunto.

IV.- FUNDAMENTACION JURIDICA DEL PETITORIO.

La acción de amparo: Conforme al artículo 200 inciso 2) de la Constitución Política y la Ley 28237, proceden las acciones de garantía y en especial la Acción de Amparo contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza cualquier derecho constitucional.

2.- La acción de amparo como medida alternativa.- Teniendo en cuenta la jurisprudencia y doctrina la acción de amparo constituye un medio procesal y legal alternativo para reclamar los derechos laborales del trabajador cuando estos son vulnerados.

3.- Decreto Supremo nro 003-98.AS.

V.- MEDIOS PROBATORIOS

1.-Copia del Dictamen de la Comisión Médica, donde se puede apreciar que cuento con el 30 por ciento de menoscabo. Y CARTA DE DESPIDO

2.-Requisitos para declarar la incapacidad permanente parcial.

3.-Informe TRU-CLMTB-NOV-05, en que se establece que mi enfermedad es ocupacional.

4.-Decreto Supremo nro 003-98-AS.

VI.-ANEXOS:

1.A-Copia del Dictamen de la Comisión Médica, donde se puede apreciar que cuento con el 30 por ciento de menoscabo.

1 B-Requisitos para declarar la incapacidad permanente parcial.

SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA COMPANIA
MINERA VANACOCKA S.R.L

REGISTRO SINDICAL N° 4275-2003

1.C.-Informe TRU-CLMTB-NOV-05, en que se establece que mi enfermedad es ocupacional.

1.D.-Decreto Supremo nro 003-09-AS.

1.E.-Boleta de pago del recurrente. ~~Y CARTA DE DESPIDO~~

1.F.-Copia de mi documento de identidad.

OTROSÍ.- Que, al amparo del artículo 15 de la Ley 28237, solicito se deje sin efecto la carta de fecha 26 de setiembre del presente año la misma que comunica mi cese.

SEGUNDO OTROSÍ.- Al amparo de los artículos 74, 80 del C.P.C, otorgo las facultades de representación al letrado que autoriza la presente declarando estar instruido de la misma y de sus alcances.

POR LO EXPUESTO:

Solicito Declarar fundada la demanda y darle el trámite correspondiente conforme a ley.

Cajamarca, 06 de diciembre del 2005.


Victor R. Valdes Briones
ABOGADO LEGAL CAC 747
SINDICATO DE TRABAJADORES
DE LA COMPANIA VANACOCKA


MAURO SERRANO GARCÍA
DNI N° 19834779

ANEXO 1-A

8004

DICTAMEN DE COMISION MEDICA

Fecha		
09	20	05

Comisión	Sesión	Expediente
HOSPITAL II ESALUD COSTARRICA	008	0020

DICTAMEN		
-	0	0
0	2	0
0	2	0
0	5	0

LOS PERSONALES DEL ASEGURADO

Apellido Paterno	Apellido Materno	Nombre(s)
SERRANO	GARCIA	MAURO

Numero de Seguro	Numero	Código Aseguración	Sexo	Etnia
DNI	19834779	63050815R2CMB01	X	1/2

Apellido Paterno	Apellido Materno	Nombre(s)

SUBSIDIOS : SALDO SCIP PENSIONES 10048 Otros

Curso Asistencia

La Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades, de acuerdo a las facultades conferidas con Resolución Nº 092-GD-CR-ESALUD-2002 y visto(s) el(los) informe(s) médico(s) adjunto(s) a folio(s), por UNANIMIDAD, dictaminó

DIAGNOSTICO CIE-10	1º M54.5	2º M51.1	3º	4º
--------------------	----------	----------	----	----

INCAPACIDAD

TIPO DE INCAPACIDAD: TEMPORAL PERMANENTE NO INCAPACIDAD

GRADO: PARCIAL TOTAL GRAN INCAPACIDAD

3º MENOSDADO: 30% En Letras: treinta (su movilidad e independencia física)

FECHA DE INICIO	09	20	05	FECHA PARA EVALUACION	09	20	05
-----------------	----	----	----	-----------------------	----	----	----

OBSERVACIONES El paciente no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar enfermedad, pero está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo.

Dr. Carlos Jiménez Sánchez
MEDICO PSIATRA

Dr. Carlos Jiménez Sánchez
MEDICO - REUMATOLOGO

Carlos Jiménez Sánchez

La incapacidad permanente

Es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, dando lugar a distintos grados de incapacidad. La resolución que apruebe o desestime la solicitud de incapacidad presentada por el trabajador, previa valoración de su estado por el Equipo de Valoración de Incapacidades, será emitida por el INSS y, en caso de ser estimatoria, esto es, si reconoce al trabajador la incapacidad permanente, contendrá el grado de incapacidad y el plazo a partir del que se podrá instar la revisión de la calificación tanto por agravación como por mejoría del trabajador.

Las pensiones por incapacidad permanente se transformarán en pensiones de jubilación cuando el beneficiario cumpla los 65 años. Este cambio no implicará modificación alguna respecto a la prestación que hasta esa fecha viese percibiendo.

Los grados de incapacidad son los siguientes:

Incapacidad Permanente Parcial para el desarrollo de la profesión habitual

Incapacidad Permanente Total para el desarrollo de la profesión habitual

Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo

Gran Invalidez

Incapacidad Permanente Parcial para el desarrollo de la profesión habitual

Es aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución de al menos el 33% en el rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Esta declaración de incapacidad permanente parcial no tiene por qué afectar al desarrollo de otras actividades profesionales que realice el trabajador.

Requisitos

Son los siguientes:

- Estar en alta o situación asimilada.
- Si la incapacidad se deriva de enfermedad común:
 - Tener cotizados 1.800 días en los 10 años inmediatamente anteriores a la declaración de incapacidad, computándose por entero los 18 meses de duración máxima de la incapacidad temporal aunque no se hayan agotado.
 - Los trabajadores menores de 21 años deberán llevar cotizados al menos la mitad del tiempo transcurrido entre los 16 años y la iniciación del proceso de incapacidad temporal del que deriva la situación de incapacidad permanente, computándose igualmente los 18 meses de duración máxima de la incapacidad aunque no se hayan agotado.
- Si la incapacidad permanente está motivada por accidente sea o no laboral o enfermedad profesional: no se exigirá período mínimo de cotización.

Cuantía

Será el importe de 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo de la prestación por incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente parcial.

Incompatibilidades

La percepción de la prestación no será incompatible con la percepción de salarios en el caso de que el trabajador desarrolle otra actividad profesional, ni con las prestaciones por

Incapacidad Permanente Total para el desarrollo de la profesión habitual

Es aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Requisitos

- Estar en alta o en situación asimilada.
- Si la incapacidad deriva de enfermedad común:
 - Si el trabajador tiene menos de 26 años, deberá tener cotizados la mitad del tiempo transcurrido entre los 16 años y la fecha del hecho que causa el derecho a la pensión.
 - Si el trabajador tiene más de 26 años, deberá tener cotizada al menos la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en la que cumplió los 20 años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo en todo caso de 5 años. Además, la quinta parte de este periodo deberá estar comprendida en los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- Si la incapacidad está motivada por accidente sea o no laboral o enfermedad profesional, no se exigirá periodo de cotización.

Incompatibilidades

La percepción de esta pensión es incompatible con la pensión por jubilación por lo que, al cumplir la edad, el trabajador deberá optar por una de ellas.

Tampoco será compatible con la percepción de la prestación por desempleo por lo que el trabajador podrá continuar percibiendo la prestación por desempleo hasta que se agote y después la prestación por incapacidad permanente.

Por el contrario, la percepción de la pensión sí será compatible con el desarrollo de otra actividad laboral y, por tanto, con la percepción del salario derivado de ésta.

Cuantía

La prestación económica consistirá en una pensión vitalicia por importe del 55 % de la base reguladora que podrá incrementarse en un 20 % cuando el trabajador tenga o cumpla 55 años y no realice otros trabajos.

Esta pensión podrá ser sustituida por una indemnización a tanto alzado si el trabajador es menor de 60 años y lo solicita dentro de los 3 años siguientes a la fecha de la resolución.

El importe de la indemnización dependerá de la edad del trabajador y oscilará entre el importe de 84 y 1.2 mensualidades.

Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo

Es la que la que inhabilita por completo al trabajador para la realización de toda profesión u oficio.

Requisitos

- Estar afiliado a la Seguridad Social.
- Si la incapacidad deriva de enfermedad común:
 - Si el trabajador está en alta y es menor de 26 años, deberá haber cotizado al menos la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la fecha en que se produzca el hecho causante.
 - Si el trabajador está en alta y tiene cumplidos 26 años, deberá haber cotizado al menos una cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en la que cumplió los 20 años y la del día en que se produzca el hecho causante, con un mínimo en todo caso de 5 años. Además una quinta parte de este periodo deberá estar comprendido en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho que causó la incapacidad.
- Si la incapacidad deriva de accidente sea o no laboral o de enfermedad profesional, no se exigirá periodo de cotización.

Incompatibilidades

El trabajador podrá realizar aquellas actividades que su incapacidad permita, siendo compatible la percepción de la pensión con la retribución de dichas actividades

Por el contrario, la percepción de la pensión por incapacidad absoluta será incompatible con la percepción de prestaciones por desempleo y con la pensión de jubilación, por lo que llegado este momento el beneficiario deberá optar por una de las dos.

Cuantía

La prestación económica consistirá en una pensión vitalicia por importe del 55 % de la base reguladora.

Gran Invalidez:

Es la situación del trabajador que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer y similares.

Requisitos

- **Estar afiliado a la Seguridad Social.**
- **Si la incapacidad deriva de enfermedad común:**
 - Si el trabajador está en alta y es menor de 26 años, deberá haber cotizado al menos la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumpla los 16 años y la fecha en que se produzca el hecho causante.
 - Si el trabajador está en alta y tiene cumplidos 26 años, deberá haber cotizado al menos una cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en la que cumplió los 20 años y la del día en que se produzca el hecho causante, con un mínimo en todo caso de 5 años. Además una quinta parte de este período deberá estar comprendido en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho que causa la incapacidad.
- **Si la incapacidad deriva de accidente sea o no laboral o de enfermedad profesional, no se exigirá período de cotización.**

Cuantía

La prestación consistirá en una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora incrementada en un 50% destinada a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.

Dicho incremento podrá sustituirse por el alojamiento y cuidado del inválido en régimen de internado en una institución asistencial adecuada, a cargo de la Seguridad Social.

Incompatibilidades

La pensión por incapacidad será compatible con la remuneración de aquellos trabajos y servicios realizados por el beneficiario dentro de los límites de su capacidad.

Por el contrario, no será compatible con la percepción de prestaciones por desempleo ni con la pensión de jubilación.

Las lesiones permanentes no incapacitantes

Son las lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter definitivo causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional que no llegan a constituir una incapacidad permanente y que suponen una disminución o alteración en la integridad física del trabajador y son recogidas por un baremo.

Beneficiarios

Son aquellos trabajadores en alta o situación asimilada a la de alta, que hayan sufrido la lesión, mutilación o deformación con motivo de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El contenido de la prestación

La prestación consistirá en una indemnización que se abonará de una sola vez y cuya cuantía se establecerá en el baremo establecido al efecto.

Incompatibilidades

La percepción de esta indemnización será compatible con el trabajo en la misma empresa y con la prestación por desempleo en su caso.

Por el contrario será incompatible con la percepción de prestaciones por invalidez permanente, salvo que las lesiones, mutilaciones o deformidades, sean totalmente independientes de las tomadas en consideración para declarar la invalidez y su grado.



D.M.E.L.I.M.A S.A.C.

CLINICA LIMATAMBO

Tu Clínica de Confianza

INFORME AL PACIENTE

PACIENTE : SERRANO GARCIA MAURO

OCCUPACION : OPERADOR DE PROCESOS II

USUARIO : PT

FECHA : 23-XI-05

Paciente varón de 42 años que desde hace 02 años sufre dolor dorsolumbar crónico tras realizar esfuerzo físico importante en su trabajo (levar peso excesivo) el que no cede al tratamiento convencional. Dicho evento se inició el 03-V-2003 en que es atendido en el Centro Médico del Km 37, Campamento Mínero, tal como consta en la copia de la Consulta Médica realizada ese día por el Dr. Glenn Díaz, con el Diagnóstico de Lumbalgia aguda. Concomitantemente refiere dolorabilidad de miembro inferior izquierdo que provoca claudicación a la marcha. El diagnóstico es confirmado al día siguiente 09-V-03 por el Dr. Emerson Sánchez Chávez, ambos eventos en relación a esfuerzo físico exagerado durante el trabajo: etiología ocupacional.

Desde entonces al no mejorar sintomatología realiza numerosas Consultas Médicas Externas en las Clínicas Los Fresnos y Limatambo

Al Examen Clínico preferencial se constata contractura paravertebral dorsolumbar, Lasegúe positivo en miembro inferior izquierdo, con reflejo patelar disminuido en el mismo. Se transfiere entonces a Lima para realizar Resonancia Magnética e interconsulta para Neurocirugía (23-VIII-03)

RESONANCIA MAGNETICA : Deshidratación L4-L5 con protrusión difusa. Hipertrofia de facetas y articulaciones. Estenosis espinal.

El 09-Set-03 es sometido a cirugía de Hernia de Núcleo Pulposo L4-L5 en Lima con evolución más o menos favorable, persistiendo cierta secuela.

DIAGNOSTICO:

LUMBALGIA CRONICA

SECUELA POST-OPERADO DE HERNIA LUMBAR

Paciente requiere seguir tratamiento en el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación bajo evaluación médica permanente. Debe evitar las estancias de pie prolongadas y esfuerzo físico importante de área dorsolumbar. Tiene Resonancia Magnética del 11-02-05 indicando hipertrofia de facetas y articulaciones interfacetarias, estenosis biforaminal y alteraciones postquirúrgicas post-disectomía y hemilaminectomía izquierda.

Posee Dictamen de la Comisión Médica de Incapacidad de EsSalud donde dictamina un menoscabo del 30 %, parcial y permanente, pero puede realizar otros trabajos que no impliquen esfuerzo físico. Tiene Certificado de Discapacidad del Instituto de Rehabilitación de Lima donde indica como Diagnóstico : Síndrome Post-Laminectomía y Radiculopatía L5 Izquierda con Trastorno de Disco Lumbar, y como Diagnóstico

DOY FE: Que lo presente copia en acuerdo exactamente con su original que tengo a la vista

Cajamarca

Miguel Ledesma Inostroza

NOTARIO ABOGADO

Jr. Puno 265

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

(5176) 82-3113

CAJAMARCA - PERU - SUDAMERICA

1-10

DECRETOS SUPREMOS

SALUD

Aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo

DECRETO SUPREMO N° 003-98-AS

CONCORDANCIA: R.G.G. N° 1002-CG-ESSALUD-2000

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud N° 26790 se estableció un nuevo modelo de protección a la comunidad de trabajadores dependientes e independientes, activos y pensionistas, inspirado en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y al libre acceso a las prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas y orientado hacia la universalización del sistema en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud;

Que, dentro de este contexto, el Artículo 19 de la Ley N° 26790, reglamentado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, dispuso la sustitución del Régimen del Decreto Ley N° 18846, Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, por un nuevo sistema denominado Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que comprende el amparo universal de los trabajadores, sean empleados u obreros, que laboran en los Centros de Trabajo de Entidades Empleadoras que desarrollan las actividades descritas en el Anexo 5 del referido Decreto Supremo N° 009-97-SA;

Que mediante Decreto Supremo N° 001-98-SA se dispuso la expedición de Normas Técnicas sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo orientadas a precisar el contenido y condiciones de las coberturas y las normas mínimas de contratación de dicho seguro;

Que es necesario aclarar los alcances del Artículo 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA;

En uso de las atribuciones conferidas por el numeral 3 del Artículo 113 de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1.- Apruébase el Reglamento adjunto denominado "Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo" compuesto por siete Capítulos, cuarentidós Artículos, cuatro Disposiciones Transitorias y cuatro Disposiciones Finales.

Artículo 2.- Sustitúyase el Artículo 88 del Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de la Modernización de la Seguridad Social de Salud; el cual queda redactado en los términos siguientes:

"Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrate coberturas insuficientes, será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro, al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados.

La cobertura supletoria de la ONP a que se refiere el párrafo anterior sólo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, siempre y cuando la entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro señalado en el Artículo 87 y dichas prestaciones se deriven de siniestros ocurridos dentro del periodo de cobertura supletoria de la ONP. En estos casos las prestaciones que se otorguen serán establecidas por la ONP teniendo como referencia el nivel máximo de pensión del Sistema Nacional de Pensiones. La responsabilidad de la Entidad Empleadora por los costos de las prestaciones cubiertas por la ONP es por el valor actualizado de las mismas.

Los Trabajadores a que se refieren los párrafos precedentes y sus beneficiarios, podrán accionar directamente contra la entidad empleadora por cualquier diferencial de beneficios o prestaciones no cubiertas en relación con los que otorga el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que se derive de los incumplimientos a que se hace referencia en el presente artículo.

Asimismo, en caso que la Entidad Empleadora omitiera inscribirse en el Registro referido en el Artículo 87, los trabajadores y sus beneficiarios tendrán acción directa contra la Entidad Empleadora por el íntegro de las prestaciones correspondientes a las Coberturas de Invalidez, Sobrevivencia y Gastos de Sepelio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo."


Artículo 3.- El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 4.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Salud, de Trabajo y Promoción Social y de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los trece días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Etiológico : Levantamiento de Objetos pesados, con fecha de inicio de la Discapacidad el 07-V-03, con Discapacidad Permanente, Parcial, pero autosuficiente, recomendando reubicación laboral en área que no demande sobreesfuerzo físico.
CONCLUSIÓN: Enfermedad de Etiología Ocupacional.

Atte.:


HERNANDEZ S. NURETHIN OSWALDO
CIRUJANO ORTOPEDICO CLTB
CMP 19251 RNE 8853

DOY FE: Que lo presente copia
concuerta exactamente con el
original que tengo a la vista.
Cajamarca,

06 DIC. 2003




NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

ALBERTO FANDOLFI AREBULO
Presidente Constitucional de la República
ALBERTO FANDOLFI AREBULO
Presidente del Consejo de Ministros
MARINO COSTA BARRER
Ministro de Salud
JORGE GONZALEZ IZQUIERDO
Ministro de Trabajo y Promoción Social
JORGE CAMET DICKMANN
Ministro de Economía y Finanzas

NORMAS TECNICAS DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACION DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Artículo 1.- Ambito de Aplicación

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores empleados y obreros que tienen la calidad de afiliados regulares del Seguro Social de Salud y que laboran en un centro de trabajo en el que la Entidad Empleadora realiza las actividades descritas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

Artículo 2.- Accidente del Trabajo

2.1 De acuerdo con el inciso b) del Artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se considera accidente de trabajo, toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo.

2.2 Se considera igualmente accidente de trabajo:

- El que sobrevenga al trabajador ASEGURADO durante la ejecución de órdenes de la Entidad Empleadora o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro y de las horas de trabajo.
- El que se produce antes, durante después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo; si el trabajador ASEGURADO se hallara por razón de sus obligaciones laborales, en cualquier centro de trabajo de la Entidad Empleadora, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado.
- El que sobrevenga por acción de la Entidad Empleadora o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

2.3 No constituye accidente de trabajo:

- El que se produce en el trayecto de ida y retorno a centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta de la Entidad Empleadora en vehículos propios contratados para el efecto;
- El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal;
- El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador;
- El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo;
- El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo;
- Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte de EL ASEGURADO;
- Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín, conmoción contra el orden público o terrorismo;
- Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otra convulsión de la naturaleza;
- Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa.

Artículo 3.- Enfermedad Profesional

De acuerdo con lo establecido por el Inc.n) de Artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o de medio en que se ha visto obligado a trabajar.

La tabla de Enfermedades Profesionales y su vinculación causal con la clase de trabajo que la origina será aprobada por el Ministerio de Salud, a propuesta de la Comisión Técnica Médica a que se refiere el Art. 30 del presente Decreto Supremo.

En caso que una enfermedad no aparezca en la Tabla de Enfermedades Profesionales a que se refiere el párrafo anterior, pero se demuestre que exista relación de causalidad con la clase de trabajo que desempeña el trabajador o al ambiente en que labora, será reconocida como Enfermedad Profesional. El IPSS, las EPS, las ASEGURADORAS el Instituto Nacional de Rehabilitación y el Centro de Conciliación y

1-D

Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, informarán a la Comisión Técnica Médica respecto de los casos que conozcan para que los incluya en las ulteriores propuestas de modificación de la referida Tabla.

Artículo 4.- Accidentes y Enfermedades Comunes

Todo accidente que no sea calificado como accidente de trabajo con arreglo a las normas del presente Decreto Supremo, así como toda enfermedad que no merezca la calificación de enfermedad profesional; serán tratados como accidente o enfermedad comunes sujetos al régimen general del Seguro Social en Salud y al sistema pensionario al que se encuentre afiliado el trabajador.

Artículo 5.- Entidades Empleadoras Obligadas

Las Entidades Empleadoras que realizan las actividades de riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, están obligadas a contratar el seguro complementario de trabajo de riesgo, siendo de su cuenta el costo de las primas y/o aportaciones que origine su contratación. Están comprendidas en esta obligación las Entidades Empleadoras constituidas bajo la modalidad de cooperativas de trabajadores, Empresas de Servicios Especiales, sean Empresas de Servicios Temporales o sean Empresas de Servicios Complementarios, los contratistas y subcontratistas, así como toda institución de intermediación o provisión de mano de obra que destaque personal hacia centros de trabajo donde se ejecuten las actividades de riesgo previstas en el referido anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA. Las Entidades Empleadoras que contraten obras, servicios o mano de obra proveniente de las empresas referidas en el párrafo anterior, están obligadas a verificar que todos los trabajadores destacados a su Centro de Trabajo, han sido debidamente asegurados conforme a las reglas del presente Decreto Supremo; en caso contrario, contratarán el seguro por cuenta propia a fin de garantizar la cobertura de dichos trabajadores, so pena de responder solidariamente con tales empresas proveedoras frente al trabajador afectado, al IPSS y a la ONP, por las obligaciones previstas en el Artículo 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Artículo 6.- Asegurados Obligatorios

De acuerdo con lo establecido por el Art. 82 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, son asegurados obligatorios del seguro complementario de trabajo de riesgo, la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo previstas en el Anexo 5 de dicho Decreto Supremo, sean empleados u obreros, sean eventuales, temporales o permanentes.

Para estos efectos, se considera "Centro de Trabajo" al establecimiento de la Entidad Empleadora en el que se ubican las unidades de producción en las que se realizan las actividades de riesgo inherentes a la actividad descrita en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA. Incluye a las unidades administrativas y de servicios que, por su proximidad a las unidades de producción, exponen al personal al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional propio de la actividad productiva. Cuando por la dimensión del "Centro de Trabajo", las unidades administrativas o de servicios se encuentren alejadas de las unidades de producción por una distancia tal que evidencie que los trabajadores de dichas unidades administrativas o de servicios no se encuentran expuestas al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional propio de la actividad desarrollada por la Entidad Empleadora, ésta podrá decidir, bajo su responsabilidad, la no contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para dichos trabajadores.

Son también asegurados obligatorios del seguro complementario de trabajo de riesgo, los trabajadores de la empresa que, no perteneciendo al centro de trabajo en el que se desarrollan las actividades referidas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se encuentran expuestos al riesgo por razón de sus funciones, a juicio de la Entidad Empleadora y bajo las responsabilidades previstas en el último párrafo del presente artículo.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora es responsable frente al IPSS o la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorguen al trabajador afectado por un accidente o enfermedad profesional que, estando expuestos al riesgo, no hubiera sido asegurado, en aplicación del Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Artículo 7.- Contratación Facultativa

Los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, sean empleados u obreros, que presten servicios a una Entidad Empleadora obligada a la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo, pero cuyas labores se desarrollan en un centro de trabajo en el que no se ejecutan las labores de riesgo especificadas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, no son asegurados obligatorios para los efectos del Capítulo 8 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, salvo los que se indican en el penúltimo párrafo del artículo anterior. Las coberturas de salud y pensiones por accidente de trabajo y enfermedad profesional de los afiliados a que se refiere el presente artículo, se encuentran amparadas, dentro del régimen común del Seguro Social en Salud y de Pensiones, al cual se encuentren afiliados, respectivamente.

La Entidad Empleadora puede optar por extender el seguro complementario de trabajo de riesgo a los trabajadores que no tengan la calidad de asegurados obligatorios, en cuyo caso las entidades referidas en el artículo anterior no podrán negarse a otorgar la cobertura solicitada.

Artículo 8.- Obligación de Admitir la Afiliación

El IPSS, las Entidades Prestadoras de Salud, la ONP y las Compañías de Seguros están obligadas a admitir la afiliación del centro de trabajo que lo solicite, quedando prohibido todo mecanismo de selección entre los trabajadores. Pueden, sin embargo exigir examen médico y/o declaración de salud previas a la celebración del contrato correspondiente, únicamente para delimitar la cobertura correspondiente a los trabajadores que ostenten una condición de invalidez previa al seguro. Así mismo, podrán supeditar la vigencia de la cobertura

a la adopción de medidas de prevención o protección de cumplimiento obligatorio, incluyendo las referidas en el Artículo 24.6 del presente Decreto Supremo.

Artículo 9.- Arbitraje

La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 006-97-SA conforma al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.

Artículo 10.- Deberes del Trabajador

Son deberes del Trabajador:

- a) Procurar el cuidado integral de su salud;
- b) Suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud;
- c) Colaborar y velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Entidad Empleadora en virtud de este Decreto Supremo;
- d) Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud ocupacional de la Entidad Empleadora;
- e) Participar en la prevención de riesgos profesionales que organice el IPSS, las Entidades Prestadoras de Salud las ASEGURADORAS y la propia Entidad Empleadora;
- f) Si se encuentran gozando de pensión de invalidez, Proporcionar información actualizada acerca de su domicilio, teléfono, y demás datos que sirvan para efectuar las visitas dirigidas a evaluar la evolución de su estado de salud; así como informar a la ASEGURADORA que le abona la pensión respecto de cualquier variación que modifique o extinga la causa por la cual se le otorgó la pensión.
- g) Cumplir con el tratamiento médico y rehabilitador que le fuere prescrito;

Artículo 11.- Deberes de la Entidad Empleadora

Son deberes de la Entidad Empleadora:

- a) Procurar el cuidado integral de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;
- b) Diseñar y ejecutar programas de salud ocupacional y seguridad industrial;
- c) Informar al IPSS o la EPS, así como a la ONP o la Compañía de Seguros, sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales detectadas en sus centros de trabajo; así como los cambios que se produzcan en sus centros de trabajo en materia de procesos de fabricación; ingresos, incapacidades, licencias, vacaciones, suspensiones de contratos de trabajo, modificación de salarios y ceses de sus trabajadores;
- d) Facilitar la capacitación de los trabajadores del centro de trabajo en materia de salud ocupacional y seguridad industrial;
- e) Las demás obligaciones previstas en la legislación laboral y otras normas sobre salud ocupacional y seguridad industrial.

Artículo 12.- Negligencia Grave de la Entidad Empleadora

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se produzcan como consecuencia directa del incumplimiento de las normas de salud ocupacional o de seguridad industrial o por negligencia grave imputables a "LA ENTIDAD EMPLEADORA" o por agravación de riesgo o incumplimiento de las medidas de protección o prevención a que se refiere el Artículo 3 del presente Decreto Supremo; el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud y la ONP o la ASEGURADORA, cubrirán el siniestro, pero podrán ejercer el derecho de repetición por el costo de las prestaciones otorgadas contra la Entidad Empleadora.

CAPITULO II

PRESTACIONES DE SALUD

COBERTURA DE SALUD POR TRABAJO DE RIESGO

Artículo 13.- Prestaciones Mínimas

La cobertura de salud por trabajo de riesgo otorga, como mínimo, las siguientes prestaciones:

I) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS;

II) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, cualquiera que fuere el nivel de complejidad; hasta la recuperación total del ASEGURADO o la declaración de una invalidez permanente total o parcial o fallecimiento. EL ASEGURADO conserve su derecho a ser atendido por el Seguro Social en Salud con posterioridad al alta o a la declaración de la invalidez permanente, de acuerdo con el Artículo 7 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

III) Rehabilitación y readaptación laboral al ASEGURADO inválido bajo este seguro;

IV) Aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios al ASEGURADO inválido bajo este seguro.

Esta cobertura no comprende los subsidios económicos que son otorgados por cuenta del Seguro Social de Salud según lo previsto en los Artículos 15, 16 y 17 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Artículo 14.- Entidades Prestadoras de la Cobertura en Salud.

La cobertura de salud por trabajo de riesgo sólo puede ser contratada por la Entidad Empleadora, a su libre elección, con cualquiera de las siguientes entidades prestadoras:

- a) El IPSS;
- b) La EPS elegida conforme al Artículo 15 de la Ley N° 26790;

1-D

Cuando no existiera una EPS elegida, la Entidad Empleadora podrá decidir la contratación de la cobertura de salud con cualquier otra EPS que opere en el mercado peruano.

Las ENTIDADES EMPLEADORAS que cuentan con establecimientos propios de salud, están obligadas a contratar la cobertura de salud por trabajo de riesgo con el IPSS o una EPS autorizada, pero podrán arribar a convenios especiales con dichas entidades con el objeto de que sus establecimientos propios cubran, por cuenta del IPSS o de la EPS elegida, parte de las prestaciones.

Artículo 15.- Normas Imperativas para la Cobertura de Salud de Trabajo de Riesgo.

Los contratos que celebren las Entidades Empleadoras con el IPSS o con las Entidades Prestadoras de Salud, serán nominativos, constarán por escrito y se sujetarán estrictamente a las normas de la Ley N° 26790 y demás normas reglamentarias, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto en contrario.

Las cláusulas que estipulen exclusiones, restricciones de cobertura o causales de pérdida de los beneficios de los asegurados o sus beneficiarios no previstas en dichas normas, se tienen por no puestas.

En todo aquello que no se encuentre regulado por normas imperativas, rige el principio de libertad en la contratación.

Artículo 16.- Condiciones Mínimas Imperativas de los Contratos para la Cobertura de Salud por Trabajo de Riesgo

Los contratos de servicios de salud que celebren las Entidades Empleadoras con el IPSS o con las Entidades Prestadoras de Salud, para el otorgamiento de las prestaciones correspondientes a la Cobertura de Salud de Trabajo de Riesgo, se sujetarán estrictamente a los siguientes términos y condiciones mínimas:

16.1 La cobertura que otorgue el IPSS a la Entidad Prestadora de Salud, es integral, comprendiendo obligatoriamente las prestaciones de salud tanto de la capa simple como de la capa compleja, sin perjuicio de los convenios previstos en el segundo párrafo in fine del Art. 83 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

16.2 Las condiciones de cobertura y las prestaciones serán iguales para todos los trabajadores, cualquiera que fuere su nivel remunerativo. La cobertura rige para los ASEGURADOS a partir del día de inicio de la vigencia del contrato, no pudiendo pactarse cláusulas que establezcan exclusiones de dolencias o enfermedades preexistentes, períodos de carencia, copagos, franquicias o pago alguno de los trabajadores con cargo a reembolso u otros mecanismos similares.

16.3 Las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son:

a) Lesiones voluntariamente autoinfligidas o derivadas de tentativa de autoeliminación;
b) Accidente de trabajo o enfermedad profesional de los trabajadores asegurables que no hubieren sido declarados por la Entidad Empleadora; cuyas lesiones se mantendrán amparadas por el Seguro Social de Salud a cargo del IPSS, de acuerdo con el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

c) Procedimientos o terapias que no contribuyen a la recuperación o rehabilitación del paciente de naturaleza cosmética, estética o suntuaria, cirugías electivas (no recuperativas ni rehabilitadoras) cirugía plástica, odontología de estética, tratamiento de periodoncia y ortodoncia; curas de reposo y del sueño, lentes de contacto. Sin embargo, serán obligatoriamente cubiertos los tratamientos de cirugía plástica reconstructiva o reparativa exigibles como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

16.4 Las exclusiones previstas en el Anexo 3 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, reformado por el Decreto Supremo N° 001-98-SA, así como las ulteriores modificaciones que experimenten, sólo serán de aplicación a la cobertura de salud por trabajo de riesgo en la medida en que sean incorporadas en norma expresa y específica al seguro complementario de trabajo de riesgo.

16.5 Podrán pactarse cláusulas de suspensión o resolución del contrato por mora en el pago de la prima total, o de una de las letras o cuotas acordadas en los casos que se haya pactado el pago fraccionado, o por inefecución de las medidas de protección o prevención señaladas en el Artículo 8 del presente Decreto Supremo. En estos casos, si se opta por la suspensión, el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud continuará obligada a otorgar las prestaciones de salud en favor de los ASEGURADOS, sin perjuicio de su derecho de repetir contra la ENTIDAD EMPLEADORA por el costo del tratamiento. Si se opta por la resolución la cobertura de los trabajadores continuará a cargo del IPSS hasta que se designe una nueva entidad que otorgue la cobertura de salud por trabajo de riesgo, siendo de aplicación el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA. Transcurridos treinta días naturales sin que se hubiera contratado a una nueva entidad prestadora, se entenderá que es voluntad de la Entidad Empleadora la contratación de la cobertura con el IPSS, entidad que procederá a extenderla cobrando las primas correspondientes.

16.6 Es obligación de la Entidad Empleadora informar a la entidad prestadora, respecto de los cambios en el centro de trabajo que impliquen una agravación del riesgo. Cursado el aviso, la Entidad Prestadora tendrá un plazo de quince días calendario para comunicar a la Entidad Empleadora su decisión de mantener la cobertura sin reajuste de primas o proponer el reajuste de las mismas o exigir la adopción de medidas de protección o prevención a que se refiere el Artículo 8 del presente Decreto Supremo. Vencido este plazo, se entenderá que ha optado por mantener la cobertura sin reajuste de primas y sin la exigencia de medidas de protección o prevención antes señaladas. En caso que la Entidad Empleadora no se encuentre de acuerdo con el reajuste de las primas o con las medidas de protección o prevención exigidas, podrá resolver el contrato concertando la cobertura con otra Entidad Prestadora, siendo de aplicación el Artículo 16.5 precedente.

16.7 Los contratos se celebrarán a plazo indefinido. Dentro de su vigencia, el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud sólo podrán resolverlo por causal de incumplimiento imputable a la Entidad Empleadora. Es nulo de pleno derecho, el pacto por el cual el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud se reserva el derecho de resolución del contrato sin expresión de causa. No obstante, la Entidad Empleadora sí podrá resolver el contrato sin que medie causal de resolución, mediante un preaviso escrito no menor de 90 días calendario.

16.8 En cualquier caso de terminación o resolución del contrato, la reapertura de los trabajadores continuará a cargo del IPSS hasta que se elija la nueva Entidad Prestadora que otorgue la cobertura de salud; siendo de aplicación el Artículo 16.5 precedente. La resolución del contrato no podrá implicar la interrupción de tratamientos en curso ni de algún otro modo afectar los derechos devengados a favor de LOS ASEGURADOS durante la vigencia del contrato.

16.9 Salvo pacto en contrario, el contrato sólo es exigible respecto de tratamientos médicos practicados en el Perú; salvo el caso de emergencias amparadas por el seguro ocurridas en el extranjero o tratamientos médicos que no puedan ser practicados en el país, los cuales se atenderán según los costos usuales en el Perú por tratamientos similares.

Artículo 17.- Atención de Siniestros

17.1 Inmediatamente de producido un accidente de trabajo o surgida la necesidad de tratamiento por una enfermedad profesional, el ASEGURADO comunicará el hecho a la Entidad Empleadora. En caso de impedimento del ASEGURADO, cualquier otra persona podrá dar el aviso correspondiente.

17.2 Conocido un accidente por la Entidad Empleadora, ésta cursará aviso inmediato por escrito al IPSS o a la EPS que hubiere otorgado la cobertura de salud por trabajo de riesgo.

17.3 En casos de emergencia, la Entidad Empleadora está obligada a prestar los primeros auxilios, así como procurar la asistencia médica y farmacéutica inmediata requerida por un accidente o enfermedad profesional, quedando facultado para recuperar del IPSS o la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentra afiliado el trabajador, los costos razonables que correspondan a las circunstancias. Las discrepancias que se produzcan por la aplicación de este artículo, serán resueltas por la Comisión Arbitral Permanente a que se refiere el Artículo 90 del Decreto Supremo Nº 009-97-SA.

17.4 La Entidad Empleadora es responsable de trasladar al ASEGURADO accidentado al establecimiento de salud del IPSS o de la EPS que hubiere otorgado la cobertura de salud por trabajo de riesgo.

17.5 El IPSS o a Entidad Prestadora de Salud que hubiere otorgado la cobertura de salud por trabajo de riesgo, recibirá al paciente con la sola verificación de su condición de trabajador, prestándole la asistencia médica requerida, sin ningún requisito de calificación previa, aun cuando se trate de riesgos excluidos y sin perjuicio de su derecho de repetir contra quien corresponda por el costo del tratamiento.

17.6 El IPSS o la Entidad Prestadora de Salud no podrá referir al paciente a otro centro médico, sin observar los procedimientos señalados en el Capítulo 9 del Decreto Supremo Nº 009-97-SA.

17.7 El IPSS o a la EPS contratada por la Entidad Empleadora, prestarán directamente los servicios médicos requeridos en sus propios establecimientos o dispondrán, bajo su garantía y responsabilidad, la atención médica necesaria por los establecimientos médicos designados en el contrato de afiliación.

17.8 Los facultativos que intervengan en el tratamiento del paciente emitirán informe detallado que quedará adherido en la historia clínica del paciente, en el que conste el día y la hora de la atención, la clase de lesión sufrida por el ASEGURADO, la intervención particular practicada, el tratamiento iniciado y las recomendaciones médicas dispuestas para la recuperación total del paciente.

17.9 Las prestaciones médicas del IPSS o de la EPS que hubiere otorgado la cobertura de salud por trabajo de riesgo, serán otorgadas hasta la recuperación total del paciente, incluyendo el costo de la rehabilitación, prótesis, renovación y reparación de prótesis, así como aparatos ortopédicos necesarios.

CAPITULO III

PRESTACIONES ECONOMICAS

COBERTURA DE INVALIDEZ Y SEPELIO POR TRABAJO DE RIESGO

Artículo 18.- Riesgos Asegurados y Prestaciones Mínimas

La cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo protegerá obligatoriamente al ASEGURADO o sus beneficiarios contra los riesgos de invalidez o muerte producida como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional; otorgando las siguientes prestaciones mínimas:

- a) Pensión de Sobrevivencia
- b) Pensiones de Invalidez
- c) Gastos de Sepelio

18.1 PENSION DE SOBREVIVENCIA:

18.1.1 "LA ASEGURADORA", pagará pensión de sobrevivencia en caso de fallecimiento del ASEGURADO:

- a) Ocasionado directamente por un accidente de trabajo o enfermedad profesional; o,
- b) Por cualquier otra causa posterior después de configurada la invalidez o mientras se encuentre gozando de una pensión de invalidez, parcial o total, temporal o permanente; o,
- c) Producido mientras EL ASEGURADO se encontrara gozando de subsidio por incapacidad temporal a cargo del Seguro Social de Salud como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional siempre que la causa de la muerte se encuentre relacionada directamente con el accidente o enfermedad profesional;

18.1.2 Los montos de pensión serán calculados sobre el 100% de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, con el límite máximo previsto en el tercer párrafo del Artículo 47 del Decreto Supremo Nº 004-98-EF actualizado según el Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador, que lo sustituya, de acuerdo con las reglas vigentes para los afiliados al sistema privado de pensiones. Para tal fin la remuneración asegurable de cada mes no podrá exceder en ningún caso de la remuneración oportunamente declarada para el pago de las primeras. En caso el afiliado tenga una vida laboral activa menor a 12 meses se tomará el promedio de las remuneraciones que haya recibido durante su vida laboral, actualizado de la forma señalada precedentemente. Los montos de pensión serán los siguientes:

10

a) El 42 % de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO, Para el cónyuge o conviviente a que se refiere el Art. 326 del Código Civil de 1984, si no existieran hijos a los que se refiere el literal c) de este inciso;

b) El 35 % de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO, para el cónyuge o conviviente a que se refiere el Art. 326 del Código Civil de 1984, en caso de existir hijos a los que se refiere el literal c) siguiente;

c) El 14% de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO a cada hijo menor de 18 años, así como a cada hijo inválido mayor de 18 años incapacitado para el trabajo en forma total y permanente, calificados conforme al presente Decreto Supremo;

d) El 14% de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO para cada uno de los padres del ASEGURADO que cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

. que sean calificados como inválidos total o parcialmente en proporción superior al 50%, conforme al presente Decreto Supremo; o,

. que tengan más de 60 años de edad y que hayan dependido económicamente del causante, de acuerdo con las normas que fije la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones para los afiliados al Sistema Privado de Pensiones que se aplicarán por analogía.

