



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LAS REMUNERACIONES
DEVENGADAS POR DESPIDO NULO
PERSPECTIVAS A PARTIR DEL
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA
OBLIGATORIA CASACIÓN N.º 2146-
2005/LIMA

Ángel Correa-Freire

Piura, agosto de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Correa, Á. (2015). *Las remuneraciones devengadas por despido nulo perspectivas a partir del precedente de observancia obligatoria casación N.º 2146-2005/Lima* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

ÁNGEL ARMANDO CORREA FREIRE

**LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS POR
DESPIDO NULO PERSPECTIVAS A PARTIR DEL
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
CASACIÓN N.º 2146-2005/LIMA**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “Las remuneraciones devengadas por despido nulo perspectivas a partir del precedente de observancia obligatoria casación N.º 2146-2005/Lima”, presentada por Ángel Armando Correa Freire en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Luis Fernando Castillo Córdova.

Director de Tesis

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a las mujeres que me enseñaron que Dios no te encamina, donde no te puede proteger.

Mis tías y madrina.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Luis Castillo Córdova, mi Director de Tesis, por su tiempo, apoyo académico y sus acertados consejos profesionales y personales a lo largo de mi formación.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE LA CASACIÓN JURISDICCIONAL N.º 2146-2005/LIMA	5
1.1. Breve referencia a la sentencia del expediente N.º 1124-2001-AA/TC.	5
1.1.1. Pronunciamiento sobre el derecho a la libertad sindical	6
1.1.2. Pronunciamiento sobre el derecho al trabajo	9
1.2. Breve referencia a la sentencia de primera instancia del proceso laboral	14
1.2.1. Los principales argumentos del demandante	14
1.2.2. Los principales argumentos de la demandada	15
1.2.3. Lo que resolvió la primera instancia	17
1.3. Breve referencia al contenido de la sentencia de segunda instancia en el proceso laboral	18
1.3.1. La decisión en mayoría de la segunda instancia	18
1.3.2. Voto en discordia del Magistrado Ladrón de Guevara Sueldo	20
CAPÍTULO II: CASACIÓN JURISDICCIONAL N.º 2146-2005/LIMA	23
2.1. Lo que decidió la mayoría	23
2.2. El voto en discordia de los magistrados supremos Javier Villa Stein y Roberto Acebedo Mena	26

CAPÍTULO II: EL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS COMO CONSECUENCIA RESTITUTORIA EN SENTIDO AMPLIO DEL PROCESO DE AMPARO	29
3.1. El concepto de remuneración. Hacia una nueva perspectiva	31
3.2. La procedencia de los salarios caídos en sede constitucional	34
3.3. La vía adecuada para el cálculo del perjuicio	40
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	47

INTRODUCCIÓN

El trabajo y la contraprestación por este, por su gran importancia dentro de la realidad pluridimensional del hombre, ha sido materia de protección del ordenamiento jurídico por cuanto procura la obtención de bienes humanos que son reconocidos y garantizados por el derecho, a fin que la persona alcance sus cuotas de perfección en la medida que logre satisfacer sus necesidades; El ordenamiento protege la contraprestación por las labores efectivamente realizadas en la medida que con ellas procura la satisfacción de sus necesidades, las cuales emanan de su naturaleza por el hecho de ser hombre y como tal un fin en sí mismo.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano existen algunos aspectos acerca de la extinción del vínculo laboral y sus efectos posteriores que no están del todo claros, la presente investigación tiene como finalidad analizar y dilucidar las cuestiones jurídicas contenidas dentro de la Casación N.º 2146-2005/Lima del 13 de abril de 2007, debido a la relevancia jurídica que ha tenido la interpretación y exposición que ha realizado la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, al puntualizar y fijar nuevos pilares dentro del derecho laboral peruano, relevancia jurídica que fue decretada al ordenarse su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” por ser precedente de observancia obligatoria. Esta Casación es importante porque determinó que sí corresponde el pago de remuneraciones y beneficios al trabajador cesado indebidamente, por seguir vigente el vínculo laboral desarrollado sin solución de continuidad, en un proceso ordinario laboral.

Asimismo, la finalidad de esta tesis es realizar un estudio de las figuras jurídicas que nos permitirán contestar tres interrogantes

principales. La primera es la siguiente: ¿Cuál es la naturaleza del pago de remuneraciones devengadas acaecidas por un despido nulo? La segunda se plantea así: ¿Es posible solicitar remuneraciones devengadas cuando la nulidad ha sido declarada en un proceso constitucional de amparo? Finalmente, la tercera tiene el siguiente enunciado: ¿La naturaleza del amparo es un impedimento para reconocer prestaciones resarcitorias?

La razón de desarrollar el presente tema de tesis ha sido la importancia del desarrollo jurisprudencial posterior y a consecuencia del caso Telefónica S.A. vs Sindicato de Trabajadores de Telefónica y FETRATEL, en el Derecho Laboral peruano, dicha sentencia constitucional (n.º 1124-2001-AA/TC) señaló con claridad que el segundo párrafo del artículo 34º del Decreto Legislativo N° 728 era incompatible con el derecho al trabajo, pues al formar parte del contenido constitucional del derecho la proscripción del despido salvo una causa justa, habilitar cualquier tipo de despido incausado, equivale a vaciar de contenido al mismo.

Antes de dicha sentencia no ha existido precedente que declare la inconstitucionalidad del artículo 34º del Decreto Legislativo N° 728. En ese sentido es que en la década de los noventa, estando legislativamente habilitados los empleadores para despedir de forma incausada, se originó en la realidad jurídica peruana un proceso de constitucionalización del derecho laboral lo que coadyuvó a desarrollar de manera ágil el derecho constitucional al trabajo y las garantías constitucionales relacionadas al mismo, proceso que en palabras del profesor Ricardo Guastini se caracteriza porque el discurso político, económico, jurídico y social ha sido impregnado por la Constitución¹.

Otro de los motivos de la presente investigación es el desarrollo de los efectos restitutorios de los procesos de amparo y la tan discutida por la doctrina, naturaleza de las remuneraciones que se devengan por un periodo no trabajado como consecuencia de un despido nulo, siendo la opinión mayoritaria en la doctrina reconocer a estas como prestaciones resarcitorias; como veremos a lo largo del presente trabajo desde una

¹ Cfr. ACHULLI ESPINOZA Maribel, HUAMÁN ESTRADA Elmer, CAVALIÉ CABRERA, Paul y otros. *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*, Gaceta Jurídica, Lima 2011, p. 203.

perspectiva novedosa entenderemos los efectos de considerarlas parte de una restitución plena.

Considero que el presente trabajo de investigación es la precisa oportunidad para analizar cuestiones de fondo, que me permitan ampliar mis conocimientos respecto al derecho laboral, en especial el despido nulo, pues es el derecho laboral es una materia con vocación de protección a los derechos del trabajador como consecuencia de una asimetría real, entre las partes de la relación laboral; pienso que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, en sus breves y concisas palabras describe el carácter tuitivo que todo órgano de la administración pública debe hacer prevalecer; pero lastimosamente el Supremo intérprete de la Constitución ha consolidado jurisprudencia que no se encuentra en concordancia con el carácter tuitivo del Estado, en relación a los temas materia de investigación.

Con el fin de tener claridad, respecto a la problemática jurídica discutida dentro de esta sentencia he desarrollado previamente los antecedentes jurisdiccionales que originaron esta jurisprudencia y que se enmarcan dentro del caso de origen ordinario laboral de pago de beneficios económicos y remuneraciones devengadas signado con N.° 183412-2003-00247-0, y la sentencia constitucional N.° 1124-2001-AA/TC, que es el antecedente más remoto e importante, por ser una sentencia constitucional emblemática, que declara la inconstitucionalidad del artículo 34° del Texto Único Ordenado de la Ley de productividad y competitividad laboral, como base legal para justificar tácitamente el despido arbitrario.

El presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primer capítulo hace referencia a los antecedentes jurisdiccionales del asunto que resuelve la Casación N.° 2146-2005/Lima; el segundo se destina a presentar la mencionada Casación tanto en la primera y segunda instancia que le dio origen, como en la sentencia de casación propiamente dicha; mientras que en el tercer capítulo se analiza las respuestas de las distintas instancias y de la sentencia de Casación para mostrar la posición propia del autor; finalmente se presentarán las conclusiones a las que se ha arribado en este trabajo de investigación.

CAPITULO I
ANTECEDENTES DE LA CASACIÓN JURISDICCIONAL
N.º 2146-2005/LIMA

1.1. Breve referencia a la sentencia del expediente N.º 1124-2001-AA/TC.

Como antesala al análisis del contexto en el que se desenvuelve las cuestiones de derecho contenidas la Casación N° 2146-2005/Lima, materia de esta tesis, es necesario hacer un estudio previo de los antecedentes que originaron dicho pronunciamiento jurisdiccional. En ese sentido, es relevante referir a la sentencia 1124-2001-AA/TC, la cual resolvió definitivamente la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

El objeto de la demanda fue que las demandadas se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a los sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal plan de despido masivo contenido en un resumen ejecutivo elaborado por la gerencia de recursos humanos de Telefónica del Perú S.A., el cual a decir de los demandantes buscaba despedir y hostilizar al personal adscrito a los sindicatos demandantes, y cuya inminente realización afectaría sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos

laborales, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Si bien en un principio la demanda se sustentaba en una amenaza, en el transcurso del proceso constitucional se produjeron numerosos despidos de trabajadores; es por ello que el Tribunal Constitucional consideró que no tenía sentido centrar la controversia en la amenaza del mencionado resumen, sino en el mismo acto material de despido.

Esta sentencia centró su pronunciamiento en dos puntos: en primer lugar, que los actos de despido resultan lesivo a los derechos fundamentales alegados por el demandado y, en segundo lugar, profundizó el ámbito de protección otorgado por el ordenamiento relacionado al derecho a permanecer en el puesto de trabajo.

1.1.1. Pronunciamiento sobre el derecho a la libertad sindical

La sentencia determinó que efectivamente se había lesionado el derecho a la libertad sindical, en el sentido que las personas despedidas eran miembros de los sindicatos demandantes, y por tanto se apreció que el criterio de afiliación sindical fue el motivo de la medida de despido, significando una afectación al derecho constitucional por imponer consecuencias perjudiciales a la libertad de sindicación.

