

Por:

Por: Luz Pacheco Zerga*

LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN
PROCESO DE AMPARO: CASACIÓN LABORAL
992-2012-AREQUIPA, 09/03/2012

Resumen

El presente artículo analiza la naturaleza jurídica de un despido privado de eficacia jurídica, sea en sede constitucional o legal, así como las consecuencias que se siguen en relación a los salarios caídos o remuneraciones devengadas, que son reconocidos por el derecho comparado, pero negados por la Corte Suprema en sus últimas sentencias.

Palabras clave: despido nulo, acción de amparo, salarios caídos, remuneraciones devengadas, principio de igualdad, principio protector, no discriminación.

Abstract

This article analyzes the legal nature of private dismissal legally, either constitutional or statutory seat and the consequences that follow in relation to wages or compensation earned, which are recognized by comparative law, but denied by the Supreme Court in its recent judgments.

Keywords: wrongful dismissal, protection action, wages or remuneration earned, equality principle, protective principle, not discrimination.

Sumario

I. CRITERIO DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN PROCESO DE AMPARO. II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA NO PROCEDENCIA DEL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN PROCESO DE AMPARO. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CRITERIO DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN PROCESO DE AMPARO

La sentencia bajo comentario resuelve el recurso de casación presentado por la Autoridad Autónoma de Majes - Proyecto Especial de Majes Siguan 7 (AUTODEMA) contra la resolución de la Corte Superior, que había confirmado la de primera

* Abogada por la PUCP. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. E-mail: luz.pacheco@udep.pe.

instancia al declarar fundada la demanda interpuesta por Félix Elías Valdivia Roldán y ordenado el pago de cincuenta y tres mil treinta y cinco Nuevos Soles con doce céntimos (S/ 53,035.12) con intereses legales por concepto de remuneraciones devengadas, gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios por el período que estuvo despedido, esto es, desde el mes de enero del dos mil ocho al mes de noviembre del dos mil nueve.

El recurso fue admitido por las causales de inaplicación de los artículos 6 y 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y el numeral d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 alegados por la empresa. Esta consideraba que el pago de remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que duró el proceso de amparo por despido fraudulento no era procedente en este caso. Afirma en su escrito que sólo es procedente cuando se trata de un despido nulo tipificado en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral: LPCL en adelante). Más aún, alega que durante el período en el que se exige el pago de remuneraciones no hubo prestación efectiva de servicios, por lo que «en aplicación del artículo 6 de la LPCL no se generó la contraprestación remunerativa».

La Corte Suprema inicia su análisis de la legislación invocada en el recurso, esto es del artículo 40 de la LPCL¹, el 6^o y el numeral d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto³. A continuación, resume la argumentación de las dos instancias inferiores que consideraron que el pago de las remuneraciones devengadas era procedente «no sólo en los casos de nulidad de despido, sino también en forma analógica en los casos en que se ha declarado judicialmente la reposición del trabajador vía amparo, que el periodo en que se encontró injustamente separado del trabajo debe ser considerado como efectivamente laborado, pues se produjo la suspensión imperfecta del contrato de trabajo, debido a la conducta de la empleadora, por lo que se deben abonar las remuneraciones sin que exista una prestación efectiva de labores». Y, luego de transcribir esta opinión, afirma que no es

¹ «Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses».

² «Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto».

³ «En la Administración Pública, en materia de gestión de personal, se tomará en cuenta lo siguiente: (...) d) El pago de remuneraciones sólo corresponde como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, quedando prohibido, salvo disposición de Ley expresa en contrario o por aplicación de licencia con goce de haber de acuerdo a la normatividad vigente, el pago de remuneraciones por días no laborados. Asimismo, queda prohibido autorizar o efectuar adelantos con cargo a remuneraciones, bonificaciones, pensiones o por compensación por tiempo de servicios».

posible equiparar la restitución del proceso de amparo con el objeto de la demanda por despido nulo y que, no es procedente ordenar el pago de las remuneraciones devengadas por las siguientes razones:

- a) El amparo se ordena «a la restitución de un derecho subjetivo específico», mientras que la demanda en sede ordinaria busca la declaración de «la nulidad de un acto de despido», por tanto, son pretensiones «de índole distinta».
- b) En atención del principio de legalidad no es viable aplicar el artículo 40 del Decreto Supremo 003-97-TR con un criterio que exceda «los límites materiales y objetivos de la sentencia de amparo», que sería el de las instancias inferiores, pues equivaldría a convertir el proceso laboral en «una vía de ejecución de la sentencia de amparo, respecto de un extremo que no fue resuelto, ni discutido en el proceso de amparo».
- c) Corrobora esta última afirmación en que de acuerdo al artículo 2 de la Resolución de Jefatura Nº 007-88-INADE-1100, la Autoridad Autónoma de Majes - Proyecto Especial de Majes Siguan - AUTODEMA, «es un organismo público descentralizado, cuyo funcionamiento es conducido y coordinado por el Instituto Nacional de Desarrollo - INADE, de quien depende y que cuenta con personería jurídica de Derecho Público Interno, con autonomía técnico económica y administrativa». Por tanto, debe adecuarse a lo previsto en la Tercera Disposición Transitoria, numeral a) de la Ley Nº 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, lo cual se refleja en el mandato del Tribunal Constitucional, que «sólo se ha ordenado la reposición del actor a su centro de trabajo».
- d) Entiende que la reposición «real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo», pero «no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período 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 IV del Título Preliminar del Código Civil».
- e) Tampoco considera que se haya operado una suspensión imperfecta del contrato de trabajo, pues, a su juicio, esta calificación «omite considerar la naturaleza del proceso de amparo y utiliza argumentos de analogía que no son viables en este caso».
- f) Cita, por último, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de enero de 2001 que ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano, pero no ordenó el pago de remuneraciones devengadas, y, en cambio «estableció que el Estado peruano debía indemnizar a los magistrados repuestos en sus labores, to-

mando como uno de los criterios para el efectivo resarcimiento los salarios y prestaciones dejados de percibir sin perjuicio de todos los daños que se acrediten debidamente y que tuvieran conexión con el hecho dañoso constituido por el ilegal cese; sin ordenar el pago de remuneraciones devengadas».

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA NO PROCEDENCIA DEL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN PROCESO DE AMPARO

En base al análisis recogido en el apartado anterior, la Corte Suprema declara «que no existe derecho a remuneraciones por el periodo no laborado, interpretación que también es concordante con el criterio del Tribunal Constitucional respecto de este derecho constitucional lo cual, obviamente, no implica negar que efectivamente pueda existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto y ante el Juez y vía procedimental predeterminados por ley».

Procedemos ahora a analizar las razones esgrimidas por la Corte Suprema y:

a) Sobre la diferencia entre las pretensiones en el proceso de amparo y el despido nulo, habría que recordar que, de acuerdo a las causales previstas en el art. 29 de la LPCL⁴, «por propia definición, el despido nulo supone la vulneración del contenido constitucional de un derecho fundamental»⁵. Y, consecuentemente, el trabajador tiene derecho a ser repuesto en el trabajo ya que «el despido debe entenderse como jurídicamente *inválido*, es decir, como si nunca se hubiese producido»⁶. En palabras del Tribunal Constitucional, en estos casos el elemento determinante del despido es «un motivo ilícito que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional, de donde se puede inferir que el bien jurídico protegido a

⁴ Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
 - b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
 - c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
 - d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
 - e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto. (*)
- (*) Inciso modificado por el Artículo I de la Ley N^o 27185, publicada el 19-10-99, cuyo texto es el siguiente:

«e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa».

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima, Grijley, 2008.

⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, 2008. Las cursivas no son del original.

través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan solo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio, en perjuicio del trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición»⁷. Por tanto, el *derecho subjetivo* que se restituye en un proceso de amparo comprende, al menos, dos derechos fundamentales: el violado directamente por el despido y el derecho al trabajo, porque «el derecho al trabajo se vulnera por ser despedido el trabajador en quebrantamiento de cualquier otro derecho fundamental. Forma parte del derecho constitucional al trabajo, la exigencia de que el trabajador sea tratado dignamente en la relación laboral. Y se incurre en trato indigno cuando el empleador vulnera los derechos fundamentales del trabajador»⁸. Por tanto, en puridad ambos procesos, aunque por vías distintas, declaran la ineficacia del acto empresarial y, consecuentemente, su nulidad, ya que para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador es necesaria su reposición y restituir las cosas al estado previo al despido nulo.