18.1.3 Cuando existan cónyuge o conviviente e hijos del "ASEGURADO" con derecho a pensión de sobrevivencia, éstos gozarán la que les corresponde en forma concurrente; pero si el monto total excede el 100% de la "Remuneración Mensual" del "ASEGURADO" dichas pensiones quedarán reducidas proporcionalmente de modo tal que, en conjunto, no superen dicha "Remuneración Mensual".

18.1.4 Cuando existan cónyuge o conviviente y padres del "ASEGURADO" con derecho a pensión de sobrevivencia, éstos concurrirán en el goce de las pensiones que les corresponda, sin lugar al recálculo previsto en el Artículo 18.1.3.

18.1.5 Cuando sólo existan hijos y padres del "ASEGURADO", con derecho a pensión de sobrevivencia, todos los hijos concurrirán en el goce de la pensión que les corresponda; pero la pensión de los padres sólo procederá si quedará algún remanente.

18.1.6 Cuando existan cónyuge o conviviente, hijos y padres del "ASEGURADO", con derecho a pensión de sobrevivencia; los padres gozarán de las pensiones que les corresponda, sólo si quedará algún remanente luego de aplicar el Art. 18.1.3 anterior.

18.1.7 De no existir cónyuge o conviviente con derecho a pensión, el porcentaje de la remuneración a que se refiere el inciso a) del Artículo 18.1.2 anterior, se asignará como pensión en caso que quedare un solo hijo como beneficiario, aunque existan padres. De haber dos o más hijos con derecho a pensión, la pensión conjunta se incrementará en 14 puntos porcentuales sobre el porcentaje referido en el inciso a) del Artículo 18.1.2, tantas veces como hijos hubiese, distribuyéndose en parte iguales; pero la pensión de los padres sólo procederá si quedara algún remanente de acuerdo con el Artículo 18.1.5.

18.2 PENSIONES POR INVALIDEZ:
"LA ASEGURADORA" pagará al ASEGURADO que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara en situación de invalidez; las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo, de acuerdo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Salud a propuesta de LA COMISIÓN TÉCNICA MÉDICA.

Los montos de pensión serán calculados sobre el 100% de la "Remuneración Mensual" del ASEGURADO, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, con el límite máximo previsto en el tercer párrafo del Artículo 47 del Decreto Supremo N° 004-98-EP actualizado según el Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya, de acuerdo con las reglas vigentes para los afiliados al sistema privado de pensiones. Para tal fin la remuneración asegurable de cada mes no podrá exceder en ningún caso de la remuneración oportunamente declarada para el pago de la respectiva prima. En caso el afiliado tenga una vida laboral activa menor a 12 meses se tomará el promedio de las remuneraciones que haya recibido durante su vida laboral, actualizado de la forma señalada precedentemente. Los montos de pensión serán los siguientes:

18.2.1 Invalidez Parcial Permanente:
"LA ASEGURADORA" pagará, como mínimo, una pensión vitalicia mensual equivalente al 50% de la "Remuneración Mensual" al "ASEGURADO" que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior al 50% pero menor a los dos tercios.

18.2.2 Invalidez Total Permanente:
"LA ASEGURADORA" pagará, como mínimo, una pensión vitalicia mensual equivalente al 70% de su "Remuneración Mensual", al "ASEGURADO" que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior a los dos tercios.

La pensión será, como mínimo, del 100% de la "Remuneración Mensual", si como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro, EL ASEGURADO calificado en condición de Invalidez Total Permanente, quedará definitivamente incapacitado para realizar cualquier clase de trabajo remunerado y, además, requiriera indispensablemente del auxilio de otra persona para movilizarse o para realizar las funciones esenciales para la vida. En este caso la pensión resultante no podrá ser inferior a la Remuneración mínima legal para los trabajadores en actividad.

18.2.3 Invalidez Temporal:
En caso de Invalidez temporal, "LA ASEGURADORA" pagará al "ASEGURADO" la pensión mensual que corresponda, según el grado total o parcial de la invalidez a que se refieren los Artículos 18.2.1 y 18.2.2, hasta el mes en que se produzca su recuperación.

El carácter temporal o permanente de la invalidez, se determina en función al grado de recuperabilidad que puede tener una persona al sucederle un siniestro que repunte tal condición.

18.2.4 Invalidez Parcial Permanente Inferior al 50%:

En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por una única vez al ASEGURADO INVÁLIDO, el equivalente a 24 meses de pensiones calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador, en su condición de inválido.

18.3 GASTOS DE SEPULCRO:

En caso de fallecimiento del "ASEGURADO" como consecuencia inmediata de un accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro o mientras se encuentra gozando de subsidios a cargo del Seguro Social de Salud por una causa relacionada con el accidente de trabajo o enfermedad profesional o por cualquier causa posterior a la obtención de una pensión de invalidez total o parcial, permanente o temporal bajo esta seguro; "LA ASEGURADORA" reembolsará, como mínimo, los gastos de sepelio a la persona natural o jurídica que los hubiera efectivamente sufragado, hasta el límite correspondiente al mes del fallecimiento, señalado por la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los afiliados a dicho sistema; contra la presentación de los documentos originales que sustenten dicho gasto.

18.4 BENEFICIOS DE LIBRE CONTRATACION:

Dentro del régimen de libertad de contratación, LAS ASEGURADORAS podrán, en las pólizas que emitan de acuerdo con lo establecido en el presente decreto supremo, pactar pensiones y beneficios mayores a los establecidos en este Capítulo, así como ofrecer indemnizaciones o pensiones para los ASEGURADOS, cuya invalidez fuera inferior al 20%. En tal caso la mejora de las coberturas será concertada para la totalidad de los asegurados obligatorios.

Artículo 19.- Inicio del goce de las Pensiones

El derecho a las pensiones de invalidez del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social en Salud. Para este efecto se acumularán los períodos de subsidio en la forma que establezca el IPSS.

Artículo 20.- Reajuste de las Pensiones

Las pensiones pactadas en moneda nacional serán imperativamente reajustadas en la forma prevista por el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, según el Índice de Precios al Consumidor que elabora el Instituto Nacional de Estadística e Informática o el indicador que lo sustituya, en los períodos que se inician los meses de enero, abril, julio y octubre, tomando en consideración la inflación acumulada en el trimestre anterior.

Las pensiones pactadas en moneda extranjera se sujetarán a las reglas que para los afiliados al Sistema Privado de Pensiones apruebe la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Los beneficios de esta cobertura no pueden ser inferiores a los que brinda el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (AFP), regido por el Decreto Ley N° 25897 y sus reglamentos. En consecuencia, cualquier modificación dispuesta en la normatividad sobre esa materia, será automáticamente aplicable a los nuevos contratos de seguro que para la cobertura de Invalidez y Gastos de Sepelio se celebran con posterioridad al inicio de vigencia de la norma correspondiente.

Artículo 21.- Aseguradoras

La cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo será contratada por la Entidad Empleadora, a su libre elección con:

- a) La Oficina de Normalización Previsional (ONP); o,
- b) Compañías de Seguros constituidas y establecidas en el país de conformidad con la ley de la materia y autorizadas expresa y específicamente por la Superintendencia de Banca y seguros para suscribir estas coberturas, bajo su supervisión.

Artículo 22.- Modalidad Alternativa de Contratación

Sin perjuicio del derecho a la libre elección de las Entidades Empleadoras conforme al artículo precedente; de acuerdo con el Artículo 83 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, las EPS pueden ofrecer, conjuntamente con la cobertura de salud de trabajo de riesgo por cuenta propia, la cobertura de invalidez y gastos de sepelio por cuenta de una Compañía de Seguros o con la ONP, con el solo objeto de sumar esfuerzos de prevención, evaluación y administración de los riesgos.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los contratos correspondientes deberán ser celebrados en forma separada con la EPS y la Compañía de Seguros o la ONP, fijándose en cada uno de ellos la retribución respectiva, en forma desagregada.

Queda prohibido a la EPS, a la Compañía de Seguros y a la ONP, cobrar o abonar comisiones de intermediación por esta modalidad de contratación.

El IPSS podrá, igualmente, ofrecer planes conjuntos con una Compañía de Seguros o con la ONP, para otorgar las Coberturas de Salud y de Invalidez y Gastos de Sepelio por Trabajo de Riesgo, en las mismas condiciones señaladas en este artículo y sin recurrir a mecanismos de subsidio.

Artículo 23.- Normas Imperativas

Los contratos que celebran LAS ASEGURADORAS de la Cobertura de Invalidez y Gasto de Sepelio por Trabajo de Riesgo con LAS ENTIDADES EMPLEADORAS, serán nominativos, constarán por escrito y se sujetarán estrictamente a las normas de la Ley N° 26760 y sus reglamentos.

San, asimismo, de aplicación supletoria las normas legales y administrativas que regulan los contratos celebrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones para las Coberturas de Invalidez, Sobrevivencia y Gastos de Sepelio.

La Superintendencia de Banca y Seguros supervisará que las pólizas que emitan las ASEGURADORAS se ajusten a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia. Para este efecto, pondrán en conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros sus formatos de póliza, antes de su utilización.

Es nulo de pleno derecho cualquier pacto en contra del mandato imperativo de dichas normas.

Toda cláusula que estipule exclusiones, restricciones de cobertura o causales de pérdida de los beneficios de los asegurados o sus beneficiarios no previstas en dichas normas, se tienen por no puestas.

En todo aquello que no se encuentre regulado por normas imperativas, rige el principio de libertad en la contratación.

Artículo 24.- Condiciones Mínimas Imperativas de los contratos de seguro para la Cobertura de Invalidez y Sepelio por Trabajo de Riesgo

Los contratos de seguro para la cobertura de Invalidez y Sepelio por Trabajo de Riesgo, se sujetarán estrictamente a los siguientes términos y condiciones mínimas:

24.1 Las condiciones de cobertura y las prestaciones serán iguales para todos los trabajadores, de acuerdo a su nivel remunerativo y no podrán estipular beneficios menores a los que rigen para los afiliados al Sistema Privado de Pensiones. Si, dentro del régimen de libertad de contratación, se pactaran subsidios a cargo de las ASEGURADORAS o se acordaran pensiones o indemnizaciones mayores a los establecidos en el presente Decreto Supremo, tales prestaciones serán concertadas para todos los trabajadores ASEGURADOS.

Esta disposición no afecta el derecho de la Entidad Empleadora de contratar otros seguros privados, a favor de uno o más trabajadores, con coberturas adicionales a las previstas en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, siempre que consten en pólizas independientes.

24.2 La cobertura que otorgue LA ASEGURADORA, es de aplicación a los ASEGURADOS a partir del día de inicio de la vigencia de la póliza y no podrá contemplar exclusiones de dolencias o lesiones preexistentes, períodos de carencia, copagos, franquicias o mecanismos similares. Pueden, sin embargo, pactarse penalidades contractuales aplicables a la Entidad Empleadora que declare remuneraciones inferiores a las efectivamente percibidas, pero en ningún caso tales penalidades afectarán a los trabajadores o sus beneficiarios en su derecho a obtener pensión ni al monto de las mismas. Por excepción a lo establecido en el Artículo 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, LA ASEGURADORA pagará el íntegro de las pensiones que correspondan al trabajador o beneficiario, ejerciendo el derecho de repetición contra la Entidad Empleadora por el exceso no cubierto por el seguro.

24.3 Dentro de los riesgos asegurados las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son:

a) Invalidez configurada antes del inicio de vigencia del seguro cuyas prestaciones serán amparadas por la ASEGURADORA que otorgó la cobertura al tiempo de la configuración de la invalidez o, en caso que el trabajador que tenga la calidad de asegurado obligatorio no hubiera estado asegurado, por la OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL. En este último caso, es de aplicación el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

b) Muerte o invalidez causada por lesiones voluntariamente autoinfligidas o autoeliminación o su tentativa.

c) La muerte o invalidez de los trabajadores asegurables que no hubieran sido declarados por EL CONTRATANTE cuyas pensiones serán de cargo de la OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, de conformidad con el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

d) La muerte del ASEGURADO producida mientras EL ASEGURADO se encuentra gozando del subsidio de incapacidad temporal a cargo del IPSS, por causas distintas a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

24.4 Las partes pueden pactar que la demora en el pago de la prima total o de una de las letras o cuotas acordadas, en caso que hayan pactado el pago fraccionado, o la inexecución de las medidas de protección o prevención señaladas en el Artículo 8 del presente Decreto Supremo, dará lugar a la suspensión automática de la cobertura a partir de la fecha de tal incumplimiento, sin necesidad de previo aviso o declaración judicial; pero LA ASEGURADORA continuará obligada a otorgar las prestaciones que se generen durante el período de mora, sin perjuicio de su derecho de repetir contra la ENTIDAD EMPLEADORA por el costo de las mismas. Si, de acuerdo con las normas que regulan los contratos de seguro LA ASEGURADORA opta por la resolución del contrato; la cobertura de los trabajadores continuará a cargo de la ONP hasta que se designe una nueva entidad que otorgue la cobertura de Invalidez y Gastos de Sepelio por trabajo de riesgo, siendo de aplicación el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA. Transcurridos treinta días naturales sin que se hubiera contratado a una nueva ASEGURADORA, se entenderá que es voluntad de la Entidad Empleadora la contratación de la cobertura con la ONP entidad que procederá a extenderla cobrando las primas correspondientes.

24.5 El contrato se celebrará a plazo indefinido. Dentro de su vigencia, LA ASEGURADORA sólo podrá resolverlo por causal de incumplimiento imputable a la Entidad Empleadora, de acuerdo con las normas que regulan el contrato de seguro. Es nulo de pleno derecho, el pacto por el cual LA ASEGURADORA se reserva el derecho de resolución del contrato sin expresión de causa. No obstante, la Entidad Empleadora sí podrá resolver el contrato, sin que medie causal de resolución; después de un año de vigencia de la cobertura y mediante un preaviso escrito no menor de 90 días calendario.

24.6 Es obligación de la Entidad Empleadora informar a LA ASEGURADORA, respecto de los cambios en el centro de trabajo que impliquen una agravación del riesgo. Cursado el aviso, LA ASEGURADORA tendrá un plazo de quince días calendario para comunicar a la Entidad Empleadora su decisión de mantener la cobertura sin reajuste de primas o proponer el reajuste de las mismas o exigir las medidas de protección o prevención a que se refiere el Artículo 8 del presente Decreto Supremo. Vencido este plazo, se entenderá que ha optado

por mantener la cobertura sin reajuste de primas y sin exigir las medidas de protección y prevención antes señaladas. En caso que la Entidad Empleadora no se encuentre de acuerdo con el reajuste de las primas o las medidas de protección o prevención exigidas, podrá resolver el contrato concertando la cobertura con otra ASEGURADORA; siendo de aplicación lo dispuesto por el Art. 24.4 precedente.

24.7 En cualquier caso de terminación o resolución del contrato, la cobertura de los trabajadores continuará a cargo de la ONP hasta que se elija la nueva ASEGURADORA que otorgue la cobertura de Invalidez y Sepelio; siendo de aplicación el Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y el Art. 24.4 precedente. La resolución del contrato no afectará los derechos devengados a favor de LOS ASEGURADOS durante la vigencia del contrato.

24.8 El contrato sólo es exigible sobre de los siniestros ocurridos dentro del territorio nacional, salvo las coberturas especiales expresamente pactadas para viajes en comisión de servicios o actividades de riesgo que por su propia naturaleza exigen el amparo de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales producidos en el extranjero.

Artículo 25.- Atención de Siniestros de la Cobertura de Invalidez y Sepelio

La atención de los siniestros que se produzcan por la cobertura de Invalidez y Sepelio, se sujetará a las siguientes reglas:

25.1 Para determinar LA ASEGURADORA responsable de las prestaciones de este seguro, se entiende producido el siniestro que da origen a las pensiones de sobrevivencia e invalidez y gastos de sepelio: a) El día del accidente, en caso de invalidez o muerte inmediata por accidente de trabajo; b) El día de la configuración de la invalidez, en caso de enfermedad profesional c) El día de la configuración de la invalidez, en caso de accidente cuya invalidez no se manifieste inmediatamente.

25.2 LA ENTIDAD EMPLEADORA comunicará por escrito a LA ASEGURADORA, dentro del plazo de 48 horas, o en un término mayor que sea razonable atendiendo a las circunstancias, la ocurrencia de todo accidente de trabajo, dé o no lugar a una reclamación bajo la cobertura de Invalidez y Sepelio por trabajo de riesgo, el cual contendrá necesariamente información sobre la fecha y hora del accidente; el nombre, apellidos, edad, domicilio y labor desempeñada por el ASEGURADO que ha sufrido el accidente; el lugar y circunstancia en que éste ocurrió, así como el nombre y domicilio de los testigos.

25.3 En caso de enfermedad profesional, "LA ENTIDAD EMPLEADORA" comunicará por escrito dentro del plazo de 48 horas, o en un término mayor que sea razonable atendiendo a las circunstancias, el diagnóstico de la enfermedad profesional o la ocurrencia que la evidencia, lo que ocurra primero.

25.4 En caso de fallecimiento del ASEGURADO, LA ASEGURADORA puede exigir la autopsia o la exhumación del cadáver para establecer las causas de la muerte debiendo los sucesores o beneficiarios prestar su conformidad y su concurso para la obtención de las correspondientes autorizaciones oficiales, bajo pena de perder los beneficios. La autopsia o exhumación deberá efectuarse con citación de los sucesores o beneficiarios, los que podrán designar un médico para representarlos. Todos los gastos que ellas motiven serán por cuenta de LA ASEGURADORA.

25.5 Para obtener Pensión de Sobrevivencia, "LOS BENEFICIARIOS" se dirigirán directamente a la ASEGURADORA, solicitando la que le corresponda, con sujeción al siguiente procedimiento:

25.5.1 Presentarán la Solicitud de Pensión en el formato proporcionado por la ASEGURADORA, adjuntando la siguiente información y documentación:

a) Certificado Médico de defunción

b) Atestado Policial y Certificado de Necropsia, si el fallecimiento de "EL ASEGURADO" es a consecuencia de un accidente

c) Solicitud de Pensión de Sobrevivencia acompañada de la documentación que acredite su condición de BENEFICIARIO.

d) Declaración Jurada de "LA ENTIDAD EMPLEADORA" y de anteriores empleadores, de ser el caso, en la(s) que se acredite(n) las remuneraciones percibidas por EL ASEGURADO durante los 12 meses anteriores al siniestro. En caso que "EL ASEGURADO" cuente con una vida laboral activa menor a 12 meses, se acreditará la "Remuneración Mensual" por el número de meses laborados en función de los cuales se calculará la pensión.

25.5.2 El plazo de presentación de beneficiarios de pensiones de sobrevivencia es de 120 días calendario contados a partir de la fecha de fallecimiento o declaración judicial de muerte presunta de EL ASEGURADO. Los beneficiarios que se presenten después de este plazo, no perderán su derecho a las pensiones de sobrevivencia, pero éstas sólo se devengarán desde la fecha de presentación de su solicitud de pensión.

25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

25.5.6 LA ASEGURADORA procederá a pagar las pensiones de los BENEFICIARIOS que no hubieran impugnado su decisión en el plazo establecido en el Artículo 26. Así mismo, resueltas las discrepancias

1-2

conforme al procedimiento señalado en los artículos precedentes, LA ASEGURADORA procederá al pago de las pensiones que correspondan dentro del plazo señalado en el Artículo 26.

25.6 Para la obtención de la pensión de invalidez EL ASEGURADO deberá igualmente dirigirse directamente a la ASEGURADORA, con sujeción al siguiente procedimiento:

25.6.1 Presentará una solicitud en los formatos proporcionados por LA ASEGURADORA, acompañada de la siguiente documentación e información:

a) Certificado del médico que prestó los primeros auxilios al ASEGURADO, expresando las causas del accidente y las consecuencias inmediatas producidas en la salud del paciente.

b) Certificado del médico tratante, con indicación de la fecha de inicio y naturaleza del tratamiento recibido, así como la fecha y condiciones del alta o baja del paciente.

c) Certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por el Seguro Social de Salud.

d) Declaración Jurada de "LA ENTIDAD EMPLEADORA" y de anteriores empleadores de "EL ASEGURADO", de ser el caso, en la(s) que se acredite(n) las 12 últimas remuneraciones, percibidas por "EL ASEGURADO" hasta la fecha de inicio de las prestaciones de invalidez, INCLUYENDO LOS SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL QUE HUBIERE PERCIBIDO A CARGO DEL TPSS. En caso que "EL ASEGURADO" hubiera contado con una vida laboral activa menor a 12 meses, acreditará la "Remuneración Mensual" por el número de meses laborados, en función de los cuales se calculará su pensión.

25.6.2 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del ASEGURADO, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.6.3 En caso de existir discrepancias respecto de la condición o grado de invalidez del ASEGURADO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.6.4 Si las discrepancias no versaran sobre la condición o grado de invalidez del ASEGURADO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

25.6.5 LA ASEGURADORA procederá a pagar la pensión del ASEGURADO que no hubieren impugnado su decisión en el plazo establecido en el Artículo 26. Así mismo, resueltas las discrepancias conforme al procedimiento señalado en los artículos precedentes, LA ASEGURADORA procederá al pago de la pensión que corresponda dentro del plazo señalado en el Artículo 26.

25.6.6 En caso que la invalidez, total o parcial, sea de naturaleza TEMPORAL, una vez vencido el plazo señalado para la extinción de la incapacidad, será menester que el Instituto Nacional de Rehabilitación emita un dictamen previo examen médico, para la continuidad de la pensión. Si el segundo dictamen establece la condición de invalidez también TEMPORAL, total o parcial, la continuidad de la pensión estará sujeta a nuevos dictámenes semestrales hasta que cesa la invalidez.

25.6.7 En caso que la invalidez, total o parcial, sea de naturaleza PERMANENTE, LA ASEGURADORA pagará la pensión que corresponda, pero solicitará al Instituto Nacional de Rehabilitación la emisión de nuevos dictámenes anuales una vez transcurrido el plazo de un (1) año contado desde la fecha del primer dictamen.

25.7 Las personas que reclamen GASTOS DE SEPULCRO, deberán presentar a LA ASEGURADORA, una solicitud en los formatos proporcionados por aquella, adjuntando los siguientes documentos:

a) Certificado de Defunción del ASEGURADO.

b) Solicitud de Reembolso de Gastos de Sepelio;

c) Facturas, Boletas de Venta y Recibos originales que sustenten el gasto de sepelio efectuado. Estos documentos deben estar emitidos a nombre de la persona natural o jurídica que solicite el reembolso correspondiente.

25.7.1 LA ASEGURADORA evaluará directamente la procedencia del reclamo, pronunciándose en el plazo de diez días calendario.

25.7.2 En caso de existir discrepancias respecto de este beneficio la cuestión será resuelta en forma definitiva por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.7.3 LA ASEGURADORA pagará el beneficio que corresponda una vez consentida su decisión o resuelta las discrepancias surgidas, en el plazo señalado en el artículo siguiente.

Artículo 26.- Cálculo y Pago de las Prestaciones

26.1 Las Pensiones de Invalidez y de Supervivencia serán calculadas sobre el 100% de la "Remuneración Mensual" del "ASEGURADO" tal como se define en este Decreto Supremo, aplicándose los mismos límites, requisitos, criterios y procedimientos vigentes para los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en cuanto no se encuentren regulados en forma distinta por el presente Decreto Supremo.

26.2 Las pensiones de invalidez a favor del "ASEGURADO" se devengarán desde el día siguiente de finalizado el periodo de 11 meses y 10 días consecutivos, correspondiente al subsidio por incapacidad temporal que otorga el Seguro Social de Salud, siempre y cuando persista la condición de invalidez parcial o total, de naturaleza temporal o permanente.

26.3 Las pensiones de supervivencia se devengarán en la fecha de fallecimiento o declaración judicial de muerte presunta del "ASEGURADO".

26.4 LA COMPANIA pagará directamente al ASEGURADO o BENEFICIARIO (S) las pensiones que devenguen, dentro de la última semana de cada mes, a excepción del primer pago que se realizará a más tardar dentro de los 10 días útiles posteriores a la fecha de recibida la documentación completa exigible al ASEGURADO o la notificación de la resolución del Instituto Nacional de Rehabilitación o del Laudo Arbitral, en su caso.

26.5 Las pensiones de sobrevivencia de los "BENEFICIARIOS" menores de edad, se pagarán a la madre o padre según corresponda. A falta de éstos, deberá pagarse a la persona llamada por la ley.

26.6 Los Gastos de Sepelio serán pagados a más tardar dentro de los 10 días útiles posteriores a la fecha de recibida la documentación completa exigible al ASEGURADO, o la notificación del Laudo Arbitral, en su caso.

26.7 La mora en el pago de las prestaciones es automática desde el día de su vencimiento, devengando intereses moratorios a razón de la tasa del interés legal en favor del pensionista, salvo que el atraso origine en la propia mora del "ASEGURADO" o de los "BENEFICIARIOS" en el cumplimiento de las obligaciones que fueran de su cargo.

Artículo 27.- Vigencia de las Prestaciones

27.1 El derecho a las pensiones permanecerá vigente hasta el fallecimiento del "ASEGURADO", del último "BENEFICIARIO" con derecho a pensión o del cumplimiento de la mayoría de edad de los menores, si lo hubiere.

27.2 Las prestaciones que se otorgan en virtud de la cobertura de invalidez y Sepelio tienen como base la veracidad y subsistencia de la información proporcionada por "LA ENTIDAD EMPLEADORA" en la declaración del siniestro y por el "ASEGURADO" en cuanto a los documentos médicos, exámenes clínicos, elementos auxiliares o informes que respaldan su condición de invalidez y los "BENEFICIARIOS" en cuanto a la declaración de su estado de salud en la Solicitud de Pensión de Sobrevivencia y documentos con los que acrediten su derecho.

27.3 "EL ASEGURADO" o los "BENEFICIARIOS" presentarán a "LA ASEGURADORA" semestralmente un Certificado de Supervivencia a fin de constatar la subsistencia de su derecho a la pensión. LA ASEGURADORA podrá retener el pago de las subsiguientes pensiones hasta que se cumpla con este requisito.

Adicionalmente, LA ASEGURADORA podrá solicitar la presencia física del ASEGURADO o BENEFICIARIO en fechas que determinará y avisará oportunamente. Asimismo, LA ASEGURADORA podrá efectuar la verificación de la Supervivencia y/o domicilio del ASEGURADO o BENEFICIARIO.

27.4 Ante el fallecimiento de algún "BENEFICIARIO", la pensión de sobrevivencia que estuviera percibiendo no se transmite a sus herederos ni a los otros beneficiarios sobrevivientes, salvo las devengadas y no pagadas con anterioridad al fallecimiento, de acuerdo con las normas sucesorias.

27.5 La pensión de invalidez total o parcial de naturaleza TEMPORAL deja de percibirse desde el momento en que el Instituto Nacional de Rehabilitación verifique la inexistencia de la condición de inválido o la disminución del grado de invalidez. En este último caso, se reajustará la pensión al grado de invalidez que corresponda conforme a las normas a ser aprobadas por el Ministerio de Salud a propuesta de la COMISION TECNICA MEDICA.

27.6 La pensión de invalidez, total o parcial, de naturaleza PERMANENTE, o la pensión de sobrevivencia, en su caso se deja de percibir o se reajusta, según las normas aprobadas por el Ministerio de Salud a propuesta de la COMISION TECNICA MEDICA, en el momento en que el Instituto Nacional de Rehabilitación certifique la inexistencia de la condición de inválido del ASEGURADO o BENEFICIARIO, o la disminución del grado de invalidez.

27.7 EL ASEGURADO inválido que se compruebe que está laborando en una condición de salud (capacidad productiva) mayor a la que dio origen a la pensión de invalidez, según el dictamen del Instituto Nacional de Rehabilitación, quedará obligado a devolver las pensiones indebidamente percibidas o, en su defecto, LA ASEGURADORA quedará facultada para efectuar descuentos de las pensiones de invalidez futuras hasta completar el total del monto de las pensiones indebidamente percibidas, conjuntamente con los intereses legales, gastos y tributos, sin perjuicio del derecho de EL ASEGURADO a recibir pensiones futuras que le correspondan.

27.8 El representante de los BENEFICIARIOS que no notifique a LA ASEGURADORA el fallecimiento de alguno de los BENEFICIARIOS con derecho a pensión, dando lugar a que se efectúe el cobro ilícito de la pensión que correspondía al BENEFICIARIO fallecido; quedará obligado a devolver las pensiones indebidamente percibidas o, en su defecto, LA ASEGURADORA quedará facultada para efectuar descuentos de las pensiones de sobrevivencia futuras hasta completar el total del monto de las pensiones indebidamente percibidas conjuntamente con los intereses legales, gastos y tributos; sin perjuicio de las acciones civiles y penales que hubiere lugar.

Artículo 28.- El Instituto Nacional de Rehabilitación.

El Instituto Nacional de Rehabilitación, en adición a las funciones que le son propias, prestará los servicios de calificación de invalidez y otros que le son confiados con sujeción al presente Decreto Supremo y demás normas que emita el Ministerio de Salud a propuesta de la COMISION TECNICA MEDICA.

En forma especial corresponderá al Instituto Nacional de Rehabilitación resolver en instancia única administrativa, recurrible en vía de arbitraje ante el Centro de Solución de Controversias de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud:

- a) Las discrepancias surgidas entre los ASEGURADOS o BENEFICIARIOS con las ASEGURADORAS sobre la calificación de la invalidez, el grado de la misma y sus causas;
- b) Reevaluar el grado de invalidez de los asegurados;
- c) Emitir nuevo dictamen en caso que la invalidez sea total o parcial de naturaleza parcial o permanente, una vez vencido el plazo de vigencia de la calificación de la invalidez, previo examen médico.

- d) Elevar al Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS los reclamos de los asegurados que no se encuentren conformes con la resolución del Instituto Nacional de Rehabilitación;
- e) Contratar médicos representantes residentes fuera de la Provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, para que brinden los servicios inherentes a las funciones que por este Decreto Supremo se le encomiendan;
- f) Contratar médicos consultores en las diversas especialidades en el ámbito nacional;
- g) Obtener del Ministerio de Salud el IPSS y las EPS, así como de los centros médicos y hospitalarios y, en general, de toda entidad pública o privada los antecedentes médicos del asegurado a ser evaluado. Dichas entidades se encuentran obligadas a brindar al Instituto Nacional de Rehabilitación, sin costo alguno, todas las facilidades del caso en cuanto otorgamiento de la información solicitada para el mejor ejercicio de sus funciones;

h) Las demás que se señalen en el presente Decreto Supremo y otras normas complementarias.

Artículo 29.- Dictámenes del Instituto Nacional de Rehabilitación

El Instituto Nacional de Rehabilitación emitirá sus informes en un plazo que no puede exceder de diez (10) días de presentada la solicitud de calificación.

Sus Dictámenes, debidamente fundamentados, deben ser notificados a la ASEGURADORA obligada y al ASEGURADO o a sus beneficiarios, de ser el caso; en un plazo de tres (3) días de emitidos. En caso de disconformidad con los Dictámenes del Instituto Nacional de Rehabilitación, el asunto se resolverá en forma definitiva bajo el procedimiento de Arbitraje previsto en el presente Decreto Supremo.

El Instituto Nacional de Rehabilitación se encuentre autorizado a cobrar derechos por los servicios que preste en aplicación del presente Decreto Supremo, siendo de cargo de LA ASEGURADORA el costo correspondiente.

Artículo 30.- La Comisión Técnica Médica

Mediante Resolución Ministerial, el Ministerio de Salud designará una COMISION TECNICA MEDICA, integrada por 5 miembros:

- Uno en representación del Ministro de Salud;
- Uno propuesto por el Instituto Peruano de Seguridad Social; y,
- Uno propuesto por la Asociación Peruana de Empresa, de Seguros.
- Uno propuesto por la ONP.
- Uno propuesto por las Entidades Prestadoras de Salud que operen en el Perú.

La COMISION TECNICA MEDICA queda encargada de proponer al Ministerio de Salud, previa coordinación con el Instituto Nacional de Rehabilitación, las normas para la evaluación y calificación del grado de invalidez de los trabajadores asegurados a que deben sujetarse las ASEGURADORAS y el Instituto Nacional de Rehabilitación. Esta Comisión podrá proponer también la adopción y/o adecuación de las normas que rigen para los afiliados al sistema privado de pensiones, en lo que fuere aplicable.

Artículo 31.- Responsabilidad de las Instituciones de Salud

Las Instituciones públicas o privadas de Salud proporcionarán gratuitamente, bajo responsabilidad, a LAS ASEGURADORAS o al Instituto Nacional de Rehabilitación, en su caso; las historias clínicas correspondientes a afiliados siniestrados, así como toda información complementaria que al efecto sea requerida. Las ASEGURADORAS y el Instituto Nacional de Rehabilitación, son responsables por la confidencialidad de la información contenida en las historias clínicas mencionadas.

El Ministerio de Salud dictará las normas pertinentes en materia de sanciones en caso de incumplimiento de la obligación prevista en el presente artículo.

CAPITULO IV

REGIMENES ESPECIALES DE SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Artículo 32.- Regímenes Especiales de Seguridad Social en Salud

Los trabajadores a los que por norma específica corresponda estar afiliados a un régimen de seguridad social en Salud distinto del previsto en la Ley N° 26790 serán considerados como "asegurados regulares" sólo para los efectos del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Artículo 33.- Cobertura de Salud por Trabajo de Riesgo

Aclarase la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 001-98-SA en el sentido que en los casos previstos en el artículo anterior, LA ENTIDAD EMPLEADORA se encuentra obligada a contratar la Cobertura de Salud del Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo, eligiendo entre:

- La Entidad Prestadora que atiende las coberturas de salud de sus trabajadores para los casos de enfermedad y accidente comunes, conforme a su régimen especial de seguridad social;
- El Instituto Peruano de Seguridad Social;
- Una Entidad Prestadora de Salud constituida conforme a la Ley N° 26790.

Artículo 34.- Cobertura de Invalidez y Sepelio

Aclarase la primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 001-98-SA en el sentido que en los casos referidos en el Artículo 32 del presente Decreto Supremo, LA ENTIDAD EMPLEADORA se encuentra igualmente obligada a contratar la cobertura de Invalidez y Sepelio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, eligiendo entre:

- La Entidad Prestadora que atiende las coberturas de Invalidez y Gastos de Sepelio por enfermedad y accidente comunes, conforme a su régimen especial de seguridad social;

- b) La Oficina de Normalización Previsional;
- c) Una Compañía de Seguros.

Artículo 35.- Subsidio de Incapacidad Temporal

En los casos señalados en este capítulo, el subsidio de incapacidad temporal - cuando corresponda- deberá ser cubierto por la entidad prestadora que atiende las coberturas de salud de sus trabajadores para los casos de enfermedad y accidente no comprendidos en el seguro complementario de trabajo de riesgo, conforme a su régimen especial de seguridad social; hasta por los mismos límites y plazos señalados en el Artículo 15 de la Ley N° 26790.

Alternativamente, LA ENTIDAD EMPLEADORA podrá optar por concertar el subsidio por incapacidad temporal como una extensión de la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo contratada con una compañía de seguros o con la ONP.

Artículo 36.- Cobertura y Prestaciones

Las coberturas, prestaciones y demás condiciones del seguro complementario de trabajo de riesgo de los trabajadores a que se refiere este capítulo, son las mismas que corresponden a los afiliados regulares al Seguro Social de Salud, siéndoles de aplicación el Capítulo 8 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y las normas del presente Decreto Supremo, sin excepción.

Artículo 37.- trabajadores de la actividad pesquera y similares

Los trabajadores de la actividad pesquera se sujetan al régimen previsto en este capítulo, debiendo considerarse como accidente de trabajo únicamente los que se produzcan durante el período en que se realicen efectivamente las labores de riesgo. El mismo principio será de aplicación a la construcción y demás actividades laborales sujetas a suspensión del contrato de trabajo.

CAPITULO V

AFILIADOS POTESTATIVOS

Artículo 38.- Contratación Voluntaria del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo

Los afiliados potestativos del Seguro Social de Salud microempresarios, Titulares de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada y demás trabajadores que no tienen la calidad de asegurados obligatorios del Seguro Social de Salud, que desarrollen las actividades de riesgo previstas, en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se encuentran facultados para contratar las coberturas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, en las mismas condiciones referidas en el Capítulo IV del presente Decreto Supremo. Las Empresas Prestadoras y ASEGURADORAS están obligadas a otorgar las coberturas solicitadas, dentro del marco de la Ley N° 26790, su reglamento y demás normas complementarias.

CAPITULO VI

INFORMACION DE SINIESTRALIDAD Y LISTA DE ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Artículo 39.- Siniestralidad

El IPSS, la ONP, Las Entidades Prestadoras de Salud y las Compañías de Seguros, están obligadas a registrar la siniestralidad de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de forma tal que pueda identificarse el tipo de actividad de las cuales proceden, aun cuando dichas actividades no se encuentren en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Artículo 40.- Deber de Informar

La Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud y la Superintendencia de Banca y Seguros recabarán la información referida en el artículo anterior de las EPS y las Compañías de Seguros, respectivamente, para fines estadísticos.

La Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, la Superintendencia de Banca y Seguros, la ONP y el IPSS están obligadas a proporcionar a la COMISION PERMANENTE ENCARGADA DE MONITOREAR LA EVOLUCION DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - COMSSS, la información que solicite para el cabal cumplimiento de las funciones previstas en la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Artículo 41.- Lista de Actividades Comprendidas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Salud, el Poder Ejecutivo podrá aumentar o disminuir la lista de actividades comprendidas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, tomando en consideración la innovación tecnológica en materia de seguridad y salud ocupacional, la información sobre la siniestralidad reportada conforme a las normas del presente capítulo y la evolución del sistema de seguridad social en salud y del seguro complementario de trabajo de riesgo.

Artículo 42.- Supervisión y Sanción

El Ministerio de Trabajo y Promoción Social supervisará el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Empleadoras respecto del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aplicando las sanciones que correspondan en aplicación del Art. 87 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y demás normas concordantes.

CAPITULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- AMIGABLES COMPONEDORES

En tanto el Instituto Nacional de Rehabilitación y el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud no hayan asumido las funciones que por este Decreto Supremo se le encomiendan, las discrepancias entre los ASEGURADOS o BENEFICIARIOS y LAS ASEGURADORAS, así como los demás conflictos que se susciten entre LOS ASEGURADOS y el IPSS, las EPS o la ONP, serán resueltos por el procedimiento de arbitraje común, conforme a la legislación sobre la materia. El Tribunal Arbitral estará integrado por tres miembros, uno designado por cada una de las partes y un tercero que será el Presidente del Tribunal Arbitral, designado por los miembros designados por las partes, entre los médicos especialistas en la enfermedad o dolencia del "ASEGURADO", prefiriendo a quienes actúan o han actuado como miembros de los comités médicos o como consultores en el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. El plazo de duración de este procedimiento de arbitraje no excederá los 30 días calendario desde la fecha en la que se solicita su intervención.