Existen importantes sentencias del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario, entre las que se encuentra la sentencia N.º 1124-2001-AA/TC, la cual reconoce que la vulneración de derechos constitucionales relacionados con la libertad sindical es, en determinados supuestos, competencia del proceso constitucional de amparo, independientemente de si el acto cuestionado por el proceso de amparo se efectuó bajo los términos y alcances de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; estableciendo que no es competencia del proceso de amparo dilucidar la legalidad del acto, siendo la principal y verdadera función de dicho proceso determinar si el acto cuestionado constituye o no un acto lesivo de derechos constitucionales.

La sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1124-2001-AA/TC, representa la evolución del tratamiento de los despidos

vulneratorios de derechos constitucionales en específico los colectivos relacionados al derecho del trabajo, como la libertad sindical.²

Para el doctrinario Oscar Ermida es claro que la finalidad principal del derecho del trabajo es la protección al trabajador, la cual deriva de la constatación de la desigualdad entre trabajador y empleador, por lo que se desarrolla la creación de desigualdades de signo opuesto a fin de corregir o aminorar esta asimetría, se trata de la desigualdad compensatoria o igualación; es por ello que se considera que la igualdad es el valor o principio básico del derecho laboral del cual deriva el principio protector; esta protección opera autónoma o heterónomamente.³

Es en el contexto de la revolución industrial, donde se origina la protección autónoma en la medida que los trabajadores empezaron a agruparse para oponer fuerza al poder económico del empleador creándose los primeros sindicatos; adicionalmente estos trabajadores al presionar en conjunto dieron origen a las primeras huelgas; que al acordar la mejora de las condiciones de trabajo iniciaron las llamadas negociaciones colectivas.

Por su parte la protección heterónoma es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes; aprobando una legislación protectora, controlando el cumplimiento de la normativa a través de la inspección de trabajo y *desde el judicial se estructura una justicia especializada y un proceso autónomo para su rápida aplicación* en este último contexto se desarrolla la temática jurídica del presente trabajo de investigación, específicamente en la administración de justicia reformativa de manera plena para el despido nulo.

² Once años después de la publicación de esta sentencia, el diario Comercio publicó el 17 de noviembre de 2012 que la Organización Internacional del Trabajo (OIT); nombró al Perú como uno de los cinco países con problemas más graves y urgentes en lo que se refiere a libertad sindical; desde mi punto de vista aún queda un largo camino por recorrer en el desarrollo jurídico de la adecuada protección a la libertad sindical.

³ Cfr. ERMIDA URIART, Óscar. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N°68,2012, p.35-36.

Es en los márgenes de protección de la autotutela que se desarrolló el derecho a la libertad sindical, como el derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales; es decir la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de una actividad sindical; el artículo 10° del convenio 87 de la OIT, establece que “el término organización significa, toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de empleadores”, con lo que se rompe la vinculación única entre sindicato (organización institucionalizada y permanente) y la libertad sindical, pudiendo considerarse a las uniones, coaliciones etc.

Asimismo debo precisar que la naturaleza de la libertad sindical está constituida por dos elementos, uno organizativo y otro de actividad o también llamado dinámico, el primero recae sobre la facultad de organizarse colectivamente, de construir sujetos colectivos (sindicatos, federaciones, uniones, coaliciones), como presupuesto de efectividad de la actuación sindical; por su parte el elemento causal recae en la actuación del sujeto colectivo dirigida a promover y tutelar los intereses económicos sociales de los trabajadores.⁴

Como han señalado los demandantes y el Tribunal Constitucional al sentenciar, el criterio de afiliación sindical fue el escogido por la Gerencia de Recursos Humanos de la empresa Telefónica del Perú S.A. para elaborar un plan de despido masivo el cual hizo efectivo; así concuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional en el ese sentido que a todas luces se ha vulnerado mediante este acto inconstitucional los dos aspectos del contenido constitucional del derecho de libertad sindical, vulnerando su contenido orgánico amedrentando a los empleados a constituir organizaciones en el futuro con el propósito de defender sus intereses gremiales; y funcional restringiendo la facultad de

⁴ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*, Plades Editores, Lima 2010, p. 88.

afiliarse o no a este tipo de organizaciones, por temor a la posición de la empresa respecto a los trabajadores afiliados.

1.1.2. Pronunciamiento sobre el derecho al trabajo

Con respecto al derecho constitucional al trabajo, la sentencia constitucional determinó que este se vulneró en su contenido constitucional en el aspecto a no ser despedido sin causa justa. En la medida que todo desarrollo legislativo de derechos constitucionales presupone para su validez que se respete el contenido constitucional de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional cuestionó si la aplicación del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, era compatible o no con la Constitución.

El Tribunal Constitucional tomó en cuenta que el segundo párrafo de este artículo preveía como reparación ante un despido arbitrario la indemnización como única consecuencia sin prever la posibilidad de una reincorporación, es decir, ante el despido *ad nutum* imponía una mera tutela resarcitoria, es por ello que concluyeron que dicho artículo era incompatible con la Constitución, por vaciar de contenido a uno de los aspectos del derecho fundamental, el cual es la protección contra el despido arbitrario o, como lo entendieron, a ser despedido solo por una causa justa, evidenciando la abismal asimetría en la relación sinalagmática laboral. Esa disparidad de poder en la relación laboral, a mi entender, resulta contraria al principio tuitivo del ordenamiento laboral en la medida que restringe el poder de negociación del trabajador.

Respecto a la disparidad de poder en la relación laboral debo señalar que con la revolución industrial y la introducción de ideas capitalistas, se construye un modelo de producción libre, voluntario y recompensado en dinero. Este esquema sitúa de manera formal al trabajador y al empleador en una situación de igualdad, pero con este cambio de producción no surgió el derecho del trabajo como una rama independiente del derecho, sino que este esquema se reguló mediante el contrato de servicios bajo los principios del Código Civil. Es en este contexto que al existir una relación de

disparidad, en la medida que la sola prestación de un trabajo era asimétrica al poder económico del empleador, surgieron los movimientos obreros, que pelearon por un régimen jurídico que compense esa asimetría de poder, convirtiendo al Estado en el protector del contratante en inferior posición para negociar; así se creó una área jurídica autónoma llamada derecho del trabajo; la cual luego de atravesar varias etapas en su consolidación, llegará a su punto de mayor desarrollo con la “constitucionalización” de derechos fundamentales reconocidos al trabajador como tal.⁵

Progresivamente se entendió que el trabajador al incorporarse a la empresa no es despojado de su calidad de persona, no existiendo base alguna que justifique la exclusión de los derechos fundamentales del ámbito de las relaciones privadas laborales, pues pese a tener los derechos fundamentales diferentes al del trabajo, un origen preexistente al vínculo laboral, el trabajador debe encontrar en las relaciones de trabajo un terreno de aplicación apropiado para desplegar efectos y limitar el poder del empleador.

Así la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, ya que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una institución privada.⁶

Los derechos fundamentales son la manifestación directa de tres elementos connaturales del hombre: su igualdad, su libertad y sobre todo su dignidad, conjunto de principios y valores que han trascendido el aspecto iusnatural y el moral, para ser recogidos por el ámbito jurídico en la medida que permiten la misma existencia de la humanidad, manteniendo las condiciones necesarias para la protección de los tres elementos arriba mencionados que son

⁵ Cfr. ARCE ORTÍZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Ara Editores, Lima, 2006, p. 74

⁶ Cfr. BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2003, p. 289.

inherentes al hombre. Citando al profesor Castillo Córdova, “la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este reconocimiento y tratamiento; es lo que le es debido al hombre por ser hombre, es decir es lo justo; y en la medida en que es lo justo se hace igualmente debido y exigible”.⁷

Es preciso definir cuál dimensión del contenido constitucional del derecho al trabajo estaría lesionada por el artículo 34° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Las dimensiones del derecho constitucional al trabajo son dos: La primera dimensión está constituida por el derecho al acceso al trabajo, dimensión reconocida en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, en la que a la letra se recoge que: “El Trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado [...]. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”⁸, esta dimensión significa que el estado, tiene la obligación de orientar sus políticas, para que el pueblo tenga acceso a puestos de trabajo.

La segunda dimensión viene conformada por el derecho a permanecer en el puesto de trabajo. Esta dimensión es la más relevante para el análisis la sentencia N.° 1124-2001-AA/TC por ser la dimensión que estaría siendo afectada por el acto inconstitucional de despido, dimensión reconocida en el Art. 27° de la Constitución Política del Perú en el que a la letra se recoge que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Debo agregar que no solo el artículo 27° de la Constitución, vincula al ordenamiento a la protección de la estabilidad laboral, máxime si la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de carácter laboral, ratificados por el Perú la reconocen.

⁷ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Editorial Grijley, Lima 2008, p. 214

⁸ Artículo 23° de la Constitución Política del Perú.

Tenemos que el marco constitucional peruano otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, en este sentido, lo dispuesto por la Constitución respecto a la dimensión de “permanecer en el puesto de trabajo” es un deber general que vincula al ordenamiento dirigido a la llamada protección adecuada del trabajador y adicionalmente, ha ordenado que sea el legislador quien genere y establezca esta adecuada protección sin violar el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensiones prestacionales.⁹

El Tribunal Constitucional cuando se refiere a la adecuada protección mencionada en el artículo 27° de la Constitución, ofrece una protección doble o bifurcada, a) la primera de carácter resarcitorio o indemnizatorio, otorgada por el juez laboral, a los trabajadores de la actividad privada y b) la segunda de carácter reparador, otorgada por un juez constitucional en el ámbito de un proceso constitucional de amparo, el cual debe reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho constitucional, señalando que a diferencia de lo establecido en la Constitución la cual señala que es el legislador quien tiene la obligación de definir la debida protección a las dimensiones del derecho del trabajo, el Tribunal Constitucional ha dejado allanada la posibilidad de que el trabajador defina qué tipo de protección desea recibir.¹⁰

Dicha adecuada protección del trabajador, en la dimensión de permanecer en el puesto de trabajo se vulnera con las normativas de flexibilización laboral que se promovió en la década de los noventa, este contexto no debe repetirse pues cuanto más libertad tenía el empleador para unilateralmente decidir y ejecutar un acto extintivo, más amplios eran los márgenes dentro de los cuales el despido podía vulnerar intereses del trabajador, y es por ello que tolerar dispositivos normativos como el artículo 34° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es exacerbar y glorificar la asimetría de la relación sinalagmática laboral, dando un reconocimiento tácito, a las facultades que tiene el empresario que es capaz de asumir una prestación resarcitoria, discriminando

⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Editorial Grijley, Lima 2008, p. 221

¹⁰ Cfr. Ídem, p. 231.

al trabajador en el sentido que un marco parecido desprotege totalmente al trabajador en la dimensión del derecho del trabajo que estudiamos.