b) Las consecuencias económicas que se siguen a un despido privado de eficacia jurídica o nulo –sea vía amparo o por un proceso laboral- son dos, las detalladas en el artículo 40 de la LPCL: el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes y de «los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses». Por tanto, los magistrados de primera y segunda instancia al equiparar las consecuencias del despido nulo con las del proceso de amparo, siguiendo la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre la ineficacia de los despidos arbitrarios realizados sin causa o de modo fraudulento⁹, realizan una deducción razonable, amparada en la dogmática jurídica elaborada por ese Tribunal y también por la doctrina académica común a todas las disciplinas, según la cual «la nulidad se impone porque no puede atribuírsele eficacia jurídica y considerarse jurídicamente vinculante un acto de autonomía privada que esté dirigido a la consecución de un fin ilícito por ser prohibido, inmoral o atentar contra el orden público»¹⁰.

El art. 40 de la LPCL establece la medida excepcional de mantener para el empleador unas concretas obligaciones retributivas, aún cuando el trabajador no haya cumplido con su prestación. Esas obligaciones, como ya hemos dicho, son el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el de la compensación por tiempo de servicios con los intereses que pudieran corresponder. Por remuneración ha de entenderse la definida en los artículos 6 y 7 de la LPCL, por eso, el mandato de pagar las vacaciones y

⁷ Código Procesal Constitucional, art. 1°.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, 2008.

⁹ Excede el ámbito de este comentario referirse a la constitucionalidad de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional para estos supuestos.

¹⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima, Grijley, 2002.

gratificaciones, que hicieron las instancias inferiores, constituye una analogía contraria al orden jurídico¹¹, que, va más allá de la teleología de la norma.

En cambio, no parece suficiente la razón alegada por la Corte Suprema para no reconocer la obligación específica del art. 40 de la LPCL el aducir tanto el respeto al principio de legalidad y su oposición a que el proceso laboral se convierta en uno de ejecución de sentencia, porque privilegia criterios formalistas por encima de la justicia material, ya que de acuerdo al derecho nacional y al comparado la nulidad de un despido tiene como consecuencia necesaria la obligación de pagar las remuneraciones devengadas, que por ser una cuestión de competencia de la justicia laboral no puede, ni debe ser calculada en sede constitucional.

c) También parece criticable exonerar al empleador de la obligación de pagar los salarios caídos por ser una entidad del Estado sujeta a las leyes del presupuesto nacional, ya que implica realizar una interpretación contraria al principio constitucional de interpretar las normas en el sentido más favorable al trabajador¹². Y porque establece un «privilegio» a favor del Estado, desnaturalizando así el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y violando los principios de igualdad y no discriminación.

d) Por otro lado, calificar la reposición como una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente al cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo no es un error jurídico, porque como hemos afirmado antes, cuando un tribunal, sea el constitucional o el ordinario, priva de eficacia jurídica a un despido, éste se convierte en nulo y sus consecuencias son las reguladas el art. 40 de la LPCL antes comentado. No se trata de una analogía de excepción sino, de la calificación jurídica que el ordenamiento les ha conferido tanto en el Perú como en otros países occidentales. En cambio, estamos de acuerdo con la Corte Suprema en considerar que no es procedente calificar a ese periodo de tiempo como una suspensión imperfecta porque se trata de una situación *sui generis* cuyos efectos sólo pueden ser los previstos taxativamente en el ordenamiento jurídico.

e) Finalmente, la Corte Suprema emplea como argumento a favor de su postura la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de enero de 2001 que ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano, pero no ordenó el pago de remuneraciones devengadas, sino únicamente una indemnización, que debería tener como referencia los salarios y prestaciones dejados de percibir, además de los daños que se acreditasen debidamente. Sorprende, por decir, lo menos este argumento de la Corte Suprema, pues la sentencia, que aparece publicada en la web del Tribunal Constitucional¹³ dice textualmente en la parte de la fundamentación¹⁴:

¹¹ Cfr. Código Civil, art. IV.

¹² Constitución del Perú art. 26.3.

¹³ Cfr. http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_71_esp.pdf.

¹⁴ Las cursivas no son del original.

«Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte debe disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados. La Corte observa que el 17 de noviembre de 2000 el Congreso de la República del Perú dispuso la reinstalación de los magistrados en sus respectivos cargos (supra 26 y 56.30), la cual ya se efectuó. No obstante, *esta Corte considera que, adicionalmente, el Estado debe resarcir a dichos magistrados por los salarios y prestaciones dejados de percibir (supra 56.31)*. También estima necesario el resarcimiento de las costas y gastos en que hubieran incurrido las víctimas con motivo de las gestiones relacionadas con la tramitación del caso ante la justicia, tanto en la jurisdicción interna como internacional» (120).

«Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que *el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación*. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible» (121).

Y en la parte resolutive en el n. 130.5 la Corte decide por unanimidad¹⁵:

«Que el *Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación correspondan a los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de la presente Sentencia*».

Por tanto, es falso que la Corte Interamericana avale el equivocado criterio de la Corte Suprema. Por el contrario, en aplicación del principio de la *restitutio in integrum*, corresponde regresar las cosas a su estado anterior, reparar las consecuencias del acto violatorio e indemnizar¹⁶.

15 Las cursivas no son del original.

16 «La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados». Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de enero de 2001, n.119.

III. CONCLUSIONES

1. Tanto el proceso de amparo como el de nulidad de despido buscan, aunque por vías distintas, que se declare la ineficacia del acto empresarial y, consecuentemente, su nulidad, ya que para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador es necesaria su reposición y restituir las cosas al estado previo al despido nulo.

2. De acuerdo al derecho nacional y al comparado, la nulidad de un despido –sea declarado en vía constitucional u ordinaria– tiene como consecuencia necesaria la obligación de pagar las remuneraciones devengadas, que por ser una cuestión de competencia de la justicia laboral no puede, ni debe ser calculada en sede constitucional.

3. Exonerar al empleador de la obligación de pagar las remuneraciones devengadas por el sólo hecho de ser una entidad del Estado -sujeta a las leyes del presupuesto nacional-, implica realizar una interpretación contraria al principio constitucional de interpretar las normas en el sentido más favorable al trabajador y una discriminación contraria al orden constitucional.

4. Cuando un tribunal, constitucional u ordinario, priva de eficacia jurídica a un despido, éste se convierte en nulo, sus consecuencias son las reguladas en el art. 40 de la LPCL. No se trata de una analogía de excepción sino, de la calificación jurídica que el ordenamiento les ha conferido tanto en el Perú como en otros países occidentales. Y éste fue el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al reponer a tres magistrados peruanos que fueron depuestos por el Gobierno del país, porque ordenó *al Estado pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondiesen de acuerdo a la legislación nacional*.

5. No cabe pues admitir el equivocado criterio de esta sentencia, que empezó con la Casación N° 2712-2009-LIMA y fue reiterada en la N° 992-2012-AREQUIPA, las que merecieron fuertes críticas de la doctrina nacional¹⁷. Más bien, consideramos que el Tribunal Constitucional peruano debería imitar a su homólogo español, que por un principio de economía procesal, cuando ampara una demanda de reposición ordena a la empresa readmitir al trabajador y al juzgado de trabajo, que conoció inicialmente del procedimiento, calcular las remuneraciones devengadas¹⁸.

Recurrir a distinciones formales desgajadas del contenido material de los derechos deja indefensos a los justiciables que observan con asombro que si bien se reconoce la falta de eficacia jurídica del despido y se repone al trabajador, por otro, se le priva del derecho a cobrar las remuneraciones devengadas, que le asiste de acuerdo a la legislación, a la doctrina, a la jurisprudencia internacional y al derecho comparado.

¹⁷ Cfr., por todos, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El pago de las remuneraciones devengadas en caso de reposición dispuesta en el proceso de amparo en *Soluciones Laborales* N° 63, 2013, pp. 13-20.

¹⁸ En nuestro medio se ha propuesto que sea el mismo Tribunal Constitucional el que las calcule y pague pero nos parece más adecuada la solución española, que respeta el ámbito que corresponde a cada jurisdicción, ya que el cálculo de las remuneraciones devengadas corresponde a la laboral y no a la constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. «El pago de las remuneraciones devengadas en caso de reposición dispuesta en el proceso de amparo en *Soluciones Laborales* N° 63, 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima, Grijley, 2008.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima, Grijley, 2002.