Segunda.- CONTRATACION INMEDIATA DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Hasta que se constituyan las Entidades Prestadoras de Salud, las ENTIDADES EMPLEADORAS contratarán obligatoriamente esta cobertura con el Instituto Peruano de Seguridad Social, entidad que no podrá negarse a otorgar la cobertura. Las tasas que cobre deberán reflejar los costos reales de operación, no pudiendo recurrir a mecanismos de subsidio.

Tercera.- COBERTURAS DURANTE EL PERIODO DE TRANSICION

Los siniestros de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales producidos desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 887 - sustituido por la Ley N° 26790 - hasta el trigésimo día natural ulterior a la fecha de inicio de vigencia del presente Decreto Supremo serán atendidos, bajo responsabilidad de los funcionarios competentes, por el IPSS con cargo a sus propios recursos y a los previstos en la Tercera Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-98-SA, tomando como referencia las prestaciones económicas y de salud previstas en el derogado Decreto Ley N° 18846 y su reglamento; salvo que la ENTIDAD EMPLEADORA hubiere contratado las coberturas previstas en el Capítulo 8 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

Una vez transferidos los recursos señalados en la Tercera Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-98-SA a la Oficina de Normalización Previsional, esta entidad continuará otorgando las prestaciones devengadas a favor de LOS ASEGURADOS.

Entiéndase prorrogado el plazo para que las Entidades Empleadoras se inscriban en el Registro establecido en el Art. 87 del D.S. N° 009-97-SA, hasta el trigésimo día natural ulterior a la fecha de vigencia del presente Decreto Supremo. Así mismo, concédase un plazo perentorio de treinta días naturales contados a partir de la fecha de vigencia de este Decreto Supremo, para que las Entidades Empleadoras cumplan con contratar las coberturas previstas en el Capítulo 8 del D.S. N° 009-97 SA, así como para que adecúen las que hubieren ya contratado a las normas del presente Decreto Supremo.

Cuarta.- CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INVALIDEZ

Mientras el Ministerio de Salud, a propuesta de la COMISION TECNICA MEDICA, no emita las normas técnicas para la calificación de invalidez, LAS ASEGURADORAS, el Instituto Nacional de Rehabilitación o quien haga sus veces, emplearán los mismos criterios utilizados en el sistema privado de administración de fondos de pensiones para tal efecto. Para el caso de Enfermedades Profesionales recurrirá a las listas y criterios utilizados en el régimen del derogado Decreto Ley N° 18846 y su reglamento.

CAPITULO VIII

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- AVISO

Las Entidades Empleadoras que desarrollan las actividades previstas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA están obligadas a difundir entre los trabajadores de cada uno de sus centros de trabajo de riesgo las coberturas y procedimientos del seguro complementario de trabajo de riesgo, con indicación expresa del nombre y domicilio de las entidades con las que se han contratado estas coberturas.

El incumplimiento de esta obligación, será sancionado por el Ministerio de Trabajo mediante las multas que correspondan.

Segunda.- EJECUCION COACTIVA

EL IPSS y la ONP gozan de atribuciones para ejecutar coactivamente la cobranza de primas pactadas con las Entidades Empleadoras por las coberturas del seguro complementario de trabajo de Riesgo, así como para cobrar las demás acreencias derivadas de la aplicación del Artículo 98 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y demás normas complementarias contenidas en este Decreto Supremo.

Tercera.- DEFINICIONES

Los conceptos utilizados en este Decreto Supremo tienen el significado que a continuación se indica:
ENTIDAD EMPLEADORA:

Contratante del seguro complementario de trabajo de riesgo que se obliga al pago de la prima. ENTIDAD EMPLEADORA, en su calidad de CONTRATANTE puede solicitar comisiones al contrato de seguro de trabajo de riesgo bajo cualquiera de sus coberturas.

ASEGURADO:

Es el trabajador que en sí mismo está expuesto al riesgo asegurado y a cuyo favor se hubiere extendido Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo bajo cualquiera de sus coberturas.

BENEFICIARIOS:

Personas que, de acuerdo a lo indicado en la Ley N° 26750 y normas reglamentarias, tienen derecho a prestaciones de sobrevivencia y gastos de sepelio del seguro complementario de trabajo de riesgo frente al fallecimiento de EL ASEGURADO.

INVALIDEZ:

Estado de incapacidad total o parcial para el trabajo habitual ocasionada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, teniendo en cuenta factores asociados a la disminución orgánica, funcional o mental tales como edad, educación y experiencia laboral.

INVALIDEZ PARCIAL:

Disminución en la capacidad de trabajo en una proporción igual o mayor al 20% de la existente antes de la enfermedad o accidente, pero menor o igual a los dos tercios.

INVALIDEZ TOTAL:

Disminución en la capacidad de trabajo en una proporción igual o mayor a los dos tercios de la existente antes de la enfermedad o accidente.

CONFIGURACIÓN DE LA INVALIDEZ:

Es el momento en que en el asegurado se evidencia o manifiesta un menoscabo en su capacidad de trabajo continuo e ininterrumpido igual o mayor al porcentaje establecido en este Decreto Supremo para determinar la invalidez.

"REMUNERACION MENSUAL":

Se entiende por "Remuneración Mensual" al promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, con el límite máximo previsto en el tercer párrafo del Artículo 47 del Decreto Supremo N° 004-98-EF actualizado según el Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya, de acuerdo con las reglas vigentes para los afiliados al sistema privado de pensiones. Para tal fin la remuneración asegurable de cada mes no podrá exceder en ningún caso de la remuneración oportunamente declarada para el pago de las primas. En caso el afiliado tenga una vida laboral activa menor a 12 meses, se tomará el promedio de las remuneraciones que haya recibido durante su vida laboral actualizado de la forma señalada precedentemente.

REMUNERACION ASEGURABLE:

La Remuneración Asegurable está constituida por el total de las rentas provenientes del trabajo personal afiliado percibidas en dinero, cualquiera que sea la categoría de renta a que deban atribuirse de acuerdo a las normas tributarias sobre la materia.

En el caso de los trabajadores dependientes, se considera remuneración asegurable a la remuneración computable a que se refiere el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicio aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR y sus normas reglamentarias o las que las sustituyan.

Los subsidios de carácter temporal que perciba el trabajador cualquiera sea su naturaleza, se consideran dentro del concepto de remuneración para el cómputo de la "Remuneración Mensual" y se encuentran afectas a las primas por las Coberturas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. El mismo tratamiento recibirán las gratificaciones ordinarias, es decir aquellas que se otorgan en periodos regulares y establecidos en el tiempo. Para estos efectos se considera que una gratificación adquiere regularidad cuando es abonada al empleador a la generalidad de trabajadores o a un grupo de ellos, durante dos (2) años consecutivos cuando menos en periodos semestrales.

En el caso que un trabajador reciba un reintegro de remuneración, éste será declarado como parte de la remuneración del mes en que se paga.

ASEGURADORA:

Entidad que suscribe riesgo de invalidez y gastos de sepelio por trabajo de riesgo. El concepto se extiende a la ONP cuando es suscriptora de este riesgo.

ONP:

Oficina de Normalización Previsional que con arreglo a su propia legislación otorga pensiones a los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones y otros regímenes especiales. Así mismo, tiene la calidad de prestador supletorio de las pensiones de invalidez total permanente y de sobrevivencia con derecho de repetición con la entidad empleadora, en aplicación del Artículo 88 del Decreto Supremo N° 909-97-SA.

1-E

CARTA NOTARIAL

CARTA ENTREGADA CON LA
INTERVENCIÓN NOTARIAL
CAJAMARCA. 26 SEP 2005

Cajamarca, 26 de setiembre de 2005

Señor
Mauro Serrano García
Pasaje Unión – Avenida Los Eucaliptos s/n.
(Espalda Laguna Seca)
Baños del Inca
Cajamarca.-



Dr. MARCO ANTONIO VIGO ROJAS
NOTARIO ABOGADO
CAJAMARCA

De nuestra consideración:

Por la presente, lamentamos comunicarle nuestra decisión de proceder a su despido con efectividad a partir de la fecha de recepción de esta comunicación, en razón de encontrarse incurso en la **causa justa de despido relacionada con su capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, determinante para el desempeño de sus tareas como Operador de Planta, según lo dispuesto en el literal a) del artículo 23º del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.**

Luego de revisar con toda minuciosidad su carta de descargo recibida el 20 de setiembre de los corrientes, hemos llegado a la conclusión que usted no ha desvirtuado las imputaciones antes indicadas, y en ese sentido, **no ha demostrado contar con la capacidad física suficiente para cumplir con las labores para las cuales fue contratado.**

En efecto, según el Dictamen de Comisión Médica de fecha 5 de agosto de 2005 evacuado por ESSALUD-Cajamarca, por **unanimidad**, se dictamina que usted sufre de incapacidad permanente parcial consistente en una **hernia de disco en la región lumbar que determina que se encuentre impedido de efectuar esfuerzos físicos moderados.** Cabe acotar que el dispositivo legal antes citado no establece que debe existir un determinado porcentaje de incapacidad para la procedencia del despido, sino que el supuesto se configura al producirse un **detrimento de la capacidad física que resulte determinante para el desempeño de las tareas.**

En efecto y tal como indicáramos en la carta de imputación que ha dado inicio al presente procedimiento, en virtud que usted cuenta con un nivel de formación que le permitía asumir responsabilidades distintas a las que correspondían a su antiguo puesto de Operador de Procesos II, la empresa optó por asignarle labores que exigían menor esfuerzo físico, tales como recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por donde discurre la solución cianural; revisión de conectores

de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que traslada la solución al PAD; y, apoyo en la colocación de insert (flejes de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías). No obstante, esta atenuación de las exigencias físicas propias de sus labores, es claro que su estado de salud resulta incompatible con labores que exigen esfuerzo físico, así éste sea moderado, conforme ha sido evidenciado por el dictamen médico de ESSALUD antes referido.

En tal virtud, usted se encuentra sufriendo un detrimento de sus facultades físicas o ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus labores, configurándose así la causa justa de despido antes indicada.

Finalmente, cumplimos con indicarle que sus beneficios sociales, su certificado de trabajo y su constancia de cese se encuentran a su disposición en nuestras oficinas. En dicha oportunidad deberá hacer devolución de su fotocheck y de cualquier otro bien que la empresa le haya proporcionado para el desempeño de sus labores.

Atentamente,



JAVIER A. LA ROSA MUSANTE
GERENTE DE RECURSOS HUMANOS

ANEXO 2





Secretaria Judicial: Yeysi Alva D.
Expediente N° 980-2005
Cuaderno Principal
Escrito N° 1
Improcedencia de la demanda
Contestación de demanda
Informe oral

AL SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE CAJAMARCA:

MINERA YANACOCCHA S.R.L., identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20137291313, con domicilio en Avenida Vía de Evitamiento Sur N° 549, Urbanización La Riviera, Cajamarca, señalando domicilio procesal en Avenida Vía de Evitamiento Sur N° 549, Urbanización La Riviera, Cajamarca, debidamente representada por su apoderado, según poder que acompañamos al presente escrito, doctor Raúl Valera Zevallos, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 07940371, con domicilio para estos efectos en Avenida Vía de Evitamiento Sur N° 549, Urbanización La Riviera, Cajamarca, en la acción de amparo iniciada por el señor Mauro Serrano García, atentamente decimos:

Que, dentro del término de ley, procedemos a contestar la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, conforme con los fundamentos de hecho y de derecho que exponemos a continuación:

I. CONTENIDO DE LA DEMANDA

El demandante pretende que se deje sin efecto la carta de fecha 26 de setiembre de 2005, por la cual nuestra empresa le comunicó su decisión de despedirlo por la causa justa de despido relacionada con su capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, determinante para el desempeño de sus tareas como Operador de Planta, prevista en el literal a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado (TUO) del

Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Para ello, señala el demandante que tiene una enfermedad de etiología ocupacional que le ha generado una incapacidad parcial permanente con un menoscabo del 30% (treinta por ciento), razón por la cual no puede ser despedido por su empleador, ya que el segundo párrafo del parágrafo 18.2.4 del artículo 18° de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo N° 003-98-SA, expresamente señala que la entidad empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador que sufra una lesión que dé lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50% pero igual o superior al 20%, basada en su condición de invalidez.

Por esta razón, solicita que se deje sin efecto la carta de fecha 26 de setiembre de 2005, por la cual nuestra empresa le comunicó su decisión de despedirlo por causa justa.

II. IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

La presente demanda es **IMPROCEDENTE** por cuanto existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, y porque la acción de amparo carece de etapa probatoria.

II.1 VÍA ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA

En efecto, si el accionante sostiene que ha sido despedido por nuestra empresa basado en su condición de invalidez y en contravención del artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, entonces la vía idónea para acreditar que no incurrió en la causa justa de despido invocada por nuestra empresa es la del proceso ordinario laboral, la misma que se convierte en la vía específica igualmente satisfactoria.

Cabe señalar que el numeral 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional establece expresamente que **"NO PROCEDEN los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado"**.

Dado que el demandante sustenta su pretensión alegando que no incurrió en la causa justa de despido, resulta evidente que está considerando su despido como uno arbitrario, el cual obviamente debe ser dilucidado en la vía específica igualmente satisfactoria, cual es la del proceso ordinario laboral, tal como lo señalan los artículos 4° y 61° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, que señalan textualmente lo siguiente:

Artículo 4 de la Ley N° 26636.- COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:

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

a. Impugnación del despido.

Artículo 51 de la Ley N° 26636.- TRAMITACION.- Se tramitan en proceso ordinario laboral todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que son de competencia de los juzgados especializados de trabajo, salvo disposición legal distinta.

Por todo lo expuesto, queda claro que el proceso ordinario laboral resulta ser la vía específica igualmente satisfactoria para resolver la pretensión del demandante.

Cumplimos con señalar que este criterio ha sido recientemente establecido como **PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO** por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005, en el que ha resaltado el carácter excepcional y residual de la Acción de Amparo, la que sólo procede cuando no exista una vía específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos supuestamente vulnerados del demandante. Para estos efectos, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 3 que:

"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.º, 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."

Asimismo, en el Fundamento 4 de dicha sentencia señala lo siguiente:

"Al respecto, este Colegiado precisó que "(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 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.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6)."

En consecuencia, como existe una vía igualmente satisfactoria para tutelar los derechos que reclama el demandante, esto es, la vía ordinaria laboral, la demanda debe ser declarada improcedente.

II.2 LA ACCIÓN DE AMPARO CARECE DE ETAPA PROBATORIA

La presente demanda debe ser declarada improcedente, ya que la acción de amparo no constituye la vía idónea para dilucidar la pretensión demandada, pues el **amparo carece de etapa probatoria**, pudiendo ventilarse a través de este medio procesal únicamente aquellas situaciones que no requieran de actividad probatoria.

En efecto, el presente caso se sustenta en el **despido por causa justa relacionada con la capacidad del demandante, lo cual exige una severa probanza que no puede producirse dentro de la sumariedad de la vía procesal de la acción de amparo**, y que determina irremediabilmente la improcedencia de la acción de amparo planteada ya que, para su resolución, se requiere de una mayor y más intensa actuación de medios probatorios que la prevista en esta vía.

Al respecto, debe tenerse presente que el **artículo 9° del Código Procesal Constitucional** señala expresamente que **"en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación (...)."**

Cumplimos con señalar que este criterio ha sido recientemente establecido como **PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO** por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005, en el que ha resaltado que no procede el amparo cuando verse sobre hechos controvertidos, como en el presente caso, los cuales requieren para su resolución la actuación de medios probatorios, dado que el Proceso de Amparo carece de una estación probatoria. En efecto, en el Fundamento 19 de la referida sentencia señala que:

"De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 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."

Por consiguiente, al requerirse en el presente proceso la actuación de medios probatorios que permitan determinar si el demandante se encuentra físicamente capacitado para desarrollar sus labores de Operador de Planta, y como la acción de amparo carece de etapa probatoria, la demanda de amparo resulta improcedente.

Resulta evidente que uno de los temas más complejos y de mayor actuación probatoria lo constituye el tema de la acreditación de los hechos que constituyen causas justas de despido, elementos que demuestran la complejidad de la materia, lo que va en contra del criterio de observancia obligatoria señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 976-2001-AA/TC, seguido por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A., publicado en El Peruano el día 13 de mayo de 2003, y contra el PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia N.º 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que se desnaturalizaría la acción de amparo si, como pretende el accionante, en ella nuestra Empresa tuviese que demostrar la incapacidad física del demandante para desempeñar sus labores, motivo por el cual la presente demanda debe ser declarada improcedente.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

III.1 DERECHOS CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE VIOLADOS

El accionante afirma que su despido ha vulnerado sus derechos al trabajo y a la estabilidad en el trabajo.

III.2 CAUSA JUSTA DE DESPIDO

En primer lugar, debemos **negar** enfáticamente que el **origen de la incapacidad física del demandante sea consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional**, lo que acreditamos con el propio **Dictamen de la Comisión Médica del Seguro Social de Salud**, en el que expresamente señala que la **incapacidad del demandante origina una percepción de subsidios por el régimen de SALUD y no por el régimen del SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO**, que es el que correspondería de ser un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, de acuerdo al propio Decreto Supremo N° 003-98-SA que invoca el demandante.

En segundo lugar, nuestra empresa **no ha despedido al demandante basándose en su condición de invalidez sino en su incapacidad física para desempeñar las labores de Operador de Planta para las que fue contratado**, que es una causa de extinción del contrato de trabajo distinta de la de la invalidez.

Efectivamente, tal como se puede apreciar de la respectiva comunicación, nuestra empresa le imputó al demandante la causa justa de despido prevista en el inciso a) del artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, esto es, el detrimento de la facultad física o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas, y le otorgó un plazo de treinta (30) días naturales para que demuestre su capacidad y formule por escrito sus descargos, lo que efectivamente realizó el demandante mediante su comunicación de fecha 20 de setiembre de 2005. Posteriormente, nuestra empresa le comunicó al demandante su decisión de despedirlo mediante comunicación de fecha 26 de setiembre de 2005.

Cabe señalar que el Dictamen de la Comisión Médica, de fecha 5 de agosto de 2005, evacuado por el Seguro Social de (ESSALUD) de Cajamarca, concluyó por unanimidad que el demandante sufría una incapacidad permanente parcial que le impedía realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos, ya que el demandante sufre una hernia de disco en la región lumbar que le impide realizar esfuerzos físicos moderados, por lo que ya no puede realizar sus labores de Operador de Planta.

III.3 NO HEMOS PRESCINDIDO DE LOS SERVICIOS DEL DEMANDANTE BASÁNDONOS EN SU CONDICIÓN DE INVALIDEZ

El principal argumento del demandante consiste en señalar que fue despedido en contravención del artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el que prohíbe a las empresas prescindir de los servicios de los trabajadores que tengan lesiones que den lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50% pero superior o igual al 20%, basándose en su condición de invalidez.

Este argumento es FALSO, toda vez que, primero, el demandante no sufre ninguna lesión causada por algún accidente de trabajo o enfermedad

ocupacional que haya sido cubierta por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que es lo que precisamente regula el Decreto Supremo N° 003-98-SA; y, segundo, nuestra empresa no ha prescindido de los servicios del demandante basándonos en su condición de invalidez.

La prohibición de terminar los contratos de trabajo de los trabajadores que sufren una invalidez parcial permanente no ha sido recientemente establecida en el Decreto Supremo N° 003-98-SA, sino que existe desde 1991 cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 728, cuyo TUO actual ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR y cuyo artículo 16° establece las causas de extinción del contrato de trabajo. Entre ellas, se puede observar el literal e) que señala que la invalidez absoluta permanente es una causa justa que extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por el Seguro Social de Salud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos del Colegio Médico del Perú (artículo 20° del TUO del Decreto Legislativo N° 728).

Por consiguiente, la invalidez parcial permanente NO extingue el contrato de trabajo. No obstante ello, si el trabajador sufre una incapacidad que le impide realizar las labores para las que fue contratado por el empleador, entonces dicha incapacidad es una causa justa de **DESPIDO** relacionada con su capacidad, prevista en el literal a) del artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, la que señala que **"Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:**

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas".

Esa es, precisamente, la causa justa de despido imputada por nuestra empresa al demandante, no su condición de invalidez, razón por la cual no hemos incumplido el artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

III.4 NO HEMOS VULNERADO NINGUN DERECHO CONSTITUCIONAL

Como el Juzgado podrá apreciar, nuestra empresa ha actuado en legítimo ejercicio de su derecho de despedir al demandante por una causa justa relacionada con su capacidad, la misma que se encuentra expresamente prevista en el TUO del Decreto Legislativo N° 728.

El derecho a la **estabilidad laboral** consiste en **no ser despedido sin que exista una causa justa prevista en la ley**. En el presente caso, de acuerdo al artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, **el detrimento de la facultad física y la ineptitud sobreviviente, determinante para el desempeño de las tareas, es una causa justa de despido que está relacionada con la capacidad del trabajador**.

Por consiguiente, nuestra empresa no ha vulnerado los derechos al trabajo ni el de estabilidad en el trabajo, toda vez que el demandante incurrió en la causa justa de despido prevista en la ley para la extinción de su contrato de trabajo.

IV. MEDIOS PROBATORIOS

Que, como medios probatorios, ofrecemos el mérito de lo siguiente:

1. Carta de fecha 25 de agosto de 2005 cursada al demandante, con la finalidad de acreditar la causa justa de despido imputada al demandante y el cumplimiento del procedimiento de despido previsto en la ley.
2. Carta de fecha 26 de setiembre de 2005, con la finalidad de acreditar la causa justa que motivó el despido del demandante, así como el cumplimiento del procedimiento de despido previsto en la ley.
3. Carta de fecha 20 de setiembre de 2005, por la cual el demandante formuló sus descargos por escrito, con la finalidad de acreditar la causa justa que motivó el despido del demandante, así como el cumplimiento del procedimiento de despido previsto en la ley.

4. Dictamen de la Comisión Médica, de fecha 05 de agosto de 2005, con la finalidad de demostrar que la incapacidad del demandante origina una percepción de subsidios por el régimen de SALUD y no por el régimen del SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO, que es el que correspondería de ser un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, de acuerdo al propio Decreto Supremo N° 003-98-SA. Asimismo, para acreditar que la conclusión de la Comisión es que el demandante no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 206-2005-PATC, publicada en El Peruano el día 22 de diciembre de 2005, que es PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO.

V. ANEXOS

Que, como Anexos del presente escrito, acompañamos los siguientes:

1. Documento de identidad de nuestro apoderado. Anexo 1-A.

2. Poder de nuestro apoderado. Anexo 1-B.

3. Carta de fecha 25 de agosto de 2005 cursada al demandante. Anexo 1-C.

4. Carta de fecha 26 de setiembre de 2005 cursada al demandante. Anexo 1-D.

5. Carta de fecha 20 de setiembre de 2005 cursada por el demandante. Anexo 1-E.

6. Dictamen de la Comisión Médica, de fecha 05 de agosto de 2005. Anexo 1-F.

7. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 206-2005-PATC, publicada en El Peruano el día 22 de diciembre de 2005. Anexo 1-G.

POR TANTO:

Al Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca, solicitamos tener por contestada la demanda y declararla **IMPROCEDENTE** siguiendo el PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO establecido por el Tribunal

Constitucional en la sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: INFORME ORAL: Conforme al primer párrafo del artículo 53° del Código Procesal Constitucional, solicitamos a su Despacho se sirva conceder a nuestros abogados patrocinantes, doctores Víctor Ferro Delgado, José Ignacio Castro Otero, Raúl Valera Zevallos, Ervin Albrecht Pitasig, Carlos Iberico Romero, Teodorico Magno Quispe Quispe o Paúl Paredes Palacios, el uso de la palabra por el lapso de diez (10) minutos para informar oralmente ante su Despacho de manera previa a la expedición de la sentencia.


SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con el artículo 80° del Código Procesal Civil, autorizamos en forma expresa a nuestros abogados, doctores Víctor Ferro Delgado, José Ignacio Castro Otero, Raúl Valera Zevallos, Luis Miguel Pigati Serkovic, Ervin Albrecht Pitasig, Carlos Iberico Romero, Teodorico Magno Quispe Quispe y Paúl Paredes Palacios, para que indistintamente cualquiera de ellos actúe en nuestra representación con las facultades generales a que se refiere el artículo 74° del citado Código. Para tal efecto, declaramos estar plenamente instruidos de la representación que otorgamos y de sus alcances, y que la dirección de nuestra Empresa es la que figura en el exordio del presente escrito.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 156° del Código Procesal Civil, autorizamos a los señores Roberto Marín Rodríguez y Everlín Díaz para que personalmente tomen conocimiento del contenido del expediente y puedan efectuar las diligencias de mero trámite.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS: Que, acompañamos copias suficientes del presente escrito para la parte contraria.


QUINTO OTROSÍ DECIMOS: Que acompañamos el correspondiente recibo de pago de la tasa por ofrecimiento de pruebas.

Cajamarca, 27 de diciembre de 2005.



RAUL VALERA ZEVALLOS
ABOGADO
C.A.C. 329

MINERA YANACOCCHA S.R.L.



RAUL VALERA ZEVALLOS
Representante Legal

CARTA NOTARIAL

Cajamarca, 24 de agosto de 2005

Señor
Mauro Serrano García
Pasaje Unión - Avenida los Eucaliptos s/n
(Espalda Laguna Seca)
Baños del Inca.
Cajamarca

esta Fecha 25.08.2005 a horas 19:00
me constituí en PSE. UNION S/N SA
y entregué el ejemplar original de ésta carta, a don:
MARIA BARRERA TELLO SA
TITULAR QUIEN RECIBIO SE
DEL CONTENIDO SE NEGÓ A FI



Fecha 25.08.2005

Dr. MARCO ANTONIO VIGO ROJAS
NOTARIO ABOGADO

De nuestra consideración:

Por la presente, y en aplicación de lo dispuesto por el inciso a) del artículo 23º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, procedemos a imputarle la causa justa de despido relacionada con su capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas como Operador de Planta.

En efecto, con fecha 23 de los corrientes, la empresa ha tomado conocimiento del Dictamen de Comisión Médica de fecha 5 de agosto de 2005 evacuado por ESSALUD-Cajamarca, por el cual, por unanimidad, se dictamina que usted sufre de incapacidad permanente parcial que le impiden realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos. Al respecto, usted sufre una hernia de disco en la región lumbar que determina que se encuentre impedido de efectuar esfuerzos físicos moderados.

Como es de su conocimiento, y teniendo en consideración que usted cuenta con un nivel de formación que le permitía asumir responsabilidades distintas a las que correspondían a su antiguo puesto de Operador de Procesos II, la empresa optó por asignarle labores que le demandaban menor exigencia física, tales como recolección de muestras descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por

donde discurre la solución cianural; revisión de conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que traslada la solución al PAD; y, apoyo en la colocación de insert (filejes de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías).

No obstante esta atenuación de las exigencias físicas propias de sus labores, lo exacto es que su condición física es incompatible con labores que exigen un esfuerzo físico, así este sea moderado, lo que resulta evidenciado por el Dictamen de ESSALUD antes referido.

En tal virtud, usted se encuentra sufriendo un detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus labores, configurándose así la causa justa de despido antes indicada.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 31º del acotado dispositivo legal, le concedemos un plazo de treinta días naturales contados a partir de la recepción de la presente para que, de tenerlo a bien, demuestre su capacidad y formule por escrito sus descargos, cursando su comunicación a la atención del suscrito, a nuestras oficinas, ubicadas en Av. Vía de Evitamiento Nro. 549, de esta ciudad.

Por último, lo exoneramos de su obligación de asistir al centro de trabajo mientras dure el presente procedimiento de despido sin perjuicio del pago de remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.

Atentamente,


.....
Javier A. La Rosa Musante
Gerente de Recursos Humanos
Minera Yanacocha S.R.L.

MARCA ROL PERZ ELLC

ANEXO 1-D

CARTA NOTARIAL

Esta Fecha 26-09-2005 a horas 11:00
me constituí en PASATE UNION
y entregué el ejemplar original de ésta carta, a SE ENTREGO PERSONALMENTE
RECIBIO SE ENTREGO DEL LO
PERO SE NEGÓ A FIRMAR

Cajamarca, 26 de setiembre de 2005

Señor
Mauro Serrano García
Paseje Unión - Avenida Los Eucaliptos s/n.
(Espalda Laguna Seca)
Baños del Inca
Cajamarca.



Fecha 26-09-2005
[Signature]
Dr. MARCO ANTONIO VIGO ROCA
NOTARIO ABOGADO

De nuestra consideración:

Por la presente, lamentamos comunicarle nuestra decisión de proceder a su despido con efectividad a partir de la fecha de recepción de esta comunicación, en razón de encontrarse incurso en la causa justa de despido relacionada con su capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, determinante para el desempeño de sus tareas como Operador de Planta, según lo dispuesto en el literal a) del artículo 23º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Luego de revisar con toda minuciosidad su carta de descargo recibida el 20 de setiembre de los corrientes, hemos llegado a la conclusión que usted no ha desvirtuado las imputaciones antes indicadas, y en ese sentido, no ha demostrado contar con la capacidad física suficiente para cumplir con las labores para las cuales fue contratado.

En efecto, según el Dictamen de Comisión Médica de fecha 5 de agosto de 2005 evacuado por ESSALUD-Cajamarca, por unanimidad, se dictamina que usted sufre de incapacidad permanente parcial consistente en una hernia de disco en la región lumbar que determina que se encuentre impedido de efectuar esfuerzos físicos moderados. Cabe acotar que el dispositivo legal antes citado no establece que debe existir un determinado porcentaje de incapacidad para la procedencia del despido, sino que el supuesto se configura al producirse un detrimento de la capacidad física que resulte determinante para el desempeño de las tareas.

En efecto y tal como indicáramos en la carta de imputación que ha dado inicio al presente procedimiento, en virtud que usted cuenta con un nivel de formación que le permitía asumir responsabilidades distintas a las que correspondían a su antiguo puesto de Operador de Procesos II, la empresa optó por asignarle labores que exigían menor esfuerzo físico, tales como recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por donde discurre la solución clausal; revisión de conectores

de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que tratada la solución al PAD; y, apoyo en la colocación de insert (hojas de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías). No obstante, esta atenuación de las exigencias físicas propias de sus labores, es claro que su estado de salud resulta incompatible con labores que exigen esfuerzo físico, así ésta sea moderado, conforme ha sido evidenciado por el dictamen médico de ESSALUD antes referido.

En tal virtud, usted se encuentra sufriendo un detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus labores, configurándose así la causa justa de despido antes indicada.

Finalmente, cumplimos con indicarle que sus beneficios sociales, su certificado de trabajo y su constancia de cesé se encuentran a su disposición en nuestras oficinas. En dicha oportunidad deberá hacer devolución de su fotocheck y de cualquier otro bien que la empresa le haya proporcionado para el desempeño de sus labores.

Atentamente,



JAVIER A. LA ROSA MUSANTE
GERENTE DE RECURSOS HUMANOS

MINERA YANACOCCHA S.R.L.

Av. Camino Real 348, Torre El Pilar, Piso 10, Lima 27 - Perú
Lima Telf: (51-1) 215-2600 Fax: (51-1) 215-2610
Cajamarca Telf: (51-76) 88-4000 Fax: (51-76) 88-4011

CARTA NOTARIAL

20 SEP 2005

Cajamarca, 13 de Setiembre de 2005.

RECEPCION DOCUMENTO
Firma: [Signature] Hora: 11

RECIBIDO
Secretaría RRHH
Minera Yanacocha S.R.L.
Fecha: 21/9/05
Hora: [Signature]

[Signature]
F. 91

Señor:

JAVIER A. LA ROSA MUSANTE,
Gerente de Recursos Humanos
MINERA YANACOCHA S.R.L.
Av. Evitamiento N° 549
CAJAMARCA

MAURO SERRANO GARCIA, identificado con DNI. N° 19834779, con domicilio real en Av. Los Eucaliptos s/n del distrito de Baños del Inca - Cajamarca; me presento ante Ud. respetuosamente y digo:

La presente que remito por conducto Notarial, con la finalidad de realizar el descargo de las imputaciones vertidas en su carta notarial sin número fechada 24 de Agosto del presente año, en la que señalan que han tomado conocimiento del "Dictamen de la comisión médica" fechada 05-05-2005, emitido por ESSALUD - CAJAMARCA, que dictaminan por unanimidad, que sufro de INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL como efecto de una hernia de disco en la región lumbar, que me impide realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos moderados; sobre el particular tengo que decir:

1. Que, en efecto el actor vienen laborando para su representada desde el 17 de Julio de 2001; hasta la fecha, en el cargo de operador de procesos II.
2. Que, como efecto de mi labor realizada para la empresa, adquirí una hernia lumbar, en el área de Planta Procesos Merrill Crowe Yanacocha Norte, aproximadamente el 07 de Mayo de 2003; lo que motivo que con fecha 09 de setiembre del mismo año, tuvieran que realizar una intervención quirúrgica, para eliminar dicha hernia.
3. Por otra parte, como consecuencia de la operación sufrida, me reintegro a mis labores el 27 de octubre de 2003, a la Planta de Carbón Yanacocha norte, y después por prescripción médica se me traslada de área el 21 de Enero de 2004, conforme está acreditado en el memorándum remitido por el Ingeniero ANGEL CHUNG, Superintendente de Procesos Yanacocha Norte, trasladándome al departamento de Laboratorio Metalúrgico temporalmente, lugar en que he venido laborando con eficiencia y respondiendo a las exigencias planteadas por mi jefe directo de esa área; para después trasladarme al Área de Lubricación, cumpliendo también mis labores sin ningún inconveniente.
4. Que, en forma reiterada su representada me ha remitido cartas notariales con la finalidad de que el recurrente sea evaluado por una comisión médica de ESSALUD; al cual Ud. habrían realizado las gestiones para dicha evaluación.
5. Que, el suscrito converso con la doctora RUBY MOSTACERO, quien fue presidente de la dicha comisión y que me manifestó conforme las pruebas que tengo que el informe se encontraba listo, pero que la empresa Minera Yanacocha estaba pidiendo que se cambie algunos términos del informe; y este hecho, pone en relevancia la intención por parte de la empresa, de quererme cesar en puesto de trabajo.

6. También es necesario señalar que la comisión médica de ESSALUD de Cajamarca, en ningún momento me ha evaluado (nió físicamente como emocionalmente, sino que solamente se limitó a evaluar los documentos referentes a mi operación, y además que ellos no conocen qué tratamiento se me dio para resolver la enfermedad lumbalgica.
7. De verse el dictamen médico de la comisión de ESSALUD de fecha 05 de Agosto de 2005, podemos colegir que dicha comisión no ha determinado cuál es el grado o porcentaje de INVALIDEZ, al cual supuestamente han arribado ellos, y además señalan claramente que tengo capacidad para realizar cualquier otra labor, y esto está desmintiendo, que tengo una invalidez para no poder cumplir con mis labores que se me encomienda.
8. Que, de conformidad con el D.S. 003-98-SA, de fecha 14-04-1998, en su art. 18º numeral 18.2.4, segundo párrafo prescribe que en caso de invalidez parcial permanente, la Entidad empleadora queda prohibida de PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS DEL TRABAJADOR basado en su condición de Invalidez.
9. Que, el firmante de la presente viene solicitando con sus propios recursos, al Instituto Nacional de Rehabilitación Ubicada en Calle Vigil Nº. 635 Bellavista de la provincia Constitucional del Callao una evaluación médica que permita determinar si se justifica una invalidez a mi persona, dato que oportunamente dare a conocer a su representada con la finalidad de desvirtuar cualquier anomalía que se pueda presentar en la determinación de dicha invalidez.
10. También he solicitado a la dirección de ESSALUD DE CAJAMARCA una REEVALUACION, con la finalidad de descartar mi invalidez, informe que también me comprometo con hacerles llegar en cuanto se me otorgue.
11. Su representada, sin mediar documento que determine que pueda tener descanso (descanso médico); unilateralmente me a dado descanso con goce de haber, no encontrando explicación a esto ya que por prescripción médica se a determinado que si puedo laborar, conforme lo señala la comisión evaluadora de ESSALUD de Cajamarca, en su dictamen.

Por lo expuesto Señor Gerente de Recursos Humanos, el recurrente no está incurso en las causales señaladas por Ud. (art. 23º inciso a) del D.S. 003-97-TR); en su carta notarial; por lo que deberá dejar sin efecto dicha carta notarial y a su vez reponer a mi puesto de trabajo habitual; por lo que quedo con Ud.

Atentamente


MAURO BERRANO GARCIA
 DNI. N° 19834779

TRAMITADA POR CONDUCTO NOTARIAL

CAJAMARCA 20 SET. 2005




DR. JAIME CACHO PAREDES
 NOTARIO ABOGADO

DICTAMEN DE COMISION MEDICA

Fecha		
Día	Mes	Año
05	08	2006

Comisión	Sesión	Expediente
Hospital II. Esc. Salud Caj	005	0013

DICTAMEN		
Comisión	Número	Año
-	0013	2006

NOMBRES DEL ASEGURADO		Nombres	
Apellido Materno	Nombre	MAURO	
GARRANO	GARCIA		
Código Asegurador		Sexo	Escriba
Número	Código	F M X	
19834779	63050815	X	34

Código Paterno		Apellido Materno		Nombres	
Salido	SCR	PENSIONADO	10000	10045	UNOS
<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Careo Asistencial

Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades, de acuerdo a las facultades conferidas a la Comisión Nº 092 G.O.C. Esc. Salud 2002 y visto(s) el(los) informe(s) médico(s) adjunto(s), por UNANIMIDAD, dictaminó:

DIAGNOSTICO CIE-10	1º	2º	3º	4º
	M54.5	M51.1		

TIPO DE INCAPACIDAD	TEMPORAL	PERMANENTE	NO INCAPACIDAD
ESTABILIDAD	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
GRADO	PARCIAL <input checked="" type="checkbox"/>	TOTAL <input type="checkbox"/>	GRAN INCAPACIDAD <input type="checkbox"/>

RENTAS : En Letras :

FECHA FROMA EVALUACION		
Día	Mes	Año

SERVACIONES : El paciente no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo que puedan agravar su enfermedad, pero está en capacidad de realizar cualquier tipo de trabajo.

Dr. Rubén Mastropiero Chiriqui
 MEDICO FISIATRA
 C.M.P. 28103

Dr. Carlos Guzmán Velasco
 MEDICO FISIATRA
 C.M.P. 28103

justificación de la decisión adoptada, aun en este caso breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión" (Exp. N° 1281-2000-AA/TC-FJ-2).

En el caso, de la revisión de autos se aprueba la emplazada ha motivado de manera clara y suficiente las fundamentos que le han servido de base para declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto.

5. Finalmente, en cuanto a la existencia de presuntas irregularidades, tales como la devolución del proceso al juzgado de procedencia sin que se notifique previamente al recurrente con la eleutoria cuestionada, debe precisarse que carece de objeto pronunciarse al respecto, toda vez que se ha producido la sustracción de la materia al haberse efectuado tal notificación con fecha 14 de mayo de 2002 (folios 22) debiendo mencionarse además que con fecha 28 de mayo de 2002 el recurrente, con fecha el día 14 de mayo de 2002, se formuló la respectiva queja ante la Oficina de Control de la Magistratura, la que según consta de autos, se encuentra pendiente de resolverse.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y leyes del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda en el amparo que se promueve contra el artículo Eleutoria Suprema de fecha 16 de abril de 2002.

2. Declarar que carece de objeto pronunciarse respecto de omisión de notificación de la resolución que declara improcedente el recurso de casación, por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS:

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGROYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDÁ ARROYO

W-9190

PROCESO DE AMPARO

EXPEDIENTE N° 0206-2005-PA/TC

HUAURA

CESAR 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 (Presidenta), Bardelli Lartirigroyen, Vicepresidentes, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landá 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 Huarura de fecha 01 de marzo de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004 se promovió un amparo de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Haced Bernalde, solicitando que se declare inaplicable la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 7 de marzo de 2004, y que por consiguiente, se le reconozca 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 de la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la acción sujeta.