El marco de protección normativa contra el despido nulo, contenido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se limitaba en un primer momento a determinados derechos consignados en una lista taxativa de afectaciones y circunstancias que calificaban a un despido como nulo, todos los despidos que afectaban derechos constitucionales distintos a los taxativos, eran considerados como despido arbitrario, y su marco de protección estaba limitado al pago de una indemnización, por tanto. Existirían violaciones de derechos constitucionales reparadas con la reposición (despido nulo), y otras reparadas con el pago de una suma de dinero como prestación restitutoria (despido arbitrario). En este contexto, el Tribunal Constitucional inicia a finales de la década de los noventa, una batalla en defensa del tratamiento igualitario de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, valiéndose de la acción de amparo en la medida que es un instrumento que repone las cosas al estado anterior de la violación del derecho constitucional. Así el Tribunal Constitucional concluyó que todo despido que vulnere un derecho constitucional, merece la declaración de nulo y se ha de reponer las cosas a su estado anterior, por ello el trabajador merece la reposición en su puesto de labores.¹¹

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional la debida protección ante un acto viciado de inconstitucionalidad, es retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado, “siendo la restitución una consecuencia consustancial de un acto nulo”, es por ello que una protección meramente resarcitoria no resultaría compatible con la Constitución y por ende sería inconstitucional el segundo párrafo del mencionado artículo. En ese sentido el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N.º 1124-2001-AA/TC ordenó la reincorporación inmediata de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes y dispone que la empresa se abstenga de continuar ejerciendo el segundo párrafo el

¹¹ Cfr. ARCE ORTÍZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Editorial ARA, Lima, 2006, p. 17.

artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por su incompatibilidad con la Constitución.

Sin embargo, esta sentencia constitucional, omitió pronunciarse por algo fundamental al momento de restituir los derechos, no se pronunció respecto al pago de remuneraciones devengadas dejadas de percibir durante el periodo que los despedidos estuvieron inconstitucionalmente cesados limitándose a ordenar la efectiva reposición en el puesto de trabajo. A lo largo del presente trabajo de investigación determinaremos si es que efectivamente, le corresponde al proceso de amparo ordenar el pago por dichas remuneraciones devengadas.

1.2. Breve referencia a la sentencia de primera instancia del proceso laboral

Continuando con el desarrollo cronológico de la controversia contenida en la Casación N.° 2146-2005/LIMA, debió señalar que como consecuencia de la reposición ordenada en la Sentencia Constitucional N.° 1124-2001-AA/TC, un trabajador de Telefónica del Perú al sentir que sus derechos no habían sido restituidos de modo pleno acude a la justicia ordinaria laboral, iniciando un proceso de pago de remuneraciones devengadas y beneficios económicos buscando el pago de los mismos en el periodo en que se encontró injustamente cesado. Seguidamente, en el presente trabajo realizaremos el análisis de la Sentencia de Primera Instancia.

1.2.1. Los principales argumentos del demandante

Conviene empezar mostrando los principales argumentos del demandante. Este sostiene que al haber ordenado el Tribunal Constitucional la reincorporación en el empleo, no solamente ha reconocido su derecho a retornar al puesto de trabajo de que inconstitucionalmente se le habría separado, sino que reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de los derechos fundamentales, y de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo n.° 23506, vigente en ese momento, ha dejado allanada la vía para que un órgano especializado de la Administración de Justicia ordene luego de la correspondiente

estación probatoria, los salarios y beneficios económicos dejados de percibir.

En ese sentido precisa que la demanda se deriva de un derecho constitucional reestablecido mediante sentencia firme consentida y ejecutoriada, que ha declarado, además de ilegal, como inconstitucional el despido y, por consiguiente, nulos los actos posteriores como el no pago de las remuneraciones y beneficios que le correspondían.

Adicionalmente afirma que el artículo 78° de la Ley Procesal del Trabajo vigente entonces, reconoce a las remuneraciones devengadas como derechos accesorios a los derechos ejecutables; es decir, en tanto se reconozca un derecho ejecutable el pago de los devengados simplemente dependerá del cálculo pericial, si bien no se trata de un Proceso de Ejecución propiamente dicho, el derecho está plenamente reconocido y solamente restaría por fijar, luego de la correspondiente estación probatoria, el monto total de los insolutos e intereses correspondientes.

Finalmente señala que la sentencia de Amparo tiene carácter condenatorio, en ese sentido, afirma, excede de la mera declaración imponiendo a la parte vencida a ejecutar alguna prestación en favor del recurrente, siendo el acto de despido nulo y por tanto inexistente, resultando aplicable el aforismo jurídico “quod nullum est, nullum producit effectum”; en ese sentido al ser un hecho no jurígeno puesto que no crea, ni regula o extingue relaciones jurídicas, las remuneraciones no pagadas constituyen un efecto que nunca debió existir.

1.2.2. Los principales argumentos de la demandada

Los principales argumentos de la demandada señalan que como consecuencia de un proceso de naturaleza restitutoria, no pueden ser reconocidas las remuneraciones devengadas. Este modo de ver las cosas sin embargo, se basa en una interpretación sesgada

del artículo 1º¹² de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, que fue la norma con base en la cual se tramitó y resolvió la demanda de amparo; que unido a cierta doctrina, que manifiesta que la finalidad de las acciones de garantía, no persiguen una tutela resarcitoria sino que busca la efectiva restitución o reposición de la situación subjetiva anterior a la violación del derecho constitucional, fundamenta que no se pueden solicitar remuneraciones devengadas resarcitorias en un proceso constitucional; pues este tipo de procesos, no cuentan con etapa probatoria, siendo necesario que la agresión o violación del derecho sea manifiesta e incontrovertible; por tratarse de un proceso sumario o breve, cuya finalidad es la protección inmediata ante una amenaza o violación a un derecho constitucional.

Telefónica del Perú S.A. señaló que a través de la pretensión del demandante se intenta forzar normas procesales y principios constitucionales bajo la apariencia engañosa de un velo de protección constitucional, pues pretende desconocer la prestación restitutoria contenida en el único mandato, es decir la reincorporación del actor. De este modo, a su entender, considerar una prestación adicional como el pago de remuneraciones y beneficios devengados, socavarían el sistema de protección constitucional cuya finalidad no es consentir la vulneración de los derechos fundamentales a cambio de un resarcimiento de los daños, sino restituir a la situación jurídica subjetiva que gozaba antes del agravio constitucional.

Esto sería así debido a que los conceptos solicitados por el actor tienen naturaleza indemnizatoria (resarcitoria), en el sentido de que *“no puede existir remuneración donde no hay una contraprestación efectiva laboral”*, entonces los salarios caídos no se entienden como una prestación típica de la relación sinalagmática de trabajo, sino como un deber de reparación de un daño. Por lo tanto la pretensión del actor carece de asidero legal, dado que la exigibilidad de estas prestaciones está sujeta a la

¹² Ley de Habeas Corpus y Amparo. Art. 1º.- Objeto de las acciones de garantía.- El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

condición fundamental de que exista una norma especial que le atribuya el carácter de remuneración.

Respecto al pago de Salarios caídos como prestación indemnizatoria, Telefónica del Perú S.A.A. precisó que el artículo 40° de la Ley Procesal Laboral condiciona el pago de las remuneraciones dejadas de percibir demandadas por el actor a una sentencia previa que declare la nulidad del despido, entendida como la originada en un proceso ordinario laboral de nulidad de despido y no en un proceso de Amparo como el del actor.

1.2.3. Lo que resolvió la primera instancia

La sentencia de primera instancia pretendió básicamente determinar si la reposición en el centro laboral ordenada por el Tribunal Constitucional en la sentencia acaecida del expediente N.° 1124-2001-AA/TC, era suficiente, y si era correcto aplicar una restitución complementaria. En ese sentido, se centró en desarrollar los efectos de un despido lesivo de derechos constitucionales, que violentó la libertad sindical y el derecho del trabajo.

La sentencia llega a la conclusión según la cual la reposición no se logra sólo por la actividad material del empresario, dirigida a permitir el acceso del trabajador. Para la primera instancia corresponde brindar al trabajador una tutela expresada en la readmisión del trabajador, sin alterar la condición que tenía el trabajador antes de la violación de su derecho constitucional es decir, sin ningún tipo de alteraciones unilateralmente establecidas por la empresa en relación al contrato que unía a las partes.

Este pronunciamiento se centra en que el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad, si bien establece una lista taxativa de supuestos a efectos de ejercitar la acción por despido nulo en el proceso ordinario laboral, en la medida que el artículo 34° y 38° de la misma norma prevé únicamente la prestación resarcitoria para otros tipos de despidos incausado; la sentencia constitucional n.° 1124-2001-AA/TC que ordena la reposición del trabajador demandante ha señalado que dichos dispositivos son contrarios a la Constitución por prever una indebida protección contra el despido vulnerador de derechos constitucionales, y ser

directamente opuesto al artículo 27° de la Constitución Política del Perú.

En este sentido la primera instancia considera aceptable y correcto aplicar los efectos legalmente contemplados para el despido nulo, por lo tanto debe pagarse las remuneraciones y beneficios dejados de percibir en el periodo de cese injustificado. En efecto, la sentencia de primera instancia dijo que sobre la naturaleza de los salarios caídos, que la teoría del salario visto como contraprestación ya fue superada por la existencia de muchos supuestos en los cuales existe el deber del empleador de pagar el salario a sus trabajadores sin que exista la obligación de estos de prestar un trabajo efectivo en favor de aquel, como las previstas en el artículo 12° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Es por ello que en la mayor parte de ordenamientos se reconoce la teoría del salario social y la del salario como conjunto de percepciones económicas del trabajador.

La sentencia desarrolla el concepto básico del presente trabajo: “la tutela restitutoria en sentido amplio”, expresando que la tutela restitutoria comprende la readmisión del trabajador sin afectar su categoría anterior, el mantenimiento de su nivel remunerativo, el pago de remuneraciones devengadas, el reconocimiento del tiempo de servicios y los depósitos de la compensación por Tiempo de servicios (CTS), señalando “que el contenido que le ha dado **nuestro modelo de protección frente al despido atentatorio de derechos constitucionales, no se limita a la reposición del trabajador**, sino que brinda una *“restitución en sentido amplio”*”.

1.3. Breve referencia al contenido de la sentencia de segunda instancia en el proceso laboral

1.3.1. La decisión en mayoría de la segunda instancia

Mediante Resolución de fecha 28 de setiembre de 2005, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia revocó la sentencia de Primera Instancia que declaró fundada en parte la demanda y dispuso pagos por conceptos de remuneraciones devengadas, gratificación legal de diciembre del 2002 y

compensación por tiempo de servicios del trabajador que solicitó las remuneraciones devengadas; modificándola, la declararon infundada y devolvieron los actuados al Décimo Segundo Juzgado Laboral de Lima.

Los argumentos que sirven de base a la Sala para llegar a la decisión jurisdiccional fueron en primer lugar, que el único caso en el que la norma determina el pago de remuneraciones dejadas de percibir es en el caso de nulidad de despido, como precisa el artículo 40° del Decreto Supremo N° 0037-97-TR pues su amparo conlleva el derecho a la percepción de remuneraciones devengadas como derecho accesorio, cuya existencia depende de la previa declaratoria en la vía laboral de que el despido resulte nulo por una de las causales establecidas en el artículo 29° de la norma acotada. En segundo lugar señalaron que la acción de amparo como acción de garantía tiene la finalidad de reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, causando efecto entre las partes.

Este modo de ver las cosas que presenta el colegiado es muy criticable. Como se refirió la Sala puntualizó que el único caso en el que la norma determina el pago de remuneraciones dejadas de percibir es el proceso ordinario de nulidad de despido, pago que depende de la previa declaración en vía ordinaria laboral de la nulidad del despido por vulneración del art. 29°. Esto significará que la acción de amparo que como acción de garantía tiene la finalidad de reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, no puede otorgar remuneraciones devengadas.

Para la Sala el amparo tiene como finalidad el cese de la violación del derecho mediante la reincorporación de los trabajadores a su centro de trabajo, de modo que debe respetarse lo establecido por el Tribunal Constitucional mediante expediente N.° 145-2001-AA/TC, en cuanto refiere que, mediante jurisprudencia uniforme y reiterada, que el Tribunal ha dejado plenamente establecido que las remuneraciones de todo trabajador representan una contraprestación por las labores efectivamente realizadas. Agregan que si bien, las sentencias constitucionales que ordenan la reincorporación de un trabajador indebidamente cesado pueden

eventualmente, y según el caso, disponer la cuantificación del periodo no laborado para efectos pensionables, ello no supone ningún tipo de reconocimiento remunerativo por un trabajo que nunca se realizó.

Como podemos observar la visión del colegiado ante el pago de remuneraciones devengadas derivadas de un cese injustificado tienen naturaleza indemnizatoria, así “al constituir la remuneración una contraprestación por un servicio realmente efectuado no corresponde su abono por un periodo no laborado **salvo los casos de nulidad de despido**, máxime si no existe norma alguna que determine el derecho del trabajador al pago de remuneración devengada tras haber logrado su reincorporación por vía paralela a la laboral”¹³. Consideran que aunque es innegable que se le ha ocasionado un perjuicio al trabajador por el tiempo en que estuvo indebidamente cesado, esto no puede suponer el reconocimiento de haberes, *sino solo una indemnización por el daño generado*.

1.3.2. Voto en discordia del Magistrado Ladrón de Guevara Sueldo

Respecto del fondo de la controversia, el Vocal Magistrado Ladrón de Guevara Sueldo, señala que si bien el Tribunal Constitucional sostiene que no procede el pago de remuneraciones por trabajo no realizado, esto no puede decidir el sentido de la decisión jurisdiccional; ya que el Tribunal Constitucional ha tenido diversidad de criterios en el tiempo los cuales se pueden resumir en el siguiente cuadro:

Exp. N° 020-96-AA/TC 18 de setiembre de 1996	Exp. N° 742-96-AA/TC 11 de julio de 1997	Exp. N° 234-95-AA/TC 13 de agosto de 1997
Se negó la posibilidad de reconocer las remuneraciones devengadas por un periodo no laborado	Se resuelve reconocer el periodo durante el cual el trabajador fue injustamente cesado, para efectos pensionable.	

¹³ Exp. n.º 2898-05 BE/AYS, ejecutoria de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 28 de setiembre de 2005, fundamento séptimo (folio 336).

Siendo el reclamo del demandante originado por el reconocimiento de un derecho fundamental dentro de un proceso de amparo; debe analizarse los efectos del lapso de tiempo transcurrido entre el cese y la reposición del trabajador bajo los alcances del artículo 1 de la Ley n.º 23506; el cual señala que el objeto de la Acción de Amparo es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; de tal suerte que su aplicación supone una necesaria armonía y congruencia entre la oportunidad de la declaración judicial y su retroactividad al caso concreto, debido a que no es posible y tampoco necesario retroceder en el tiempo para restituir el derecho conculcado. Para este vocal, la orden de reposición del trabajador debe examinarse a partir de los alcances del artículo 1º de la Ley N°23506, aplicables al caso por razón de temporalidad.

En ese sentido bajo los efectos de la norma en análisis, desaparecen los efectos del acto que dio origen a la acción de garantía; por tanto, desde este punto de vista, el efecto de la acción de amparo se asemeja al del acto nulo, el cual según la doctrina procesal trae como consecuencia la “cesación de los efectos producidos por el acto viciado e invalidación de todos los otros que sean consecuencia directa del declarado nulo”¹⁴.

Estando a la situación laboral del demandante quien antes de ser cesado gozaba de todos los beneficios económicos legales y convencionales aplicables en su centro de trabajo, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan durante el tiempo de servicios; deberá ocurrir que al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse el trabajador a su empleo se restablece automáticamente la relación laboral como si esta nunca hubiese sido interrumpido, debiendo el empleador asumir las consecuencias de su conducta lesiva. Lo contrario implicaría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores, quienes no sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que

¹⁴ Zinny, Jorge Horacior. *Sanciones Procesales*, Revista Jurídica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Argentina, n.º 28, Tomo II, 1990, pp 59 -175).

también se afectaría su futura pensión de jubilación, lo que constituiría un ejercicio abusivo del derecho.

Con base en estos juicios, el voto en discordia concluyó que Telefónica del Perú S.A.A. debía de cumplir con pagar a don Martín Nicolás Susanibar Vásquez la suma de veintiocho mil ochocientos cincuenta y cinco Nuevos Soles con setenta y cuatro céntimos (S/. 28,855.64), que contiene el Pago de Remuneraciones y Beneficios Económicos.

CAPITULO II

CASACIÓN JURISDICCIONAL N.º 2146-2005/LIMA

2.2. Lo que decidió la mayoría

Con fecha 13 de abril de 2007, se emitió la Casación n.º 2146-2005/LIMA, abrazando los argumentos del trabajador Martín Nicolás Susanibar Vásquez, quien fue repuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1124-2001-AA/TC, la cual hemos desarrollado en el capítulo precedente. El señor Martín Nicolás Susanibar Vásquez quien en este recurso es el recurrente de la casación, denunció la inaplicación del artículo 1º de la Ley 23506, del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de los artículos 29º y 40º del Decreto Supremo 003-97-TR, del artículo 5º del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de la parte in fine del artículo 11 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR y del artículo 22º inciso f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En su parte resolutive la Corte Suprema señaló que la decisión de la demandada de resolver el contrato de trabajo del demandante, está viciada de inconstitucionalidad *ab origine* conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Esto determinó con claridad que la decisión de “cese” careció de validez y eficacia jurídica para extinguir la relación laboral; lo que a su vez originó la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo. Consecuentemente la falta de prestación de servicios por parte del trabajador no exime al empleador de cumplir con su contraprestación, como regla indiscutible en los contratos con prestaciones recíprocas, naturaleza que indudablemente corresponde al

contrato de trabajo tal y conforme lo determina el artículo 1426° del Código Civil que señala: “En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”. El derecho del trabajador a su percepción justamente deriva de la subsistencia de la relación de trabajo, por lo que para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido deben pagarse los “salarios caídos” por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados.

En ese sentido concluyeron los supremos magistrados que la naturaleza de las remuneraciones y beneficios devengados que se reclaman es propiamente retributiva y no así indemnizatoria dado que su sustento es la reconstitución jurídica del vínculo laboral declarada vía acción de amparo, por lo que el lapso que el actor estuvo fuera del empleo no sólo debe ser reconocido por la demandada como tiempo de servicios efectivamente prestados, sino también como condición que genera el pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir.

La Corte Suprema señaló que un razonamiento diferente significaría desconocer los efectos y alcances del principio de continuidad, aplicable al caso por permisión del inciso 8) del artículo 139° de la Constitución Política, en virtud al cual el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, de duración indefinida y resistente a las circunstancias que en ese proceso pudieran alterar tal carácter.

A partir de esto la Corte Suprema concluye que al ser la relación laboral vital y resistente a las circunstancias que aparezcan como razón o motivo de su terminación, como es el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, su sanción al importar la recomposición jurídica de la relación de trabajo como si esta nunca se hubiese interrumpido, determina no sólo el derecho del trabajador a ser reincorporado al empleo sino también a que se le reconozca todos aquellos derechos con contenido económico cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto.

Así el colegiado afirmó que no imponer consecuencias al despido nulo en un proceso de amparo se constituiría en una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores, quienes no sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus

remuneraciones y beneficios sociales, sino que también afectaría su futura pensión de jubilación. Esto es importante de destacar tomando en consideración que “el Principio del Abuso del Derecho nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo”, debido a que “El abuso del derecho genera un exceso que provoca una desarmonía social y por ende una situación de injusticia”, y en la medida que “Todo derecho subjetivo de una persona es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede como cause de realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica”.¹⁵

Respecto al artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que este artículo no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido en proceso ordinario labora, pues este no establece distinción o restricción de alguna clase en cuyo caso hubiera prescrito que sólo en dicho caso procede al pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro del régimen de la actividad privada.