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 SIC" llevado a cabo por el órgano de control de empresas. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la carta justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez contemplado en el artículo 319 del Decreto Supremo N° 003-97-TR-TUC 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 al derecho constitucional al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario o de hecho.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de improcedencia por razón de la materia, alegando que la vía del amparo no resulta pertinente para este tipo de casos, pues el sistema de justicia laboral se puede utilizar mejor la vía ordinaria. En tal sentido, se puede afirmar que la excepción de improcedencia por razón de la materia, en el caso del actor es material procedente. Señala que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas por el recurrente, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El demandado Víctor Manuel Haced Bernalde solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le son vinculantes alguno con el actor y que la acción interpuesta es de carácter único y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó en un medio legal y arbitrario.

El Tercer Juzgado Civil de Huarura, con fecha 6 de julio de 2005, declara infundada la excepción propuesta, considerando que el proceso de despido 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 recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0006-2005-PVTC, (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como: *indubio 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 esbozó 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 resuelven 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 Unificado de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Ferrales, Exp. N° 1124-2001-AA/TC y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2001-AA/TC), se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 8.2 del Código Procesal Constitucional, referido a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos que, conforme al artículo 11 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán procedencias 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 síntesis, conforme al artículo 8. inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

4. Al respecto, este Colegiado precisa que (...) tanto lo que establece en su momento la Ley N° 23503 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

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N° 2683, prevé en su artículo 49 la competencia por razón de 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) Cesa de actos de hostilidad del empleado, 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 49 del Decreto Supremo N° 003-87-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 726, 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 dolo, tortuoso y debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción imotivada de la remuneración de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que presta 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 refieren 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 (pórtulas 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 sustentarse 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 derivan de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo los actos de hostilidad y aquellos derivados de cuestionamiento y calificación de despido fundados en causa justa que se refieren 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 corresponden en primer lugar la defensa de los derechos correspondientes constitucionales y de orden legal que se vulneran en ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito sectorial 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, corresponde admitir el amparo.

Vix procedimiento igualmente es el idóneo 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 b) 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 derivadas 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° 278, Ley N° 24043 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a los regímenes administrativos) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias administrativas derivadas de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N° 24043), deberán dilucidarse en la vía contencioso administrativo por vía de amparo, adecuada a para resolver las controversias en relación al proceso de amparo.

23. La misma línea jurisprudencial de las salas públicas de conflictos jurídicos individuales, en las relaciones por conflictos administrativos sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública y que se derivan de derechos impugnados en el ámbito de la jurisdicción de amparo, en materia de relaciones de amparo, de plazas, de desahucios, remuneraciones, jubilaciones, cuestionamientos relativos a permisos, licencias, vacaciones, subsidios y gratificaciones de procesos administrativos, así como de medidas impugnadas administrativas, tales como: suspensión disciplinaria, sanciones, reincorporación, rehabilitación, compensación por administración por motivo de la extinción de la

24. Por tanto, conforme al artículo 49 inciso 2° del Código Procesal Constitucional, las demandas del amparo que se refieren a la legislación laboral pública, producidas bajo el amparo de la legislación laboral pública, en materia de declaraciones improcedentes, puesto que la vía idónea para ventilarse este tipo de pretensiones es la contencioso administrativo. 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 contencioso administrativo 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 maternal, y por la condición de impedido físico o mental.

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 26° del Decreto Supremo N° 003-87-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 71° del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en auto se advierte que se le cursó la carta de pre-aviso y que pudo efectuar sus descargos de manera que el empleador cumplió con la ley laboral al menos a este fin de proceso Constitucionalmente, no se vulneró el derecho del debido proceso.

27. De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediación, sobre esta punto debe precisarse que la causa de despido es original en el informe N° 006-2004-EP/EMAPA-HUACHO-001. Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICP, sistema informático comercial integrado, levantado en caso por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceros terceros en la autorización 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 período 2003-2004, en que el demandante ocupó el cargo de jefe del Equipo de Facturación, no lo es todo que las responsabilidades por las irregularidades llevadas cabo por el órgano de control de la empresa, y que se comunicaron a la Sala de Control en enero de 2004, previe 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 órgano legal externo no vulneró el principio de inmediación, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N° 0585-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la pretensión no es susceptible de ser declarado improcedente.

29. Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causa justa de despido. Enra, otros, que el demandante apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante conopeo



ANEXO 3



Sumilla
de-105
Zarza

Secretaría Judicial: Yeysi Alva D.
Expediente N° 980-2005
Cuaderno Principal
Escrito N° 2
Sumilla: **TÉNGASE PRESENTE Y
ADJUNTA DOCUMENTOS**

AL SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE CAJAMARCA:

MINERA YANACocha S.R.L., debidamente representada por su apoderado, doctor Raúl Valera Zavallos, en la acción de amparo interpuesta por el señor Mauro Serrano García, atentamente decimos:

Que conviene a nuestro derecho precisar los extremos sobre los cuales se encuentra planteada la controversia, de manera que su despacho cuente con todos los elementos de juicio necesarios para expedir pronunciamiento con arreglo a ley:

1.- Motivo del Despido.-

El demandante fue despedido conforme a lo previsto por el inciso a) del artículo 23 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que prevé como causa justa de separación basada en la capacidad, el detrimento de la facultad física e ineptitud sobreviviente determinante para el desempeño de las tareas que cumple como Operador de Planta.

En efecto, dicho dispositivo establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas. "

Las tareas a cargo del actor incluyen la recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para evitar laponamientos de las perforaciones por donde corre la solución cianural; revisión de conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre la tubería matriz que traslada la solución al PAD, esto es, los andenes del tajo abierto) y de flejes para acoplar tuberías. Todas estas tareas demandan un nivel de esfuerzo físico.

Sin embargo, conforme al dictamen de Comisión Médica (Anexo 1-F), el actor sufre de incapacidad parcial permanente, por lo que no puede trabajar en áreas que demandante esfuerzo físico y que pueden agravar su enfermedad.

En consecuencia, se ha configurado la causa justa de despido vinculada a la capacidad que motivó su separación, por cuanto el actor sufre de un detrimento e ineptitud sobreviviente determinante para el desempeño de las tareas, la cual ha sido determinada oficialmente por ESSALUD, el cual es el órgano competente llamado por ley para pronunciarse sobre esta materia, conforme a lo dispuesto por el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001- 96-TR.

2.- No existe obligación legal de reubicación.-

Conforme a nuestro ordenamiento legal, no existe dispositivo alguno que obligue a reubicar a un trabajador a labores compatibles con su estado de salud. En efecto, una empresa contrata a un trabajador porque lo requiere para que se desempeñe realizando determinadas tareas. Si dichas labores son las que han justificado la contratación del trabajador y este sufre un detrimento de su facultad física que implica una ineptitud sobreviviente y determinante para el desempeño de las mismas, es evidente que se ha incurrido en una causal de resolución del contrato de trabajo. Lo contrario implicaría desvirtuar el fin productivo que tiene una empresa – valor cautelado por el artículo 59° de la Constitución Política del Perú- para asignarle al empleador funciones propias de la seguridad social, conforme corresponde al otorgamiento de subsidios por incapacidad a quienes no pueden cumplir con realizar labores productivas.

No obstante lo expuesto, vale decir, no encontrándose obligados legalmente, la empresa procedió a la reubicación del actor de su antiguo puesto de Operador de Procesos II al puesto de Operador de Planta, el cual implicaba la prestación de los servicios antes descritos, los cuales demandaban un menor nivel de esfuerzo físico. Sin embargo, conforme al dictamen de salud antes señalado, incluso las labores que requieren menor esfuerzo físico son incompatibles con la dolencia que sufre el demandante.

3.- La incapacidad parcial permanente no es causa de despido pero si lo es la ineptitud sobreviviente determinante para el desempeño de las tareas.-

Conforme a lo previsto por el artículo 16º de la acotada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, son causas de extinción del contrato de trabajo, la invalidez absoluta permanente al igual que el despido en los casos y forma permitidos por la ley:

"Artículo 16º.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

.....

e) La invalidez absoluta permanente;

.....

g) El despido, en los casos y la forma permitidos por la Ley. "

De lo expuesto se concluye que para la extinción del contrato de trabajo constituyen dos causas distintas e independientes, la incapacidad absoluta permanente y el despido. A su vez, el despido puede sustentarse en causas vinculadas a la capacidad o a la conducta. En el caso de autos, el actor ha sido despedido por una causa justa vinculada a la capacidad y no así por un supuesto de invalidez. Cabe destacar que la acotada ley no admite el despido por incapacidad parcial, pero si lo admite cuando se incurre en una incapacidad determinante para el desempeño de las tareas.

Por su parte el numeral 18.2.4 del artículo 18º del Decreto Supremo N° 007-98-SA establece, al regular la invalidez parcial permanente inferior al 50%, que "En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por única vez al ASEGURADO invalido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total. En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir los servicios del trabajador basadas en su condición de invalidez".

Cabe indicar que el dispositivo glosado resulta consistente con el inciso a) del artículo 16 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral anteriormente citado, por cuanto en materia de incapacidad sólo autoriza el cese cuando ésta sea absoluta permanente.

Sin embargo, queda por dilucidar si existe una contradicción en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuando, por un lado, no prevé a la invalidez parcial permanente como causal de despido y por otro, admite el despido cuando el trabajador sufre una ineptitud sobreviviente determinante para el desempeño de las tareas, la cual podría provenir de una invalidez parcial permanente.

En rigor no existe tal contradicción, y un ejemplo permitirá graficar la situación: un auxiliar contable que sufre un accidente que le causa una severa cojera habrá sufrido una incapacidad parcial permanente menor al 50%, pero ello no será determinante para el desempeño de sus labores. Pero si en lugar de desempeñarse como auxiliar contable trabaja como guía de turismo de aventura es obvio que su dolencia importa un detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente para el desempeño de ese puesto de trabajo. Así, en el primer caso no resultará procedente el despido mientras que en el segundo sí.

De esta forma, cuando el numeral 18.2.4 antes acotado prohíbe prescindir los servicios del trabajador basados en su condición de invalidez, no se pone en el supuesto que la condición física resulte determinante para el desempeño de las tareas, supuesto que si contempla el inciso a) del artículo 23º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

A lo expuesto se agrega que el Juzgado no puede obviar la diferente jerarquía normativa existente entre el Decreto Supremo N° 003-98-SA y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en cuanto la segunda, norma de mayor jerarquía, específicamente prevé a la ineptitud

EPCL >
N° 003-98-SA

sobreviviente y determinante para el desempeño de las tareas como causal justa de despido vinculada a la capacidad.

4.- No está acreditado que el demandante sufra de una enfermedad ocupacional.-

El actor ha señalado que su dolencia es fruto de las labores que ha efectuado en nuestra empresa y que por ende la suya es una enfermedad profesional. Basa su afirmación en el informe médico emitido por la Clínica Limatambo que ha recaudado a su demanda. Sin embargo debe tenerse presente que dicha entidad es una de carácter privado y por ende no constituye un organismo de salud oficialmente competente para determinar el origen ni la naturaleza de la afección que sufre el demandante.

Por el contrario, existen indicios que el demandante sufre una enfermedad común y no una enfermedad profesional por cuanto en ningún momento ha solicitado el pago de las prestaciones previstas en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que le permitirían cobrar el importe de 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que corresponde a una invalidez permanente total, conforme prevé el numeral 18.2.4 tantas veces citado.

En efecto, conforme al artículo 82° del Reglamento de la Ley de Modernización de la Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 09-97-SA, y modificado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA (en adelante el Reglamento) el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores empleados y obreros y que laboran en un centro de trabajo en el que la Entidad Empleadora realiza las actividades descritas en el Anexo 5 del referido Reglamento, como es el caso de la actividad minera.

Dicha cobertura comprende: a) la cobertura de salud por trabajo de riesgo y b) la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo.

La entidad que presta la cobertura por salud por trabajo de riesgo puede ser Essalud o una Entidad Prestadora de Salud- EPS, de conformidad con el artículo 83º del Reglamento; siendo que nuestra empresa tiene contratada dicha cobertura con la EPS "Pacífico Vida". Por otro lado, de conformidad con el Artículo 86º del Reglamento, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo podrá ser contratada con la ONP o con una Compañía de Seguros a través del IPSS o la EPS que brinde la cobertura de salud, a solicitud del empleador, siendo que en el presente caso también se ha contratado dicha cobertura con el Seguro "Pacífico Vida".

Ahora bien, mediante constancias de fechas 19 y 20 de enero de 2006, que estamos acompañando al presente escrito, la EPS Pacífico Vida, ha informado que el señor Mauro Serrano García:(i) no ha tenido atenciones médicas bajo el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo; y, (ii) no ha presentado ni recibido pago de beneficios o ha efectuado algún reclamo respecto a la Póliza de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo N° 6200650 contratada por nuestra empresa.

En consecuencia, la afirmación del demandante que sufre una enfermedad profesional resulta desvirtuada por el hecho que no ha accedido a ninguno de los beneficios previstos en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que corresponde precisamente al régimen de cobertura previsto para las atenciones médicas y pago de beneficios vinculados a enfermedades profesionales.

5.- La demanda es improcedente.-

Conforme ya hemos señalado al contestar la demanda, ésta es IMPROCEDENTE por cuanto existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria para la protección del derecho, y porque la acción de amparo carece de etapa probatoria.

En efecto, si el accionante sostiene que ha sido despedido por nuestra empresa basado en su condición de invalidez y en contravención del artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA. Ergo, la vía idónea para acreditar que no incurrió en la causa justa de despido invocada por nuestra empresa es la del proceso ordinario laboral, la misma que se convierte en la vía específica igualmente satisfactoria.

Cabe señalar que el numeral 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional establece expresamente que "NO PROCEDEN los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado".

En este orden de ideas, como quiera que el actor alega que no ha incurrido en la causa justa de despido invocada por nuestra parte, es claro que está considerando su despido como uno arbitrario, lo cual debe ser dilucidado en la vía específica igualmente satisfactoria, esto es, el proceso ordinario laboral, tal como lo señalan los artículos 4° y 61° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, que señalan textualmente lo siguiente:

Ley 26636

Artículo 4°.- COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:

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

a. Impugnación del despido.

Artículo 61º.- TRAMITACION.- Se tramitan en proceso ordinario laboral todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que son de competencia de los juzgados especializados de trabajo, salvo disposición legal distinta.

Por todo lo expuesto, queda claro que el proceso ordinario laboral resulta ser la vía específica igualmente satisfactoria para resolver la pretensión del demandante.

Sobre esta materia existe precedente vinculante inmediato del Tribunal Constitucional. En efecto, mediante Sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005, se ha destacado el carácter excepcional y residual de la acción de amparo, la que sólo procede cuando no exista una vía específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos supuestamente vulnerados del demandante. Para estos efectos, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 3 que:

"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.º, 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."

Asimismo, en el Fundamento 4 de dicha sentencia señala lo siguiente:

"Al respecto, este Colegiado precisó que "(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 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.º 4100-2004-AA/TC, Fundamento 6)."

En consecuencia, como existe una vía igualmente satisfactoria para tutelar la impugnación del despido que reclama el actor, esto es, la vía ordinaria laboral, la demanda debe ser declarada improcedente.

7.- La Acción de Amparo carece de etapa probatoria y los hechos controvertidos en esta litis exigen una intensa actuación probatoria.-

La presente demanda debe ser declarada improcedente, ya que la acción de amparo no constituye la vía idónea para dilucidar la pretensión demandada, al carecer de etapa probatoria, habida cuenta que pueden ventilarse a través de este medio procesal únicamente aquellas situaciones que no requieran de actividad probatoria.

En efecto, el presente caso se sustenta en el despido por causa justa relacionada con la capacidad del demandante. Por su parte, el actor señala que sufre una enfermedad profesional y que por ende no puede ser despedido por causa de su invalidez. Ambas afirmaciones hacen necesaria una intensa actividad probatoria que no pueda producirse dentro de la sumariedad de la vía procesal de la acción de amparo, y que determina irremediamente la improcedencia de la acción de amparo planteada ya que, para su resolución, se requiere de una mayor y más intensa actuación de medios probatorios que la prevista en esta vía.

Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 9º del Código Procesal Constitucional señala expresamente que "en los procesos constitucionales

no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación (...)."

Cumplimos con señalar que este criterio ha sido recientemente establecido como **PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO** por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005, en el que ha resaltado que no procede el amparo cuando verse sobre hechos controvertidos, como en el presente caso, los cuales requieren para su resolución la actuación de medios probatorios, dado que el Proceso de Amparo carece de una estación probatoria. En efecto, en el Fundamento 19 de la referida sentencia señala que:

"De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 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."

Por consiguiente, al requerirse en el presente proceso la actuación de medios probatorios que permitan determinar si el demandante se encuentra físicamente capacitado para desarrollar sus labores de Operador de Planta, y careciendo la acción de amparo de etapa probatoria, la presente demanda resulta improcedente.

Resulta evidente que uno de los temas más complejos y de mayor actuación probatoria está constituido por la acreditación de los hechos que constituyen causas justas de despido, elementos que demuestran la complejidad de la materia. Así, pretender que tales hechos se ventilen en una acción de amparo contraviene flagrantemente el criterio de observancia obligatoria señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, seguido por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A., publicado en El Peruano el día 13 de mayo de 2003, y el PRECEDENTE VINCULANTE INMEDIATO establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el día jueves 22 de diciembre de 2005.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que se desnaturalizaría la acción de amparo si, como pretende el accionante, en ella nuestra Empresa tuviese que demostrar la incapacidad física del demandante para desempeñar sus labores, motivo por el cual la presente demanda debe ser declarada improcedente.

ANEXOS:

Que, como Anexos del presente escrito, acompañamos los siguientes:

2-A. Copia de la carta de fecha 19 de enero de 2006 emitida por Pacifico Salud indicando que el señor Mauro Serrano García no ha tenido atenciones medicas bajo el Seguro Complementario de Riesgo- SALUD.

2-B. Copia de la carta de fecha 20 de enero de 2006 emitida por Pacifico Vida- Seguro de Vida, indicando que no han recibido ninguna solicitud de pago de beneficios ni reclamo presentado por el señor Mauro Serrano García bajo el Seguro Complementario de Riesgo.

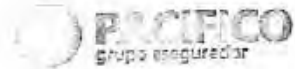
POR TANTO:

Al Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca, solicitamos tener presente lo expuesto al momento de resolver.

Cajamarca, 24 de enero de de 2006.


Victor Ferro Delgado
Abogado
Reto C.A.L. N° 7147





Oficina Principal
Av. Arequipa 660, Lima 17 Perú
T (511) 315 1000
F (511) 433 2339 / 433 2132

Pacifico Centro
Suroeste 201, Lima 18 Perú
T (511) 315 1000
F (511) 431 2151
www.pacificoseguros.com

San Isidro 19 de Enero del 2008

Señores:
MINERA YANACOGCHA SRL
Att. Sra. Mariela Rodrigo
Presente.-

Ref.: SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO - SALUD
PRESTACIONES MEDICAS - MAURO SERRANO GARCIA

Estimados Señores:

Mediante la presente le comunicamos, le comunicamos que el Sr. Mauro Serrano Garcia, no ha tenido atenciones Médicas bajo el seguro de la Referencia, con Pacifico Salud SA EPS.

Quedando a su disposición para cualquier consulta a la presente nos despedimos.

Atentamente,

Jorge Zelaya Herrera
Administrador de Cuentas - Apoderado

Giannina Anduaga Peña
Ejecutiva de Servicio al Cliente

2-B

BEN - 0124/2006

Lima, 20 de enero de 2006

Señor
OBED ABAD
Ejecutivo de Cuenta
MARSH PERU S.A.
Presente

Ref.: Comunicación de no haber solicitado pensión por SCTR
Sr. Mauro Serrano García

Estimado señor:

Por medio de la presente, le comunicamos que no hemos recibido ninguna solicitud de pago de beneficios ni de evaluación, ni ningún reclamo presentado por el Sr. Mauro Serrano García, respecto a la póliza de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo N° 6200650, contratada por su empleador Minera Yanacocha SRL.

Atentamente,

HÉCTOR LUCERO
Departamento de Beneficios



ANEXO 4

EXPEDIENTE : 2005-980-0-0601-JR-GI-02
MATERIA : ACCION DE AMPARO
ESPECIALISTA : CLAUDIA CABANILLAS QUEVEDO
JUEZ : ELMER PORTAL RODRIGUEZ
DEMANDADO : MINERA YANACOCCHA S.R.L.
DEMANDANTE : MAURO SERRANO GARCIA

SENTENCIA

RESOLUCION NUMERO QUINCE

Cajamarca veintiséis de mayo
Del dos mil seis.

AS
VISTOS; conforme aparece de fojas diecisiete a veinte don Mauro Serrano García, acude a esta Corte Superior de Justicia a fin de solicitar tutela jurisdiccional con el objeto de hacer efectivo el resguardo de sus derechos fundamentales, interponiendo demanda Constitucional De Amparo contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L, por considerar que se ha vulnerado sus Derechos Constitucionales al Trabajo y a la Estabilidad Laboral toda vez que con fecha veintiséis de setiembre del dos mil cinco se le cursa una Carta Notarial de despido por causal de incapacidad permanente parcial sufriendo de esta manera un detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobrevenida; Sustenta su demanda manifestando que con fecha 12 de julio del dos mil uno , ingreso a laborar para la demandada en la Calidad de Operador II de Proceso, y que por la naturaleza de las labores que realiza su labor es de trabajo en riesgo, en consecuencia se encuentra sujeto a contraer enfermedades ocupacionales, es así que su persona producto de la labor que realiza ha obtenido una Enfermedad de Etiología Ocupacional, estableciéndose de esta manera mediante Dictamen de la Comisión Medica mediante Informe TRU-CLMTB-NOV-05 que su persona tiene una incapacidad parcial permanente estableciéndose un menoscabo de un 30% de su capacidad, y que por ello no podía ser despedido en atención de lo señalado en el artículo 18° del Decreto

Supremo N° 003-98-AS que prescribe que los empleadores puedan despedir a sus trabajadoras basadas en su condición de invalidez inferior al 50%; Amparo su pretensión en los demás fundamentos de hecho y dispositivos que invoca; ofrezca medios probatorios. Mediante resolución admisorio de fojas veintuno se ordena correr traslado de la demanda a la empresa demandada, en la persona de su representante legal, por el término de ley, a quienes se les notifica válidamente; Mediante escrito de folios cuarenta y dos a cincuenta y cuatro don Raúl Fernando Valera Zevallos en su calidad de apoderado legal de la Empresa Minera Yacocha SRL, se apersona al proceso para contestar la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos solicitando que la misma sea declarada improcedente en merito a los fundamentos facticos y jurídicos que expone, ofrece medios probatorios; por lo que siendo su estado, corresponde expedir sentencia que ponga fin a la instancia; Y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, antes de emitir un pronunciamiento de fondo, se hace necesario en esta etapa realizar nuevamente un examen de procedibilidad de la demanda, ello en atención de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0206-2005-PA (caso Baylon) de fecha veintiocho de noviembre del dos mil cinco y publicada en el diario oficial *El Peruano* el veintidós de diciembre del dos mil cinco, mediante la cual se han fijado los lineamientos jurídicos y las pretensiones que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental al trabajo. **SEGUNDO:** Que, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional en el fundamento 16 ha señalado que el Proceso de amparo es idóneo cuando se trate de un despido nulo¹, remitiéndonos para ello a la STC N° 0976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos) en la que se señala como un caso de despido nulo cuando se despide al trabajador por razones de discapacidad; esta protección urgente se justifica por cuanto a tenor de los artículos 7º y 23º de la Constitución se les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18º del Protocolo adicional a la Convención

¹ En el fundamento 7 de dicha sentencia señala que, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia.

Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador"², 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", por consiguiente la pretensión del recurrente al haber sido despedido por razones de discapacidad sobreviviente y detrimento en sus labores ordinarias de trabajo; se encuadra dentro de los fundamentos 15 y 16 de la STC 206-2005-PA/TC referidos a material laboral privada, razón por la cual se procede a emitir un pronunciamiento de merito. **TERCERO:** Que el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala como fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. La razón de ello radica en que la Constitución del Estado no es un simple catálogo de normas sobre derechos, valores y principios constitucionales sin mayor repercusión en la vida de las personas, sino por el contrario es un cuerpo normativo "vivo" rector de nuestro ordenamiento, que fija los lineamientos jurídicos que van a regir no sólo la actividad estatal sino también el correcto actuar de los seres humanos respetando los derechos fundamentales; en ese sentido, la Constitución Política prevé una serie de garantías constitucionales que se constituyen como mecanismos de defensa que tiene toda persona ante la vulneración de sus derechos fundamentales, así el Artículo 200 inciso 2 de la *Carta Magna* prevé la acción de amparo como una garantía que tiene toda persona que haya sido vulnerada o amenazada en el ejercicio de sus derechos reconocidos en la constitución. **CUARTO:** Siendo entonces el proceso de amparo una garantía constitucional "*destinada a la protección de un derecho constitucional, cuando*

² Al respecto debe observarse lo prescrito por el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, referido a la Interpretación de los Derechos Constitucionales: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

se afecta el contenido constitucional protegido del mismo", éste tendrá por finalidad el restablecimiento y pleno ejercicio del derecho vulnerado, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo prevé en artículo II del título preliminar y artículo 1° del Código Procesal Constitucional. QUINTO: Que, al interponer su demanda de amparo el recurrente reclama la vulneración de sus derechos constitucionales a la Estabilidad Laboral y derecho al Trabajo, por cuanto mediante Carta Notarial de fecha veintiséis de setiembre del dos mil cinco se le despida por cuanto sufre una incapacidad parcial permanente consistente en una hernia de disco en la Región Lumbar, sin tener en cuenta que su invalidez es inferior al 50%, por lo que no podía ser despedido, por cuanto existe prohibición de despedir al trabajador cuando este sufre de invalidez menor al 50% de conformidad con el artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA; por consiguiente y conforme al texto de la demanda aparece entonces que el recurrente estaría cuestionando la validez y legalidad de su despido por parte de la demandada por que se le habría vulnerando sus derechos constitucionales al trabajo y a la Estabilidad Laboral, a este respecto se hace necesario verificar si las agresiones por parte de la demandada afecta el contenido constitucionalmente protegido del Derecho al Trabajo y por ende a la Estabilidad Laboral, en ese sentido debemos pronunciarnos en primer lugar si lo reclamado por el demandante se encuentra dentro del contenido esencial del derecho del trabajo, por lo tanto protegido por el amparo, en segundo lugar verificar si el despido realizado por la demandada es arbitrario y nulo, y en tercer lugar verificar si le corresponde o no la reposición al trabajador. SEXTO: Que, en cuanto al contenido Esencial del derecho al trabajo; este ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional en Expediente 1124-2002-AA/TC y Expediente N° 976-2001 (caso Sindicato De Trabajadores De Telefónica Del Perú y caso Eusebio Llanos Huasco) señalando que el derecho al trabajo expresa dos sentidos: por un lado, la adopción por parte del Estado de una política de empleo orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo y por otro lado la proscripción del despido, salvo por causa justa; en éste ultimo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser

despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral, de ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"³, por lo que desde esta perspectiva la habilitación de un despido sin expresión de causa o que se sustente en una aparente causa justa resultaría contradictorio a la proscripción del despido arbitrario y por ende al principio de causalidad del despido, que precisamente estaría garantizado por este derecho, y que nuestra constitución ha recogido en su artículo 2 inciso 15, así como en los artículos 22, 23 y 27 del mismo cuerpo normativo; los cuales imponen al Estado la obligación de asegurar que ninguna relación laboral desconozca o rebaje la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales; en ese sentido todo despido que no se sustente en una causa justa sin respetar el principio de causalidad y legalidad, estaría vaciando de contenido constitucional del derecho al trabajo. **SETIMO:** Que, del considerando anterior se desprende entonces que es parte del contenido esencial del derecho al trabajo la proscripción del despido salvo por causa justa señalada en la ley de manera expresa; por lo que, la falta de causalidad y legalidad del despido calificaría a este de "arbitrario" y violatorio de derechos fundamentales⁴; en ese sentido la Constitución en sus artículos 22° y 27 protege al trabajador ante un despido arbitrario, garantizando de esta manera una exigencia mínima expresada en el principio de causalidad y legalidad del despido además del sometimiento a previo procedimiento administrativo. **OCTAVO:** Que, el artículo 23 inciso a) del Decreto Supremo 03-97-TR, señala como una causa justa de despido relacionado con la capacidad del trabajador "El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida,

³ Al Respecto vease la STC N° 3330-2004-AA/TC (Caso Loja Mori)

⁴ Vinatca Recoba LUIS "La Adecuada Protección Procesal Contra El Despido Arbitrario" En Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsionaria, Academia Nacional de la Magistratura y Sociedad Peruana del derecho al Trabajo y de la seguridad social; Primera Edición; Lima 2004. Pág. 111.

determinante para el desempeño de sus tareas"; de ello aparentemente la norma faculta al empleador de manera absoluta despedir a sus trabajadores cuando estos sufran de un detrimento en sus facultades físicas o mentales, o ineptitud sobreviviente sea cual fuese el grado; sobre este particular debemos señalar que dicha norma tendría un problema de asignación de significado de sus alcances y contenido lo que ocasionaría un conflicto con el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo 03-98-AS, norma que proscriba el despido del trabajador cuando este sufra de una invalidez parcial permanente menor al 50% en sus facultades físicas. NOVENO: Que, desde el punto de vista de este Juzgado la causal de despido a que hace referencia el artículo 23 inciso a) del Decreto Supremo 003-97-TR señalado en el considerando anterior, no puede ser interpretada literal ni aisladamente sino por el contrario tienen que buscarse una interpretación armoniosa con la Constitución y la Ley, toda vez que aceptar lo contrario implicaría un resquebrajamiento de los derechos del trabajador, por lo que siendo ello así dicho dispositivo tiene que interpretarse de forma mas favorable al trabajador en aplicación del Principio Constitucional *Indubio pro operario*, y de forma sistemática con el artículo 18° inciso 2° literal 4 del Decreto Supremo 03-98-AS el que prescribe que *en caso que las lesiones sufridas por el trabajador dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50% , pero igual o superior al 20%, estos tendrán derecho por única vez a un monto equivalente a 24 mensualidades de pensión(...), y que en estos casos la entidad empleadora esta prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basado en su condición de invalidez*; de ello podemos arribar a la conclusión de que la sola voluntad del de despedir a un trabajador cuando éste sufra una invalidez parcial permanente menor al 50% sería arbitraria y a la vez inconstitucional; toda vez que el Estado tiene el deber de otorgar una protección especial a la persona y trabajador que sufre invalidez; que por otro lado, en lo que respecta a la invalidez parcial permanente superior al 20%, éste porcentaje en el detrimento las facultades físicas o mentales no es para dar origen a un despido justificado sino por el contrario es para efecto de que se conceda prestaciones por incapacidad parcial permanente. DECIMO: Que, en el ámbito de la

enfermedad sobreviviente o incapacidad sobreviviente, ésta para ser objeto de despido sin tener en cuenta el grado de discapacidad, no debe ser producto de las labores inherentes a la relación laboral, sino por el contrario tienen que ser ajenas a ésta, toda vez que aceptar lo contrario sería dejar en desamparo al trabajador que ha dedicado su esfuerzo y capacidad al empleador, incluso poniendo en riesgo su propia integridad física; rebajando de esta manera su dignidad por cuanto sólo se la ha visto como un simple objeto o un medio técnico para alcanzar un fin más importante que él, negándole de esta manera su calidad de Fin Supremo del Estado y la protección que la Constitución le ha otorgado en su artículo 1º, el mismo que marca el pilar y directriz de todo nuestro ordenamiento jurídico, al señalar que la persona humana y el respecto de su dignidad es el Fin Supremo del Estado, y si entendemos que ello es así, no puede existir un Fin Técnico que supere a un Fin Supremo. **DECIMO PRIMERO:** Que, tal como se aprecia de autos y del Dictamen de la Comisión médica que corre a fojas uno de fecha veintiocho de setiembre del dos mil cinco, la comisión médica del Hospital II Essalud Cajamarca, da como diagnóstico que el recurrente sufre de incapacidad parcial permanente en un treinta por ciento, y que no puede realizar ninguna labor en áreas que demanden esfuerzo físico y que pueden agravar su enfermedad, pero que está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo, asimismo tal como corre del informe TRAU -CLMTB-NOV-05 emitido por la Clínica Limatambo y que corre a fojas cuatro se verifica que la enfermedad del recurrente es una enfermedad de Etiología Ocupacional y que ha tenido su origen tras levantar peso excesivo, y que se inicia el ocho de mayo del dos mil tres, fecha en la cual es atendido en el Centro médico del KM 37 del Campamento Minero; esto último nos permite concluir que la enfermedad del actor ha sido adquirida al realizar sus labores para la empresa demandada, calificándose ésta como enfermedad profesional toda vez que ha sido contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral, y que causa incapacidad para realizar las tareas habituales del trabajo⁵, siendo ello así, la demanda resulta amparable porque la extinción de la relación laboral se ha sustentado

⁵ Al respecto véase la STC 1008-2004-AA (Caso Puchuri Flores)

en una incapacidad parcial permanente sin tener en cuenta el grado de discapacidad del actor, habiendo actuado la demandada de forma arbitraria y abusiva que la constitución no permite⁶, por lo que el recurrente al sufrir una incapacidad parcial permanente menor al 50%, en este caso igual al 30% de discapacidad, no podía ser despedido por su empleadora; constituyéndose así su actuar en un acto arbitrario y lesivo de los derechos fundamentales del demandante, razón por la cual su despido carece de efecto legal y es repulsivo al ordenamiento jurídico. DECIMO SEGUNDO: Que, por otro lado teniendo en cuenta el peticorio de la demanda y de lo expuesto en los vistos de esta sentencia, el recurrente sólo ha alegado la lesión de su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, sin embargo no se ha realizado un pedido explícito respecto a la reposición del actor, por lo que corresponde en este nivel verificar si corresponde o no la reposición del trabajador al no haber sido solicitado por este; que a este respecto es necesario aclarar que los procesos de Garantías Constitucionales tienen efecto restitutorio tal y como se desprende el artículo II del Título Preliminar y 1° del Código Procesal Constitucional, por lo que en aplicación de dichos dispositivos y en atención al principio de congruencia, *iura novit curia* y finalidad de los procesos constitucionales procede, que este juzgado ordene la reposición del trabajador, toda vez que con ello se cumple con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, restablecido su plena vigencia cuando estos hayan sido transgredidos. DECIMO TERCERO: Que por lo anterior la demanda de acción de amparo resulta fundada y así debe declararse; ordenando el pago de Costos y Costas del proceso, ello de conformidad al artículo 56° del Código Procesal Constitucional que se establece que si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos del proceso. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con las normas glosadas además de los artículos 22°, 23° 27° de la Constitución Política, Artículo II del Título Preliminar, Artículo 1°, 37° inciso 10 y 56 del Código procesal constitucional, Administrando Justicia A Nombre Del Pueblo **FALLO:** declarando **FUNDADA** la demanda de fojas diecisiete a

⁶ Último párrafo del Artículo 109 de la Constitución Política. "La constitución no ampara el abuso de derecho"

veinte que interpuso don Mauro Serrano Geroña, contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L, sobre proceso de Amparo; **NULA** la carta notarial de fecha veintiséis de setiembre del dos mil cinco. **ORDENAR** la reposición del demandante en su centro de labores Minera Yanacocha S.R.L en su puesto de trabajo del mismo nivel y de acuerdo a su capacidad física. **CONDENANDO** al pago de costos y costas del proceso a la demandada, los que se liquidaran en ejecución de sentencia; y una vez que queda consentida y/o ejecutoriada la presente Sentencia archivase de modo definitivo por secretaria. **NOTIFICANDOSE**



SECRETARÍA JUDICIAL
28 de Septiembre de 2005

ANEXO 5



CAUSA A PESAR QUE EXISTE UNA VÍA ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA PARA RECLAMAR EL SUPUESTO DERECHO AFECTADO.

- 1.1. De conformidad con el numeral 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
- 1.2. Ratificando lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha establecido que la vía del amparo **no tiene carácter alternativo**, sino que **tiene carácter residual y extraordinario**; y, es por este carácter que el proceso de amparo sólo procede cuando no exista una vía específica igualmente satisfactoria para la protección de los derechos supuestamente vulnerados del demandante.
- 1.3. Así, en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, recaída en el proceso de amparo seguido por don César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, bajo el expediente N° 206-2005-PA/TC, publicada el 22 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, la cual constituye precedente vinculante inmediato, el Tribunal Constitucional ratificó que:

"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.º, 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.º 20506 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.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).

(...)

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"

- 1.4. De acuerdo a los fundamentos citados, el carácter residual y extraordinario de la vía del amparo implica que no sean procedentes las demandas de amparo cuando existan vías procedimentales específicas que sean igualmente satisfactorias para la protección de los derechos supuestamente vulnerados.
- 1.5. Dado que el demandante sustenta su pretensión alegando que no incurrió en la causa justa de despido, resulta evidente que está considerando su

despido como uno arbitrario, el cual obviamente debe ser dilucidado en la vía específica igualmente satisfactoria, cual es la del proceso ordinario laboral, tal como lo señalan los artículos 4º y 61º de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, que señalan textualmente lo siguiente:

Artículo 4 de la Ley N° 26636.- COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:

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

a. Impugnación del despido.

Artículo 61 de la Ley N° 26636.- TRAMITACION.- Se tramitan en proceso ordinario laboral todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que son de competencia de los juzgados especializados de trabajo, salvo disposición legal distinta.

- 1.6. Ello ha sido confirmado por la Sala Civil de Cajamarca al resolver en revisión la solicitud cautelar formulada por el demandante, reconociendo que la pretensión del actor cuenta con una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado. Así, la Sala Civil señaló:

"Cuarto: que, conforme a las resoluciones emanadas por el Supremo Intérprete de la Constitución, específicamente en la STC N° 0206-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el veintidós de diciembre del dos mil cinco, y en el marco de su función de ordenación y pacificación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de amparo, ha precisado, con carácter vinculante, los criterios de procedibilidad de las demandas

de amparo en materia laboral del régimen privado y público; Cinco: Que, en atención a la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y conforme a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, se determina que, para casos como el presente, la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado, siendo que dicho Órgano Constitucional ha establecido que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, sean los jueces laborales los que deben 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 el Tribunal Constitucional ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (Fund. 38 de la STC 0206-2005-PA/TC) Por estas consideraciones y en atención a la Jurisprudencia vinculante establecida en la sentencia señalada precedentemente; **POR MAYORÍA REVOCARON** la resolución número dos de fecha veintinueve de diciembre del dos mil cinco obrante a folios veinticuatro a veinticinco que admite la medida cautelar innovativa, consecuentemente deja sin efecto la carta notarial de despido de folios dieciséis del principal y ordena que la empresa demandada reponga al amparista en su centro de trabajo y en las labores ocupacionales adecuadas para la incapacidad parcial que padece; **REFORMÁNDOLA la declararon IMPROCEDENTE** en los seguidos

por don Mauro Esrrano García contra la empresa Minera Yanacocha S.R.L."

- 1.7. Por todo lo expuesto, queda claro que el proceso ordinario laboral resulta ser la vía específica igualmente satisfactoria para resolver la pretensión del demandante, por lo que, en atención al artículo 5° numeral 2) del Código Procesal Constitucional, y al criterio vinculante dictado por el Tribunal Constitucional, la sentencia apelada debe ser **REVOCADA** y, reformándola, se debe declarar **IMPROCEDENTE** la presente demanda.