En ese sentido concuerdo con la opinión de la Sala pues la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir en tanto que por vía de una sentencia de acción de amparo también se puede lograr los mismos efectos para el trabajador, partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez *ab initio*; este es uno de los puntos básicos que desarrollaré a lo largo de esta tesis.

Respecto de las remuneraciones como contraprestación efectiva laboral, la corte suprema señaló que si bien el Tribunal Constitucional ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, equiparando el cobro de las remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria. Debe tenerse presente que tratándose de un proceso de cognición el cual está dotado de una etapa probatoria en la que las partes pueden demostrar con amplitud

¹⁵ Criterio de la Corte Suprema, contenido en muchas sentencias como CAS. N° 1747-2005 LIMA, CAS. N° 735-2006 AREQUIPA, CAS. N° 1280-2004 JUNIN, CAS. N° 467-2005 LAMBAYEQUE, entre otras.

los hechos expuestos en la postulación del proceso, resulta idóneo para reclamar y discutir dicho petitorio en la vía judicial, lo cual resulta congruente con el derecho de acceso a la justicia, derecho que a su vez forma parte del contenido constitucional del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que derivar la pretensión a otro proceso a su vez significaría atentar contra este derecho constitucional.

En ese sentido la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia casaron la sentencia disponiendo que el demandado cumpla con efectuar el pago de las remuneraciones devengadas más intereses legales desde la fecha de despido hasta su efectiva reposición al trabajo, y que también cumpla con el depósito de la compensación por tiempo de servicios por el periodo indicado, más intereses financieros, con costas y costos del proceso.

Por último ordenaron la publicación de la resolución en el Diario Oficial “El Peruano” por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma prevista los devolvieron.

2.3. El voto en discordia de los magistrados supremos Javier Villa Stein y Roberto Acevedo Mena

Los vocales Javier Villa Stein y Roberto Acevedo Mena, apartándose de la visión proteccionista del colegiado, señalaron que no corresponde a la naturaleza del proceso de amparo la evaluación de la existencia de un daño dinerario concreto, aun cuando éste sea de índole remunerativo, de manera tal que en los casos en que la sentencia de amparo repone al trabajador, dicha sentencia restaura las cosas al estado anterior y satisface la pretensión referida a la tutela del derecho constitucional específico, pero no tiene eficacia más allá de lo ordenado en la propia sentencia. Sin embargo, afirman, la sentencia de amparo no puede ser interpretada como una declaración de nulidad del acto que puso fin al vínculo laboral.

En ese sentido el proceso de amparo laboral no es un proceso sumarísimo de nulidad de despido, sino que responde a la naturaleza preventiva y urgente de todo proceso constitucional destinado a la restitución inmediata de los derechos tangibles, pero no a declaraciones

de nulidad que requieren mayor análisis, ni a la consecución de reparaciones del daño sufrido.

Es importante hacer ver ahora que la protección frente el despido arbitrario en sede constitucional no puede restringirse, generándose límites en base a la naturaleza de la garantía constitucional de amparo, pues partir de ese presupuesto lleno de obstáculos, es reconocer la insuficiencia e inidoneidad y desprotección de las garantías constitucionales; en ese sentido me parece que el voto en discordia no han considerado que las remuneraciones devengadas no pueden ser consideradas un límite sino un fin para lograr una debida restitución en sentido amplio.

Por último los vocales señalan que la reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, **no crea una ficción retroactiva de labores prestadas** durante el periodo de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, no resultando aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional, tal como lo establece el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil. Se debe recordar, no obstante, que los efectos de la nulidad implican la inexistencia de los efectos negativos del despido y como consecuencia generan la ficción retroactiva de labores prestadas, considerar lo contrario es claramente desconocer los efectos lesivos del despido nulo.

Para finalizar el presente capítulo debo señalar que considero que de la totalidad de las decisiones jurisdiccionales del presente proceso, la contenida en la parte resolutive del recurso de casación es la más coherente con el contenido constitucional del derecho del trabajo, y con la naturaleza del proceso de amparo, la casación hace hincapié en algo que ninguna de las instancias procesales ha negado, que es el vicio ab origine del despido del que fue víctima el actor. Considero al igual que la Corte Suprema que una adecuada protección restitutoria contra el despido viciado de inconstitucionalidad comprende, no solo la reposición efectiva laboral, sino también el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, como consecuencia de revertir el estado de las cosas, como si nunca hubiese el empleador abusado de su posición ventajosa, vulnerando derechos constitucionales.

Efectivamente, se afectaría el principio de continuidad de la relación laboral y su tracto sucesivo, pues no reconocer las remuneraciones devengadas, como ya se dijo, sería una autorización tacita para que empresarios abusando de su posición de poder lesionen a sus trabajadores quienes por obvia razón procesal escogerían la vía sumaria para mantener su sustento alimentario y sus prestaciones accesorias como salud y servicios previsionales.

La visión de la mayoría, habrá que adelantar, es una visión proteccionista muy adecuada, totalmente distinta a la criticable postura de los Vocales Supremos, Javier Villa Stein y Roberto Acevedo Mena, quienes limitan la parte resolutive del amparo a un mero remedio de actos o amenazas, limitando las declaraciones de nulidad a procesos de conocimiento civil, pues según ellos la nulidad contiene razonamientos complejos y controversia no ejercitable en el proceso de amparo, lo cual `podría significar un menosprecio a la labor del juez que resuelve un amparo y al Tribunal Constitucional que conoce en última instancia de este tipo de garantías constitucionales.

CAPITULO III

EL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS COMO CONSECUENCIA RESTITUTORIA EN SENTIDO AMPLIO DEL PROCESO DE AMPARO

Como podemos observar de los capítulos anteriores, existen dos posiciones contradictorias y marcadas. Una es que es necesario reconocer el pago de remuneraciones devengadas cuando el despido es determinado como nulo en un proceso constitucional de amparo, sin embargo, la segunda postura considera como vía exclusiva para el reconocimiento de remuneraciones devengadas el proceso previsto en el artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral referente a nulidad de despido en proceso ordinario laboral, haciendo referencia únicamente a las causales taxativas contenidas en el artículo 29° de la misma norma. Por mi parte considero que frente a estas dos opciones es posible sostener una tercera, la cual plantearé y justificaré en el presente capítulo.

El planteamiento del problema jurídico generado por las distintas posiciones en el caso concreto, deviene en la necesidad de determinar si corresponde considerar el pago de remuneraciones como parte de los efectos restitutorios del proceso de amparo, o si por el contrario es necesario derivar el pago de remuneraciones devengadas únicamente al proceso ordinario laboral como consecuencia de la aplicación del precedente de observancia obligatoria contenida en la Casación N° 2146-2005/LIMA.

El despido, como extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador; presenta según

Blancas Bustamante, varias características. Una consiste en ser un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; otra es su carácter constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente; además de ser recepticio, es decir, su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador, sea conocida por el trabajador a quien está destinada.¹⁶

Al ser una institución que depende de la voluntad extintiva del empleador, es posible sostener la siguiente posición: Al ser nulo el despido y por tanto carente de efectos jurídicos, los salarios dejados de percibir como consecuencia de esa voluntad y acto inconstitucional, hacen exigible el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, con la finalidad de extinguir el efecto económico lesivo. En ese sentido como hemos mencionado precedentemente, el acto jurídico nulo no puede producir ningún efecto por cuanto que “quod nullum est, nullum habet effectum”, esto quiere decir que el despido producido con ausencia de forma o con defecto esencial de ésta, no debiera producir ningún efecto, ni cambio en la situación real. Para el derecho al menos no se admiten tales efectos y cambios.

Pese a todo, y aunque no debieran producirse efectos, lo cierto es que en la realidad social han existido efectos que en el caso del despido nulo se concretan efectivamente en la paralización de las prestaciones laborales y retributivas del contrato de trabajo. Corresponde entonces al Derecho disponer si la ineficacia debe entenderse a partir de la declaración de nulidad o desde que se produjeron los efectos reales del acto que posteriormente es declarado nulo. En ese sentido hay que determinar si hablamos de una ineficacia *ex tunc* o *ex nunc*¹⁷. Pues bien, es posible sostener que en nuestro ordenamiento jurídico el despido nulo se enmarca dentro de la ineficacia *ex tunc*, es decir, desde el momento inicial en el que se produjo el acto inconstitucional de despido nulo.

A continuación plantearemos una nueva perspectiva del concepto de remuneración que permita abarcar los periodos de inactividad laboral como consecuencia del despido nulo.

¹⁶ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Editorial ARA, Lima, 2006, p. 46.

¹⁷ Cfr. ALMANSA PASTOR, José M. *El Despido Nulo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 175.

3.1. El concepto de remuneración. Hacia una nueva perspectiva

El término remuneración es definido mayoritariamente como la atribución patrimonial fijada legal o convencionalmente o por vía mixta, como contraprestación que nace de una relación laboral y que es abonada por el empresario al trabajador por el trabajo realizado por éste.

El profesor Alonso García ha definido a la remuneración como “una atribución de carácter patrimonial, porque en primer lugar, su titularidad corresponde al empleador, que la hace en virtud del trabajo que realiza el trabajador, a cambio del cual la devenga como un salario, y en segundo lugar, lo entregado en concepto de retribución es susceptible de evaluación económica. El valor recíproco nace del hecho de que la retribución corresponde a un servicio, **no siendo fruto de una donación o de un acto gratuito**, responde, equitativamente, a una actividad, y se entrega a cambio de esta, sin la cual aquella no existe, ni es por tanto exigible. De ahí, su carácter asimismo, de contraprestación”.¹⁸

La conmutatividad contractual, aplicada al salario, implicaría la máxima “a cada uno según sus obras”, expresiva de una justicia conmutativa. Desde esta perspectiva, la justicia del salario, entendida como contrapartida del trabajo realizado y de la utilidad con él aportada al empresario, expresa materialmente la equivalencia entre el trabajo y el salario. Esta equivalencia se valorizaría a través de la valorización material del trabajo.¹⁹

La reciprocidad del contrato de trabajo se ha limitado a contraponer actividad laboral y retribución, como prestaciones conexas e independientes²⁰. Respecto de esta posición de la doctrina parte la primera posición (de la de segunda instancia), la cual señala que solo procede remuneración ante una prestación efectiva de labores, y solo en caso excepcional por mandato de un dispositivo normativo, como el establecido en el artículo 40º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, procederá sin prestación efectiva de trabajo.

¹⁸ Cfr. ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Editorial Ariel. Madrid, 1981, p. 457.

¹⁹ Cfr. FERNANDEZ AVILES, José Antonio. *Configuración jurídica del salario*. Editorial Comares. Granada, 2011, p. 370.

²⁰ Ídem.

Este modo de ver las cosas, no obstante, es muy dogmática y se centra en la definición de remuneración.

Estoy plenamente convencido que esta posición no es acorde con la pluralidad de supuestos de suspensión imperfecta laboral ni con las teorías del salario social, pues su función económico-social aproxima el régimen jurídico de la remuneración al régimen jurídico de la obligación alimenticia, e inspira al legislador al establecer las garantías frente al propio trabajador y frente a terceros, (disponibilidad, inembargabilidad relativa, etc.)²¹. No obstante debo mencionar que esta posición pasa por alto que en el supuesto concreto del despido nulo es el empleador quien de manera inconstitucional impide al trabajador realizar esa prestación efectiva laboral.

Pienso que al restringir el reconocimiento de salarios caídos, únicamente al proceso ordinario laboral, no se realiza una interpretación sistemática de la normatividad vigente, interpretación que, por lo demás, debe reflexionar y ser consecuente con el espíritu de las normas relativas al despido nulo en la vía ordinaria laboral, pues el fundamento base del marco de protección de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no es proteger al trabajador ante una simple lista de despidos en contextos taxativos del artículo 29° de dicha ley, ordenando su reposición; sino que bien vistas las cosas lo que pretende es restituir o reponer las cosas al estado anterior a la vulneración de esos derechos, mediante un proceso ordinario laboral. En ese sentido, es impensable que en el marco de las garantías constitucionales se ofrezca una protección inferior a la de la vía ordinaria laboral, máxime si en su naturaleza reside la finalidad de restitución de derechos fundamentales vulnerados.

La postura sesgada que niega la posibilidad del reconocimiento de las remuneraciones devengadas en procesos de amparo, señalando que la naturaleza sinalagmática de las prestaciones en el salario es un límite para reconocer los salarios caídos, ha sido recurrente desde finales del siglo pasado, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, y a título de ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional que “la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el periodo no

²¹ Ibídem, p. 382.

laborado”²². Debe tenerse presente que este pronunciamiento fue uno de los primeros que introdujo el despido denominado fraudulento (dado que afectaba el principio de tipicidad), sin embargo a pesar de éste avance en reconocer la afectación al derecho al trabajo no se reconoce el pago de los salarios devengados.²³

Como podemos observar, la contraprestación ha sido definida mayoritariamente por la doctrina nacional²⁴ como un elemento esencial de la remuneración, es decir que si no existe esta característica no estamos frente a ningún concepto que implique ser definido como remuneración o salario, esto es claro en un contexto donde el empleado puede disfrutar de circunstancias que le permitan realizar la contraprestación laboral. Entonces cabe preguntar al situarnos en un contexto diferente, ¿qué sucede cuando de manera unilateral e inconstitucional se impide al trabajador efectuar la contraprestación a través de un despido viciado de nulidad?

Existen, a mi entender, tres supuestos en los que se encuentra exigible el pago del salario. El primero es cuando el trabajador presta sus servicios de manera efectiva al empleador; el segundo es cuando la norma demanda que el salario se otorgue sin contraprestación laboral, como consecuencia de un acuerdo social²⁵; y el tercero es **cuando el trabajador no presta sus servicios de forma efectiva porque su empleador se lo impide**²⁶. Si consideramos este último supuesto como

²² Expediente N° 555-99-AA/TC, fundamento 8.

²³ Siguen el mismo criterio los Expedientes N° 1112-98-AA/TC, 725-98-AA/TC y la resolución aclaratoria del Expediente N° 619-96-AA/TC citada por PIZARRO DÍAZ Mónica. “El carácter remunerativo de los pagos recibidos cuando no existe prestación efectiva de servicios: El caso de los despidos nulos”. En: Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. Segundo congreso nacional de la sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social. Sociedad Peruana y del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, pp. 747; texto citado en

http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_17/doc_boletin_17_02.pdf

²⁴ Dicha postura es adoptada por autores como BLANCAS BUSTAMANTE en su obra “*El despido en el Derecho Laboral Peruano*” y TOYAMA MIYAGUSUKU en su obra “*La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del tribunal Constitucional en el caso Telefónica*”.

²⁵ En el caso peruano cuando se den las circunstancias taxativas del artículo 12° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral relativas a Suspensión Imperfecta Laboral Remunerada.

justificante, desecharemos de plano la teoría del Tribunal Constitucional según la cual las remuneraciones devengadas por despido nulo tienen carácter resarcitorio, pues al incluir este supuesto afirmamos que esta suspensión laboral emanada de una conducta unilateral que vulnera derechos constitucionales exige el pago de los salarios caídos en el periodo de cese como consecuencia de una efectiva restitución en sentido amplio.

En ese sentido al ser declarada la nulidad en el proceso de amparo, cuya finalidad de conformidad con el artículo 1° de Ley N°23506 es impedir la amenaza o reparar las cosas al estado anterior, del daño ocasionado por el acto viciado de inconstitucionalidad; una correcta restitución de la garantía constitucional incluye el pago de remuneraciones devengadas, en la medida que al ser el despido voluntad única del empleador, este genera un estado de desempleo en el trabajador con sus consecuencias económicas y morales, daño directamente originado por el acto viciado de nulidad siendo necesaria la reparación del daño como si este nunca hubiese sucedido. Negar lo anteriormente dicho simplemente significa desconocer que el despido genero un daño.

En ese sentido se puede concluir que el pleno restablecimiento del derecho fundamental agredido solamente se hará efectivo cuando ocurra la readmisión del trabajador así como el abono oportuno y completo de los salarios dejados de percibir.²⁷

3.2. La procedencia de los salarios caídos en sede constitucional

Respecto al reconocimiento de los salarios en sede constitucional, el Tribunal Constitucional se opone reiteradamente al pago de remuneraciones caídas en el periodo de cese inconstitucional. Existen numerosas sentencias constitucionales que afirman que la naturaleza de ellas es indemnizatoria e incluso derivan ese *petitum* al proceso indemnizatorio, ordinario civil. Así, a título de ejemplo, tiene dicho el TC que “En cuanto al extremo referente al pago de remuneraciones durante el tiempo que duró el cese, este Tribunal ha establecido que ello no procede por cuanto la remuneración es una contraprestación por el

²⁶ Cfr. PIZARRO DIAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*. Estudio Gonzales y Asociados. Lima. 2006, p. 51.

²⁷ BADIOLA SÁNCHEZ Ana María. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Editorial Lex Nova; Madrid, 2003, p. 98.

trabajo realizado, **sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle.**²⁸

En esta sentencia es preciso mencionar el **voto en discordia del magistrado Manuel Aguirre Roca**, quien manifestó lo siguiente: “No concuerdo con la tesis general, en el sentido de que la remuneración representa, *sólo y únicamente, una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado*, puesto que, entonces, no se explicarían ni las vacaciones, ni las licencias con goce de haber, ni su percepción en caso, p.ej., de enfermedad. La remuneración mensual, en mi criterio, representa el cumplimiento del contrato en su parte correspondiente; y es por eso –y no sólo por falta de contraprestación–, que la misma no se abona *cuando se rompe* el vínculo laboral, y mientras ello dure, aunque dicha ruptura sea injusta, ilegal, nula o inválida. Y es por las mismas razones que la ley puede ordenar, en los casos de los *despidos nulos*, que revitalizado el contrato, por concepto de indemnización del daño causado, se paguen las *remuneraciones caídas*. Así lo hacen, p.ej., los artículos 40° y concordantes del D.S N.° 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Y es por estas razones que no encuentro desprovista de fundamento la pretensión del pago de las remuneraciones dejadas de percibir. En el presente caso, tratándose de un despido inválido, por error en la razón invocada (terminación del contrato), y no sólo, ni principalmente, en mi criterio, por las que se aducen en los fundamentos y concordantes de esta Sentencia, a mi juicio procede el trato previsto para los llamados ‘despidos nulos’. Y ‘nulo’ resulta el de autos, pues, viciada de error sustancial la causa invocada, su efecto, esto es: la separación del empleo, deviene en inválido o ‘nulo’. Desaparecida la causa, en efecto, debe desaparecer el efecto”.²⁹

Nótese que se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2003 que tiene un razonamiento lógico equivalente al que propongo en este trabajo de investigación tal y como lo expliqué precedentemente; lastimosamente existen otras sentencias previas que han sentado precedente y que son el asidero jurisprudencial que no permite que exista una evolución en esta postura.

²⁸ Expediente N° 2541-2003-AA/TC, fundamento 5. *El texto en negrita es añadido.*

²⁹ Voto singular del Magistrado Manuel Aguirre Roca, Expediente N° 2541-2003-AA/TC, de 31 de marzo de 2004, La cursiva de la letra es añadida.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del **Exp. 1450-2001-AA/TC**, afirmó que las sentencias constitucionales que ordenan la reincorporación de un trabajador indebidamente cesado, pueden eventualmente, y según el caso, disponer la cuantificación del periodo no laborado para efectos pensionables, ello no supone el reconocimiento de haberes sin prestación efectiva laboral; pues mediante jurisprudencia uniforme y reiterada, el Tribunal ha dejado plenamente establecido que las remuneraciones de todo trabajador representan una contraprestación por las labores efectivamente realizadas³⁰.

Podemos concluir que el Tribunal Constitucional ha establecido en los casos en que el trabajador ha solicitado su remuneración devengada, que dicha remuneración es estrictamente la contraprestación por el trabajo prestado y en caso de no haberlo, el pago solo procede de manera excepcional y por orden de una norma expresa. Lastimosamente el máximo intérprete de la Constitución ha considerado que cuando existe un impedimento inconstitucional del empleador para realizar la prestación efectiva laboral solo corresponde una simple indemnización de carácter civil; esto no solo es errado sino que constituye el desconocimiento de la naturaleza alimentaria del salario violentada inconstitucionalmente por el empleador; en ese sentido no se trata de una obligación contractual dineraria cualquiera, sino de conceptos dinerarios que por su naturaleza, cuentan con sustrato constitucional pues de ellos depende el sustento del trabajador y su desarrollo como ser humano fin en sí mismo.³¹

No pretendo desconocer la importancia de la contraprestación efectiva de trabajo, no obstante si bien es un elemento esencial de la relación de trabajo, sin el cual esta no se da³², no es el único supuesto en el que se genera la obligación legal del pago, en ese sentido, “los casos en que el salario debe pagarse sin que el trabajo se preste efectivamente,

³⁰ Cfr. Expediente N.º 1450-2001-AA/TC, fundamento 1.

³¹ FERRO DELGADO, Víctor; GARCÍA GRANARA, Fernando. *Derecho individual del trabajo: materiales de enseñanza*. PUCP Facultad de Derecho, Lima, 1993, p. 129 y 130.

³² PIZARRO DIAZ, Mónica. “*El carácter remunerativo de los pagos recibidos cuando no existe prestación efectiva de servicio; el caso de los despidos nulos*”. En el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa, 2006, p. 750.

se deducen de las reglas generales sobre contratos sinalagmáticos (y bajo este aspecto no constituyen, en realidad, una excepción al carácter de contraprestación), o bien se fundan en reglas o principios especiales del derecho del trabajo. Solo en esta última hipótesis el salario adquiere un especial carácter ‘social’ ”.³³

Para el Tribunal Constitucional la forma como se restituyen los derechos vulnerados por un despido inconstitucional es mediante la reposición del trabajador en su puesto laboral. En esa línea, “[en] el ámbito del amparo, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas tratándose de despidos, no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo del cual fue precisamente despido arbitrariamente”³⁴, El efecto sería similar al que se deriva de la declaratoria de nulidad de despido en proceso ordinario laboral, con la diferencia que en el ordinario laboral existe dispositivo normativo específico que ordena el pago de remuneraciones devengadas.³⁵

Como hemos señalado anteriormente en el desarrollo de los antecedentes de la Casación Jurisdiccional N.º 2146-2005/LIMA, es opinión reiterada y uniforme del Tribunal Constitucional que si un trabajador repuesto pretende que se le paguen las remuneración que dejó de percibir durante el tiempo que permaneció separado del cargo, se considera que las remuneraciones que se reclaman tienen naturaleza indemnizatoria y no restitutoria, por lo que se deja su derecho a salvo para que lo haga valer en la vía correspondiente y no en la de amparo.³⁶

Ahora, en el supuesto negado por mi postura que el Tribunal Constitucional acierte en su razonamiento, debemos preguntarnos cuál es la vía correspondiente para solicitar dichas remuneraciones; para la sentencia de segunda instancia del caso materia de análisis y para el tribunal constitucional en reiteradas sentencias, la vía adecuada es la indemnizatoria civil, lo cual a todas luces es un error que desconoce la naturaleza laboral de la relación jurídica entre el trabajador y su empleador, presupuesto básico de la competencia de los juzgados

³³ Ídem, p. 130

³⁴ Expediente N.º 6956-2000-AA/TC, fundamento 2

³⁵ QUISPE CHÁVEZ, Gustavo; MESINAS MONTERO, Federico. *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima. Gaceta Jurídica Editores, 2009, p. 134.

³⁶ Expediente N.º 3720-2006-PA/TC. fundamento 2

laborales ordinarios. En ese sentido se podría pensar que la única vía que podría ser la correspondiente desde la perspectiva de la limitación basada en la naturaleza supuestamente resarcitoria para solicitar remuneraciones, es la ordinaria laboral. No obstante mi postura pretende ir un poco más allá y extender la posibilidad del reconocimiento al proceso de amparo en determinados supuestos.

Como señalé para la casación N.º 2146-2005/LIMA, jurisprudencia de observancia obligatoria materia de este trabajo de investigación, la vía ordinaria laboral es la adecuada para ventilar este tipo de pretensiones, lo que le brinda mucha importancia, en el sentido que se reconoce por primera vez a esta vía procesal, como efectiva y adecuada para solicitar remuneraciones devengadas acaecidas por un despido nulo reconocido previamente por un proceso de amparo.

Es clara, pues, la uniforme posición del Tribunal Constitucional que señala que en la vía constitucional no procede el pago de remuneraciones o derechos laborales devengados, ni sus intereses, en caso que se ordene la reposición laboral como consecuencia de haberse declarado la inconstitucionalidad de un despido; porque a entender del Supremo intérprete de la Constitución, el proceso de amparo laboral tiene una finalidad restitutoria del derecho vulnerado (lo que se logra con la reposición), más no indemnizatoria por lo que las remuneraciones caídas, al ser concebidas como indemnización, no serán reclamables a través del amparo constitucional. No quiere decir, ello sin embargo, “que el trabajador repuesto jurídicamente no tenga derecho a sus remuneraciones o derechos devengados, solo que su reclamo deberá hacerlo en la vía ordinaria”.³⁷

Este punto del razonamiento del Tribunal Constitucional es criticado en el presente trabajo; así yo discrepo, en el sentido que considero que el efecto de la acción de amparo es declarar que el acto inconstitucional es nulo y por tanto carece de eficacia jurídica, correspondiendo el pago de las remuneraciones devengadas de corresponder dentro del proceso de amparo.³⁸ Pienso que ni la judicatura

³⁷ Op cit. p., 138.

³⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del tribunal Constitucional en el caso Telefónica*. Dialogo con la Jurisprudencia, N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p.77.

ni el Tribunal Constitucional están incapacitados para, en algunos supuestos donde no exista dificultad respecto a la liquidación de conceptos laborales, otorgar las remuneraciones devengadas o beneficios laborales dejados de percibir en ese sentido parte de la doctrina respalda que “el pago de remuneraciones no supone atribuirle efectos indemnizatorios al proceso de amparo”.³⁹

Así en palabras del profesor Jorge Toyama “no estamos ante una indemnización que pueda determinarse a priori, [que] se encuentre tasada. Las remuneraciones devengadas son, como apunta Gorelli, la consecuencia lógica de la declaración de nulidad de despido y no tienen carácter resarcitorio, aunque si puede referirse a un aspecto sancionatorio en tanto que se obliga al empleadora pagar las remuneraciones devengadas durante el proceso”⁴⁰.

En ese sentido considero que el trabajador cuyo despido es declarado nulo, tiene derecho a que se le abone el monto de los salaros que hubiera percibido durante el tiempo que permaneció separado de la empresa, por decisión del empleador.⁴¹ Pues la naturaleza de dichas remuneraciones es retributiva y no indemnizatoria, porque el derecho a la percepción deriva de la declaración de la subsistencia de la relación de trabajo, tratándose por consiguiente de un supuesto de mora accipiens.⁴² En ese sentido la única diferencia entre el proceso de amparo que declara la nulidad de despido y el de nulidad de despido en vía ordinaria laboral reside, únicamente en el cauce procesal. Al haberse restringido a este ultimo la tutela de tan solo tres derechos fundamentales.⁴³

³⁹ QUISPE CHÁVEZ, Gustavo; MESINAS MONTERO, Federico. *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima. Gaceta Jurídica Editores, 2009, P. 139.

⁴⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La ampliación de los supuesto de reposición tras la sentencia del tribunal Constitucional en el caso Telefónica”. *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 78.

⁴¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. 2ª edición. Lima, Ara, 2006, p.340.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El pago de remuneraciones devengadas en caso de reposición dispuesta en el proceso de amparo*. *Soluciones Laborales*. Año 6, Numero 63, Marzo 2013, p. 16.

3.3. La vía adecuada para el cálculo del perjuicio

Una de las características más importantes de la garantía constitucional de amparo es que no cuenta con etapa probatoria, siendo necesario que la agresión sea manifiesta e incontrovertible; en virtud que se trata de un proceso sumario, corto, cuya finalidad es la protección inmediata ante una amenaza o violación a un derecho constitucional. No se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros procesos judiciales, sino que se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto u omisión cuestionado.⁴⁴

La estación probatoria en la Acción de Amparo es mínima, por lo que solo ante el ofrecimiento de pruebas fidedignas que generen una gran convicción al juez sobre la vulneración del contenido constitucional del derecho, deberá ser tramitada la pretensión por esta vía.⁴⁵ En ese sentido, si de las pruebas ofrecidas se requiere una actuación o dilucidación (pericia, revisión, informe) para el cálculo de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir en el periodo en que el trabajador se encontró despedido inconstitucionalmente no es posible dilucidar nunca su cuantificación mediante una demanda de amparo constitucional.

Como ya hemos desarrollado precedentemente, no existe un impedimento de naturaleza sustantiva que impida que dentro de un proceso de amparo se disponga el pago de remuneraciones devengadas, incluso hemos discutido las razones que fundamentan la necesidad de una reforma en la manera de entender las remuneraciones devengadas como parte de una efectiva restitución ante un acto que es nulo y que por ser nulo no produce efectos. Ahora corresponde determinar si la naturaleza adjetiva del amparo constituye un impedimento para el cobro de las remuneraciones caídas. Ante ello debo afirmar que en determinados supuestos, la naturaleza adjetiva y sumaria del amparo

⁴⁴ Expediente N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 3

⁴⁵ QUISPE CHÁVEZ, Gustavo; CAMPOS TORRES, Sara y GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *El Amparo Laboral y la vía ordinaria*. Gaceta Jurídica, 1ª edición, octubre, 2010, p. 86.

puede resultar un impedimento para reconocer las remuneraciones devengadas.