2. **SEGUNDO ERROR: LA SENTENCIA CONTRAVIENE EL PRECEDENTE VINCULANTE DICTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PUES LOS HECHOS ALEGADOS POR EL DEMANDANTE NO CALIFICAN EN ALGUNA DE LAS TRES CLASES DE DESPIDO TRAMITABLES VÍA AMPARO.**
 - 2.1. El Juzgado señala que el despido del demandante se encontraría dentro de las clases de despido tramitables vía amparo, pues se trataría de un despido nulo, remitiéndose para ello a la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 976-2001-A/TC, en la que se señala como un caso de despido nulo cuando se despide al trabajador por razones de discapacidad. Sin embargo, la lectura realizada por el Juzgado es incompleta y, por tanto, errónea, conforme pasamos a exponer.
 - 2.2. De acuerdo al fundamento 15 de la mencionada sentencia, se producirá el denominado despido nulo de una persona con discapacidad sólo cuando éste se produzca por motivos discriminatorios, no cuando éste se produzca por la configuración de una causa justa como la prevista en el literal a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto

Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, como sucede en el presente caso. En efecto, el fundamento 15 señala:

"Se produce el denominado despido nulo cuando:

(...)

- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050)."

2.3. Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional indica "Cfr. Ley 27050" Es decir, cuando el Tribunal incluye como causal de nulidad el despido de personas discapacitadas se refiere a la prevista en la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad.

2.4. En ese sentido, para obtener una lectura correcta de la mencionada causal, el Juzgado debió recurrir a la Ley N° 27050, la cual señala en su artículo 31° que:

"Es nulo el acto que basado en motivos de discriminación afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad."

2.5. De acuerdo a ello, la causal de nulidad a la que hace referencia el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, se configura sólo cuando el despido de un discapacitado se basa en motivos de discriminación.

2.6. En el presente proceso, el motivo del despido del demandante no se produjo por motivos de discriminación, ello ni siquiera ha sido alegado por el actor y menos demostrado. Por el contrario, el demandante fue despedido por una causa justa prevista legalmente, como lo es la

establecida en el literal a) del artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. En consecuencia, el despido del demandante evidentemente no califica como un despido nulo.

2.7. Por otro lado, debemos señalar que el despido del demandante no se produjo sin imputación de causa, por el contrario, fue consecuencia de un procedimiento de despido en el que nuestra empresa le imputó la causa justa de despido prevista en el inciso a) del artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, concediéndole el plazo de ley para que emita sus descargos, y luego de analizados éstos, nuestra empresa concluyó que el demandante había incurrido en la causa justa de despido imputada, por lo que se dio fin a la relación laboral.

2.8. Tampoco se trata de un despido fraudulento, pues los hechos imputados no son inexistentes, falsos o imaginarios, ni se le atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente. En efecto, los hechos imputados evidentemente no son falsos, inexistentes o imaginarios.

2.9. De acuerdo a lo expuesto, el despido del demandante no califica en alguna de las tres clases de despido tramitables vía amparo de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la demanda debió ser declarada **IMPROCEDENTE**.

3. TERCER ERROR: LA DEMANDA DEBIÓ SER DECLARADA IMPROCEDENTE, POR CUANTO LA CAUSA JUSTA DE DESPIDO NO SE PUEDE DILUCIDAR EN LA PRESENTE VIA POR CARECER DE ETAPA PROBATORIA.

3.1. Lo que pretende el demandante en el presente proceso es cuestionar la causa justa del despido, lo cual no puede dilucidarse a través de la vía del amparo, conforme así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, por

cuanto esta vía carece de etapa probatoria. Así, en el considerando décimo noveno de la mencionada sentencia emitida en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló:

"De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2528-2003-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."

- 3.2. De acuerdo a ello, es claro que se deben declarar **IMPROCEDENTES** las demandas de amparo en las que se cuestione la causa justa del despido, como sucede en la presente, por cuanto la veracidad, falsedad, la adecuada calificación de la causa justa, y la proporcionabilidad de la sanción, no pueden dilucidarse a través de la vía del amparo.
- 3.3. En ese sentido, la sentencia recurrida debe ser **REVOCADA** y, reformándola, se debe declarar **IMPROCEDENTE** la presente demanda.

4. CUARTO ERROR: EL JUZGADO NO TOMA EN CUENTA QUE EL DEMANDANTE FUE DESPEDIDO POR UNA CAUSA JUSTA PREVISTA LEGALMENTE.

4.1. El Juzgado declara fundada la demanda a partir de que nuestra empresa habría despedido al demandante basándose en su condición de invalidez. Sin embargo, como hemos demostrado en autos, el demandante fue despedido conforme a lo previsto por el inciso a) del artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que prevé como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador, el detrimento de la facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas que cumple.

4.2. En efecto, dicho dispositivo establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas."

4.3. Las tareas a cargo del actor incluyen la recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para evitar taponamientos de las perforaciones por donde corre la solución cianural; revisión de conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre la tubería matriz que traslada la solución al PAD, esto es, los andenes del

207

tajo abierto) y de flejas para acoplar tuberías. Todas estas tareas demandan un nivel de esfuerzo físico.

- 4.4. Sin embargo, conforme al dictamen de Comisión Médica que obra en autos, el actor sufre de incapacidad parcial permanente, por lo que no puede trabajar en labores que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar su enfermedad.
- 4.5. En consecuencia, se ha configurado la causa justa de despido vinculada a la capacidad que motivó su separación, por cuanto el actor sufre de un detrimento e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas, la cual ha sido determinada oficialmente por ESSALUD, el cual es el órgano competente llamado por ley para pronunciarse sobre esta materia, conforme a lo dispuesto por el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001- 98- TR.

5. QUINTO ERROR: EL JUZGADO SE EQUIVOCA AL AFIRMAR QUE EL DEMANDANTE SUFRE UNA ENFERMEDAD OCUPACIONAL.

- 5.1. Para declarar fundada la demanda, el Juzgado afirma que el demandante sufre una enfermedad ocupacional. Sin embargo, ello es **FALSO**, toda vez que el demandante no sufre ninguna lesión causada por algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, tal como lo demuestran los documentos que obran en autos.
- 5.2. En efecto, el actor ha señalado que su dolencia es fruto de las labores que ha efectuado en nuestra empresa y que, por ende, la suya es una enfermedad profesional. Basa su afirmación en el informe médico emitido por la Clínica Limatambo que ha recaudado a su demanda. Sin embargo, debe tenerse presente que dicha entidad es una de carácter privado y por ende no constituye un organismo de salud oficialmente competente para

- determinar el origen ni la naturaleza de la afección que sufre el demandante. Asimismo, ha acompañado un Dictamen Médico de Essalud en el que señala que tiene 30% de menoscabo de invalidez.
- 5.3. Existen claros indicios que el demandante sufre una enfermedad común y no una enfermedad profesional, por cuanto en ningún momento ha solicitado el pago de las prestaciones previstas en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que le permitirían cobrar el importe de 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que corresponde a una invalidez permanente total, conforme prevé el numeral 18.2.4 del artículo 18° del Decreto Supremo N° 007-98-SA.
- 5.4. En efecto, conforme al artículo 82° del Reglamento de la Ley de Modernización de la Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 09-97-SA, y modificado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA (en adelante el Reglamento), el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores empleados y obreros y que laboran en un centro de trabajo en el que la Entidad Empleadora realiza las actividades descritas en el Anexo 5 del referido Reglamento, como es el caso de la actividad minera. Dicha cobertura comprende: a) la cobertura de salud por trabajo de riesgo; y b) la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo.
- 5.5. La entidad que presta la cobertura por salud por trabajo de riesgo puede ser Essalud o una Entidad Prestadora de Salud- EPS, de conformidad con el artículo 83° del Reglamento; siendo que nuestra empresa tiene contratada dicha cobertura con la EPS "Pacífico Vida". Por otro lado, de conformidad con el Artículo 86° del Reglamento, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo podrá ser contratada con la ONP o con una Compañía de Seguros a través del IPSS o la EPS que brinde la cobertura de salud, a solicitud del empleador, siendo que en el presente caso también se ha contratado dicha cobertura con el Seguro "Pacífico Vida".

- 5.6. Ahora bien, mediante constancias de fechas 19 y 20 de enero de 2006, que obran en autos, la EPS Pacífico Vida ha informado que el señor Mauro Serrano García: (i) no ha tenido atenciones médicas bajo el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo; y, (ii) no ha presentado ni recibido pago de beneficios o ha efectuado algún reclamo respecto a la Póliza de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo N° 6200650 contratada por nuestra empresa.
- 5.7. En consecuencia, la afirmación realizada por el Juzgado respecto a que el demandante sufre una enfermedad profesional u ocupacional resulta desvirtuada por el hecho que no ha accedido a ninguno de los beneficios previstos en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que corresponde precisamente al régimen de cobertura previsto para las atenciones médicas y pago de beneficios vinculados a enfermedades profesionales u ocupacionales.
- 5.8. Asimismo, obra en autos las Cartas NRO.001 y 002-RA-HH-CMIT-ESSALUD-CAJAMARCA-2006, ambas de fecha 26 de enero de 2006, por las cuales la Presidenta del Comité Médico de Incapacidad para el Trabajo del Seguro Social de Salud, doctora Rubby Mostacero Chavarri, informa a nuestra empresa que el Dictamen Médico N° 020-2005, acompañado por el accionante a su demanda, de fecha 28 de setiembre de 2005, no acredita la existencia de enfermedad ocupacional alguna porque Essalud sólo evalúa a pacientes con enfermedades ocupacionales que tengan contratado esa cobertura con ellos, lo que no sucede con nuestra empresa, la que tiene contratada esta cobertura con la EPS Pacífico Vida, según documentos expedidos por dicha empresa y que obran en autos. Asimismo, en estas comunicaciones, la Presidenta del Comité Médico de Incapacidad para el Trabajo del Seguro Social de Salud también nos informa que si bien el porcentaje de menoscabo no debe aparecer en estos Dictámenes Médicos, fue a solicitud del propio interesado que ellos indicaron un

porcentaje de menoscabo físico, lo que evidencia la mala fe con la que ha actuado el demandante en este proceso, ya que ha utilizado a Essalud para fabricarse supuestas pruebas que acreditarían su inexistente enfermedad ocupacional.

6. **SEXTO ERROR: EL JUZGADO REALIZA UNA INTERPRETACIÓN CONTRAVINIENDO LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS. INAPLICA INDEBIDAMENTE EL ARTÍCULO 23° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.**

- 6.1. El Juzgado fundamenta su sentencia en que habría un conflicto de normas entre la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) y el D.S. N° 003-98-SA, y que una interpretación armoniosa entre los dispositivos legales sería que, a partir del artículo 18° inciso 2° literal 4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, la sola voluntad de despedir a un trabajador cuando éste sufra una invalidez parcial permanente menor al 50% sería arbitraria y a la vez inconstitucional.
- 6.2. Al respecto, debemos señalar que el Juzgado se equivoca al inaplicar el literal a) del artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral pues, en primer lugar, no existe tal conflicto entre las normas citadas y, en segundo lugar, en caso existiera alguna incompatibilidad entre normas, el Juez debe preferir la aplicación de una norma legal frente a otra de rango inferior, como lo es un Decreto Supremo.
- 6.3. En efecto, no existe tal contradicción entre el artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA pues, si bien este último señala que queda prohibida la posibilidad de prescindir los servicios del trabajador basadas en su condición de invalidez, éste no se pone en el supuesto que la condición física resulte determinante para el desempeño de las tareas,

supuesto que si contempla el inciso a) del artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

6.4. Un ejemplo permitirá graficar la situación: un auxiliar contable que sufre un accidente que le causa una severa cojera habrá sufrido una incapacidad parcial permanente menor al 50%, pero ello no será determinante para el desempeño de sus labores. Pero si en lugar de desempeñarse como auxiliar contable trabaja como guía de turismo de aventura, es obvio que su dolencia importa un detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente para el desempeño de ese puesto de trabajo. Así, en el primer caso no resultará procedente el despido, mientras que en el segundo sí.

6.5. No obstante ello, si existiera algún conflicto de normas, el artículo 138° de la Constitución obliga a los Jueces a aplicar la norma legal frente a otra de rango inferior. En consecuencia, el Juez debió preferir aplicar el artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual prevé a la ineptitud sobreviniente y determinante para el desempeño de las tareas como causal justa de despido vinculada a la capacidad, en lugar del Decreto Supremo N° 003-98-SA, en cuanto la primera es una norma de mayor jerarquía.

7. SÉTIMO ERROR: LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA VULNERA EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, PUES RESULTA EXTRA PETITA.

7.1. El Juzgado reconoce en su décimo segundo considerando que el demandante no ha solicitado su reincorporación en el puesto de trabajo ni su reubicación. No obstante ello, apartándose del mérito de lo actuado y del proceso, y violando el principio de congruencia previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juzgado

ordena la reincorporación en su centro de trabajo en un puesto del mismo nivel y de acuerdo a su incapacidad física.

- 7.2. En efecto, si bien el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil prevé el principio *iura novit curia*, por el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, este principio cuenta con un límite, el principio de congruencia, por el cual 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.
- 7.3. En este caso, el propio Juzgado reconoce que el demandante no ha incluido en su petitorio la pretensión de reposición en el empleo y menos la de reubicación en otro puesto, por lo que, al haberse ordenado tales actos, la sentencia apelada contraviene evidentemente el principio de congruencia, y, por tanto, es NULA.

B) NATURALEZA DEL AGRAVIO:

La sentencia nos causa agravio pues ordena la reposición del demandante inaplicando los criterios vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional, afectando nuestro derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, nos causa agravio pues ordena la reposición del demandante sobre la base de una errada aplicación de las normas.

C) PRETENSIÓN IMPUGNATIVA:

Solicitamos que la Sala **REVOQUE** la Sentencia y, en su lugar, declare **IMPROCEDENTE** o **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

POR TANTO:

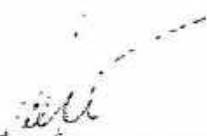
76

A usted, señor Juez, solicitamos tener por interpuesto nuestro recurso de apelación, proveerlo conforme a ley y elevar los actuados al superior donde esperamos alcanzar justicia.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Adjuntamos copia del presente escrito en número suficiente y las cédulas de notificación correspondientes,

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Al amparo del artículo 290º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza el presente escrito el abogado que patrocina la causa.

Cajamarca, 8 de junio de 2006.



EDWIN ALDECHO PIZARRO
ABOGADO
REG. ICAC. 849
REG. CAL. 22012

16/08/03

1/200

EXP. : N° 980-2005 Fs. 541-L. 23
CUADERNO : PRINCIPAL
SUMILLA : CONCLUSIONES FINALES DE
INFORME ORAL

Comunicación
de la
Secretaría

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA CIVIL SUPERIOR DE CAJAMARCA.

MAURO SERRANO GARCÍA, accionante en los seguidos sobre Acción de Amparo contra la demandada MINERA YANACOCKA S.A., a Ud. conforme a derecho digo lo siguiente:

Que, durante el informe oral realizado, por el Doctor Castro Otero por parte de la demandada MINERA YANACOCKA S.R.L. se expuso con toda temeridad y falsedad como se expresa también en sus escritos con la finalidad de pretender inducir a error respecto de la verdadera realidad de los hechos que es el que han perjudicado flagrante y notoriamente mi derecho constitucional al trabajo, dando por ello un informe oral de contenido falso.

Por lo que en uso del inextinguible derecho a la defensa y el debido proceso previsto en el Art. 139° inc. 3 y 14 de la Constitución, y sin perjuicio de que ya hemos presentado escritos anteriormente de Fundamentos y la contestación al escrito de apelación de sentencia, para que sea confirmada la Sentencia de Primera Instancia, por lo que mediante la presente en forma concreta FORMULAMOS : CONTESTACION AL INFORME ORAL DE LA PARTE CONTRARIA MINERA YANACOCKA S.R.L. CONTRADIENDO LOS PUNTOS DE SU INFORME ORAL. LOS CUALES SON SUBJETIVOS, FRAUDULENTOS Y QUE PRETENDEN INDUCIR A ERROR. POR LO CUAL NO DEBERAN SER TOMADOS EN CUENTA POR NO ESTAR BASADOS EN LOS HECHOS VERDADEROS Y EN LOS ACTUADOS PROCESALES. MUY POR EL CONTRARIO DEBERA SER TOMADO EN CUENTA TODOS NUESTROS ESCRITOS PRESENTADOS ASÍ COMO LA PRESENTE Y LOS QUE SE PRESENTEN EN LO SUCESIVO, Y CON LA CUAL CON VOCALES PARCIALES DEBERA SER CONFIRMADA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DECLARA FUNDADA NUESTRA DEMANDA.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y JURIDICOS:

Con respecto al cuestionamiento que hizo sobre la validez del informe TRAU-CLMTE-
NOVA, emitido por la Clínica LIMATAMBO, en donde se verifica que la enfermedad del
demandante es de ETIOLOGÍA OCUPACIONAL y que ha tenido su origen tras levantar peso
repetido, y que se inicia el 08 de Mayo del 2003, en el cual soy atendido en el Centro Médico
en el Km. 37 del Campamento Minero.
El abogado de la demandada MINERA YANACOCKA SRL manifiesta que no tiene validez
el informe que este informe es emitido por una Clínica particular privada, que es

ANEXO 6



PROCESO DE AMPARO 2005 - 980. (I.11.g)

DEMANDANTE : MAURO SERRANO GARCIA.

DEMANDADO : EMPRESA MINERA YANACOCCHA

SENTENCIA : 127 - 06 - SEC.

SALA ESPECIALIZADA CIVIL

Resolución Número Veintitrés

Cajamarca, seis de setiembre del
dos mil seis.

... que refieren a los en la ley
contiene a Ley
Cajamarca, 09 SET, 2006
Libro N° 23 Folios 541
Christian L. Ayala Bazán
SECRETARIO DE LICENCIADO
Sala Especializada Civil

VISTOS: En la Audiencia Pública correspondiente, informes orales, y con los escritos que anteceden; Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, es materia de examen por parte de este órgano Colegiado la sentencia contenida en la resolución número quince, de fecha veintiséis de mayo del año dos mil seis, obrante a folios ciento noventa a ciento noventa y ocho, que declara fundada la demanda de folios diecisiete y siguientes.

Segundo: Que, conforme se advierte del escrito de demanda de folias diecisiete a veinte, el demandante Mauro Serrano García interpone proceso de amparo por haberse vulnerado sus derechos constitucionales a la estabilidad en el trabajo y derecho del trabajo, solicitando que se deje sin efecto su carta de despido de fecha veintiséis de setiembre del dos mil cinco.

Tercero: Que, conforme a las resoluciones emanadas por el Supremo Intérprete de la Constitución, específicamente en la Sentencia del Tribunal número 0206 - 2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el día veintidós de diciembre del dos mil cinco, y en el marco de su función de ordenación y pacificación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de amparo, ha precisado, con carácter vinculante, los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral del régimen privado y público.

Cuarto: Que, en atención a la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y conforme a las criterios de procedencia establecidos en los fundamentos siete y veinte de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, se determina que, para casos como el presente, la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados, siendo que dicho órgano Constitucional ha establecido que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, sean los jueces laborales los que deban adaptar tales demandas

conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal Constitucional ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (cfr. Fund. 38 de la STC 0206-2005-PATC).

Quinto: Que, asimismo el hecho de no poder demostrar el amparista dentro de los treinta días calendarios, su capacidad para el trabajo para el que fue contratado (operador de planta), haría presumir prima fáci~~e~~ que el despido sería arbitrario. Si embargo, considerando que la Empresa demandada tiene otras áreas de trabajo, en las que no se demanda mucho esfuerzo y en ellas podría ocuparse el amparista, lo que tendría que ventilarse en un proceso más lato, en la que debería interesar: a) si es que la demandada realice un despido arbitrario (al acreditarse su incapacidad, emitida por un órgano competente); b) y si es obligación de la demandada reincorporarlo, asignándole otras funciones que pueda desempeñar; lo que se debe determinar en su caso dicha circunstancias en un proceso en la que se presenten hechos controvertidos vinculados a lo ya mencionado, por lo que se requiere 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, lo

4
que evidentemente no puede dilucidarse a través del amparo
(cfr. Fund. 19 de la STC 0206-2005-PA/TC).

Sexto: Que, resulta importante señalar que esta Sala Civil emitió pronunciamiento en la medida cautelar concedida al demandante, habiéndose precisado en la Resolución número cuatro, de fecha diecisiete de abril del año dos mil seis, expedida en el citado cuaderno, que no procede la pretensión de la parte demandante porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados.

Setimo: Que, asimismo precisa el colegiado, que si bien existe una apelación contra la resolución número dieciocho de folios trescientos ochentitrés a trescientos ochenta y cinco, en la que no es aceptada por esta Superioridad la inhibición solicitada por el demandante, la misma que lo hizo tratando de coaccionar a la labor jurisdiccional y a la vez atentado a la majestad de la misma; resolución que ha sido materia de apelación, habiéndose formado y elevado a la Corte Suprema; sin embargo el propio demandante a consentido para llevarse a cabo la realización de la vista de la causa, en la cual él y su abogado informaron, motivo por el cual el colegiado ha determinado emitir la presente resolución.

Por Estas Consideraciones y en atención a la Jurisprudencia vinculante establecida en la sentencia señalada precedentemente: REVOCARON la sentencia contenida en la resolución número quince de fecha veintiséis de mayo del dos

ANEXO 7




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
 Y ARCHIVO
 006 '07
 Expediente: 10472-2006-AA-T
INFORME ESCRITO 2006
 Escrito 170-06

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

MINERA YANACocha S.R.L., en los seguidos por Mauro Serrano García, sobre acción de amparo, atentamente decimos:

Que, en legítimo ejercicio de nuestro derecho de defensa, solicitamos al Tribunal Constitucional tener presente lo siguiente al momento de resolver:

I. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA IMPROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO

El señor Mauro Serrano García interpone la presente acción de amparo solicitando la inaplicación de la carta de fecha 26 de diciembre de 2005 mediante la cual se le despide en virtud del inciso a) del artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, al haberse comprobado que se ha configurado la causa justa de cese relacionada con la capacidad del trabajador consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente, que ha resultado determinante para el desempeño de sus labores.

Conforme el Tribunal podrá apreciar, la pretensión del demandante no es procedente en la vía del amparo pues:

- El propio Tribunal Constitucional ha determinado la improcedencia de la acción de amparo cuando exista una vía ordinaria igualmente satisfactoria. En el presente caso, existe una vía idónea, el proceso ordinario laboral, en el cual el demandante puede discutir la procedencia

de su despido y la procedencia de su reincorporación al puesto de trabajo.

El despido del demandante no califica de despido que el propio Tribunal Constitucional considere como procedentes en esta vía. En efecto, como en el proceso, el accionante ha sido despedido **justa de cese relativa a su capacidad.** No se ha presentado un despido nulo, pues su cese no expone un acto discriminatorio en su contra. Tampoco se ha cesado al actor sin expresión de causa o de manera fraudulenta, pues los hechos sobre los que se apoya su despido son existentes y se encuentran debidamente comprobados.

¿AUFHEBUNG
VON
RECHT?
DES
TIT?

Existe una serie de hechos controvertidos en el proceso que requieren de una dilatada etapa probatoria (la existencia de una enfermedad ocupacional, la existencia del detrimento en la salud del actor que hace imposible la continuación de las labores, la validez del certificado médico presentado por el demandante, la validez del Dictamen de la Comisión Médica de ESSALUD, etc). En ese sentido, la acción de amparo no es la vía procesal adecuada, al no haber una etapa probatoria que permita el esclarecimiento de los hechos indicados, los que resultan relevantes para determinar si la acción es amparable.

Pasamos a desarrollar los fundamentos indicados, sobre la base de los cuales el Tribunal Constitucional deberá declarar improcedente la presente acción de amparo.

I.1. IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA POR EL CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO Y POR EXISTIR UNA VÍA ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA

De acuerdo a lo establecido por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, Acción de Amparo seguida por don César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., de fecha 28 de noviembre de 2005, pronunciamiento que ha sido declarado precedente vinculante inmediato de acuerdo con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, la presente demanda es improcedente dado el carácter excepcional de la Acción de Amparo, la cual solo procede cuando no exista una vía específica igualmente satisfactoria para la protección de los derechos supuestamente vulnerados del demandante.

En efecto, en el Fundamento 3 de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional señala que:

"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.º, 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."

Asimismo, en el Fundamento 4 de la sentencia se señala lo siguiente:

"Al respecto, este Colegiado precisó que "(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 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.º 4198-2004-AA/TC, Fundamento 6)."

En los Fundamentos 5 y 6 de la sentencia N° 206-2005-AA el Tribunal Constitucional señala que el control constitucional corresponde en un primer nivel de protección de derechos fundamentales a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios y sólo en los casos en los que la vía ordinaria no sea satisfactoria y eficaz para la protección urgente del derecho vulnerado, procederá la acción de amparo, en calidad de vía extraordinaria, siendo obligación del demandante demostrar que la vía del amparo es la vía idónea y eficaz para reestablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado.

Adicionalmente, en el Fundamento 32 de la sentencia referida el Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

"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 de 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".

En el presente proceso el demandante alega no haber incurrido en la causa justa de despido que se ha imputado. Por nuestra parte, sostenemos que no ha mediado arbitrariedad alguna en el cese del accionante y, por el contrario, la

causa justa de despido se encuentra plenamente acreditada. En ese sentido, resulta evidente que existe controversia respecto a la existencia o no de arbitrariedad en el cese del actor, hecho que debe ser dilucidado en la vía específica igualmente satisfactoria, que es la del proceso ordinario laboral, tal como lo señalan los artículos 4º y 61º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, que señalan textualmente lo siguiente:

Artículo 4 de la Ley Nº 26636.- COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:

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

a) Impugnación del despido.

Artículo 61 de la Ley Nº 26636.- TRAMITACION.- Se tramitan en proceso ordinario laboral todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que son de competencia de los juzgados especializados de trabajo, salvo disposición legal distinta.

En atención a lo antes expuesto, no es procedente una demanda de Amparo cuando existe una vía procedimental específica que sea igualmente satisfactoria para la protección de los derechos supuestamente vulnerados. Por tanto, el presente proceso es improcedente, toda vez que existe una vía específica igualmente satisfactoria que es el Proceso Ordinario Laboral, mediante la cual se puede impugnar un despido, tal como lo pretende el demandante.

I.2. LOS HECHOS ALEGADOS EN LA DEMANDA NO CALIFICAN EN NINGUNA DE LAS TRES CLASES DE DESPIDO TRAMITABLES EN UNA ACCIÓN DE AMPARO:

En el presente proceso el demandante discute la procedencia de su cese, el mismo que se produjo al haberse configurado la causa justa de cese

182

relacionada con la capacidad del trabajador, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente, que ha resultado determinante para el desempeño de sus labores. Dicha causa justa se encuentra debidamente sustentada por el Dictamen Médico evacuado por ESSALUD – Cajamarca que acredita que el actor sufre de incapacidad permanente, lo que le impide continuar con sus labores como Operador de Planta.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar que nuestra empresa ha procedido a imputar la causa justa y a evaluar los descargos formulados por el demandante antes de decidir su cese. Asimismo, que la causa justa imputada se desprende de un dictamen médico evacuado por ESSALUD, entidad competente para determinar la existencia de una situación de invalidez permanente. Finalmente, el Tribunal podrá apreciar que los hechos expuestos en el proceso no son ficticios y lo que discute el demandante es la valoración de los elementos de prueba que sustentan su cese.

En ese sentido, debemos indicar que **NO nos encontramos** ante alguno de los supuestos de procedencia a trámite del amparo (despido nulo, despido incausado o despido fraudulento) expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente **Nº 976-2001-AA/TC,**

Conforme hemos indicado, nuestra empresa ha imputado al actor una causa justa de cese relacionada con la capacidad del trabajador consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente, que ha resultado determinante para el desempeño de sus labores, específicamente prevista en el literal a) del artículo 23º del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR. En ese sentido, es claro que no estamos ante un despido incausado.

Asimismo, no se ha cuestionado la existencia de los hechos sobre los que se sustenta el despido del demandante. El demandante confirma encontrarse incapacitado permanentemente para el trabajo, siendo objeto de cuestionamiento el grado de menoscabo a su salud y la naturaleza de su enfermedad. Sin embargo, no se ha cuestionado su existencia, ni la de los documentos o hechos que acreditan la causa de cese.

Recapitulando lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 976-2001-AA/TC, estaríamos ante un despido fraudulento "cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente." De acuerdo a lo expuesto en los párrafos anteriores, la causa justa de despido se encuentra expresamente prevista en el literal a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por otra parte, los hechos imputados y la existencia de la incapacidad permanente del actor no es objeto de cuestionamiento. Con ello, queda descartado que nos encontremos ante un supuesto de despido fraudulento.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, cuando el Tribunal Constitucional sostiene, en el fundamento 15 del expediente citado, que se reputará nulo el despido de una persona con discapacidad sólo cuando éste se produzca por motivos discriminatorios, no cuando éste se produzca por la configuración de una causa justa como la prevista en el literal a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, como sucede en el presente caso. En efecto, el fundamento 15 señala:

*"Se produce el denominado despido nulo cuando:
(...)"*

- 18E
- *Se despida al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).*

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional indica como referencia expresa a la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, por lo que debemos recurrir a la mencionada norma con el propósito de conocer los alcances del despido nulo al que se hace referencia. En dicha norma se señala, en el artículo 31º, lo siguiente:

"Es nulo el acto que basado en motivos de discriminación afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad."

De acuerdo a ello, la causal de nulidad a la que hace referencia el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, se configura sólo cuando el despido de un discapacitado se basa en motivos de discriminación.

Sin embargo, como se ha indicado, en el presente proceso se ha determinado el cese del actor al haber sobrevenido una situación de incapacidad permanente que ha resultado ser determinante para el desarrollo de sus labores habituales. El despido del actor no se ampara en motivo discriminatorio alguno, sino en una condición médica comprobada y amparada en un Dictamen emitido por ESSALUD - Cajamarca, hechos que configuran la causa justa prevista legalmente, como lo es la establecida en el literal a) del artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo N° 728. No existe elemento o indicio en el proceso que sugiera que en el cese del demandante ha existido acto de discriminación alguno. En consecuencia, EL DESPIDO DEL DEMANDANTE EVIDENTEMENTE NO CALIFICA COMO UN DESPIDO NULO.

De acuerdo a lo expuesto, el despido del demandante no califica en alguna de las tres clases de despido tramitables vía amparo de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

I.3. LA DEMANDA ES IMPROCEDENTE POR CUANTO LA CAUSA JUSTA DE DESPIDO NO SE PUEDE DILUCIDAR EN LA VÍA DE AMPARO POR CARECER DE ETAPA PROBATORIA:

Lo que pretende el demandante en el presente proceso es cuestionar la causa justa del despido, pues sostiene que la enfermedad que padece no constituye una enfermedad común, sino una enfermedad ocupacional. En virtud a ello, señala que el grado de menoscabo en su salud es determinante para establecer si procede o no su reincorporación. En consecuencia, la discusión en el presente proceso se centra en determinar si los documentos aportados por el demandante tienen validez para cuestionar la procedencia de su despido y si desvirtúan los hechos alegados como causa justa de cese.

Sin embargo, ello no puede examinarse a través de la vía del amparo, conforme así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, por cuanto **esta vía carece de etapa probatoria**. Así, en el considerando décimo noveno de la mencionada sentencia emitida en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló:

*"De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 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."

Repare el Tribunal Constitucional que para establecer si la demanda de amparo del actor es fundada deberá determinarse, entre otras situaciones, si:

- El demandante padece una enfermedad común o una enfermedad ocupacional;
- Si el Dictamen Médico evacuado por ESSALUD es concluyente al establecer la existencia de un cuadro de incapacidad permanente determinante para el ejercicio de las labores habituales del accionante;
- Si el certificado médico aportado por el demandante tiene valor para efectos de acreditar una enfermedad ocupacional o ha sido emitido de manera irregular; y,
- Si el informe evacuado por ESSALUD respecto de la validez del certificado médico aportado por el demandante resta validez al mismo.

De acuerdo a ello, es claro que se deben declarar **IMPROCEDENTES** las demandas de amparo en las que se cuestione la causa justa del despido, como sucede en la presente, por cuanto la veracidad, falsedad, la adecuada calificación de la causa justa, y la proporcionalidad de la sanción, no pueden dilucidarse a través de la vía del amparo.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBERÁ DECLARARSE INFUNDADA LA ACCIÓN DE AMPARO

Sin perjuicio de los fundamentos expuestos, que sustentan la improcedencia de la acción de amparo interpuesta por el señor Mauro Serrano García, y en el negado supuesto que no sean acogidos por el Tribunal, procedemos a detallar los fundamentos, sobre la base de los cuales deberá declararse INFUNDADA la misma:

II.1. EL DEMANDANTE HA SIDO DESPEDIDO SOBRE LA BASE DE UNA CAUSA JUSTA PREVISTA EXPRESAMENTE EN LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

Conforme ha sido acreditado en el proceso, el demandante ha sido despedido por haberse demostrado la configuración del supuesto previsto en el inciso a) del artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, que prevé como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador, el detrimento de la facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas que cumple.

En efecto, de acuerdo a la información expuesta en el Dictamen de Comisión Médica del 5 de agosto de 2005, está comprobado que el demandante sufre un cuadro de incapacidad permanente configurado por una hernia de disco en la región lumbar que determina que el actor se encuentre impedido de efectuar, incluso, esfuerzos físicos moderados. En ese sentido, el actor se encontraba impedido de desempeñar sus labores habituales como Operador de Planta.

Previamente, y ante la imposibilidad del demandante de continuar con sus labores como Operador de Procesos II, nuestra empresa, sin encontrarse

legalmente obligada a ello, optó por la reubicación del demandante en un puesto que requiera un menor esfuerzo físico. Específicamente se asignaron como sus funciones la recolección de muestras, lectura de medidores de flujo, revisión del estado del equipo como mangueras de perforaciones y conectores. Sin embargo, y a pesar de la atenuación en la exigencia de sus obligaciones, el demandante mostró incapacidad para cumplir a cabalidad las funciones asignadas. Es en este momento, y sólo cuando se comprobó que el accionante se encontraba impedido de realizar hasta las funciones más elementales, que se procede a la evaluación médica a cargo de una entidad competente para determinar si un trabajador se encuentra permanentemente incapacitado para el trabajo, como es ESSALUD.

Nuestra empresa ha evaluado la condición del demandante, ha procedido a su reubicación sin que hayamos estado obligados a proceder con la misma, hemos solicitado la evaluación médica a una entidad competente, hemos procedido con la imputación formal de la causa justa de despido, se ha otorgado al demandante el plazo legal de 30 días naturales para que demuestre su capacidad para el trabajo, se ha evaluado con detenimiento los descargos efectuados por el demandante y, únicamente cuando se comprobó la existencia de una causa justa de despido relacionada con la capacidad del accionante es que nuestra empresa ha procedido a cursar al actor la carta despido cuya inaplicación ahora pretende.

En ese sentido, es claro que nuestra empresa no ha procedido a despedir al demandante sin contar con todos los elementos que permitan tomar una decisión sustentada y proporcional a los hechos expuestos. Sin embargo, y a pesar de haberse intentado la reubicación del demandante, los hechos acreditan que éste no se encontraba apto incluso para las labores que demanden un menor esfuerzo físico, por lo que se configuró la causa justa de despido vinculada a la capacidad que motivó su separación, por cuanto el

actor sufre de un detrimento e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas, el cual ha sido determinado oficialmente por ESSALUD, órgano competente llamado por ley para pronunciarse sobre esta materia, conforme a lo dispuesto por el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001- 96-TR.

II.2. SE HA ACREDITADO EN EL PROCESO QUE EL DEMANDANTE NO PADECE UNA ENFERMEDAD OCUPACIONAL

El demandante ha intentado sorprender a las instancias judiciales anteriores señalando que padece una enfermedad ocupacional. Para ello, acompaña a su demanda un informe médico emitido por la Clínica Limatambo y un Dictamen Médico evacuado por ESSALUD en el que, supuestamente, tendría un grado de menoscabo a la salud equivalente al 30%. Debemos indicar que las alegaciones del actor respecto de la pretendida enfermedad ocupacional que sufriría son falsas, como pasamos a demostrar.

- (i) El actor sostiene que, de acuerdo al informe elaborado por la Clínica Limatambo, su situación física es consecuencia directa de las labores realizadas en nuestra empresa, por lo que su enfermedad es de origen ocupacional. Sin embargo, debemos indicar que la Clínica que emite el informe médico que el demandante adjunta al proceso no es una entidad competente para determinar si el demandante padece una enfermedad profesional u ocupacional. En efecto, la institución legalmente autorizada para determinar si las enfermedades que padece un trabajador son comunes o tienen un origen en sus labores es ESSALUD o la EPS contratada para otorgar cobertura por la póliza del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Por otra parte, la validez del informe emitido por la Clínica Limatambo se ve severamente cuestionado cuando advertimos que para elaboración del mismo se ha tomado como referencia, exclusivamente, las afirmaciones del demandante. Sin embargo, el actor nunca ha reportado accidente de trabajo alguno que pudiera haber ocasionado su enfermedad. En ese sentido, la base de determinación del informe de la referencia es cuestionable, pues por una parte se apoya en las afirmaciones del actor respecto a la exigencia física de sus labores y por otra se apoya en un dictamen médico de ESSALUD de origen cuestionable.

- (ii) El mencionado dictamen de comisión médica de ESSALUD acreditaría, a entender del demandante, que su grado de incapacidad es del 30% por lo que no podría ser despedido en virtud del artículo 18.2.4. del Reglamento de la Ley de Modernización de la Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, y modificado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

Sin embargo, obran en autos las Cartas NRO.001 y 002-RA-HH-CMIT-ESSALUD-CAJAMARCA-2006, ambas de fecha 26 de enero de 2006, por las cuales la Presidenta del Comité Médico de Incapacidad para el Trabajo del Seguro Social de Salud, doctora Rubby Mostacero Chávarri, informa a nuestra empresa que el Dictamen Médico N° 020-2005, acompañado por el accionante a su demanda, de fecha 28 de setiembre de 2005, no acredita la existencia de enfermedad ocupacional alguna porque Essalud sólo evalúa a pacientes con enfermedades ocupacionales que tengan contratado esa cobertura con ellos, lo que no sucede con nuestra empresa, la que tiene contratada esta cobertura con la EPS Pacífico Vida, según documentos expedidos por dicha empresa y que obran en autos. Asimismo, en estas

comunicaciones, la Presidenta del Comité Médico de Incapacidad para el Trabajo del Seguro Social de Salud también nos informa que **si bien el porcentaje de menoscabo no debe aparecer en estos Dictámenes Médicos, fue a solicitud del propio interesado que ellos indicaron un porcentaje de menoscabo físico, lo que evidencia la mala fe con la que ha actuado el demandante en este proceso y desacredita la validez del Dictamen Médico que acompaña a su demanda.**

Por otra parte, existen elementos que desacreditan las afirmaciones del demandante respecto de la supuesta enfermedad ocupacional que sufre.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 82° del Reglamento de la Ley de Modernización de la Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, y modificado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores empleados y obreros que laboran en un centro de trabajo en el que la Entidad Empleadora realiza las actividades descritas en el Anexo 5 del referido Reglamento, como es el caso de la actividad minera. Dicha cobertura comprende: a) la cobertura de salud por trabajo de riesgo; y b) la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo.

La entidad que presta la cobertura por salud por trabajo de riesgo puede ser Essalud o una Entidad Prestadora de Salud - EPS, de conformidad con el artículo 83° del Reglamento; siendo que nuestra empresa tiene contratada dicha cobertura con la EPS "Pacífico Vida". Por otro lado, de conformidad con el Artículo 86° del Reglamento, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo podrá ser contratada con la ONP o con una Compañía de Seguros a través del IPSS o la EPS que brinde la cobertura de salud, a solicitud del empleador, siendo que en el presente caso nuestra empresa ha contratado dicha cobertura a través de EPS "Pacífico Vida".

Sin embargo, el demandante en ningún momento ha solicitado el pago de las prestaciones previstas en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que le permitirían cobrar el importe de 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que corresponde a una invalidez permanente total, conforme prevé el numeral 18.2.4 del artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

Acreditamos nuestras afirmaciones con las constancias de fechas 19 y 20 de enero de 2006, que obran en autos, mediante las cuales la EPS Pacifico Vida ha informado que el señor Mauro Serrano García: (i) no ha tenido atenciones médicas bajo el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo; y, (ii) no ha presentado ni recibido pago de beneficios o ha efectuado algún reclamo respecto a la Póliza de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo N° 6200650 contratada por nuestra empresa.

En consecuencia, ¿si el demandante sufre una enfermedad ocupacional, por qué no ha accedido a ninguno de los beneficios previstos en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que corresponde precisamente al régimen de cobertura previsto para las atenciones médicas y pago de beneficios vinculados a enfermedades profesionales u ocupacionales?

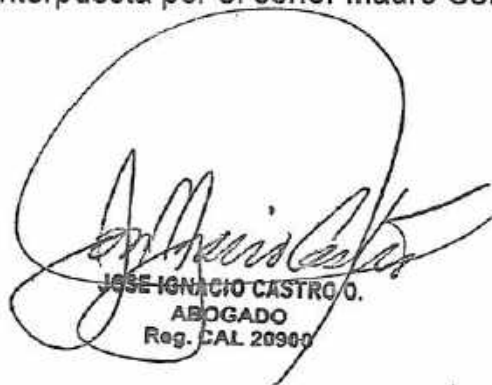
La razón es obvia: en el caso que el actor hubiera solicitado dicho beneficio, la entidad prestadora del servicio de salud, en este caso la EPS Pacifico Vida, hubiera procedido a su evaluación médica completa, lo que habría determinado que la enfermedad que éste padece no es ocupacional o profesional como alega, sino común, por lo que se encontraría fuera de la cobertura de los beneficios previstos en la póliza del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

En atención a lo expuesto, resulta claro que la demanda deberá ser declarada infundada pues no se ha acreditado la existencia de un despido nulo y por el contrario, se ha demostrado que el demandante se encuentra permanentemente incapacitado para desarrollar sus labores habituales, por lo que el despido realizado por nuestra empresa, amparado en el inciso a) del artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, es legal y procedente.

POR TANTO:

Al Tribunal Constitucional, solicitamos tener presente los argumentos expuestos en el presente informe escrito en virtud de los cuales solicitamos declarar **IMPROCEDENTE O INFUNDADA**, según corresponda, la acción de amparo interpuesta por el señor Mauro Serrano García.

Lima, 15 de enero de 2007.



JOSE IGNACIO CASTRO O.
ABOGADO
Reg. CAL 20900

ANEXO 8





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 10422-2006-PA/TC
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de enero de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mauro Serrano García contra la sentencia de la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 553, su fecha 6 de setiembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Minera Yanacocha S.R.L., solicitando que se deje sin efecto el despido nulo del que habría sido objeto; y que, en consecuencia, se ordene su reposición en su puesto de trabajo. Refiere que con fecha 12 de julio de 2001 ingresó en la Minera Yanacocha como operador II de procesos, y que debido a la naturaleza de sus labores contrajo una enfermedad profesional de etiología ocupacional, produciéndole una incapacidad permanente parcial con un menoscabado de 30%, razón por la cual la empleada se encontraba prohibida de despedirlo, conforme lo establece el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA; sin embargo, mediante carta de fecha 26 de setiembre de 2005, fue despedido imputándosele, como causa justa de despido relacionada con su capacidad, el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, por lo que considera que ha sido objeto de un despido nulo por encontrarse incapacitado.

La empleada contesta la demanda señalando que la incapacidad que padece el demandante no es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, debido a que percibe subsidios por el régimen de salud y no por el régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Agrega que el demandante fue despedido, no por su condición de invalidez, sino por su incapacidad física para desempeñar las labores de operador de planta. Finalmente, aduce que según el dictamen de la Comisión Médica de EsSalud de Cajamarca, de fecha 5 de agosto de 2005, el demandante padece de una incapacidad permanente parcial que le impide realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos, razón por la que ya no puede realizar sus labores de operador de planta.

El Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, con fecha 26 de mayo de 2006, declara



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fundada la demanda, por considerar que el demandante ha sido despedido por su condición de incapacitado.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional invocado; y porque el proceso de amparo, al carecer de estación probatoria, no es la vía idónea para dilucidar la controversia planteada, ya que esta requiere de la actuación de pruebas.

FUNDAMENTOS

1. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido nulo.

§. Delimitación del petitório y la controversia

2. El recurrente pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando. Alega que la emplazada lo ha despedido porque se encuentra incapacitado parcialmente.
3. Por su parte, la emplazada manifiesta que el demandante fue despedido por haber incurrido en una causa justa de despido relacionada con su capacidad, como lo es el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.
4. En tal sentido, la controversia se centra en determinar si el demandante ha sido objeto de un despido nulo por razones de discriminación por su condición de incapacidad, o si ha sido despedido por haber incurrido en la comisión de una causa justa de despido prevista en el Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

§. Análisis del presente caso

5. Con relación al despido nulo, debe señalarse que este Tribunal en la STC 0976-2001-AA/TC ha precisado que éste aparece como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución.

6. En este sentido, debe precisarse que el denominado *despido nulo*, se produce, entre otros supuestos, cuando el trabajador es despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido. Así, en el artículo 31.2 de la Ley N.º 27050, se ha precisado que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.

En sentido similar, el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA ha señalado que:

En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por una única vez al ASEGURADO inválido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez.

- 7. Al respecto, debe señalarse que de los Dictámenes de Comisión Médica, de fecha 5 de agosto y 28 de setiembre de 2005, obrantes a fojas 1 y 36, se desprende que el demandante presenta una incapacidad de naturaleza permanente y de grado parcial que le ha producido un menoscabo del 30%, como consecuencia de una enfermedad profesional, según se señala en el informe médico obrante a fojas 4 . Asimismo, debe precisarse que en los referidos dictámenes se ha señalado que:

El paciente no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar [la] enfermedad que padece, pero está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo.

- 8. De la lectura de la carta de preaviso del 24 de agosto de 2005, obrante de fojas 30 a 31, y de la carta de despido del 26 de setiembre de 2005, obrante de fojas 14 a 15, se desprende que la causa justa de despido imputada al demandante no se encuentra relacionada directamente con el detrimento de su capacidad laboral, sino que tiene, como fundamento su condición de incapacitado, ya que en ellas no se señala en que consista el detrimento de la capacidad laboral, sino que este supuesto detrimento se encontraría probado tan sólo con los dictámenes referidos.

- 9. En este sentido, este Tribunal llega a la conclusión de que el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; además, en autos no se encuentra probada la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el demandante. En tales circunstancias, resulta evidente que, tras producirse una modalidad de despido nulo como la antes descrita, procede la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reposición del demandante como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.

- 10. Además, debe tenerse presente que según el artículo 13.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50%, no podía ser despedido. Por tanto, si la emplazada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador.
- 11. En la medida en que, en este caso, se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56.º 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, NULA la carta de fecha 28 de febrero de 2003.
- 2. Ordena que Minera Yanacocha S.R.L. reponga a don Mauro Serrano García en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, pero de similar categoría o nivel, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
 Carlos Mesa

Lo que certifica:
[Handwritten signature]

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (a)

ANEXO 9



Expediente : 2005-980.
 Secretario : Dr. Morocho.
 Sumilla : HACE PRESENTE PARA MEJOR RESOLVER.

SEÑOR JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL DE CAJAMARCA:

MAURO SERRANO GARCIA, en los autos seguidos con Minera Yanacocha, sobre Acción de Amparo a Usted con el debido respeto digo:

I. PETITORIO:

Con la finalidad que su despacho tenga presente al momento de resolver hago presente lo siguiente:

PRIMERO.- Se puede apreciar del segundo párrafo del escrito (de fecha 07.10.2009) presentado por la demandada y vencida en juicio, que resulta intencional el desconocer los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, con aspectos procesales, aduciendo que nada se puede hacer por que el proceso se encuentra concluido, sin embargo ha de tenerse en cuenta que mi pretensión es en ejecución de sentencia, estando por lo tanto facultado el Juez para hacer cumplir el mandato contenido en la misma.

ya se cumplió. El dr. estaría alegando una nueva afectación, que debe ser materia de otro proceso.

SEGUNDO.- Lo expresado en el tercer párrafo -del escrito del demandado- resulta ser cierto que se me repuso desde el 20 de diciembre del año 2007, en el puesto de cargo de operador de procesos de planta de tratamiento de agua de Yanacocha Norte, labor que incluso fue corroborado por el señor juez de la causa, sin embargo, con la única finalidad de causarme perjuicio en mi salud se me ha cambiado de área esto es de cargo de operador de procesos de planta de tratamiento de agua de Yanacocha Norte a operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la zona este - Pampa Larga, actividad donde tengo apenas 06 meses y desde la primera semana de labor (según atención médica del 28.03.2009 expedida por clínica San Francisco entidad contratada por mi empleador EPS Pacífico Salud) ya me ha causado daños en mi salud con detrimento de la misma, vulnerándose por ende lo regulado por la Sentencia Del Tribunal Constitucional.

*Walter Pare Olivera
 ABOGADO
 CAJAMARCA*

TERCERO.- Del cuarto, quinto y sexto fundamento de hecho esgrimido por el demandado, resulta clara la intención de vulnerar y desobedecer la Sentencia Del Tribunal Constitucional, pues, indican que al haber concluido el proceso, pueden variar a mi persona de puesto de trabajo, aunque tal actividad vaya en desmedro de mi estado de salud.

CUARTO.- Lo expuesto anteriormente se vislumbra con mayor claridad, pues, la demandada expresa que como el proceso ya esta concluido y como ellos han variado el cargo y labores del demandado, tal hecho debe ser ventilado en otro proceso judicial, el mismo que seguramente con sus influencias pretenden ganarlo y en definitiva lograr lo que siempre han deseado, que mi persona pierda relación laboral con ellos, sea por renuncia por hostilización laboral o por que mi salud se agrave y no pueda laborar más.

QUINTO.- Al parecer el abogado de la parte demandante, no ha leído en forma detenida el requerimiento realizado al magistrado, es así que erróneamente sostiene que estoy reclamando que las vacaciones forzadas constituyen una violación a lo regulado por el Tribunal Constitucional -para el caso concreto- lo que si se debe analizar es el hecho que las mismas se me otorgan cuando mi persona se niega a renunciar voluntariamente y lo curioso resulta que luego de mis vacaciones forzadas ingreso a laborar en otra área, la misma que demanda mayor esfuerzo físico que va en desmedro de mi salud, hecho que debe ser analizado minuciosamente por el Juzgador.

SEXTO.- La demandada en el decimo párrafo, expresa que la sentencia del Tribunal Constitucional ordenó reponer al demandante en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, pero de similar categoría o nivel, soslayando que las sentencias se analizan y cumplen en virtud a sus fundamentos, y que para el caso in concreto son los siguientes:

- a) Dentro de los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, en el segundo párrafo se puede verificar que Minera Yanacocha aduce que según dictamen de la Comisión Medica de Essalud de Cajamarca, de fecha 05 de agosto del año 2005, el demandante padece de una incapacidad permanente parcial que le impide realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos, razón por la que ya no puede realizar sus labores de operador de planta.

Sr. W. Minera Yanacocha
ABOGADO
090425 2700

- b) El fundamento séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional, al referirse a los dictámenes de la Comisión Médica, de fecha 05 de agosto y 28 de septiembre del año 2005, obrante de fojas 1 y 36, expresa que en ellos se ha señalado "El paciente no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar (la) enfermedad que padece, pero está en la capacidad de realizar cualquier otro trabajo".
- c) El fundamento 10 de la sentencia del Tribunal constitucional en forma clara e inequívoca expresa "...por tanto si la emplazada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador".

Es. W. Inar. Para el Sr. Abogado
 ABOGADO
 @ 0011-8790

SEPTIMO.- En consecuencia la sentencia del Tribunal Constitucional, ha dispuesto que mi persona sea repuesta en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, pero de similar categoría o nivel con la única finalidad de preservar mi estado de salud y de no agravarlo.

OCTAVO.- No hay que perder de vista que La Empresa Minera Yanacocha, con el único afán de incumplir la sentencia se mostró reacia ha ministrarme cargo, sin embargo tras la intervención judicial con fecha 22.01.2008, se me otorga el cargo de operador de procesos de planta de tratamiento de agua de Yanacocha Norte, cuyas actividades se describen en el memorando de fecha 22.01.2008, (en el tercer párrafo incluso indica que si hubiere levantamiento de peso no se aplica) que adjunto al presente escrito (actividad que no perjudicaba o afectaba mi salud), hecho que fue verificado por el Juzgador in situ; habiéndose por lo tanto -hasta ese momento- dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional.

NOVENO.- Sin embargo en el mes de febrero del presente año (07-02-2009) al no haber aceptado renunciar a mi cargo por mutuo disenso, se me otorga vacaciones forzadas por cuarenta y cinco días, y tras regresar -suspiciousamente- esto es con fecha 23 de marzo del presente año, se me otorga el cargo de operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la zona este - Pampa Larga.

DECIMO.- La actividad desarrollada en el cargo antes descrito implica trajinar un aproximado de 08 kilómetros por día, a efectos de abrir y cerrar un aproximado de 80

válvulas las mismas que se encuentran a una distancia aproximada de 50 metros, una de otra, procediendo a abrirlas para purgarlas, esperar un lapso aproximado de 05 minutos y luego cerrarlas, lo que significa dos inclinaciones esto es flexionar las rodillas para ponerme en posición de cuclillas, por válvula, vale decir una para abrirlas y otra para cerrarlas, pues las mismas se encuentran al ras del piso; y lo que es peor se trata de terreno arado (fofo y desnivelado), de tal forma que al caminar existen altos y bajos, actividad que me lleva un lapso de tiempo aproximadamente desde las 08 de la mañana hasta aproximadamente las 12:30 o 01:00 de la tarde, actividad que me causa daño en mi columna, hecho corroborado con el informe de la clínica internacional presentado por la demandada y acreditado así mismo con el Certificado Médico Legal y el informe medico TRAUMA-LMTMB-JUL-2009, y con el informe de resonancia magnética la Clínica Ricardo Palma expedido por el Dr. José Emilio Rodríguez Lira de fecha 31.08.2009, que concluye que tengo "Moderada protrusión concéntrica, predominantemente mediana paramediana foraminal izquierda en el nivel de L4-L5, comprime y deforma el saco dural. Proceso inflamatorio interfacetario del lado derecho en el nivel de L3-L4, L4-L5."; Informé en virtud del cual el Dr. Neurocirujano Hugo Rojas Fernández, expide el certificado médico Nro. 3123007, de fecha 20.09.2009, en el que diagnostica que tengo Hernia Núcleo pulposos L4-L5.

Dr. Walter Pina Olivares
ABOGADO
Santiago 2009

DECIMO PRIMERO. Mediante carta de fecha 21.04.2009., comuniqué a mi empleadora que las tareas encomendadas mediante memorando de fecha 23 de marzo del presente año, como operador de Procesos II en el Pad de Lixiviación de la Zona Este, demandan un notable esfuerzo físico y atenta contra mi estado de salud y lo que es más poniendo en riesgo mi integridad física con inevitables consecuencias irreversibles, carta que fue contestada por mi empleadora mediante carta notarial de fecha 08 de mayo del año 2009, indicando en la mencionada carta que: "... se solicitó a la clínica internacional a efectos que realice una evaluación de las tareas que vengo realizando, indicando que dicho informe concluye que las tareas que vengo realizando no resultan incompatibles con la dolencia que vengo padeciendo, sin embargo, el informe médico hace notar que usted debe evitar riesgos posturales corrigiendo las actitudes observadas y evitando levantar dichas mangueras con la espalda inclinada mas de 30 grados. Así recomienda que usted debe efectuar estas tareas flexionando las rodillas y sin inclinación del tronco"; de lo que se puede verificar que efectivamente el trabajo asignado a mi persona implica riesgo en mi salud.

DECIMO SEGUNDO.- A través de carta notarial de fecha 11 de mayo del año 2009, comuniqué a mi empleadora que el informe al que hace mención en su carta de fecha 08 de mayo del año 2009, había sido emitido en forma irregular, es así que ni siquiera se me ha notificado o en su defecto comunicado de la supuesta evaluación a efectos de poder participar en ella, pues por criterio natural en la mencionada evaluación debe participar el evaluador y el evaluado, de lo que se concluye que el informe ha sido realizado a favor de mi empleadora y en perjuicio de mi persona, pues, ni siquiera el evaluador se ha constituido a mi frente de trabajo para analizar la naturaleza de mi labor; hecho en buena cuenta acredita los actos de hostilidad en mi contra, atentando contra mi derecho a la libertad de trabajo y contrariando el fallo así como los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

DECIMO TERCERO.- De la carta notarial cursada a mi persona de fecha 15 de mayo del presente año, se puede verificar que el médico evaluador nunca se entrevistó con mi persona y aduce falazmente que evaluador observó las tareas que realizo, hecho que jamás sucedió, pues, reitero nunca vi al evaluador en mi centro de labor efectiva.

H. MEDIOS PROBATORIOS:

1. Constancia de atención médica, de fecha 28 de marzo del presente año, documento que acredita que tengo Lumbalgia Crónica, dolencia que se ha presentado con posterioridad al nuevo trabajo que vengo realizando.
2. Informe Médico Trauma-LMTMB-JUL-2009, de fecha 21 de Julio del año 2009, documento que acredita que a la fecha adolezco de: Dorsolumbagia Crónica; Secuela de Laminectomía L4-L5 y Discopatía Lumbar; dolencias que se han presentado como producto de la realización de mi actividad como Operador de Procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este - Pampa Larga; documento que acredita así mismo que las dolencias se han incrementado desde el mes de abril del presente año, tal como se ha corroborado con la historia clínica.
3. Certificado Médico de fecha 30.08.2009, el mismo que acredita que en razón que presenté dolor lumbar se me recomienda realizar consulta por especialista (neurocirujano) y además dispone tratamiento médico y descanso médico por seis días.
4. Informe de resonancia magnética de fecha 31.08.2008, documento que acredita que adolezco de Moderada Protrusión discal concéntrica, preminantemente mediana para mediana foraminal izquierda en el nivel de L4 -L5, comprime y deforma el saco dural.

Dr. W. W. ... Para el ...
 ABOGADO
 ...

- 5. Informe médico de fecha 18 de septiembre expedido por Clínica Limatambo, el mismo que acredita que sufro Hernia Nucleo Pulposo L4-L5, moderada en tratamiento.
- 6. Certificado médico de fecha 20.09.2009, documento que ratifica que actualmente adolezco de Hernia Núcleo Pulposo.
- 7. Carta notarial de fecha 21.04.2009, mediante la cual se solicita a Minera Yanacocha a efectos que se me cambie de área de trabajo toda vez, que las tareas asignadas como Operador de Procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este - Pampa Larga atenta contra mi estado de salud.
- 8. Carta notarial de fecha 08.05.2009, mediante la cual Minera Yanacocha da respuesta a mi carta notaria de fecha 21.04.2009., carta en la cual reconoce que la labor que desempeño como Operador de Procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este - Pampa Larga, tiene un componente de esfuerzo físico.
- 9. Carta notarial de fecha 11.05.2009, mediante la cual le comunico de la irregularidad cometida en el informe de la Clínica Internacional de fecha 05 de mayo del año 2009.


POR LO EXPUESTO:

A Usted señor Juez, solicito proveer conforme a ley.

Cajamarca, 12 de Octubre del 2009.

W. Umar Vera Alvarado.
 ABOGADO
 GALL. 2760

CIE 10: 1434



CLÍNICA
SAN FRANCISCO
Pasaje Alempre unvoted...

Av. Miguel Grau 151 - Cajamarcá - Perú
Tel: (071) 828250 / Cel: 97535771
Email: clinica@spcay.com

Nombre: _____
 CIA: Melvin Jimenez Gomez
 Rp.: _____

(1) Doctores Córdova

Por operacion quirúrgica
64-48

Medicamento Pautado y
relembro con 62 operacion

27
 9
 005



LIMATAMBO

...nía, nuestra razón de ser!

INFORME MEDICO TRAUMA-LMTMB-JUL-2009

PACIENTE : SERRANO GARCIA MAURO

HC N° : 23050

FECHA : 21-JUL-2009

Paciente varón de 46 años que está siendo atendido en el Servicio de Ortopedia y traumatología por dolor dorsolumbar crónico que no cede al tratamiento convencional. Como antecedente haber sido sometido a Laminectomía por Hernia de Núcleo Pulposo L4-L5 el 09-Set-2003 que ha conllevado como secuela a impotencia funcional importante de esta región anatómica y de miembros inferiores que se ha incrementado desde el mes de Abril del presente año, como se puede corroborar con la Historia Clínica del paciente.

Actualmente refiere dolor intenso con marcha claudicante de miembro inferior izquierdo, parestesias, hiporreflexia rotuliana, hipotrofia relativa del mismo, signo de Lasègue positivo.

**DIAGNÓSTICO : DORSOLUMBALGIA CRÓNICA
SECUELA DE LAMINECTOMIA L4-L5
DISCOPATIA LUMBAR**

Paciente se encuentra imposibilitado de realizar marchas y estancias de pie prolongadas, por lo que su actividad laboral debe circunscribirse a actividades que no impliquen esfuerzo físico importante con la finalidad de preservar su estado de salud. Debe seguir tratamiento en el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación bajo evaluación médica especializada frecuente y permanente.

Atte.:

Oswaldo Nurethim Hernández
MEDICO - CIRUJANO
CMP. 19251 RNE 8853



HERNÁNDEZ S. NURETHIM OSWALDO
CIRUJANO ORTOPÉDICO
CMP 19251 RNE 8853

CERTIFICADO MEDICO

El que suscribe, Médico Cirujano, C.M.P. N.º 20888

Certifico Haber Atendido al Sr.
Senaro Garcia, Varón de 46 años de Edad,
que presenta Dolores lumbares + Boresten
Lumbares
Motivo del cual le recomiendo Consulta
por especialista (Neurología)
de la Unidad de Tratamiento Neurológico
y Descanso Médico por 06
días. Atención de día

[Handwritten Signature]

Fecha: 30/08/09
Nº 3100228
Luz M. Alfaro Arevalo
Médico Cirujano
C.M.P. N.º 387

DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
CONCuerda EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
31 AGO. 2009
CAJAMARCA

[Handwritten Signature]
Miguel Lozano Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU



Minera Yanacocha S.R.L.
Calle 10 de Agosto

31 AGO 2009

REGISTRACION DOCUMENTOS
Hora: 10:13 am



COMPañIA : 54215 MINERA YANACOCCHA - EMP. (E.P.S.)
PACIENTE : 131337 SERRANO GARCIA, MAURO
FECHA : 31/08/2009
EXAMEN : RM-LUMBAR

EL ESTUDIO MEDIANTE RESONANCIA MAGNÉTICA DEL SEGMENTO LUMBOSACRO DE LA COLUMNA VERTEBRAL, REALIZADA EN SECUENCIA SPIN-ECHO POTENCIADA EN T1 EN PLANO SAGITAL, FAST SPIN-ECHO POTENCIADA EN T2 EN PLANO AXIAL, CORONAL, SAGITAL, ESTA ULTEMA DE LA COLUMNA TOTAL, MUESTRA:

Alteración en la morfología, y señal interna que afecta el disco intervertebral de L4-L5, manifestándose como hiposeñal en la secuencia T2, alteración que se asocia a moderada protrusión discal concéntrica, que comprime el saco dural, siendo su distribución predominantemente mediana, paramediana foraminal izquierda.

Discreta protrusión discal en los niveles de L3-L4, L5-S1.

El cono medular se muestra morfológicamente normal. El filum terminal, no muestra alteraciones.

El canal raquídeo, y el resto de los agujeros de conjunción, se muestran dentro de límites normales.

Área focal de alteración inflamatoria que afecta al proceso interfaccetario derecho de L3-L4, L4-L5.

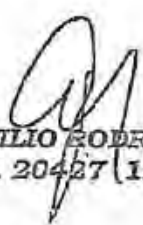
La morfología e intensidad de señal de la médula ósea correspondiente a los cuerpos vertebrales lumbares y sacro, se muestran dentro de límites normales.

Las estructuras musculares paravertebrales y el espacio vascular del retroperitoneo, no muestran alteraciones.

CONCLUSIÓN.-

MODERADA PROTRUSION DISCAL CONCÉNTRICA, PREDOMINANTEMENTE MEDIANA PARAMEDIANA FORAMINAL IZQUIERDA EN EL NIVEL DE L4-L5, COMPRIME Y DEFORMA EL SACO DURAL.

PROCESO INFLAMATORIO INTERFACETARIO DEL LADO DERECHO EN EL NIVEL DE L3-L4, L4-L5.


Dr. JOSE EMILIO RODRIGUEZ LIRA
C.M.P. 20427 (19209)

CLINICA

LIMATAMBO

familia nuestra razón de ser
IMPULSO MEDICO TRAUMATOLOGICO - LMTMB-SEP-2009

PACIENTE : SERRANO GARCIA MAURO

HC N° : 23050

FECHA : 18-SET-2009

Paciente varón de 46 años que sigue tratamiento en el Servicio de Ortopedia y traumatología por escueta de Laminectomía por Hernia de Núcleo Pulposo L4-L5 en el 2003 que implicó dolor de esta área desde Abril del presente año ya que aparece nueva Hernia de Núcleo Pulposo L4-L5 confirmada por Resonancia Magnética del 31-Ago-09 tomada en la Clínica Ricardo Palma en Lima, indicando además proceso inflamatorio interfaccetario de lado derecho nivel L3-L4 y L4-L5, por lo que ha recibido tratamiento miorelajante y terapia física en el Servicio de Rehabilitación.

DIAGNOSTICO :

HERNIA NUCLEO PULPOSO L4-L5 MODERADA EN TRATAMIENTO

Paciente ha mejorado sintomatología demostrando respuesta al tratamiento de Medicina Física y puede seguir laborando pero debe evitarse marchas sobre caminos accidentados y fangosos, con el fin de evitar agravamiento del cuadro clínico y recidiva del mismo. Debe evitar esfuerzo físico importante y levantar objetos pesados. Debe recibir control médico especializado cada seis meses.

[Handwritten signature]
Ricardo Huarcaya Comandos
MEDICO FISIOLÓGO
C.P. 19251 R.N.B. 8893

Cajamarca, 21 de Abril del 2009

Señor:

Gerente de Recursos Humanos

MINERA YANACOCHA S.R.L.
Av. Vía de Evitamiento Sur N° 549

PRESENTE

Asunto. Reubicación de puesto de trabajo

Ref. Sentencia del Tribunal Constitucional
(Exp. N° 10422 -2006-PA/TC)

De mi consideración :

Por medio de la presente me dirijo a Ud. para recordarle que el suscrito en el año 2005 confrontó con su representada un proceso judicial sobre Acción de Amparo debido al despido incausado del que fuera objeto y como resultado de dicho proceso el órgano jurisdiccional dispuso en forma expresa mi reposición en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, al momento de ser despedido.

Que dicho mandato expreso e imperativo del órgano Jurisdiccional se decretó teniendo en cuenta que al suscrito se le había determinado una incapacidad de naturaleza permanente y de grado parcial que me ha producido un menoscabo del 30%, como consecuencia de una enfermedad profesional, por prescripción de una Comisión Médica tal y conforme consta de mi legajo personal que obra en la oficina correspondiente de la Empresa.

Que, sin embargo pese a la orden dispuesta por el Poder Judicial en la actualidad se me ha encomendado tareas que demandan un notable esfuerzo físico como es el de Operador de Procesos II en el Pad de Lixiviación de la Zona Este, atentando con ello mi estado de Salud y lo que es más poniendo en riesgo mi integridad física con inevitables consecuencias irreversibles.

Que, a pesar de que el suscrito ha hecho notar esta conducta antilaboral y atentatoria contra mi salud, a mi Supervisor a cargo y al representante de Recursos Humanos Zona Este en las oficinas correspondientes de la Empresa sin embargo se ha hecho caso omiso y por el contrario se persiste en asignarme una labor que dista de la recomendada por el Tribunal Constitucional y que como repito estoy corriendo el riesgo de incrementar el porcentaje de incapacidad.

Minera Yanacocha S.R.L.
Cl. Vía de Evitamiento

22 ABR 2009

RECEPCION DOCUMENTOS
7.390

Handwritten signature

DOCUMENTO REDACTADO FUERA DE
LAS OFICINAS DE LA NOTARIA

Que, en tal virtud y resguardo de mi integridad física y salud ocupacional solicito formal y expresamente se me reubique a un puesto de trabajo que demande un menor esfuerzo físico tal y conforme lo dispusiera el Tribunal Constitucional en la sentencia ya referida.

Atentamente.

MAURO SERRANO GARCIA
DNI No. 19834779
Av. Los Eucaliptos Maz "A" - Lote 34
Los Baños del Inca-Cajamarca

CERTIFICO QUE EL ORIGINAL DE LA PRESENTE CARTA NOTARIAL, SIGNADA CON EL N° 819, SE HA ENTREGADO EN LAS OFICINAS DE MINERÍA YANACOCHA S.R.L. UBICADAS EN LA AV. VIA DE EVITAMIENTO SUR N° 549 DE ESTA CIUDAD DE CAJAMARCA, SIENDO RECIBIDA POR LA SECRETERIA ENTERADA DEL CONTENIDO SE COMPROMETIO ENTREGAR DICHO ORIGINAL AL ENCARGADO DE MINERÍA YANACOCHA S.R.L. PARA CONSTANCIA ESTAMPO UN SELLO Y UNA RUBRICA EN LA PRESENTE COPIA EN SEÑAL DE RECEPCION, SIENDO LAS 9:34 AM DEL DIA 22 DE ABRIL DEL 2009, REALIZANDOSE EL PRESENTE DILIGENCIAMIENTO, HABIENDOSE PROCEDIDO CONFORME AL DECRETO LEGISLATIVO N° 109, DE LO QUE DOY FE.



Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO ABOGADO
CAJAMARCA - PERU



CARTA ENTREGADA CON MI
INTERVENCIÓN NOTARIAL
CAJAMARCA: 08 MAY. 2009

CARTA NOTARIAL

Cajamarca, 8 de mayo de 2009



Marco Antonio Vigo Rojas
Dr. MARCO ANTONIO VIGO ROJAS
NOTARIO ABOGADO
CAJAMARCA



Señor:
MAURO SERRANO GARCÍA, Fotocheck N° 1050685, DNI 19834779
Av. Los Eucaliptos Mz. A, Lote 34, Los Baños del Inca
Ciudad.-

De nuestra consideración:

Nos referimos a su comunicación de fecha 21 de abril último en la cual señala que las labores que se le han encomendado como Operador de Procesos II en el Pad de Lixiviación de la Zona Este demandan un notable esfuerzo físico y que por ello se estaría atentando contra su estado de salud y poniendo en riesgo su integridad física. Señala así que ello resultaría contrario a lo ordenado por el Tribunal Constitucional en el proceso judicial seguido entre las partes.

Al respecto, lamentamos no coincidir con sus apreciaciones.


Sobre esta particular, cumplimos con indicarle que la empresa solicitó a la Clínica Internacional que efectúe una evaluación de las tareas que usted viene realizando, a fin de determinar si éstas importan un riesgo a su salud.

Así, el referido centro médico encargó al doctor Julio Maticorena Agramonte, a cargo de la Jefatura de Salud Ocupacional de la Clínica Internacional, que revise la historia médica que obra en nuestros archivos, en la cual se encuentra ampliamente documentada la dolencia que usted viene padeciendo, y que seguidamente efectúe una evaluación *in situ* de las tareas que usted cumple en su puesto de trabajo, la misma que se llevó a cabo el 5 de mayo de 2009.

El informe médico emitido señala que las tareas que usted viene realizando, que tienen un componente de esfuerzo físico, esto es, purga de mangueras de 4 pulgadas y de 16 milímetros de diámetro, así como el picado de mangueras obstruidas de 16 milímetros de diámetro, no implican riesgo a su salud en lo relativo al levantamiento de cargas ni con el número de veces que debe realizar estas actividades durante su turno de trabajo. En tal virtud, **concluye que dichas tareas no resultan incompatibles con la dolencia que usted viene padeciendo. Sin embargo, el informe médico hace notar que usted debe evitar riesgos posturales corrigiendo las actitudes observadas y evitando levantar dichas mangueras con la espalda inclinada más de 30 grados. Así, recomienda que usted debe efectuar estas tareas flexionando las rodillas y sin inclinación del tronco.**

En consecuencia, las labores que usted viene realizando no resultan contrarias a lo dispuesto en el referido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en cuanto éste dispuso que usted debe desempeñarse en un puesto de trabajo que demande un menor esfuerzo físico. Nuestra empresa ha cumplido escrupulosamente con dicho mandato toda vez que las labores que usted viene realizando no sólo requieren un mínimo esfuerzo físico sino que además éste resulta notoriamente inferior al que correspondía al puesto de trabajo que usted desempeñaba antes de su separación. A su vez, corresponde a usted mismo ser consciente de que tiene que evitar riesgos posturales y corregir actitudes observadas en el cumplimiento de sus tareas, por lo que lo exhortamos a que cumpla estrictamente la recomendación médica antes señalada.

Atentamente,



ALBERTO CALLE SAN ROMAN
Gerente Regional de Recursos Humanos

DOCUMENTO REDACTADO FUERA DE
LAS OFICINAS DE LA NOTARIA

2009.05.11 12:07:09

Cajamarca, 11 de Mayo del 2009

Señor

Gerente Regional de Recursos Humanos
MINERA YANACOCCHA S.R.L.

PRESENTE

Asunto: Reubicación de puesto de trabajo
Ref. Carta de fecha 08 de Mayo del 2009

De mi consideración

Por medio de la presente acuso recibo a su carta de la referencia y en respuesta a dicha misiva debo precisar lo siguiente:

Que, mediante carta de fecha 14 de Abril del año en curso efectué una petición arreglada a ley como lo es la reubicación en mi puesto de trabajo, en cumplimiento al mandato emanado del Tribunal Constitucional, el que dispuso en forma expresa mi reposición en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el puesto que venía desempeñando al momento de ser despedido.

Que, en la carta de la referencia se indica que la Empresa solicitó a la Clínica Internacional que efectúe una evaluación de las tareas que el suscrito viene realizando a fin de determinar si éstas imponen un riesgo en mi salud y se indica asimismo que el referido centro médico "encargó" al Dr. Julio Maticorena Agramonte que revise mi historia clínica y que efectúe una evaluación in situ de las tareas que cumplo en mi puesto actual de trabajo, y que dicha evaluación se realizó el día 05 de Mayo del 2009

Que, al respecto debo indicarle que esta afirmación de su parte no deja de causarme extrañeza, pues en primer lugar ni siquiera se me ha notificado o en su defecto comunicado de la supuesta evaluación decretada por su Despacho para poder participar en ella, pues como es lógica este tipo de evaluaciones se

Minera Yanacocha S.R.L.
Of. de Evitamiento

11 MAY 2009

RECEPCION DOCUMENTOS
Hora: 08:07

DOCUMENTO REDACTADO FUERA DE LAS OFICINAS DE LA NOTARIA

tiene que realizar con la participación activa tanto del evaluador como del evaluado, lo que no ha sucedido en el presente caso, pues ni siquiera en sospechas he tomado conocimiento que el Médico antes aludido haya realizado evaluación alguna y lo que es más se haya constituido a mi frente de trabajo para analizar la naturaleza de mi labor, pues de haberlo hecho me hubiera percatado inmediatamente

Que, en la misiva de la referencia se indica asimismo que en el Informe Médico emitido por el evaluador, se señala que las tareas que realizo, tienen un componente de esfuerzo físico, esto es, purga de mangueras de 4 pulgadas y de 16 milímetros de diámetro, así como el picado de mangueras obstruidas de 16 milímetros de diámetro, "no implican riesgo e mi salud en lo relativo al levantamiento de cargas ni con el número de veces que debe realizar estas actividades durante s mi turno de trabajo " y concluye que dichas tareas no resultan incompatibles con la dolencia que vengo padeciendo, sin embargo agrega que el médico hace notar que debo evitar riesgos posturales corrigiendo las actitudes observadas y evitando levantar dichas mangueras con la espalda inclinada mas de 30 grados y que debo actuar tareas flexionando las rodillas y sin inclinación del tronco.

Que, este informe completamente alejado de la realidad y contradictorio y que no hace sino confirmar que el supuesto evaluador jamás se constituyó in situ a mi frente de trabajo, no hace ni siquiera referencia que el Area en donde realizo mi labor habitual tiene una extensión aproximada de 150,000 metros cuadrados en un terreno accidentado, deleznable y vulnerable, lo que implica que inevitablemente debo realizar un esfuerzo físico para abrir las válvulas de cuatro pulgadas en un promedio de 80 válvulas en mi jornada diaria de labor

Que, a pesar de que en el Informe Médico se indica que la labor que vengo realizando tiene un componente de esfuerzo físico en forma absurda y alejada de la realidad se recomienda que el suscrito evite riesgos posturales y evitando levantar dichas mangueras con la espalda inclinada mas de 30 grados y lo que es estas tareas debo realizarlas flexionando las rodillas y sin inclinación del tronco, es decir el evaluador recomienda que me convierta en un robot o algo por el estilo, lo que corrobora la irreal y parcializada evaluación de mi labor a la que supuestamente se me ha realizado

Que, al respecto debo precisar que es totalmente falso que el suscrito esté trabajando sin observar las recomendaciones médicas, pues como es lógico de suponer el suscrito no puede atentar contra su propia salud, sin embargo hay riesgos

Minera Yanacocha S.R.L.
Of. de Examinación

11 MAY 2009

RECEPCION DOCUMENTOS
MAY 13 2009


DOCUMENTO REDACTADO FUERA DE
LAS OFICINAS DE LA NOTARIA

inevitables que se presentan en el área donde actualmente laboro por la frecuencia y
trajín que realizo imperiosamente

Que, en tal virtud reitero los fundamentos de mi petición
efectuada mediante la misiva de fecha 14 de Abril, pues como dejara constancia en la
misma el suscrito viene siendo objeto de constante hostigamiento para desligarse de mi
persona, tal es el caso de que en el mes de Febrero del año en curso se me propuso la
ruptura de la relación laboral por "mutuo disenso" al que no accedí y es por ello que se
me impone realizar una labor atentatoria con mi real estado de salud y que dista de la
recomendada por el Tribunal Constitucional corriendo el riesgo de incrementar el
porcentaje de incapacidad

Que, en tal virtud y y resguardo de mi integridad física y
salud ocupacional, reitero mi petición en el sentido de que se me reubique a un puesto
de trabajo que demande un menor esfuerzo físico tal y conforme lo dispusiera el
Tribunal Constitucional en la Acción de amparo que interpusiera sobre el despido
incausado del que fui objeto, caso contrario me veré a obligada denunciar este hecho
como actos homogéneos tal y conforme lo prescribe el Art. 60 del Código Procesal
Constitucional sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar

Atentamente


MAURO SERRANO GARCIA
D.N.I. No. 19834779
Av. Los Eucaliptos Maz "A"-Lote 34
Baños del Inca


Cesar A. Clara Rojas
ABOGADO
C.A.C. Nº 33

Mínera Yanacocha S.R.L.
Of. Via de Evacuación

11 MAY 2009

RECUPCIÓN DOCUMENTOS
Firma  03:17h

ANEXO 10



277
Expediente N° 980-2005
Especialista: Morocho Núñez
Escrito N°
TENER PRESENTE

AL SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE CAJAMARCA:

MINERA YANACOCCHA S.R.L., en los seguidos por el señor Mauro SERRANO GARCÍA, sobre acción de amparo, atentamente decimos:

Que, el 19 de octubre de 2009 hemos sido notificados con la Resolución N° 52, mediante la cual se da cuenta del escrito del actor de fecha 12 de octubre de 2009, mediante el cual responde a nuestro escrito de fecha 2 de octubre de 2009, señalando que: (i) su pretensión si podría ser ventilada en este proceso, pues correspondería a la ejecución de la sentencia; (ii) no podemos variarlo de puesto de trabajo; (iii) al no haber aceptado renunciar a su cargo se le otorgó vacaciones forzadas y luego de ello se le cambió a un puesto que demanda mayor esfuerzo físico, en desmedro de su salud; (iv) que está siendo objeto de actos de hostilidad (argumento expuesto en el duodécimo fundamento del escrito del demandante); y, (v) que la carta notarial del 8 de mayo de 2009, remitida por nuestra Empresa, confirmaría que el trabajo asignado sí implica riesgo a su salud, pues en ella se indica que debe evitar riesgos posturales. Asimismo, señala que el detrimento a su salud estaría corroborado por el Certificado Médico N° 3123007, elaborado por el Neurocirujano, Dr. Hugo Rejas Fernández.