Al carecer de etapa probatoria, el amparo requiere que la pretensión dilucidada no sea controvertible, en ese sentido se requiere que el cálculo de remuneraciones devengadas no requiera de una estación probatoria, como la del proceso ordinario laboral. En ese sentido, existe solo la posibilidad de reconocer los salarios caídos en el proceso de amparo si del proceso se puede extraer de manera sencilla el monto total de las remuneraciones devengadas y sus respectivos intereses. En ese sentido se ofrecen como soluciones el proyectar los adeudos a las remuneraciones y demás beneficios de un trabajador no despedido, que se encuentre en las mismas circunstancias laborales, esto es contar con la misma escala remunerativa, contar con el mismo nivel, realizar las mismas labores y la misma cantidad de años laborados en caso se apliquen quinquenios o beneficios relacionados con antigüedad.

Ahora debemos preguntarnos, ¿en qué casos es necesario que el magistrado que conoce de la nulidad de despido en proceso de amparo, se abstenga del reconocimiento de las remuneraciones devengadas? Como ejemplo pongo el caso de una empresa pequeña donde la condición laboral del trabajador despedido sea única; en este caso se hace necesario que se haga una liquidación o pericia de conceptos laborables. Si por ejemplo existe controversia respecto a los alcances de un convenio colectivo; en este supuesto considero que la vía adecuada es el proceso ordinario laboral por otorgar una etapa cognoscitiva más adecuada para controvertir las posiciones.

En todos los casos en que la naturaleza adjetiva de la acción de Amparo constituya un límite para la probanza y determinación de los conceptos laborales dejados de percibir; es de aplicación lo dispuesto por la jurisprudencia de observancia obligatoria contenida en la Casación N.º 2146-2005/LIMA; la cual es materia de análisis; pues dicha sentencia ha dejado allanada la posibilidad de que el trabajador recurra al proceso ordinario laboral para el cálculo de las remuneraciones devengadas.

Así concluyo que en todos los demás supuestos se constituye en una obligación para los jueces que conocen del amparo e incluso para el Tribunal Constitucional, brindar una adecuada prestación restitutoria en sentido amplio, entendida esta como el reconocimiento de las

remuneraciones devengadas como reparación de un efecto negativo que fue declarado nulo y por tanto carente de efectos.

Esto se condice con el principio material *pro homine* y del principio procesal de economía y celeridad procesal, los cuales en favor del justiciable disponen que el proceso es un medio que no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate y que son el fin. Una economía del proceso en referencia a los procesos constitucionales, se trata de “aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos, de modo que corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no dilate los procesos ocasionando un gasto innecesario de tiempo, energía y dinero”; así no solo se apunta a economizar los costos que pueda suponer el proceso y evitar un tránsito innecesario al recurrente, sino hacer del proceso un proceso sumario.⁴⁶

De la misma forma se condice con el principio de concentración, según el cual está ordenado reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidir las en el mínimo de actuaciones y providencias. De esta forma, se evita que el proceso se distraiga en cuestiones accesorias que impliquen suspensión de la actuación principal.⁴⁷

Debemos concluir que resulta atentatorio al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del justiciables adicionalmente es completamente inútil y dilatorio derivar el cálculo de las remuneraciones devengadas que no representan controversia en su cálculo a un proceso ordinario laboral, en el sentido que no es posible obligar al justiciable a transcurrir por dos procesos diferentes cuando no existe impedimento alguno de naturaleza sustantiva o procesal en el proceso de amparo para otorgar una prestación resarcitoria en sentido pleno y adecuado.

⁴⁶ Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. 1ª edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 51-52.

⁴⁷ CHAMBI ARI, Alcides Raúl. *Principios Rectores del Derecho Peruano*. Editorial Grijley, Lima, 2013, pág. 175.

CONCLUSIONES

Respecto a la posibilidad de reconocimiento de remuneraciones devengadas en proceso de amparo, debo señalar que ha quedado claro que no existe impedimento alguno en la estructura conceptual ni de las remuneraciones devengadas por despido nulo, ni en la estructura de la garantía constitucional de amparo, para que los salarios caídos sean reconocidos por la sentencia que declara nulo el despido en proceso de amparo, con una excepción en un contexto específico, esto es cuando del contexto del otorgamiento de los conceptos económicos se perciba meridiana complejidad para la liquidación o cálculo de los mismos.

Como hemos desarrollado previamente; en determinados supuestos bastaría que la judicatura equipare lo percibido por un empleado de la misma categoría y escala salarial en un mismo contexto; sin embargo, en determinados casos el cálculo de los conceptos económicos adeudados puede devenir en controvertible y, por tanto, contraponerse con la naturaleza procesal del amparo.

Comparto la postura de la Corte Suprema según la cual ni el artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ni ningún texto normativo limita el reconocimiento de pago de remuneraciones devengadas solo a los supuestos taxativos del artículo 29° de la misma norma; y si bien es claro que no pueden resolverse prestaciones resarcitorias en el proceso constitucional de amparo que impliquen actuación de medios, nada impide a la judicatura ante un despido vulneratorio de derechos constitucionales, otorgar una efectiva restitución; por ser debido de conformidad a su espíritu.

En ese sentido la debida protección ante un acto viciado de inconstitucionalidad es retrotraer el estado de las cosas al momento anterior de cometido dicho acto, como si este no hubiese existido, es por ello que, al ser las remuneraciones dejadas de percibir, se constituye en un efecto negativo en la esfera económica del trabajador despedido, en la medida que significa carencia de liquidez, y recursos alimentarios; efecto que los jueces que administran justicia a través de la garantía constitucional de amparo deben reconocer y restituir.

A través del presente trabajo rechazo cualquier postura que implique la sobrevivencia de los efectos negativos de un despido afectado de nulidad; siendo que lo nulo siempre es nulo y no puede producir efectos jurídicos, no siendo necesario que los derechos se encuentren contemplados taxativamente en un norma con rango de ley; así considero que el hecho que exista una lista taxativa contemplada en la ley de productividad y competitividad, es una mera opción legislativa para restringir el proceso ordinario laboral a determinados supuestos; lo cual no puede significar un límite para los jueces que conocen del amparo o para el Máximo intérprete de la Constitución, de extender los mismos efectos del proceso ordinario laboral al proceso de amparo.

Considero que la eficacia restitutoria que otorga un proceso de amparo no se limita a la reposición efectiva del trabajador despedido en el sentido que la restitución, vista desde una perspectiva amplia, implica el deber de los órganos jurisdiccionales de aniquilar todo efecto lesivo, ocasionado por la decisión unilateral del empleador. Una restitución en sentido amplio, implica reconocer que los salarios caídos son consecuencia de un acto nulo, y que la declaración de nulidad manifestada por el operador jurisdiccional en sede constitucional, tiene los mismos efectos *ex tunc*, que se le reconocen en el proceso ordinario laboral. Negar este argumento es vaciar de contenido al concepto de nulidad, darle la espalda, utilizando una regla de carácter procesal constitucional, para justificar un claro atentado contra el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Negar la posibilidad del reconocimiento de remuneraciones devengadas por despido nulo reconocido en amparo, sea en la vía ordinaria habilitada por la Casación N° 2146-2005/LIMA materia de análisis o en la vía constitucional cuando no se requieran cálculos de mayor complejidad, constituye una autorización tácita a los empleadores,

a cometer despidos inconstitucionales sin asumir las consecuencias de su lesión; es decir que consiste en darle efectos lesivos a una decisión unilateral que vulnera derechos constitucionales, otorgándole al empleador una ventaja que degeneraría en rentable los despidos nulos; en la medida que al considerar la predictibilidad de un escenario donde no se van a generar consecuencias económicas ante un despido inconstitucional se constituye en una promoción tacita de un acto inconstitucional.

Si bien en el Perú no existe pronunciamiento constitucional que amplíe las facultades de los órganos jurisdiccionales que conocen en amparo por despido nulo para el otorgamiento de remuneraciones devengadas, hemos dado un tremendo paso con el precedente constitucional vinculante contenido en el caso Anicama recaído en el expediente 1417-2005-AA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional considera que el amparo a pesar de carecer de estación probatoria es competente para el reconocimiento de derechos con contenido previsional, siempre y cuando la afectación esté vinculada con el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional; además si consideramos que el salario tiene naturaleza de derecho social de contenido económico al igual que el derecho a la pensión, como señala los considerandos de la sentencia de casación, se impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas para subvenir las necesidades vitales de las personas y satisfacción de la procura existencial. En ese sentido e interpretando analógicamente, constituye también una obligación el reconocimiento de los salarios dejados de percibir ya que no existiendo impedimento alguno, es un incongruente con el fin del proceso de amparo que la judicatura se abstenga de realizar un cálculo tan sencillo y necesario para una correcta restitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHULLI ESPINOZA Maribel, HUAMÁN ESTRADA Elmer, CAVALIÉ CABRERA, Paul y otros. *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*, Gaceta Jurídica, Lima 2011.
- ALMANSA PASTOR, José M. *El Despido Nulo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968.
- ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Editorial Ariel. Madrid, 1981.
- ARCE ORTÍZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Editorial ARA, Lima, 2006.
- BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2003.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Editorial ARA, Lima, 2006.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El pago de remuneraciones devengadas en caso de reposición dispuesta en el proceso de amparo*. Soluciones Laborales. Año 6, Numero 63, Marzo 2013.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Editorial Grijley, Lima, 2008.

- CASTILLO CORDOVA, Luis. *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. 1ª edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
- CHAMBI ARI, Alcides Raúl. *Principios Rectores del Derecho Peruano*. Editorial Grijley, Lima, 2013.
- FERNANDEZ AVILES, José Antonio. *Configuración jurídica del salario*. Editorial Comares. Granada, 2011.
- FERRO DELGADO, Víctor; GARCÍA GRANARA, Fernando. *Derecho individual del trabajo: materiales de enseñanza*. PUCP Facultad de Derecho, Lima, 1993.
- PIZARRO DIAZ, Mónica. “*El carácter remunerativo de los pagos recibidos cuando no existe prestación efectiva de servicio; el caso de los despidos nulos*”. En el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa, 2006.
- PIZARRO DIAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*. Estudio Gonzales y Asociados. Lima. 2006.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo; MESINAS MONTERO, Federico. *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima. Gaceta Jurídica Editores, 2009.
- Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N°68,2012, *Crítica de la libertad sindical*. ERMIDA URIART, Óscar.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del tribunal Constitucional en el caso Telefónica*. Dialogo con la Jurisprudencia, N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*, Plades Editores, Lima, 2010.