Al respecto solicitamos al Juzgado tener presente, en primer lugar, que la pretensión del demandante, es una nueva pretensión, distinta a la que fue materia del presente proceso de amparo, por lo que evidentemente no puede ser dilucidada en este proceso, y menos en "ejecución de sentencia".

En efecto, en el presente proceso se discutió si correspondía la reposición del demandante en la Empresa o no, ante lo cual el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, y ordenó la reposición del demandante *"en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, pero de similar categoría o nivel"*

Pues bien, conforme se pueda apreciar de autos, lo ordenado por el Tribunal Constitucional ya fue cumplido en su oportunidad hace casi dos (2) años; y, con ello, el presente proceso se encuentra concluido, conforme así lo ha reconocido el Juzgado mediante resolución N° 48, en la cual señaló que: *"dado cuenta con el oficio que antecede signado Of. N° 037-2009-1JELC-CSJCA-PJ, por el cual señor juez del juzgado laboral solicita ante este despacho, la remisión de los actuados, y estando a que el presente proceso se encuentra concluido, en consecuencia, remítase los actuados por un breve término al juzgado solicitante (...)"*

Si el demandante considera que con la modificación de su cargo, efectuada en marzo de 2009, está siendo víctima de alguna afectación a sus derechos, y, en consecuencia, debe ordenarse su cambio de puesto, ello constituye una nueva pretensión, que deberá ser materia de un nuevo proceso, con la actividad probatoria necesaria, donde se realicen los exámenes correspondientes, y se determine la veracidad o no de las afirmaciones del demandante.

Más aún, el propio demandante califica que este acto, junto con *"las vacaciones forzadas"*, constituirían actos de hostilización (argumento expuesto en el duodécimo fundamento del escrito del demandante). Con ello, el demandante está reconociendo que efectivamente ésta es una nueva pretensión, de cese de actos de hostilidad, lo cual, no sólo no podría ser materia del presente proceso, pues significaría incorporar una nueva pretensión en un proceso que ya se encuentra ejecutado y concluido, sino que ni siquiera puede ser materia de un proceso de amparo, de

conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0206-2005-PA/TC.

Sostener lo contrario, a todas luces resulta indebido y violatorio de nuestro derecho al debido proceso.

En segundo lugar, el hecho que el demandante haya obtenido una sentencia que ordena su reposición en el empleo, de ninguna forma puede significar que nuestra Empresa ya no pueda ejercer su *ius variandi*, como todo empleador. Como hemos señalado, si el demandante cuestiona nuestro ejercicio del *ius variandi*, podrá iniciar las acciones judiciales que considere pertinentes, pero de ninguna forma podría discutir dicha situación en un proceso ya concluido como es el presente.

En tercer lugar, negamos rotundamente que se le haya otorgado "vacaciones forzadas" o que se le haya cambiado a un puesto que demanda mayor esfuerzo físico, como consecuencia de no haber aceptado renunciar a su cargo. La ligera afirmación del demandante **ES FALSA**, y por ello no cuenta con documento alguno que lo pruebe.

Lo cierto es que el demandante tenía vacaciones pendientes de goce, por lo que nuestra Empresa decidió que haga efectivas dichas vacaciones, en uso de nuestra facultad directriz, lo cual de ninguna forma contraviene alguna disposición legal, ni puede ser considerado una represalia.

Por otro lado, el hecho que se le haya cambiado de puesto, como hemos señalado, es la manifestación de nuestro ejercicio del *ius variandi*, por lo que tampoco contraviene disposición legal alguna, ni puede ser considerado una represalia. Más aún si las labores que ahora desempeña el actor demanden un mayor esfuerzo físico que pueda afectar su salud.

En cuarto lugar, **ES FALSO** que la carta notarial del 8 de mayo de 2009, remitida por nuestra Empresa, confirme que las labores asignadas al actor impliquen un riesgo a su salud.

Lo que señala expresamente dicha carta es que las tareas que el demandante viene realizando como Operador de Procesos II en el PAD de Lixiviación (no resultan incompatibles con la dolencia que viene padeciendo).

Si bien el informe médico hace notar que el actor debe evitar riesgos posturales, evitando levantar dichas mangueras con la espalda inclinada más de 30 grados, ello no significa que las labores asignadas impliquen un riesgo a la salud del demandante, sino que, como en toda ocupación, el trabajador debe adoptar ciertas medidas a fin de no afectar su salud. Una mala postura, en la labor que sea, ciertamente puede generar dolencias a cualquier trabajador. En el caso de las labores asignadas al actor, éste simplemente debe efectuarlas flexionando las rodillas y sin inclinación del tronco.

Finalmente, debemos hacer notar al Juzgado que el Dr. Hugo Rejas Fernández, quien ha elaborado el Certificado Médico N° 3123007 en el cual el demandante basa sus afirmaciones, **NO es Neurocirujano,** como falsamente sostiene el actor.

En efecto, al consultar la página web del Colegio Médico del Perú, hemos advertido que el Dr. Hugo Rejas Fernández no se encuentra registrado como especialista en Neurocirujía, por lo que, evidentemente, dicho certificado médico carece de mérito probatorio.

En atención a lo expuesto, solicitamos al Juzgado declarar **IMPROCEDENTE** la petición del demandante.

POR TANTO:

A usted, señor Juez, solicitamos se sirva tener presente lo expuesto, y proveer conforme a ley.

OTROSÍ DECIMOS: Que, acompañamos copia impresa de la página web del Colegio Médico del Perú, donde figura que el Dr. Hugo Rejas Fernández no se encuentra registrado como especialista en Neurocirujía.

Cajamarca, 22 de octubre de 2009.


Página del Colegio Médico del Perú, verificación de RNE Neurocirugía, no figura médico tratante al 23 de Septiembre 2009.

Colégio Médico del Perú - ¿Conoce a su Médico? - Microsoft Internet Explorer

File Edit View Favorites Tools Help

Back Home Search Folders Favorites

Address http://www2.cmp.org.pe/index.php?option=com_wrapper&Itemid=153



CONSEJO NACIONAL

40 años al servicio de los médicos

Por la calidad y seguridad en la atención... CMP EN ACCIÓN!

Inicio > ¿Conoce a su Médico?

Méico

Especialidad

Busque a su Médico

CMP

Pq. Paterno

Pq. Materno

Registros de médicos

CMP	Apellidos	Nombres
17961	REJAS FERNANDEZ	HUGO ANTONIO

Méico

CMP	Apellidos	Nombres
17961	REJAS FERNANDEZ	HUGO ANTONIO

Especialidad

MÉDICO CIRUJANO

MÉDICO CIRUJANO

Página Web:

Done Internet

start Task - Microsoft... SEPTIEMBRE Inome en Ser... Colegio Médico d... Clínica Ricardo P... 1:14 PM

ANEXO 11





República del Perú

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

Unidad Registral H.001

NOTIFICACION NRO. 2009-044085-JR-CI

EXPEDIENTE
MATERIA
JUEZ
JUZGADO ACTUAL
ESPECIALISTA LEGAL
DEMANDANTE
DEMANDADO

2005-00930-0-0801-JR-CI-2
ACCION DE AMPARO
DIAZ VARGAS, CARLOS
2º JUZGADO CIVIL
GELNER MOROCHO NUÑEZ
(S) : SERRANO GARCIA, HAURO
(S) : EMPRESA MINERA YANACOCCHA S.R.L.

MINERA YANACOCCHA
DPTO. LEGAL
16 NOV 2009
RECIBIDO
FIRMA

DESTINATARIO : EMPRESA MINERA YANACOCCHA S.R.L

DIRECCION PROCESAL : AVENIDA VIA DE EVITAMIENTO SUR 549 URB. LA RIVERA REA

CAJAMARCA - CAJAMARCA - CAJAMARCA

Se adjunta RESOLUCION NRO: RES. N° 64
ANEXANDO LO SIGUIENTE: No Registrá anexos

a Fjs. : 4

SECRETARIA DE JUSTICIA
DPTO. LEGAL
16 NOV 2009
RECIBIDO
FIRMA

19/11

RES 64
Procedo (Luzmila)
Referencia (Luzmila)
19/11/09
Notaría

EXPEDIENTE : 2005-00920-0-0601-TR-CI-2
ESPECIALISTA : GELNER MOROCHO NUÑEZ
DEMANDADO : EMPRESA MINERA YANACOCHA S.R.L
DEMANDANTE : SERRANO GARCIA MAURO
MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCUENTA Y CUATRO

Cajamarca, once de noviembre
 Del año dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Dado cuenta con el presente proceso y dos escritos que anteceden, **PRIMERO:** Mediante escrito de folios 890 a 891, el demandante solicita se oficie al empleador a efectos del cumplimiento de la sentencia, arguye que con fecha 23 de marzo del presente año se le ha concedido el cargo de operador de procesos II en PAD de lixiviación de la zona éste -Pampa larga, labor que implica trajinar un aproximado de 08 kilómetros por día, a efectos de abrir y cerrar un aproximado de 80 válvulas las mismas que se encuentran a unos 50 metros, una de la otra, procediendo abrirlas para pulgarlas [...]. Así mismo, dicha labor habría originado en el demandante una [DORSOLUMBALGIA CRÓNICA SECUELA DE LAMINECTOMÍA L4-L5 DISCOPATÍA LUMBAR]. Así mismo adjunta un estudio de resonancia magnética del segmento Lumbrasaco de folios 941, concluye que tiene [moderada protusión discal, predominantemente mediana paramediana foraminal izquierda en el nivel L4-L5 comprime y deforma de saco dural- proceso inflamatorio del lado derecho en el nivel L-3. Corrido el traslado a la empresa demandada en su escrito de folios 904 a 908, sostiene que lo solicitada no puede ser resuelto en éste proceso, pues lo ordenado por el Tribunal Constitucional ya fue cumplido en su oportunidad, esto con la reposición realizada el día 20 de diciembre del 2007, lo que significa que el proceso se encuentra concluido. Además señala que según las documentales de folios 901 a 903, se habría realizado un análisis de la labor desempeñada por el demandante, donde se concluye que las tareas evaluadas, no resultan incompatibles con la referida dolencia, debiendo concurrir las posturas inadecuadas [Informe que obra en copia simple]; **SEGUNDO.-** En estricto debe descartarse que la petición del demandante no puede ser materia de pronunciamiento por parte de éste juzgado, pues lo que en esencia solicita es la represión de acto

homogéneos. Al respecto el artículo 60° del Código Procesal Constitucional señala: "Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución (...). La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente". Asimismo, el Tribunal Constitucional ha expedido sentencia dentro del expediente N° 4878-2008-PA/TC, en la cual ha elaborado doctrina jurisprudencial sobre esta figura, estableciendo que son presupuestos para solicitar la represión de actos homogéneos la existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional; y el cumplimiento de lo ordenado en dicha sentencia de condena. En el presente caso, por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero del 2009, se declaró fundada la demanda de amparo y, ordenó que la entidad demandada reponga al demandante en un cargo que implique un esfuerzo físico menor que el que venía desempeñado, pero de similar categoría o nivel, bajo apercibimiento de aplicársele las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional. Del mismo modo, conforme a la acta de reposición de folios 759 de fecha 21 de diciembre del 2007 el demandante fue efectivamente repuesto a su centro de labores [reposición que fue constatada según acta de folios 838. **TERCERO.**- En este orden de ideas, se corrobora la concurrencia de ambos presupuestos exigidos para emitir pronunciamiento de fondo sobre esta petición. En cuanto a los elementos subjetivos, también se verifica su presencia copulativa. Así, el demandante es la misma persona que en la sentencia expedida fue considerada afectada en sus derechos constitucionales y que ahora aparece agraviada con la nueva rotación a un puesto que demanda mayor esfuerzo. Del mismo modo, la demandada del proceso de amparo, quien fue obligada a reponerle al actor a su centro de trabajo, es la misma persona que ahora nuevamente ha realizado la afectación del derecho al haberlo rotado a un puesto que demanda mayor esfuerzo. Respecto del elemento objetivo requerido, se aprecia que la demandada, con fecha 23 de marzo del 2009, le ha remitido al demandante un memorándum [ver documento de folios 866], en la que le comunica su nuevo puesto de trabajo, como operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este; **CUARTO.**- Si bien es

verdad, que por el poder de dirección o directriz de la relación laboral [ius variandi] del empleador con respecto al trabajador puede variar las condiciones laborales del trabajador, éste no puede ejercerse extralimitando lo ordenado por el Tribunal Constitucional, es decir dicha facultad debe ser ejercida reubicando al trabajador en un puesto de trabajo que demande menor esfuerzo, como el que ha estado desempeñando [controlador de adición de cloro para las cuatro plantas de tratamiento de agua realizadas a las doce horas, control de coro libre en la planta convencional de tratamiento de agua cada media hora (...)], según acta de de folios 838, pues según los informes médicos en el nuevo puesto de trabajo [operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este] está afectando el estado de salud del demandante, según documentales que obran en folios 862 a 863, de folios 911 a 916, y que la entidad demandada no ha podido desvirtuar con documento idóneo, no debiendo tenerse en cuenta el informe de análisis de puesto del demandante que obra en folios 901 a 903, pues en principio es un documento en copia simple, y cuyo análisis se ha hecho sobre la historia médica que consta en archivos de la empresa, cuando debió hacerse en la persona del demandante para verificar el estado de salud real. Por consiguiente, existiendo alteración en la salud del demandante con el nuevo puesto de trabajo asignado, se concluye que la demandada ha incurrido nuevamente con un acto lesivo a los derechos constitucionales del demandante [que desconoce el segundo extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional amparado], que son los mismos alegados en la demanda y que han sido analizados en la sentencia firme; pues no sólo afecta la integridad física del demandante, sino también afecta su estabilidad psicológica y espiritual y la de su familia. Por ello, se juzga que esta conducta de la parte demandada es indebida y similar a la que originó el proceso de amparo, en tanto no se ha verificado la ocurrencia de fuerza mayor. Por este razonamiento, se debe estimar la solicitud y tomar las medidas pertinentes y conducentes a reponer al actor a su centro de trabajo; en atención además a lo estatuido en el artículo 4º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que las decisiones judiciales firmes deben cumplirse en sus propios términos, sin interpretar ni modificar sus alcances, ni retardar su ejecución, entre otros aspectos; en tal virtud, **SE RESUELVE: DECLÁRESE FUNDADA** la solicitud

de represión de acto lesivo homogéneo presentada por el demandante; por ende, **CALIFIQUESE** de sustancialmente **HOMOGÉNEO** el acto lesivo consistente en la rotación al puesto de operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este, por ser un acto lesivo al derecho constitucional de aquél, particularmente a sus derechos a la dignidad y al trabajo; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la entidad demandada para que dentro del plazo de **TRES DÍAS** cumpla con reponer al demandante a un puesto de trabajo donde implique un esfuerzo físico menor, en los términos ordenados en la sentencia de tribunal constitucional, y se abstenga en el futuro de incurrir en actos lesivos a los derechos fundamentales de aquél, bajo apercibimiento de multa y remisión de copias al representante del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente, en atención a lo estipulado en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional; **OFÍCIESE** a la empresa demandada, adjuntándole copia certificada de la presente resolución, para que le dé estricto cumplimiento; a los escritos que anteceden; **ESTÉSE** a lo resuelto; **NOTIFIQUESE** conforme a Ley.-


 GELNER MORALES MORALES
 SECRETARIO JUDICIAL
 2da. Juzgado Especializado Civil
 CAJAMARCA

ANEXO 12



Tribunal Judicial Cajamarca
 ADMINISTRACION GENERAL
 VENTANILLA 6
 2009
 RECIBIDO
 492

CARGO

Expediente N° 930-2006
 Especialista: Morocho Núñez
 Escrito N°
CUMPLE MANDATO

AL SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE CAJAMARCA:

MINERA YANACOCCHA S.R.L., en el proceso de amparo seguido por el señor
Mauro SERRANO GARCÍA, atentamente decimos:

Que, sin perjuicio del recurso de apelación que hemos formulado contra la
 Resolución N° 54, y en atención a que éste ha sido concedido sin efecto
 suspensivo, damos cumplimiento a lo ordenado por su Despacho en dicha
 resolución.

Para tal efecto, acompañamos al presente escrito el memorandum de fecha 7
 de diciembre de 2009, mediante el cual: (i) estamos reponiendo al demandante
 en un puesto de trabajo que implique un esfuerzo físico menor; (ii) le
 asignamos las nuevas actividades principales que deberá desarrollar; y, (iii)
 dejamos sin efecto las actividades señaladas en el memorandum de fecha 23
 de marzo de 2009. Dicho documento se encuentra firmado por el demandante
 en señal de conformidad.

Firmado
 Mauro Serrano García
 Demandante

POR TANTO:

A usted, señor Juez, solicitamos tener por cumplido su mandato.

Cajamarca, 10 de diciembre de 2009.


 ERLIN AJBRECHT PITASIO
 ABOGADO
 REG. ICAC. 549
 REG. CAL. 29812



{450064.DOC v.1}


 Danny J. Morales Reyes
 ABOGADA
 E. AL. N° 520

MEMORANDUM

PARA : MAURO SERRANO GARCIA
DE : MARTIN CESPEDES TORRES
ASUNTO : Asignación de Funciones
FECHA : 07 de Diciembre de 2009

Por intermedio de la presente le alcanzamos el detalle de sus nuevas actividades principales que deberá realizar a partir de la fecha como Operador de Procesos II en el PAD de Carachugo, quedando sin efecto las actividades señaladas en nuestro Memorandum de fecha 23 de Marzo de 2009:

- i) Mantener y purgar las tuberías, mangueras y flujómetro para evitar taponamiento.
- ii) Inspeccionar perímetro del pad para asegurar la no ocurrencia de incidentes ambientales.
- iii) Inspeccionar estado de mangueras y repararlas si hubiera fuga de solución.
- iv) Recepcionar los materiales de riego.
- v) Mantener y limpiar las áreas plastificadas para garantizar el buen estado de dichas áreas.
- vi) Inspeccionar el fluffing y ripeo en el Pad Carachugo de las áreas nuevas entregadas por mina.
- vii) Verificar stock de reactivos y solicitarlos al supervisor.
- viii) Llenar los reportes de piso para registrar los parámetros de la operación.
- ix) Mantener orden y limpieza en el lugar de trabajo y coordinación.
- x) Conocer y cumplir con el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS.046-2001-EM), el Manual de Prevención de Pérdidas de MYSRL, el Manual Interno de Procedimientos y Normas de su Área de trabajo y las actividades de Prevención de Pérdidas programadas para su Departamento.
- xi) Atender inmediatamente las recomendaciones de seguridad en caso de tormenta eléctrica.
- xii) Conocer y demostrar compromiso y cumplimiento, dentro de los límites de su control y cuando sea aplicable a sus actividades, con la Declaración de Compromisos Ambientales de MYSRL, los procedimientos ambientales de MYSRL y las responsabilidades asignadas y programadas para su departamento.
- xiii) Demostrar sensibilidad social, compromiso y cumplimiento con la política de Responsabilidad Social de Yanacocha, manteniendo un comportamiento socialmente responsable con la Comunidad y con la Compañía.

Debemos precisar que las responsabilidades arriba descritas son las principales que desarrolla el puesto. El puesto también desarrolla otras actividades que no están incluidas en este documento y el supervisor inmediato es el encargado de transmitir las.

MARTIN CESPEDES

07-12-09

GARCIA

MAURO SERRANO GARCIA

10-12-09

Atentamente



Martín Caspedes Torres
Supervisor de Lixiviación P.L.

07-12-09



MAURO SERRANO GARCIA

10-12-09

ANEXO 13



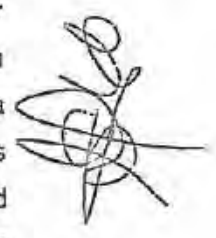
Expediente : 2005-980 (L 34 Fs. 319)
Especialista : Cesar Estrada Julón
Sumilla : HACE PRESENTE:

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE CAJAMARCA

MAURO SERRANO GARCIA, en el proceso Constitucional de Amparo seguido contra la Empresa MINERA YANAGOCCHA S.R.L. ante usted con el debido respeto digo:

Con la finalidad que su despacho no se deje sorprender por las falacias sostenidas por la demandada mediante escrito de fecha 26 de febrero del presente año, hago presente lo siguiente :

PRIMERO: Lo expuesto en el primer fundamento resulta alejado de la verdad y falta de respeto al Secretario del Segundo Juzgado Civil Dr. Gelner Morocho y es mas al Señor Juez , que pretende indicar que el terreno donde desarrollo mi trabajo tan solo esta húmedo en tiempo de aguacero, soslayando que las válvulas que mi persona se encarga de abrir tiene una solución líquida cianurada que va hacia el terreno mediante goteros que tienen las mangueras de riego que cubren todo el Pad de Lixiviación con la finalidad de disolver el oro contenido en el mineral depositado, en la foto presentada por la demandada se puede apreciar la descarga de la solución líquida cianurada de las válvulas, y además se ha tener en cuenta que en el Pad de Lixiviación luego depositar toneladas de mineral es arado, removido con Tractores que cuentan con los arados "rippers" esta actividad se realiza para que la solución líquida cianurada que se riega con las mangueras de riego no inunden el área y faciliten el percolado , en consecuencia como puede sostener la demandada que es impreciso afirmar que se trate de un terreno irregular con altos y bajos y exclusivamente en la temporadas de lluvias , lo cierto es que se mantiene húmeda y fangosa y en tiempo de aguacero es peor se pone pantanosa y por ese motivo el mismo Secretario del Segundo Juzgado Civil Dr. Gelner Morocho lo ha comprobado y lo ha transcrito en el segundo párrafo del Acta de Constatación del 26 de Enero del 2010 desarrollada en mi Área de Trabajo , el Pad de Lixiviación de Pampa Larga-Zona Este. También se debe dejar constancia



que mi Abogado defensor Dr. Wilmer Vera ha comprobado que el terreno es irregular, existen altos y bajos y es un terreno húmedo y se ha dejado constancia en el sexto párrafo de la Acta de Constatación del 26 de enero del 2010.

AL DIA 03/01/2010
CALL 3100

SEGUNDO: Con respecto a lo expresado por mi persona que desarrollo mis labores en un área comprendido entre 200 mil a 150 mil metros cuadrados, resulta ser cierto pues mi Supervisor de Área Lixiviación Zona Este -Minera Yanacocha, el Ingeniero Martín Céspedes lo ha verificado como consta en el segundo párrafo de la Acta de Constatación del 26 de enero 2010, sin embargo la demandada suspicazmente pretende hacer creer que recorro los 200 mil metros cuadrados metro por metro, lo que he indicado es que las 75 válvulas se encuentran dentro del área de 200 mil metros cuadrados, y el recorrido que realizo entre válvula y válvula, existe un promedio de 50 metros lineales; aclarando además que dentro de los 200 mil metros cuadrados existen áreas pequeñas llamadas celdas lixiviación que contienen mangueras de 6 y 4 pulgadas de diámetro, mangueras de riego y válvulas de 4 pulgadas de diámetro que sumados estos últimos en la totalidad del área de 200 mil metros cuadrados son entre 72 a 75 válvulas y en el punto donde limitan estas áreas pequeñas "Celdas de Lixiviación", se ubican entre 2 a 4 válvulas juntas y no necesariamente una sola válvula cada 50 metros de distancia como manifiesta la demandada para sus cálculos. Sobre la cantidad de válvulas también el mismo Secretario del Segundo Juzgado Civil Dr. Gelner Morocho lo ha corroborado por un trabajador de la misma demandada (Esteban Rivas Correa), tal como consta en el tercer párrafo de la Acta de Constatación. También hay que aclarar que el tiempo de purgado de las válvulas no es necesariamente 5 minutos como afirma la demanda para sus cálculos, el tiempo de purgado es relativo e incluso puede ser menos de un minuto como fue corroborado por el Secretario del Segundo Juzgado Civil Dr. Gelner Morocho y dejo constancia en el segundo párrafo de la Acta de Constatación

TERCERO: Con respecto a la tercera afirmación debo manifestar que resulta falso lo sostenido por la demandada, lo cierto es que para arrodillarse implica un flexionamiento de las rodillas, tanto para arrodillarse como para pararse, hecho que en definitiva afecta muy seriamente mi salud en mi columna, dolencia que ya tengo y que se ha demostrado a lo largo del proceso de acción de amparo con Informes Médicos pertinentes, Resonancia Magnética, Descansos Médicos, sin embargo tal

298

dolencia se agrava en razón que se me ha asignado una labor totalmente agravante a mi salud.

CUARTO: En referencia a lo esgrimido por la parte demandada en el cuarto fundamento debo indicar que se ha verificado in situ del terreno que existen llaves de difícil manejo, en un promedio de cinco llaves, hecho corroborado por el trabajador de la demandada Esteban Rivas Correa, tal como se desorenda en el tercer párrafo del Acta de Constatación del 26 de enero del 2010, la misma que ha sido suscrita por los representantes y participantes de la diligencia de verificación, y no ha sido cuestionada, por lo que los datos allí consignados tienen plena validez.

OTRO SI DIGO: Se entrega Informe Médico del 3 de marzo del 2010 del Dr. Hugo Rojas Neurocirujano de la Clínica Ricardo Palma, entidad contratada por mi empleadora para la atención de sus trabajadores, informe que indica Paciente con dolor lumbar persistente, con contractura crónica de región lumbar y articulaciones de la cadera

El informe manifiesta que la actividad que estoy realizando esta afectando muy seriamente mi salud.

ANEXOS:

- 1.A. Acta de constatación de fecha 26 de enero del presente año.
- 1.B. Informe médico de la clínica Ricardo Palma del Dr. Neurocirujano Hugo Rojas Hernández.

POR LO EXPUESTO:

A usted señor Juez, solicito proveer conforme a ley.

Cajamarca, 15 de marzo del 2010


Wilmer Vera
ABOGADO
CALL 2760



Acta de constatación

Cajamarca, 26 de enero del 2010

En la empresa de enero Yanacocha SRL, en el área de pad carachubo, etapa 10, no 09, ante el señor Mauro Serrano García, el jefe del área de recursos humanos José Cardoza Valenzuela, con DNI 073480591, el jefe supervisor Martín Céspedes Torres, con DNI 09791849, además del abogado Wilmer Vera Alvarado con registro CALL 2760, a fin de llevar a cabo la constatación in situ en el área de trabajo del demandante, la misma que se llevo a cabo de la siguiente manera:
En el area de trabajo del demandante, consiste en abrir y cerrar válvulas de mangueras de cuatro pulgadas, las mismas que se encuentran en una distancia de 50 metros de distancia, las mismas que son abiertas cada cinco minutos (hora relativa), el piso donde labora es tierra movida que esta mojada, desarrollando dicha actividad en una área de aproximadamente de 200 mil metros cuadrados (según el demandante), y según el supervisor 150 mil metros cuadrados recorriendo en esta área el perímetro, como ya se dijo que se encuentran en unos 50 metros de distancia, de lo que se puede observar, es un trabajo que aparentemente no implica mayor esfuerzo (pues el secretario - suscrito corroboro abriendo dichas válvulas). Así mismo el demandante dijo que lo que mayor le afecta es la caminata por el terreno fofo, trabajo que realiza en un periodo de 4 horas diarias.

Así mismo existen válvulas en las que para abrirlas existe dificultad, como también lo constato el secretario que suscribe, que son aparentemente tres a cinco en toda el área comprendida en el 7tmo y 8tavo Lib. (según el trabajador Esteban Rivas Correa). Se deja constancia que el total de válvulas en toda el área es de 72 a 75 válvulas.

Así mismo, en conclusión la labor que realiza el demandante es la descrita, si dejando constancia están a 50 metros, que están operativas a excepción de 03 a 05 válvulas que si son duras para abrirlas.

Se deja constancia que la labor la realiza hasta las 12.30 del meridiano. En la tarde realiza trabajo de oficina, Informando sobre la labor realizada en el turno de la mañana.

Así mismo se deja constancia que el demandante eventualmente realiza la labor de purgar mangueras finas, que según se constato por el secretario no implica mayor esfuerzo físico.

Se deja constancia que el terreno es irregular, existen altos y bajos, con terreno húmeda, esto a pedido del abogado de la parte demandante.

En este acto, siendo a las 11.45 AM término la diligencia firmando la los presentes en señal de conformidad. Ante mi que doy fe.-

W. Vera Alvarado
Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

COPIA PRESENTE CON SU
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA
CAJAMARCA. 02 MAR. 2010.



W. Vera Alvarado
Wilmer Vera Alvarado
Abogado
Cajamarca - Peru

ANEXO: "B"



Nombre del Paciente: MAURO SERRANO GARCIA

Diagnóstico: - Síndrome Miofacial Lumbal
- Sinoviolitis bilateral

Paciente con cuadro de dolor
Lumbar persistente, con
Contractura crónica de región
Lumbar y Articulación de la
Cadera; Requiere tratamiento
Conservador a Medicina Física
y Rehabilitación; y no realizar
esfuerzos físicos.


DR. HUGO ROJAS FERNÁNDEZ
Neurología
CMP: 17961
Firma y Sello de Médico Tratante

Fecha: 3 / 13 / 10

Av. Javier Prado Este 1066 - San Isidro
Teléfono 224-2221 - 224-2226
www.cra.com.pe

ANEXO 14



2° JUZGADO CIVIL - Sede San José
 EXPEDIENTE : 00980-2005-0-0301-JR-CI-02
 MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO
 ESPECIALISTA : MARIELA DIAZ MORI
 DEMANDADO : EMPRESA MINERA YANACOGCHA S.R.L.
 DEMANDANTE : SERRANO GARCIA, MAURO

RESOLUCIÓN NÚMERO SESENTA Y CINCO

Cajamarca, veintiocho de abril
 del año dos mil diez.

AUTOS y VISTOS: Dado cuenta con el presente proceso; y,
CONSIDERANDO: PRIMERO: Mediante resolución número 54, de fecha 11 de
 noviembre de 2009, se declaró fundada la solicitud de represión de acto lesivo
 homogéneo presentada por el demandante y, por ende, se calificó de
 sustancialmente homogéneo el acto lesivo consistente en la rotación al puesto de
 operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este, por afectar sus
 derechos constitucionales a la dignidad y al trabajo; ordenándose a la demandada,
 por consiguiente, para que dentro del plazo de tres días cumpla con reponer al
 demandante a un puesto de trabajo donde implique un esfuerzo físico menor, en los
 términos ordenados en la sentencia del Tribunal Constitucional, y se abstenga en el
 futuro de incurrir en actos lesivos a los derechos fundamentales de aquél, con los
 apercibimientos legales correspondientes; resolución que ha sido objeto de recurso
 de apelación por parte de la demandada, sin que hasta a la fecha haya sido
 devuelto el cuaderno que se formó con tal fin. **SEGUNDO:** Por escrito de fojas 998
 a 1000, el demandante solicitó se requiera a la demandada cumpla a cabalidad con
 el mandato contenido en la resolución número 54, en tanto refirió que a pesar de
 haber transcurrido los tres días que se le concedió a dicha demandada para tal
 propósito no lo ha hecho, recurriendo a diversas evasivas e inclusive ni siquiera se
 le habría permitido ingresar a su centro de labores. Por resolución de folios 1004,
 se puso en conocimiento de la empresa demandada lo solicitado por el demandante
 por el plazo de tres días, así como se le requirió para que dentro del mismo plazo
 informe sobre el cumplimiento de lo ordenado en la aludida resolución número 54;
 siendo que aquélla presentó un escrito (ver folios 1009), adjuntando un memorando
 de fecha 07 de diciembre de 2009, por medio del cual se indica que se le repone al
 demandante, a partir de tal data, en un puesto de trabajo que implica un menor
 esfuerzo físico: operador de procesos II en el PAD de Carachugo, con las
 actividades principales allí detalladas, además de informarle que se han dejado sin
 efecto las actividades señaladas en el memorando de fecha 23 de marzo de 2009
 (el que fue precisamente catalogado de acto lesivo sustancialmente homogéneo).

See
 MARIELA E. DIAZ MORI
 Secretaria Judicial
 Segundo Juzgado Civil
 CAJAMARCA

TERCERO: Por resolución de mero trámite de fojas 1010, se decide que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el escrito de fojas 998 a 1000 y se ordena devolver el proceso al expediente N° 232-2008, asignado al Segundo Juzgado Especializado Laboral, al haber sido ofrecido como medio probatorio, y en razón de haberse constatado que la demandada ha cumplido con el mandato judicial antes glosado. Por su parte, el demandante formuló recurso de reposición contra el decreto antes citado, en los términos de su escrito de fojas 1015 a 1017, con el fundamento medular de que considera que la demandada no ha cumplido con el mandato judicial contenido en la resolución número 54, por estimar que las actividades que se le ha asignado mediante memorando de fecha 07 de diciembre de 2009 son las mismas que se le impuso por memorando del 23 de marzo de 2009, y que fueron calificadas como acto lesivo sustancialmente homogéneo. CUARTO: La empresa demandada, al absolver el traslado de este recurso en su escrito de folios 1023 a 1027, sostiene en esencia que es falso que las labores asignadas al actor mediante el último memorando sean las mismas que se le impusieron en el memorando del 23 de marzo de 2009, pues en aquél se le han suprimido las labores que según el demandante implicaban un esfuerzo físico que afectaba su salud, como la preparación de reactivos para la operación (soda cáustica, cianuro, lechada de cal); instalación de tuberías y mangueras de riego para iniciar el proceso de lixiviación; retiro de tuberías y mangueras de riego luego de terminar el ciclo de lixiviación; almacenamiento de materiales de riego; instalación y retiro de válvulas, flujómetros y riser; y manejo de camioneta y equipos auxiliares; por lo que concluye que ha dado estricto cumplimiento al mandato judicial tantas veces mencionado. Asimismo, por resolución de fojas 1028, se dispuso habilitar al secretario de la causa para que inspeccione en el centro de labores en cuestión las funciones asignadas al demandante; cuya constatación corre en el acta de fojas 1031 a 1032, transcrita a fojas 1039. QUINTO: Ahora bien, en el memorando del 23 de marzo de 2009, obrante a fojas 866 y 867, la demandada le asignó al demandante las siguientes funciones: i) preparar reactivos para la operación (soda casuística, cianuro, lechada de cal); ii) instalar las tuberías y mangueras de riego para iniciar el proceso de lixiviación; iii) retirar las tuberías y mangueras de riego luego de terminar el ciclo de lixiviación para permitir la descarga de mineral; iv) mantener y purgar las tuberías, mangueras y flujómetros para evitar taponamiento; v) inspeccionar perímetro del pad para asegurar la no ocurrencia de incidentes ambientales; vi) inspeccionar estado de mangueras y repararlas si hubiera fuga de solución; vii) recepcionar y almacenar los materiales de riego; viii) mantener y limpiar las áreas plastificadas para garantizar el buen

DE
MARIELA E. DÍAZ MORI
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
en el momento

estado de dichas áreas; ix) Inspeccionar el fluffing y ripeo de las áreas del pad; x) instalar las válvulas, flujómetros y riser para regular y controlar los flujos de riego; xi) retirar las válvulas, flujómetros y riser luego de terminar el ciclo de lixiviación; xii) verificar stock de reactivos y solicitarlos al supervisor; xiii) manejar camioneta y equipos auxiliares; xiv) llenar los reportes de piso para registrar los parámetros de la operación; xv) mantener el orden y limpieza en el lugar de trabajo y coordinación; xvi) conocer y cumplir con el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS.046-2001-EM), el Manual de Prevención de Pérdidas de MYSRL, el Manual Interno de Procedimientos y Normas de su área de trabajo y las actividades de Prevención de Pérdidas programadas para su Departamento; xvii) atender inmediatamente las recomendaciones de seguridad en caso de tormenta eléctrica; xviii) conocer y demostrar compromiso y cumplimiento, dentro de los límites de su control y cuando sea aplicable a sus actividades, con la declaración de Compromisos Ambientales de MYSRL, los procedimientos ambientales de MYSRL y las responsabilidades asignadas y programadas para su departamento; y xix) demostrar sensibilidad social, compromiso y cumplimiento con la política de Responsabilidad Social de Yanacocha, manteniendo un comportamiento socialmente responsable con la Comunidad y con la Compañía. **SEXTO:** Por su parte, en el memorando del 07 de diciembre de 2009, corriente a fojas 1006 y 1007, se le asignó al actor las siguientes funciones: i) mantener y purgar las tuberías, mangueras y flujómetro para evitar taponamiento; ii) inspeccionar perímetro del pad para asegurar la no ocurrencia de incidentes ambientales; iii) inspeccionar estado de mangueras y repararlas si hubiera fuga de solución; iv) recepcionar los materiales de riego; v) mantener y limpiar las áreas plastificadas para garantizar el buen estado de dichas áreas; vi) inspeccionar el fluffing y ripeo en el Pad Carachugo de las áreas nuevas entregadas por mina; vii) verificar stock de reactivos y solicitarlos al supervisor; viii) llenar los reportes de piso para registrar los parámetros de la operación; ix) mantener orden, limpieza en el lugar de trabajo y coordinación; x) conocer y cumplir con el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS.046-2001-EM), el Manual de Prevención de Pérdidas de MYSRL, el Manual Interno de Procedimientos y Normas de su Área de trabajo y las actividades de Prevención de Pérdidas programadas para su Departamento; xi) atender inmediatamente las recomendaciones de seguridad en caso de tormenta eléctrica; xii) conocer y demostrar compromiso y cumplimiento, dentro de los límites de su control y cuando sea aplicable a sus actividades, con la Declaración de Compromisos Ambientales de MYSRL, los procedimientos ambientales de MYSRL y las responsabilidades asignadas y programadas para su departamento; y xiii) demostrar sensibilidad social,

Qu
MARIELA E. DIAZ MORI
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
CAJAMARCA

MARIELA E. DÍAZ MORI
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
CAJAMARCA

compromiso y cumplimiento con la política de Responsabilidad Social de Yanacocha, manteniendo un comportamiento socialmente responsable con la Comunidad y con la Compañía. SÉTIMO: De un simple cotejo entre las actividades encomendadas en ambos memorandos, se verifica que 6 de las 19 actividades contenidas en el primer memorando han sido suprimidas en el segundo y son las siguientes: i) preparar reactivos para la operación (soda casuística, cianuro, lechada de cal); ii) instalar las tuberías y mangueras de regadío para iniciar el proceso de lixiviación; iii) retirar las tuberías y mangueras de regadío luego de terminar el ciclo de lixiviación para permitir la descarga de mineral; x) instalar las válvulas, flujómetros y riser para regular y controlar los flujos de regadío; xi) retirar las válvulas, flujómetros y riser luego de terminar el ciclo de lixiviación; y xiii) manejar camioneta y equipos auxiliares (según la numeración romana detallada en la quinta consideración); además de que con respecto a la actividad de -vii)-receptionar y almacenar los materiales de riego; se ha suprimido el almacenamiento de dichos materiales. Es decir, todas estas funciones, a partir del 07 de diciembre de 2009, el demandante ya no las realiza, por considerarse -se infiere- que requieren de esfuerzo físico mayor al que aquél puede soportar.

OCTAVO: Asimismo, el auxiliar jurisdiccional de la causa, a quien se lo comisionó para que constate la naturaleza de las actividades asignadas al demandante, comprobó (ver acta de fojas 1031 a 1032 y su transcripción a fojas 1039) que éste tiene la función (cardinal) de abrir y cerrar válvulas de mangueras de cuatro pulgadas, las mismas que se encuentran a una distancia (una de la otra) de cincuenta metros y que son abiertas cada cinco minutos; trabajo que a simple vista no implica mayor esfuerzo, pues incluso el auxiliar referido abrió estas válvulas. También se destacó que el actor eventualmente realiza la labor de purgar mangueras finas, las que se corroboró que tampoco requieren de mayor esfuerzo físico; que estos trabajos los realiza el demandante en horas de la mañana (unas cuatro horas diarias) y que por las tardes efectúa trabajos de oficina. Se constató del mismo modo que el terreno por el que camina el amparista es irregular, con altos y bajos y húmedo, que existen de 72 a 75 válvulas y que de éstas 3 a 5 revisten cierta dificultad para abrirlas. NOVENO: Ahora bien, teniendo en cuenta que entre cada válvula existe una distancia de cincuenta metros (recorrido que puede tomar de uno a dos minutos) y que cada una de ellas es abierta por cinco minutos, así como el tiempo de cuatro horas que diariamente el demandante emplea para llevar a cabo esta labor, entonces se colige que aproximadamente éste abre y cierra unas 35 a 40 válvulas por día y recorre como máximo unos cuatro kilómetros diarios (entre ida y vuelta). Al haberse comprobado en su propio centro

DL

MARIELA E. DÍAZ MORA
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
GUAYMA, P.R.

de labores que estas labores no implican mayor esfuerzo físico, se concluye que la caminata cotidiana que el actor realiza tampoco puede demandar mayor esfuerzo de esta naturaleza, aun cuando el terreno tenga cierta humedad, pues es de conocimiento público que caminar es un ejercicio sano que no puede comprometer la salud de aquél, sino que, antes bien, se deduce, la fortalece. En cuanto a la dificultad para abrir algunas válvulas, la solución sin duda es sencilla, pues tal hecho debe ponerse en conocimiento de la dependencia competente de la demandada para que las repare o sustituya. DÉCIMO: En este sentido, el juzgador estima que la demandada sí ha dado cabal cumplimiento al mandato judicial contenido en la resolución número 54 y, por ende, a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que ordena a la demandada reponer al actor en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que venía desempeñando hasta antes de su despido, pero de similar categoría o nivel; puesto que sin duda las actividades que desarrolla actualmente (según memorando del 07 de diciembre de 2009) implican poco esfuerzo físico (las que lleva a cabo en horas de la mañana: abrir y cerrar válvulas y la caminata que debe efectuar); inclusive en horas de la tarde realiza labores administrativas, en oficina, que no necesitan de tal esfuerzo, de donde informa sobre lo laborado en el turno de la mañana; destacándose que las labores que sí demandaban un esfuerzo corporal mayor al debido han sido suprimidas, conforme líneas arriba se ha argumentado. UNDÉCIMO: Igualmente se destaca que no se puede ordenar a la empleadora del demandante que le asigne a éste un puesto de trabajo específico, pues ello supondría vulnerar el poder de dirección (o *ius variandi*) de que goza naturalmente todo empleador; por lo que en este proceso sólo se le ha ordenado que se le reponga en un cargo que implique menor esfuerzo físico que el que venía desempeñando. Precisamente, en un primer momento, la demandada le asignó al actor las funciones contenidas en el memorando de fecha 22 de enero de 2008 (ver folio 823 a 824); las cuales las estuvo efectuando con normalidad, hasta que, con fecha 23 de marzo de 2009, se le hizo llegar un nuevo memorando, en el cual se le asignaban nuevas funciones; siendo que este último acto se consideró lesivo y sustancialmente homogéneo al que fue materia de la demanda, según es de verse de la resolución número 54, que se encuentra aún en apelación; sin embargo, a la fecha las labores lesivas a la salud del demandante han sido suprimidas; de allí que el recurso de reposición bajo análisis debe ser desestimado, con el consiguiente archivo del proceso una vez firme la presente resolución. DUODÉCIMO: Sin embargo, el juzgador estima que la resolución número 57, de fecha 15 de diciembre de 2009, corriente a fojas 1010, objeto del recurso acotado, y que decide que carece de objeto emitir

Di

MARIELA E. DÍAZ MORI
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
SANTO DOMINGO

pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el escrito de fojas 993 a 1000, es nula, pero no por las razones aducidas por el impugnante, sino porque el pedido que éste formuló en el referido escrito debió resolverse mediante un auto, debidamente motivado, tal como lo establece el artículo 121° del Código Procesal Civil, en tanto la decisión adoptada ponía fin a la ejecución de un proceso y, por ello, merecía tener la fundamentación correspondiente; lo que significa que se haya afectado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y a la doble instancia que forman parte del debido proceso; debiendo, por consiguiente, anularse de oficio el acotado decreto, conforme lo permite el artículo 176° del código adjetivo. No obstante ello, se subraya que como la renovación del acto procesal viciado de nulidad tendría que ser emitir pronunciamiento expreso sobre dicha petición, lo cual se ha hecho en definitiva en la presente resolución, entonces naturalmente ésta ha cumplido tal cometido, por cuanto tal pedido ha sido analizado exhaustivamente; cuanto más si a ambas partes se les ha garantizado en forma amplia el derecho de defensa respecto a este tema (sobre si las nuevas funciones asignadas al demandante han implicado el cumplimiento cabal o no de la resolución número 54). **DÉCIMO TERCERO:** Finalmente se subraya que si bien en el certificado médico de fojas 1058, de fecha 03 de marzo de 2010, expedido por una clínica privada, se recomienda que el actor no realice esfuerzos físicos, por presentar dolor lumbar persistente, con fractura crónica de región lumbar y articulaciones de la cadera, pero esta opinión médica, de un lado, requeriría de corroboración por una pericia médica oficial, que en este proceso no puede realizarse por estar en etapa de ejecución y por no tener estación probatoria; y, de otro lado, el supuesto aludido es distinto al que motivó este proceso, pues con dicha opinión se está recomendando que el actor ya no efectúe ningún esfuerzo físico (prácticamente no tenga trabajo de campo); mientras que en la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional sólo se ha dispuesto que la reposición ocurra en un puesto de trabajo que requiera menor esfuerzo físico que el cargo anterior al despido, pero no uno que no demande ningún tipo de esfuerzo corporal (como trabajo de oficina exclusivamente); por lo que este supuesto no puede ser materia de decisión en este proceso porque de hacerlo se afectaría el principio de congruencia procesal y la inmutabilidad de las decisiones judiciales. En todo caso se deja abierta la posibilidad para que el demandante formule la pretensión correcta en otro proceso y en resguardo de su salud. En este orden de ideas, de acuerdo con los artículos 122° y 363° del Código Procesal Civil, artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, **SE RESUELVE: DECLARO INFUNDADO** el recurso de

Representación de act. Sent. Homenaje

reposición formulado por el demandante contra la resolución número 57; y de oficio NULA dicha resolución número 57, de fecha 15 de diciembre de 2009, corriente a fojas 1010, que decide que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el escrito de fojas 998 a 1000; y renovando el acto procesal viciado de nulidad, **DECLARO INFUNDADO** el pedido efectuado por el demandante en el aludido escrito, para que se le requiera a la demandada el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución número 54; **DECLARO** que la entidad demandada ha dado cabal cumplimiento a lo ordenado en la mencionada resolución número 54; y, por ende, **DISPONGO EL ARCHIVO DEFINITIVO** del presente proceso; por haberse ejecutado íntegramente lo resuelto; **DÉJESE A SALVO** el derecho del actor para que recurra a la instancia judicial correspondiente vía la pretensión que considere conveniente a sus intereses; interviniendo la secretaría que autoriza por mandato superior; notificándose.-

M.
MARIELA E. DÍAZ MORI
Secretaría Judicial
Segundo Juzgado Civil
CAJAMARCA

ANEXO 15



PROCESO CONSTITUCIONAL N° 2005-00980-14-0601-R-CI-2 (I.11.g)

DEMANDANTE MAURO SERRANO GARCÍA
DEMANDADO MINERA YANACOCHA SRL
MATERIA DEMANDA DE AMPARO
VIA PROCEDIMENTAL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

AUTO N° 058-2010-SEC

SALA ESPECIALIZADA CIVIL

RESOLUCION NUMERO DOS

Cajamarca, veintuno
de mayo del dos mil diez

AUTOS y VISTOS, y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, en materia de conocimiento por parte de este Colegiado, el recurso de apelación interpuesto por los abogados de Minera Yanacocha SRL contra la resolución número cincuenta y cuatro de fecha once de noviembre del dos mil nueve, que declara fundada la solicitud de represión de acto lesivo homogéneo presentada por el demandante, que califica de sustancialmente homogéneo al acto lesivo consistente en la rotación al puesto de operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este, que ordena la reposición del demandante a un puesto de trabajo donde implique un esfuerzo físico menor y que se abstenga en el futuro de incurrir en actos lesivos, bajo apercibimiento y que dispone oficiar a la empresa demandada, argumenta la parte apelante básicamente que el juez de primera instancia hace referencia sólo al hecho que el puesto de trabajo al que ha sido rotado el trabajador le demandaría mayor esfuerzo físico más no a la identidad del acto declarado lesivo en el proceso de amparo que fue haberlo cesado sin precisar en la carta de despido la relación entre el detrimento físico del demandante y las labores para las cuales fue contratado; **SEGUNDO:** Que, mediante escrito de folios ochenta y cuatro y ochenta y cinco, el demandante Mauro Serrano García solicita el cumplimiento de la sentencia expedida en autos, bajo apercibimiento de los apremios regulados por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, sin embargo, estando a la finalidad de los procesos constitucionales¹ la solicitud deberá asumirse como un pedido de

¹ Código Procesal Constitucional

Artículo 1° Finalidad de los Procesos Constitucionales

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Res. Sala CI
n° 058-2010-SEC
(art. 22° C.P.C.)

represión de actos homogéneos, conforme bien ha calificado el Juez de la instancia impugnada, que se habría configurado por la rotación de cargo como operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este - pampalarga, a partir del día veintitrés de marzo del dos mil nueve, petición que ha sido rechazada por la empresa vencida; **TERCERO:** Que, la represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos, en este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derecho fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de los dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho; **CUARTO:** Que, en este orden de ideas, corresponde revisar en sede constitucional el acto originario denunciado como lesivo, el acto declarado lesivo en la sentencia final y, finalmente, el acto denunciado como sustancialmente homogéneo al declarado así en la sentencia, verificándose en primer lugar que a través del escrito de demanda el trabajador demandante alegó la violación de sus derechos constitucionales a la estabilidad laboral y al trabajo, por la decisión unilateral de la Empresa Minera Yanacocha SRL de poner fin al vínculo laboral existente entre las partes y, tramitado el proceso según su naturaleza, en instancia final, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó la reincorporación del trabajador en un cargo de demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando pero de similar categoría y nivel, expresándose medularmente que la decisión de la empleadora de dar por concluida la relación laboral ha sido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido debido a que del contenido de las cartas de preaviso y aviso de despido no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba y, además, que no se encontró probada la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el actor; **QUINTO:** Que,

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el empleado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

en la fase de ejecución de sentencia, el acto denunciado como sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en la sentencia por parte del trabajador se relaciona con el cambio de cargo dispuesto por su empleadora Minera Yanacocha SRI, que por su propia naturaleza, este Colegiado estima que no es sustancialmente homogéneo al acto declarado lesivo en la sentencia, resolución final en la que se ha vinculado como acto lesivo de los derechos fundamentales del demandante a la ruptura unilateral y arbitraria del vínculo laboral entre las partes y no con alguna rotación interna ordenada por la empleada; en consecuencia, la denuncia debe ser desestimada, pues el origen o la fuente del acto respecto del cual se pide la represión no tiene las mismas características que el acto lesivo determinado en sentencia y ni siquiera se ha originado en las mismas razones; consecuentemente el acto lesivo no es manifiesto. **POR TALES CONSIDERACIONES** y de conformidad con el artículo 60° del Código Procesal Constitucional: **REVOCARON** la resolución número cincuenta y cuatro de fecha once de noviembre del dos mil nueve, que declara fundada la solicitud de represión de acto lesivo homogéneo presentada por el demandante, que califica de sustancialmente homogéneo al acto lesivo consistente en la rotación al puesto de operador de procesos II en el pad de lixiviación de la zona este, que ordena la reposición del demandante a un puesto de trabajo donde implique un esfuerzo físico menor y que se abstenga en el futuro de incurrir en actos lesivos, bajo apercibimiento; **REFORMÁNDOLA DECLARARON IMPROCEDENTE** la denuncia de supresión de actos homogéneos presentada por el trabajador demandante Mauro Serrano García; **PONGASE** en conocimiento al *a quo* por la vía más rápida y archívese donde corresponda; notificándose. **PONENTE** señor Horna León.

SS.

ALBÁN RIVAS
HORNA LEÓN
ZAVALAGA VARGAS

MARIELA V. SALCEDO CASTAÑEDA
SECRETARIA DE SALA (4)
Sala Especializada Civil
CAJAMARCA

ANEXO 16



- Sec. Dra. Mariela Salcedo Castañeda
- P.C. No. 2005-0980-14-0501-JR-CI-2 (I.11.g)
- Escrito No.
- Recurso de Agravio Constitucional

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA CIVIL

MAURO SERRANO GARCIA, en los seguidos con la Empresa MINERA YANACOCCHA S.R.L. sobre Proceso Constitucional de Amparo; A Ud. con respeto digo:


Que, he sido notificado con la Resolución No. 02 (AUTO No. 058-2010-SEC) de fecha 21 de Mayo del 2010 y que por cierto REVOCA la Resolución No. 54 de fecha 11 de Noviembre del 2009 y a su vez declara IMPROCEDENTE la denuncia de supresión de actos homogéneos formulada por nuestra parte, al no encontrarla arreglada a ley, interpongo el presente recurso de **AGRAVIO CONSTITUCIONAL**, a fin de que se eleve lo actuado al Tribunal Constitucional en donde espero alcanzar la revocatoria, teniendo en consideración los fundamentos siguientes:

1.- FUNDAMENTACION DEL AGRAVIO.-

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN.-

a) Que, la Resolución expedida por la Sala incurre en error de hecho y de derecho al considerar que el cambio o rotación de puesto que se me impuso por parte de mi empleadora no constituye acto homogéneo, porque supuestamente dicha rotación no fue el móvil o causal del despido y por consiguiente no tiene las mismas características que el acto lesivo determinado en la Sentencia y lo que es mas ni siquiera se ha originado en las mismas razones

b) Que, dicho error de concepción se pone de manifiesto, en primer lugar si analizamos el contenido de la decisión del Tribunal Constitucional cuando dispuso mi reincorporación en mis labores habituales "...en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que



César A. Cieza Rojas
ABOGADO
C.A.C. N° 38

venía demostrando, pero de similar categoría...”, tal y conforme se puede apreciar del punto 2) de la parte Resolutiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de Enero del 2007

c).- Que, en tal virtud la denuncia sobre represión de actos homogéneos formulada por mi parte está íntimamente ligada a los hechos acaecidos en el estado de ejecución de Sentencia por parte de mi empleadora, quién en todo momento se ha tornado rehácia hacia el cumplimiento de lo dispuesto por el Supremo Tribunal, tal y conforme consta del acta de ministración de posesión de cargo y asignación de funciones que corre a fojas 759, y por el contrario pretende imponerme un cargo en donde realizo un notorio esfuerzo físico y lo que es peor está originando el detrimento cada día mas de mi integridad física, tal y conforme lo he demostrado con las constancias emitidas por los médicos facultativos que constantemente están evaluando mi estado de salud

d).- Que, en efecto, los facultativos han determinado que mi estado de salud a partir de Abril del 2009 mi estado de salud es delicado por lo que he tenido que acudir a los diferentes centros de salud contratados por Minera Yanacocha S.R.L. y a consecuencia de dicha contingencia se me otorgado descansos médicos, 11 y conforme lo he acreditado con las documentales que corren a fojas 863, 913, 914, 915 y que al final concluyen con un diagnóstico de Hernia Núcleo Pulposo L4-L5 moderada y que requiere un continuo tratamiento y mis facultades físicas son limitadas por consiguiente han recomendado que mi trabajo habitual lo realice en cargo en donde evite el menor esfuerzo, sin embargo la Empresa haciendo caso omiso no solo al mandato contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional sino a las recomendaciones de los galenos que han evaluado mi salud persiste en su nefasta intención de imponer el desempeño de labores muy contrarias a dichas recomendaciones.

e) Que, por otro lado su Despacho no ha tenido en cuenta que el Tribunal Constitucional ha determinado que la represión de los actos lesivos homogéneos como un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el aparente cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia


Cesar A. Cieza Rojas
ABOGADO
C.C. Nº 33

respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho.

f) Que, en el caso de autos caso, se dan los presupuestos como para considerarse actos lesivos homogéneos, la conducta antilaboral de la Empresa al retornarme de mi puesto de operador de procesos de planta de tratamiento de agua de Yanacocha Norte, tal y conforme aparece del documento de fojas 823 al puesto de Operador II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este- Pampa Larga, según documento de fojas 866 labor que por cierto implica trajinar un aproximado de 09 Kilómetros por día, a efectos de abrir y cerrar un aproximado de 80 válvulas, las mismas que se encuentran a una distancia aproximada de 50 metros cada una, procediendo a abrirlas para purgarlas, esperar un lapso aproximado de 05 minutos y luego cerrarlas, lo que significa efectuar inclinaciones en las rodillas para ponerme en posición no recomendable para mi estado de salud

g) Que, en efecto la Sala no ha tenido en consideración la conducta antilaboral de mi empleadora al imponerme una labor similar a las que realizaba al momento en que fui despedido conforme a la carta de fojas 32 y que por cierto son impropias y perniciosas para mi estado de salud por lo que este hecho a todas luces representa un acto lesivo homogéneo y que infringe el mandato expreso del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia que declaró fundada mi acción de amparo y dispuso mi reincorporación

h) Que, en tal virtud, el Supremo Tribunal deberá tener en cuenta que la represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales, como es el caso que nos ocupa, y es por cuya razón que mi demanda fue amparada y a consecuencia de la decisión jurisdiccional se dispuso no solo mi reincorporación en mi centro de trabajo sino que se me asigne un cargo que demanda un menor esfuerzo físico, y que por cierto ha sido incumplido por mi empleadora lo que constituye un acto lesivo calificado como **ACTO HOMOGENEO.**


César A. Cárdenas Rojas
ABOGADO
C. AC. N. 333

2.- FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Fundo el presente recurso impugnatorio en lo dispuesto por el Art. 13 del código Procesal Constitucional- Ley No. 28237- Constitución Política del Estado, y demás disposiciones legales aplicables al presente caso.

Adjunto al presente:

- Carta de despido de fecha 26 de Setiembre del 2005
- Memorando de Asignación de Funciones del 22 de Enero del 2008
- Memorando de asignación de funciones del 23 de Marzo
- Certificado Médico del 30 de Agosto del 2009
- Informe Médico trauma-LMTMB del 21 de Julio del 2009
- Informe del Estudio de Resonancia Magnética del 31 de Agosto del 2009
- Informe Médico trauma-LMTMB del 18 de Setiembre del 2009
- Certificado Médico del 27 de Octubre del 2009
- Certificado Médico 20 de Setiembre del 2009
- Acta de Constatación Judicial del 26 de Enero del 2010

POR LO EXPUESTO:

Se servirá proveer el presente con arreglo a ley.

Cajamarca, 16 de Junio del 2010


 César A. Cieza Rojas
 ABOGADO
 C.A.C. N° 33



Yanacocha

CARTA NOTARIAL

CARTA ENTREGADA CON LA
INTERVENCION NOTARIAL
CAJAMARCA, 26 SEP 2005

Cajamarca, 26 de setiembre de 2005

Señor
Mauro Serrano Garcia
Pasaje Unión - Avenida Los Eucaliptos s/n.
(Espalda Laguna Seca)
Baños del Inca
Cajamarca.-



Dr. Marco Antonio Vigo Rojas
Dr. MARCO ANTONIO VIGO ROJAS
NOTARIO ABOGADO
CAJAMARCA

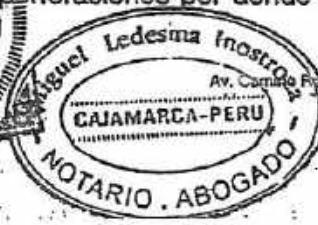
De nuestra consideración:

Por la presente, lamentamos comunicarle nuestra decisión de proceder a su despido con efectividad a partir de la fecha de recepción de esta comunicación, en razón de encontrarse incurso en la causa justa de despido relacionada con su capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, determinante para el desempeño de sus tareas como Operador de Planta, según lo dispuesto en el literal a) del artículo 23º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Luego de revisar con toda minuciosidad su carta de descargo recibida el 20 de setiembre de los corrientes, hemos llegado a la conclusión que usted no ha desvirtuado las imputaciones antes indicadas, y en ese sentido, no ha demostrado contar con la capacidad física suficiente para cumplir con las labores para las cuales fue contratado:

En efecto, según el Dictamen de Comisión Médica de fecha 5 de agosto de 2005 evacuado por ESSALUD-Cajamarca, por unanimidad, se dictamina que usted sufre de incapacidad permanente parcial consistente en una hernia de disco en la región lumbar que determina que se encuentre impedido de efectuar esfuerzos físicos moderados. Cabe acotar que el dispositivo legal antes citado no establece que debe existir un determinado porcentaje de incapacidad para la procedencia del despido, sino que el supuesto se configura al producirse un detrimento de la capacidad física que resulte determinante para el desempeño de las tareas.

En efecto y tal como indicáramos en la carta de imputación que ha dado inicio al presente procedimiento, en virtud que usted cuenta con un nivel de formación que le permitía asumir responsabilidades distintas a las que correspondían a su antiguo puesto de Operador de Procesos II, la empresa optó por asignarle labores que exigían menor esfuerzo físico, tales como recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por donde discurre la solución cianural; revisión de conectores



MINERA YANACocha S.R.L.
Av. Compañía Real 348, Torre El Pilar, Piso 10, Lima 27 - Perú

DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
CAJAMARCA

Miguel Ledesma Inostroza
Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

Yanacocha

de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que traslada la solución al PAD; y, apoyo en la colocación de insert (flejes de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías). No obstante, esta atenuación de las exigencias físicas propias de sus labores, es claro que su estado de salud resulta incompatible con labores que exigen esfuerzo físico, así éste sea moderado, conforme ha sido evidenciado por el dictamen médico de ESSALUD antes referido.

En tal virtud, usted se encuentra sufriendo un detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus labores, configurándose así la causa justa de despido antes indicada.

Finalmente, cumplimos con indicarle que sus beneficios sociales, su certificado de trabajo y su constancia de cese se encuentran a su disposición en nuestras oficinas. En dicha oportunidad deberá hacer devolución de su fotocheck y de cualquier otro bien que la empresa le haya proporcionado para el desempeño de sus labores.

Atentamente,


JAVIER A. LA ROSA MUSANTE
GERENTE DE RECURSOS HUMANOS

DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
CAJAMARCA. 16 JUN 2010




Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

MEMORANDUM

PARA : MAURO SERRANO GARCIA
 DE : ALBERTO VARGAS ROQUE
 ASUNTO : Asignación de Funciones
 FECHA : 22 de Enero de 2008

Por intermedio de la presente le alcanzamos el detalle de las principales actividades que deberá realizar en su puesto de Operador de Procesos de Planta de Tratamiento de Agua de Yanacocha Norte:

- Operar bombas, dosificar el cloro y cloruro férrico, controlar el pH y operar el reactor clarificador en el proceso de tratamiento de aguas EWTP-AWTP.
- Operar la absorción, controlar los flujos, descargar y hacer la transferencia de carbón, lavar ácido de carbón, operar el montacargas, hacer la desorción de carbón y del horno de regeneración y realizar el mantenimiento de tuberías y bombas en las Plantas de carbón.
- Controlar el oxígeno, flujos y niveles de pozas, coordinar flujos de stripping, operar el montacargas y realizar el mantenimiento de bombas en el proceso de Merrill Crowe. No aplica si hay levantamiento de peso.
- Operar las bombas, el waldon, el IT28, purgar las mangueras, controlar los flujos, fluffing y/o rípeo de celdas y coordinar con mina zonas de descarga en el proceso de Lixiviación.
- Identificar los "floor control" y utilizar adecuadamente en los diferentes procesos.
- Monitorear los equipos de procesos desarrollados para identificar posibles fallas y realizar el mantenimiento respectivo.
- Conocer y cumplir con el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS.046-2001-EM), el Manual de Prevención de Pérdidas de MYSRL, el Manual Interno de Procedimientos y Normas de su Área de trabajo y las actividades de Prevención de Pérdidas programadas para su Departamento.
- Conocer y demostrar compromiso y cumplimiento, dentro de los límites de su control y cuando sea aplicable a sus actividades, con la Declaración de Compromisos Ambientales de MYSRL, los procedimientos ambientales de MYSRL y las responsabilidades asignadas y programadas para su departamento.
- Demostrar sensibilidad social, compromiso y cumplimiento con la política de Responsabilidad Social de Yanacocha, manteniendo un comportamiento socialmente responsable con la Comunidad y con la Compañía.



DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
 CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
 ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
 CAJAMARCA.

16 JUN 2010


 Miguel Ledesma Inostroza
 NOTARIO - ABOGADO
 CAJAMARCA - PERU

Debemos precisar que las responsabilidades arriba descritas son las principales que desarrolla el puesto. El puesto también desarrolla otras actividades que no están incluidas en este documento y el supervisor inmediato es el encargado de transmitir las

Atentamente


ALBERTO VARGAS.....



DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
CAJAMARCA. 16 JUN 2010


Eliquet Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

MEMORANDUM

PARA : MAURO SERRANO GARCIA
 DE : MARTIN CESPEDES
 ASUNTO : Asignación de Funciones
 FECHA : 23 de Marzo de 2009

Por Intermedio de la presente le alcanzamos el detalle de las principales actividades que deberá realizar como Operador de Procesos II en el pad de Lixiviación de la zona Este:

- Preparar reactivos para la operación (Soda cáustica, cianuro, lechada de cal).
 - Instalar las tuberías y mangueras de riego para iniciar el proceso de lixiviación.
 - Retirar las tuberías y mangueras de riego luego de terminar el ciclo de lixiviación para permitir la descarga de mineral.
 - Mantener y purgar las tuberías, mangueras y flujómetros para evitar taponamiento.
 - Inspeccionar perímetro del pad para asegurar la no ocurrencia de incidentes ambientales.
 - Inspeccionar estado de mangueras y repararlas si hubiera fuga de solución.
 - Recepcionar y almacenar los materiales de riego.
 - Mantener y limpiar las áreas plastificadas para garantizar el buen estado de dichas áreas.
 - Inspeccionar el fluffing y ripeo de las áreas del pad.
 - Instalar las válvulas, flujómetros y riser para regular y controlar los flujos de riego.
 - Retirar las válvulas, flujómetros y riser luego de terminar el ciclo de lixiviación
 - Verificar stock de reactivos y solicitarlos al supervisor.
 - Manejar camioneta y equipos auxiliares.
 - Llenar los reportes de piso para registrar los parámetros de la operación.
 - Mantener orden y limpieza en el lugar de trabajo y coordinación.
 - Conocer y cumplir con el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS.046-2001-EM), el Manual de Prevención de Pérdidas de MYSRL, el Manual Interno de Procedimientos y Normas de su Área de trabajo y las actividades de Prevención de Pérdidas programadas para su Departamento
 - Atender inmediatamente las recomendaciones de seguridad en caso de tormenta eléctrica.
 - Conocer y demostrar compromiso y cumplimiento, dentro de los límites de su control y cuando sea aplicable a sus actividades, con la Declaración de Compromisos Ambientales de MYSRL, los procedimientos ambientales de
- ... y las responsabilidades asignadas y programadas para su Departamento.

DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
 CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
 ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
 CAJAMARCA.

16 JUN 2010



Miguel Ledesma Inostroza
 NOTARIO - ABOGADO
 CAJAMARCA - PERU

- Demostrar sensibilidad social, compromiso y cumplimiento con la política de Responsabilidad Social de Yanacocha, manteniendo un comportamiento socialmente responsable con la Comunidad y con la Compañía.

Debemos precisar que las responsabilidades arriba descritas son las principales que desarrolla el puesto. El puesto también desarrolla otras actividades que no están incluidas en este documento y el supervisor inmediato es el encargado de transmitirlos.

Atentamente



MARTIN CESPEDES
Supervisor de Lixiviación
1093709

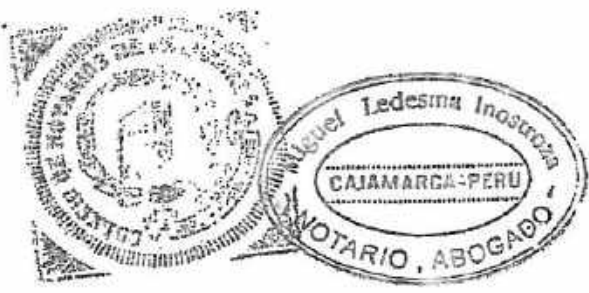
25/03/09



DOY FE: QUE LA PRESENTE COPIA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA:
CAJAMARCA.

16 JUN 2010


Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU



DOY FE: QUE LA PRESENTE CUMPLA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
CAJAMARCA. 16 JUN 2010

Miguel Ledesma Inostroza
Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

DOY FE: QUE LA PRESENTE CUMPLA
CONCUERDA EXACTAMENTE CON SU
ORIGINAL QUE TENGO A LA VISTA.
CAJAMARCA. 31 ABO. 2009



Miguel Ledesma Inostroza
Miguel Ledesma Inostroza
NOTARIO - ABOGADO
CAJAMARCA - PERU

COPIAS
10/22/09



COLEGIO MEDICO DEL PERU
CONSEJO NACIONAL

CERTIFICADO MEDICO

El que suscribe, Médico Cirujano CMP N° 38883

Certifico: *Miguel Alvarado* al Sr.

Severo basico, leuoso de 46 años de edad.
que padece *neuralgia* + *neuralgia*
intercostal

Además del cuadro de *neuralgia* *intercostal*
por especialista (*Neurocirujano*).

Se le indica *tratamiento* *Neuro*
y *Descongestivo* *Medico* por *OC*
don *Alvarado* de *la* *parte*.

Atentamente,
Severo

Fecha: *30/08/09*
N° 3100228
Luz M. Alvarado
Médico Cirujano

CONSEJO NACIONAL

ANEXO 17





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00367-2011-PA/TC
(EXP. N.º 10422-2006-PA/TC)
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 24 de octubre de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mauro Serrano García contra la resolución expedida por la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 314, su fecha 21 de mayo de 2010, que declara infundada la denuncia de represión de actos homogéneos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 31 de agosto de 2009 el demandante solicita que en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2007, recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC, se oficie a la Minera Yanacocha S.R.L. para que lo reponga en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que realizaba a la fecha de su despido, pues se le ha asignado el cargo de operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este.
2. Que el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca, con fecha 11 de noviembre de 2009, calificó de acto lesivo homogéneo la rotación del demandante para desempeñar el cargo de operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este, por considerar que tal rotación desconocía la sentencia del Tribunal Constitucional y que era el mismo acto lesivo alegado en la demanda y reparado por la sentencia referida.
3. Que la Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la denuncia de represión de acto homogéneo por estimar que la rotación cuestionada por el demandante no era esencialmente homogénea al acto lesivo que fue reparado por la sentencia del Tribunal Constitucional.
4. Que antes de entrar a evaluar si el acto denunciado es un acto lesivo homogéneo, es necesario recordar que este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 10422-2006-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00367-2011-PA/TC
(EXP. N.º 10422-2006-PA/TC)
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

PA/TC declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Mauro Serrano García y ordenó a la Minera Yanacocha S.R.L. que lo reponga en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que realizaba en el cargo que venía desempeñando a la fecha de su despido, pero de similar categoría o nivel.

En dicha sentencia de amparo se declaró fundada la demanda porque del examen de los medios probatorios obrantes en dicho expediente este Tribunal pudo comprobar que don Mauro Serrano García fue

"(...) despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; además, en autos no se encuentra probada la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el demandante".

- 5. Que precisado el acto lesivo (despido discriminatorio), que fue declarado nulo y reparado mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC, corresponde ahora determinar si, nuevamente, la Minera Yanacocha S.R.L. ha cometido el acto lesivo que ya fue reparado.

Al respecto debe precisarse que de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en autos, no se advierte que el demandante haya sido objeto, nuevamente, de un despido por razones de discriminación derivadas de su condición de persona con discapacidad, pues continúa laborando para la Minera referida. En efecto la rotación en el puesto o cargo de trabajo no puede ser entendida como un acto de despido, pues son actos sustancialmente distintos, máxime si como queda dicho el trabajador beneficiado con la sentencia se encuentra repuesto.

- 6. Que en este orden de ideas este Tribunal estima que en el presente caso no concurren los elementos objetivos descritos en las SSTC 05287-2008-PA/TC y 04878-2008-PA/TC para que pueda concluirse que la rotación del demandante es un acto lesivo homogéneo al reparado por la sentencia recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC, pues el demandante no ha sido, nuevamente, objeto de un despido por razones de discriminación derivadas de su condición de persona con discapacidad, motivo por el cual ha de declararse improcedente la solicitud de denuncia de represión de actos homogéneos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00367-2011-PA/TC
(EXP. N.º 10422-2006-PA/TC)
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con el voto singular en el que convergen lo magistrados Eto Cruz y Calle Hayen, que se agrega

Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia de represión de actos homogéneos.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO GENERAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00367-2011-PA/TC
(EXP. N.º 10422-2006-PA/TC)
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y CALLE HAYEN

No encontrándonos de acuerdo con lo resuelto en la sentencia que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de autos, formulamos el presente voto singular, estimando que aquella debe ser declarada **FUNDADA**. Los argumentos que sustentan mi voto son los siguientes:

Handwritten mark

1. Con fecha 31 de agosto de 2009, Mauro Serrano García solicita el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2007, recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC: se oficie a Minera Yanacocha S.R.L., para que lo reponga en un cargo que demande un esfuerzo físico menor al que realizaba a la fecha de su despido, pues se le ha asignado el cargo de operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este.
2. El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca, con fecha 11 de noviembre de 2009, calificó de acto lesivo homogéneo la rotación del demandante para desempeñar el cargo de operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la Zona Este, por considerar que esta decisión de la demandada es indebida y similar a la que originó el proceso de amparo resuelto en última instancia por este Tribunal en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC.
3. La Sala Revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la represión de actos homogéneos por estimar que la rotación cuestionada por el demandante no era esencialmente homogénea al acto lesivo que fue reparado por la sentencia del Tribunal Constitucional.
4. Antes de entrar a evaluar si el acto reclamado constituye un acto lesivo homogéneo, es necesario recordar que este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Mauro Serrano García y ordenó a la Minera Yanacocha S.R.L. que lo reponga en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que realizaba en el cargo que venía desempeñando a la fecha de su despido, pero de similar categoría o nivel.

El fundamento jurídico 10 de dicha sentencia expresaba que "(...) debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50%, no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

podía ser despedido. Por tanto, si la emplazada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador”.

- 5. La represión de actos homogéneos se encuentra recogido en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional que señala: “Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución (...)”. La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho (STC 04878-2008-AA/TC, FJ 3).

La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales (STC 04878-2008-AA/TC, FJ 6).

- 6. La controversia se centra en dilucidar si en la presente causa se ha presentado un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC, lo cual constituye el elemento objetivo para declarar su homogeneidad. En este sentido, podemos observar que el acto lesivo del referido expediente, no sólo estaba constituido por el despido discriminatorio basado en la discapacidad del demandante, sino también estaba constituido por las labores encomendadas, las mismas que al haber sido realizadas le causaron una enfermedad profesional y de seguir realizándolas empeoraría su estado de salud. Si sólo se hubiese vulnerado el derecho al trabajo del recurrente, a este Tribunal sólo le hubiese bastado con ordenar únicamente su reincorporación, mas no que ésta sea en un cargo que implique un esfuerzo físico menor al que venía realizando, lo que no ha sucedido en el referido caso.

son los actos lesivos

- 7. Según las fotografías que obran a fojas 268 y 270, adjuntada por la misma demandada, se observa que el demandante para cumplir con las labores encomendadas tiene que arrodillarse a cada momento para manipular (abrir y cerrar)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

las válvulas, lo que necesariamente implica una mala postura, que por más cuidado que se tenga siempre va a estar presente. Esta situación se agrava debido a la dureza de algunas válvulas (de 3 a 5) al ser manipuladas y si a esto le sumamos que tiene que hacer la misma operación cada 5 minutos por un periodo de cuatro horas, según acta de constatación de fecha 26 de enero de 2010 (corriente a fojas 258 y 259), se concluye que se está poniendo en grave riesgo la salud del recurrente.

8. Según el último examen médico emitido por la Clínica Limatambo, de fecha 01 de abril de 2011, corriente en el cuadernillo que obra en este colegiado, se observa que el demandante sufre de dorsolumbalgia crónica, discopatía lumbar secuelar y vejiga neurogénica en evolución, por lo que se encuentra imposibilitado de realizar marchas y estancias a pie prolongados; lo cual es corroborado por los informes médicos corrientes a fojas 106, 109 y 110. La empresa demandada, en su defensa, ha adjuntado al expediente, específicamente a fojas 95, un informe de análisis de puesto, emitido por la Clínica internacional, el cual no constituye propiamente un examen médico, pues simplemente es una evaluación de la historia médica del trabajador que consta en los archivos de la empresa mas no una evaluación real realizada en la persona del trabajador, por lo que no constituye una prueba idónea para desvirtuar la validez de los exámenes médicos adjuntados por la parte demandante. En este punto hay que tener en cuenta que según las fotografías que obran a fojas 268 y 270 y según el acta de constatación corriente a fojas 258 y 259, el terreno por donde tiene que transitar el demandante es irregular, con altos y bajos, empeorándose en temporadas de lluvia, lo que dificulta la caminata y por ende pone en grave riesgo su salud.

Dmte

Dmdu

9. Conforme se observa de la carta notarial de despido, corriente a fojas 140, la empresa demandada expresaba que debido al estado de salud del demandante: "la empresa optó por asignarle labores que exigían menor esfuerzo físico, tales como recolección de muestras de descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados; revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por donde discurre la solución cianural; revisión de conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que traslada la solución al PAD; y, apoyo en la colocación de insert (flejes de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías). No obstante, esta atenuación de las exigencias físicas propias de sus labores, es claro que su estado de salud resulta incompatible con labores que exigen esfuerzo físico, así éste sea moderado (...)". (Subrayado nuestro). Resulta contradictorio que la empresa demandada haya considerado, en un primer momento, que las labores encomendadas descritas en su carta de despido sean incompatibles con el estado de salud del demandante y luego pretenda nuevamente encomendarle

or

Handwritten scribble



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

las mismas tareas; por lo que consideramos que las labores que no afectan la salud del demandante deben ser, por lo menos, diferentes a las mencionadas.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos nuestro voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional por incumplimiento de la sentencia recaída en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC. **ORDENAR** a Minera Yanacocha S.R.L., se abstenga de encomendar a Mauro Serrano García labores que pongan en riesgo su salud como las mencionadas en la carta notarial de despido a que se refiere el fundamento 9 de la presente resolución, bajo apercibimiento y sanción.

SS.

ETO CRUZ
CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR