

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los
trabajadores repuestos a través del proceso de amparo y su pago en
la misma vía procedimental**

Tesis para optar el grado de Abogado

AUTOR : Bach. CARLOS ESTEBAN RIVERA RAMOS

ASESOR : Mg. JOSE RAMIRO FERRADAS CABALLERO



Trujillo – Perú
2014

DEDICATORIA

A Dios por darme la vida y ayudarme a seguir el camino correcto, y a mis padres por apoyarme sin condición alguna.

A mi hermana y Laura por ayudarme a mantenerme constante en esta etapa de la vida.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores que con su ayuda incondicional me motivaron en la investigación.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO PRESENTE

A ustedes presento la presente investigación titulada “Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo y su pago en la misma vía procedimental”, la misma que ha sido llevada bajo el esquema establecido en el reglamento de la Universidad Privada Antenor Orrego, esperando el más profundo entendimiento y generar un aporte a la sociedad jurídica para el futuro.

Atentamente

EL INVESTIGADOR

CARLOS ESTEBAN RIVERA RAMOS

DNI N° 45582188

RESUMEN

El presente trabajo de tesis titulado “**Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo y su pago en la misma vía procedimental**”, es una investigación que busca resolver la problemática actual de la denegatoria del pago de las remuneraciones devengadas en un proceso de amparo, puesto que los justiciables tienen que acudir ante otro proceso judicial para ver satisfecho su derecho.

Proponemos como hipótesis que en un proceso de amparo sí procede el pago de las remuneraciones devengadas porque estas deben ser consideradas como naturaleza restitutoria. Es por ello que mediante nuestro objetivo general buscamos determinar en qué medida es posible otorgar el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición en un proceso de amparo.

Basados en la metodología científica para el desarrollo de la presente investigación se ha obtenido como resultado que se aprueba la tesis concluyendo que las remuneraciones devengadas derivadas de un proceso de amparo tienen naturaleza restitutoria y corresponde su pago en la misma vía procedimental.

Palabras claves: Remuneraciones devengadas, despido, proceso de amparo, proceso laboral, proceso ordinario, inconstitucional, nulidad, indemnización, derechos fundamentales, derechos constitucionales, trabajo, prestación de servicios, resarcitorio y restitutorio.

ABSTRACT

The present thesis work entitled "**Nature of the restitutive accrued wages of workers spare parts through a process of amparo and your payment in the same procedural path**", is a research that seeks to resolve the current problems of the denial of the payment of the salaries earned in a process of amparo, since litigants have to go before another judicial process to see satisfied their right.

We propose a hypothesis that in a process of amparo if applicable payment of the salaries earned because these should be considered as restitutive nature. That is why using our general objective sought to determine to what extent it is possible to grant payment of the salaries accrued as a result of replenishment in the process of amparo.

Based on the scientific methodology for the development of the present investigation has been obtained as a result that approves the thesis concluded that the remuneration payable derived from a process of amparo has nature and restitutive corresponds to your payment in the same procedural path.

Key Words: Fees accrued dismissal, a process of amparo, labor process, regular process, unconstitutional, annulment, compensation, fundamental rights, constitutional rights, labor, service delivery, resarcive and restitutorio.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--------------------------|-----|
| DEDICATORIA | ii |
| AGRADECIMIENTO | iii |
| PRESENTACIÓN..... | iv |
| RESUMEN..... | v |
| ABSTRACT..... | vi |
| TABLA DE CONTENIDO | vii |
| ÍNDICE DE GRÁFICOS | xii |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 15 |
| 2. Planteamiento del problema | 16 |
| 3. Formulación del problema | 22 |
| 4. Hipótesis | 22 |
| 5. Variables..... | 22 |
| 6. Operacionalización de variables | 23 |
| 7. Objetivos | 23 |
| 7.1 objetivo general | 23 |
| 7.2 objetivos específicos..... | 24 |
| 8. Justificación | 24 |

CAPÍTULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

| | |
|------------------------|----|
| 1. Antecedentes | 27 |
| 2. Marco teórico | 30 |

TÍTULO I

GENERALIDADES

| | |
|---|----|
| 1. Principios del derecho del trabajo con respecto al despido lesivo de derechos fundamentales | 30 |
| 1.1 Principio de irrenunciabilidad..... | 31 |
| 1.2 Principio in dubio pro operario | 32 |
| 1.3 Principio de igualdad de trato y no discriminación | 33 |

| | |
|---|----|
| 1.4 Principio de continuidad..... | 34 |
| 2. Extinción del contrato de trabajo..... | 35 |
| 2.1 Por la voluntad unilateral del trabajador | 35 |
| 2.2 Por voluntad unilateral del empleador | 36 |
| 2.3 Por voluntad concurrente de ambas partes | 37 |
| 2.4 Por desaparición de las partes | 37 |
| 2.5 La jubilación o incapacidad del trabajador | 38 |
| 3. El despido | 39 |
| 3.1 Concepto de despido..... | 40 |
| 3.2 Clases de despido establecidas por la legislación laboral | 40 |
| 4. Proceso constitucional de amparo | 43 |
| 4.1 Naturaleza del proceso de amparo..... | 43 |
| 4.2 Finalidad del proceso de amparo | 44 |
| 4.3 Presupuestos para la procedencia del amparo | 44 |
| 5. La remuneración | 46 |
| 5.1 Características de la remuneración | 47 |
| 5.2 Formas de remuneración..... | 48 |

TÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA FIGURA DE DESPIDO Y LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

| | |
|--|----|
| 1. El despido en el Código de Comercio de 1902..... | 50 |
| 2. La Ley N° 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928..... | 53 |
| 3. Decreto Ley N° 18471..... | 55 |
| 4. Decreto Ley N° 22126..... | 57 |
| 5. La estabilidad laboral en la Constitución de 1979..... | 59 |
| 6. La Ley de Estabilidad del Trabajo, Ley N° 24514 | 61 |
| 7. Ley de Fomento del Empleo. Decreto Legislativo N° 728..... | 63 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | |
|-----------------------------|----|
| 1. Material de estudio..... | 67 |
|-----------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 1.1 Población..... | 67 |
| 1.2 Muestra..... | 67 |
| 1.3 Tamaño de la muestra..... | 68 |
| 2. Métodos y técnicas | 69 |
| 2.1 Métodos de investigación | 69 |
| 2.1.1 Métodos lógicos | 70 |
| 2.1.2 Método jurídico | 71 |
| 2.2 Diseño de contrastación | 72 |
| 2.3 Técnicas e instrumentos de investigación | 73 |
| 3. Cálculo definitivo de la muestra | 75 |
| 4. Utilización de medios de tendencia centrada..... | 75 |
| 5. Construcción de instrumentos | 76 |
| 6. Procedimiento de datos | 76 |

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

TÍTULO I

ANÁLISIS DEL DESPIDO NULO Y SU EFICACIA REPARADORA

| | |
|---|----|
| 1.1. Alcances sobre el despido nulo en el Decreto Legislativo N° 728 | 78 |
| 1.2. Sustento de los motivos prohibidos del despido nulo | 79 |
| 1.3 Análisis de los motivos prohibidos del despido nulo | 81 |
| 1.3.1. La discriminación | 82 |
| 1.3.1.1. Concepto amplio de discriminación: | 82 |
| 1.3.1.2. Clases de discriminación: | 84 |
| 1.3.1.3. Discriminación en la relación laboral: | 85 |
| 1.3.1.4. Problemática sobre la discriminación el sentido peyorativo de la LPCL: | 87 |
| 1.3.1.5. La discriminación por razón de sexo y la protección de la mujer embarazada: | 89 |
| 1.3.2. La libertad sindical | 90 |
| 1.3.2.1. Delimitación conceptual..... | 90 |
| 1.3.2.2. La Libertad sindical en la legislación peruana | 92 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.2.3. Libertad sindical como motivo prohibido de despido | 93 |
| 1.3.3. La tutela jurisdiccional, como despido por represalia del empleador por presentación de una queja | 95 |
| 1.4 Despido nulo como lesivo de los derechos constitucionales | 100 |
| 1.5 Eficacia reparadora del despido nulo en la vía laboral y en la vía constitucional..... | 102 |
| 1.5.1 Tutela restitutoria del despido por lesión de los derechos constitucionales..... | 106 |
| 1.5.2 Naturaleza jurídica de la reposición del trabajador y el pago de los beneficios dejados de percibir..... | 108 |

TÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DEFENSA DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO DE AMPARO

| | |
|--|-----|
| 2.1. Aproximaciones sobre los derechos fundamentales..... | 111 |
| 2.1.1. Teorías sobre los derechos fundamentales..... | 111 |
| 2.1.1.1. Los derechos públicos subjetivos..... | 111 |
| 2.1.1.2. Eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares..... | 117 |
| 2.1.2. Definición de los derechos fundamentales..... | 123 |
| 2.1.3. Contenido constitucional de los derechos fundamentales..... | 126 |
| 2.2. Contenido constitucional del derecho al trabajo y la procedencia del amparo..... | 129 |
| 2.2.1 Acceso al trabajo: | 131 |
| 2.2.2 Permanencia en el trabajo:..... | 132 |
| 2.3 Contenido constitucional del derecho a la remuneración..... | 135 |

TÍTULO III

DESARROLLO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MATERIA LABORAL

| | |
|---|-----|
| 3.1 Introducción histórica al proceso de amparo | 138 |
| 3.2 Proceso de amparo laboral:..... | 142 |

3.3 Desarrollo jurisprudencial relevante del Tribunal Constitucional en materia de despido en el proceso de amparo: 143

3.4 Naturaleza jurídica del proceso de amparo laboral..... 145

3.5 Finalidad y límites del proceso de amparo y su eficacia reparadora en materia laboral..... 147

TÍTULO IV

HISTÓRICO DEL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA

4.1 Según el Tribunal Constitucional. 153

4.1.1 Sentencias entre los años 1996 al 1998..... 153

4.1.2 “La remuneración constituyen una contraprestación de servicios.” 154

4.1.3 “Las remuneraciones devengadas a título de indemnización por el daño causado” 155

4.2 Según la Corte Suprema de Justicia..... 156

4.2.1 Posición favorable al pago de las remuneraciones devengadas 156

4.2.1 Posición negativa al pago de las remuneraciones devengadas. 159

TÍTULO V

PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LA VÍA CONSTITUCIONAL

5.1 Introducción 161

5.2 Análisis de los criterios que niegan el pago de las remuneraciones devengadas 163

5.2.1 Prestación efectiva de labores de un despido inconstitucional.. 163

5.2.2 ¿Tiene carácter indemnizatorio las remuneraciones devengadas? 168

5.2.3 Declaratoria de nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales y sus efectos jurídicos..... 179

5.2.4. Efectos de la sentencia de amparo que declara nulo el despido. 190

TÍTULO VI

ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS Y LA GUÍA DE OBSERVACIÓN

| | |
|-------------------------------------|------|
| 6.1 De las entrevistas | 203 |
| 6.2 De la guía de observación | 2039 |
| CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS..... | 246 |

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|----------------------|-----|
| CONCLUSIONES | 249 |
| RECOMENDACIONES..... | 253 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 255 |
| ANEXOS..... | 258 |

ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | |
|------------------|-----|
| Gráfica 1 | 204 |
| Gráfica 2 | 205 |
| Gráfica 3 | 205 |
| Gráfica 4 | 209 |
| Gráfica 5 | 209 |
| Gráfica 6 | 210 |
| Gráfica 7 | 213 |
| Gráfica 8 | 213 |
| Gráfica 9 | 214 |
| Gráfica 10 | 218 |
| Gráfica 11 | 218 |
| Gráfica 12 | 219 |
| Gráfica 13 | 222 |
| Gráfica 14 | 222 |

| | |
|------------------|-----|
| Gráfica 15 | 223 |
| Gráfica 16 | 226 |
| Gráfica 17 | 226 |
| Gráfica 18 | 227 |
| Gráfica 19 | 231 |
| Gráfica 20 | 231 |
| Gráfica 21 | 232 |
| Gráfica 22 | 236 |
| Gráfica 23 | 236 |
| Gráfica 24 | 237 |
| Gráfica 25 | 239 |
| Gráfica 26 | 242 |
| Gráfica 27 | 244 |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ha desarrollado sobre la negación del pago de las remuneraciones devengadas derivadas de un proceso de amparo, es así que lleva como enunciado el siguiente problema: ¿Es posible otorgar al trabajador repuesto judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental? En la actualidad, los trabajadores que han sido despidos en forma arbitraria con lesión de sus derechos constitucionales pueden ser tutelados a través de un proceso constitucional de amparo, ello conforme a amplio desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitución que ha dejado la puerta abierta para demandar estas pretensiones. Sin embargo, conjuntamente con las pretensiones de amparo solicitando la inconstitucionalidad del despido lesivo, los trabajadores también reclaman el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de realización del despido hasta su efectiva reposición. A ello el Tribunal Constitucional niega la procedencia de esta pretensión porque la considera como una reparación resarcitoria, incompatible que la finalidad del proceso de amparo; es así que los justiciables recurren ante otros procesos judiciales para ver satisfechos sus derechos.

En la hipótesis de la presente investigación, propongo que la razón justificada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza resarcitoria de las remuneraciones devengadas no es del todo correcta, puesto que éste debe ser entendida como una de naturaleza restitutoria como consecuencia de la continuidad de la relación del trabajo, así procedería el pago de las remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental de amparo.

Como principal objetivo nos hemos planteado la necesidad de determinar en qué medida es posible otorgar el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición derivado de un proceso de amparo en la misma vía procedimental;

situación que encontramos su justificación para dar solución al problema, puesto que en la actualidad los trabajadores que han sido sujeto a despido lesivo de derechos constitucionales deben acudir antes dos vías procedimentales para ver satisfecho su derecho, tanto la reposición como el pago de sus remuneraciones devengadas, generando ello demora en el acceso a la justicia y mayores costos a nivel del trabajador como del Estado, puesto que para el trabajador. ¿Qué caso tiene que su defensa sólo pretenda solicitar el pago de remuneraciones devengadas accesoria a la reposición sin más que probar la sentencia favorable que ordena su reposición? Mientras que para el Estado, los costos son innecesario al tener una mayor certeza que luego de declarar fundada la demanda de amparo procede en otra vía el pago de las remuneraciones devengadas, es decir no existe controversia que discutir; asimismo, tratamos de dar solución a un problema que a nivel judicial existe mucha discrepancia puesto que no hay criterio uniforme sobre este tema, con lo cual pretendo exponer razones que puedan unificar un solo criterio a favor del pago de las remuneraciones devengadas en la vía constitucional.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestra legislación peruana laboral, uno de los temas que ha tenido mayor relevancia y con ello, constante desarrollo y cambios a nivel legislativo y jurisprudencial, es el despido. Esto se debe básicamente al constante debate que hubo entre ambas partes involucradas en el desarrollo económico nacional que son el empleador y trabajador. Es claro que “la evidente contraposición de intereses que entran en juego, pues de un lado, se pretende la conservación del empleo y el salario como medio de subsistencia del trabajador, mientras que otro, se promueve la supervivencia de la empresa en tanto fuente de empleo” (ARCE, 2008: 25). Se puede decir, entonces, que el despido se ha convertido, con el correr del tiempo, en el principal “campo de batalla” del enfrentamiento entre el principio protector laboral de los trabajadores y las contrapropuestas economistas a cargo de la inversión privada.

A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 de 12 de Noviembre de 1991, se “encamina a articular empresas competitivas y de mayor productividad, plasmando distintas maneras destinadas a flexibilizar el principio de estabilidad laboral” (Arce, 2006: 43-44). Sin embargo, es el lugar donde encontramos los primeros niveles de protección al trabajador contra el despido y, específicamente, en lo que respecta a la presente investigación, el Artículo 78° de la LFE¹ en donde señala que en caso de declarar fundada la demanda de reposición cuando el despido es nulo, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de su reposición. Este es el primer antecedente de pago de las remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos judicialmente por un despido nulo. En consecuencia, el avance y desarrollo de las remuneraciones devengadas en este supuesto es donde empieza su cauce legal.

De lo expuesto encontramos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)² recoge la misma situación en sus modificaciones introducidas, en donde, en lo que acontece al declarar fundada la demanda por despido nulo, le corresponde al trabajador el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta su reposición tal como lo dispone el artículo 40 del mencionado cuerpo normativo³.

Otro punto de partida como cambio y desarrollo sustancial del despido, es el realizado a través de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, respecto al despido lesivo de derechos

¹ *Artículo 78.- Al declarar fundada la demanda, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en los casos y de la manera siguiente:*

a) Si el despido es nulo, desde la fecha en que se produjo hasta la reposición efectiva; (...)

² Dada la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 855, publicada el 04-10-1996, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral (LFPL) y Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), y en la medida que el reordenamiento ha sido ejecutado vía los Decretos Supremos N° 002-97-TR y 003-97-TR, creemos apropiado, en adelante, sustituir nominalmente la llamada “Ley de Fomento del Empleo” por las mencionadas denominaciones que en la actualidad de asuma.

³ *Artículo 40.- 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 períodos de inactividad procesal no imputables a las partes*

fundamentales. Es por ello que surge el control y resguardo de los derechos fundamentales hacia el trabajador a través de las garantías constitucionales, que para el presente caso es el proceso constitucional de amparo.

El Tribunal Constitucional, en calidad de supremo intérprete de la Constitución, desarrolla una vasta jurisprudencia protegiendo al trabajador que ha sido despedido en afectación de sus derechos fundamentales y/o constitucionales. A través de la vía constitucional, los trabajadores buscaban tutela judicial con la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho constitucional, conforme lo establecía en su momento el artículo primero de la Ley N° 23506⁴ y posteriormente con lo recogido el mismo precepto por el Código Procesal Constitucional.

Como consecuencia del desarrollo jurisprudencial constitucional, el Tribunal Constitucional logra emitir la primera sentencia relevante para el despido que es la STC N° 1124-2001, que abre la pauta para una nueva conceptualización del despido arbitrario y su protección contra este; posteriormente, con la STC N° 976-2001 se emite una nueva clasificación del despido a lo que ya teníamos a través del cuerpo normativo, y son el Despido Injustificado, Despido Fraudulento; y, finalmente la STC N° 206-2005 contiene un precedente vinculante de observancia obligatoria, donde desarrolla las vías procedimentales adecuadas para la protección contra el despido en sus diferentes modalidades.

En consecuencia, a la fecha el trabajador puede acudir al proceso constitucional de amparo para poder ser tutelados sus derechos constitucionales-fundamentales que han sido vulnerados. Sin embargo, en la práctica “si uno revisa la vasta jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha expedido a lo largo de estos años en lo que respecta a las peticiones de reposición, podrá advertir dos temas particulares: a) que muchos de los demandantes solicitan, accesoriamente a su restitución, el

⁴ *Artículo 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.

pago de las remuneraciones impagas y que se han devengado por todo el periodo que duró el cese ilegítimo; y b) que en todos los casos se declara improcedente e infundado este pago” (Ávalos, 2012: 27), y, según el Tribunal Constitucional, deja a salvo el derecho de remuneraciones devengadas para que el trabajador lo haga valer en la vía correspondiente, es decir, en un proceso ordinario. Esto evidencia que existe una desvinculatoriedad entre la reposición ordenada en un proceso ordinario laboral y la reposición ordenada por un proceso constitucional.

De este modo el pedido de reposición y la restauración de los salarios correspondientes es desdoblada en una dual naturaleza, una constitucional y otra de índole laboral, siendo lo primero requisito de lo segundo, lo cual quiere decir que el trabajador despedido deberá lograr un amparo exitoso materializado en una reposición, para luego estar en condiciones de reclamar por las remuneraciones que dejó de percibir, pero deberá hacerlo en otra vía, que implica un proceso distinto, el mismo que ya no es gratuito y que puede extenderse por algunos años más, aletargando a nuestro parecer innecesariamente nuestro sistema de justicia.

El derecho a la obtención de una sentencia en tiempo oportuno es reconocido hoy en día como parte integrante del derecho fundamental al acceso a la justicia; efectivamente no se puede hablar de tutela judicial efectiva, cuando las sentencias se materializan luego de muchos años, creando una elevada dosis de frustración en los justiciables y, porque no decirlo, también en los operadores jurídicos. Tengamos en cuenta que un proceso de amparo que requiera de tres instancias puede extenderse hasta por dos años, si además de ello, a partir de la sentencia última, sumamos lo que suele demorar un proceso laboral con otras tres instancias, incluida la Casación, tendremos un período promedio de 5 años, en que el justiciable deberá esperar para ver materializada su pretensión. La pregunta aquí es ¿Qué relación tiene la deliberada multiplicación de procesos con la finalidad de agilizar la obtención de

justicia? La respuesta es: Ninguna, no existe ninguna relación y de hecho son situaciones enteramente contrapuestas.

Por lo anterior se puede colegir que la jurisprudencia vinculante que ha sentado el Tribunal Constitucional a este respecto, si bien puede resultar defendible por un cierto sector de la doctrina, pero con sumas críticas al respecto, el cual es materia de la presente investigación, no halla conveniencia alguna con la idea de justicia eficaz y tampoco con la finalidad de aligerar la carga procesal de los juzgados. Nuestro máximo intérprete de la Constitución ha preferido inclinarse por un criterio congruente con la definición legal de remuneración, plasmado en el Artículo 39° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, el mismo que parece establecer que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivo, aunque difícilmente podría tomarse a tal norma como una definición cerrada y absoluta. En este sentido el Tribunal Constitucional entiende que mientras el trabajador se halla despedido no realiza labor efectiva y, por tanto no le correspondería remuneración alguna, pues sin trabajo no hay pago.

No obstante, en base a la idea de justicia, tampoco podría dejarse en desamparo al trabajador, quien podría ser objeto de despidos constantes, pues bajo semejante advocación el empleador no estaría obligado al pago de las temporadas que impide de manera injusta una prestación de servicios por parte del operario; y es por ello que el Tribunal Constitucional recurre a la idea de indemnización, es decir si bien el trabajador no ha generado remuneraciones, (pues no ha desarrollado labor efectiva) si tendría derecho a ser indemnizado y por tanto podrá solicitar los “salarios caídos” mediante una demanda de indemnización. El problema reside en que semejante pretensión no puede ser admitida en un proceso de amparo, pues la finalidad de este proceso dista mucho de reconocer indemnizaciones, además de carecer de una necesaria etapa probatoria. Tal es el sustento de porque se requieren dos procesos en lugar de uno. Ganado un proceso de amparo, recién se accede a la

posibilidad de demandar, en vía de indemnización por los “salarios caídos”⁵.

Sin embargo, actualmente en nuestra legislación no existe norma alguna que disponga que en caso de declararse fundada la demanda de amparo sobre despido con lesión de derechos constitucionales, se le otorgue al trabajador el pago de remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido. Ante dicha falta de regulación se ha producido diferentes ejecutorias del Poder Judicial en donde toman posiciones diferentes al respecto, pero siempre en un proceso de indemnización en la vía ordinaria.

Resulta evidente que tal apreciación está afectando la celeridad en la obtención de justicia en absolutamente todos los procesos de este tipo, ya que el operario se verá obligado a recurrir dos veces a diferentes órganos jurisdiccionales, para solicitar algo que en realidad constituye una unidad en el despido nulo, es decir que la solicitud de reposición debe ser acompañada de la pretensión de los salarios caídos, a fin de lograr la finalidad del proceso constitucional, que es la reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho constitucional subjetivo, por lo que debería corresponder solamente una acción y una respuesta integral por parte del órgano jurisdiccional que incluya tanto el aspecto referido a la reposición del trabajador como al pago de los conceptos dejados de percibir, por el despido que se anula mediante sentencia. Por ahora no es así y ello conlleva necesariamente un incremento de la carga procesal de nuestros juzgados, el aumento de los costos de la justicia, una considerable demora en la obtención de una sentencia, además de la propugnación de un proceso judicial accesorio y hasta cierto punto innecesario, puesto que ganado un proceso de amparo por el operario, no habrá argumento ni abogado, capaz de convencer a un juez que las remuneraciones caídas no deben pagarse, es decir, que el proceso laboral sirve únicamente para terminar el trabajo inconcluso del amparo, afectándose con ello la idea de igualdad de armas, puesto que el

⁵ La doctrina suele usar esta terminología para referirse a las remuneraciones devengadas.

empleador ingresa al ring del proceso sabiendo que perderá irremisiblemente, salvo que alguna circunstancia muy atípica le evite el desembolso.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es posible otorgar al trabajador repuesto judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental?

4. HIPÓTESIS

“Al tener naturaleza restitutoria las remuneraciones devengadas, es posible otorgar a los trabajadores repuestos judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental.”

5. VARIABLES

5.1 Variable independiente

La naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo.

5.2 Variable dependiente

Es posible otorgar a los trabajadores repuestos judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental.

6. Operacionalización de Variables

| Variables | | Indicadores | Sub indicadores |
|-----------|---|-----------------|--|
| V.I | La naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo. | Normativa | Art. 40° de LPCL |
| | | Doctrinal | Teoría sobre la remuneración |
| | | Jurisprudencial | Sentencias del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia |
| V.D | Es posible otorgar a los trabajadores repuestos judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental. | Normativa | Art. 40° de LPCL |
| | | Jurisprudencial | Sentencias del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia |

7. OBJETIVOS

7.1 Objetivo General

Determinar en la medida en que es posible otorgar al trabajador repuesto a través de un proceso constitucional de

amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental de amparo.

7.2 Objetivos Específicos

- Determinar el alcance conceptual de la remuneración y su contenido constitucional.
- Determinar si se está vulnerando el derecho a la remuneración al negarle el pago de la misma en la reposición a través de un proceso de amparo.
- Determinar y explicar la finalidad proceso de amparo y sus límites.
- Determinar la finalidad jurídica de la regla contenida en el artículo 40 del D.L N° 728.
- Determinar la naturaleza jurídica de la reposición.

8. JUSTIFICACIÓN

8.1 Desde el punto de vista práctico

La investigación pretende dar solución a los conflictos que surgen en la actualidad a nivel judicial por las diferentes posiciones de los órganos jurisdiccionales que no tienen un criterio uniforme sobre el pago de remuneraciones devengadas en los procesos constitucionales de amparo para los trabajadores que ha sido repuestos en su puesto de trabajo y, que sin embargo, muchos de ellos se ven vulnerados su derecho a una remuneración transgrediendo así los derechos fundamentales del trabajador.

8.2 Desde el punto de vista jurídico

El pago de la remuneración y el despido son considerados por la legislación laboral temas de gran importancia y sobre los cuales han surgido innumerables modificaciones, especialmente a nivel jurisprudencial, a través del Tribunal Constitucional. Sin embargo, considero que a la fecha se está vulnerando los derechos de los

trabajadores, como es el pago de una remuneración, el derecho al trabajo e igualdad de trato.

Es por ello que la presente investigación dará los alcances conceptuales de remuneraciones y su protección constitucional para determinar si corresponde o no el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores que han sido repuestos a través de un proceso de amparo.

8.3 Desde el punto de vista Social

Con el presente trabajo nos va a permitir ayudar a determinar si a los trabajadores que han sido repuestos mediante proceso constitucional de amparo puedan cobrar las remuneraciones devengadas y así resolver las posibles contingencias laborales a nivel de empleador y trabajador.

CAPÍTULO II
FUNDAMENTACIÓN
TEÓRICA

1. ANTECEDENTES

1.1 Se ha efectuado las visitas indagatorias en las principales universidades de Trujillo y Lima, obteniendo el siguiente resultado:

Tesis para obtener el título de abogado realizada en la Pontificia Universidad Católica del Perú por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, que lleva por título “La desprotección y vulneración del contenido constitucional del derecho a la remuneración a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: A propósito de los efectos de la sentencia Baylón y la naturaleza indemnizatoria de las remuneraciones devengadas” perteneciente al Abogado Víctor Renato Sarzo Tamayo, de fecha 29 de marzo del 2012. En la referida tesis el autor realiza un análisis del derecho a la remuneración y su contenido constitucionalmente protegido. Rechaza jurídicamente la sentencia Baylon Flores emitida por el Tribunal Constitucional, respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración que ha sido excluido del ámbito de protección del proceso de amparo.

Por otro lado, se han encontrado antecedentes doctrinarios de fuentes bibliográficas, los que pasaremos a detallar:

1.2 Ávalos Jara, Oxal Víctor. En su libro “Amparo Laboral” contiene el artículo: “Las remuneraciones dejadas de percibir a consecuencias del cese, ¿deben ser concedidas vía proceso de amparo cuando se dispone la reposición?”, de Mayo del 2012. En dicho artículo el autor realiza un análisis del de pago de las remuneraciones devengadas a los trabajadores que previamente han sido repuestos a través de un proceso constitucional de amparo y concluye que el respectivo pago de sus remuneraciones devengadas debe otorgarse en el mismo proceso de amparo donde ordenaron su reposición.

1.3 Tello Ponce, Mario. En la revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y criterio jurisprudencia N° 174, año 18. Contiene el artículo que lleva por título “Dime con qué proceso has sido repuesto y te diré si cobras remuneraciones devengadas”. El autor comenta la sentencia emitida por la Corte Suprema Casación N° 993-2012-Arequipa, en donde concluye que la decisión que motivó la sentencia no está fundamentada en la doctrina y principios laborales, generando indefensión a los trabajadores repuestos en un proceso de amparo que se les niega el derecho al pago de sus remuneraciones devengadas.

1.4 Arce Ortiz, Elmer. En su libro “La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales”, del año 2006, realiza un análisis del despido lesivo de derechos fundamentales y rechaza la posición del Tribunal Constitucional de negar el pago de las remuneraciones devengadas en la misma vía procedimentales de amparo a los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo.

1.5 Blancas Bustamante, Carlos. En su libro “Despido en el Derecho Laboral Peruano”, del año 2013, realiza un análisis del despido laboral en nuestra legislación y desarrolla específicamente el tema del pago de las remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo, realizando un estudio comparativo de las sentencias que se han emitido en el Perú sobre dicho concepto y como han ido cambiando de posición los diferentes órganos judiciales.

1.6 Chávez Nuñez, Frida M. En la revista Soluciones Laborales N° 51 que contiene el artículo “Pago de remuneraciones devengadas en caso de reposición a través de un proceso de amparo”, de marzo del 2012. En dicha estudio la autora desarrolla el pago de

las remuneraciones a los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo a lo largo de la historia en el Perú y concluye que la Corte Suprema ha ignorado la gran cantidad de sentencias que habían consolidado el criterio que la corresponde solicitar el pago de las remuneraciones devengadas a dichos trabajadores.

2. MARCO TEÓRICO

TÍTULO I GENERALIDADES

1. Principios del derecho del trabajo con respecto al despido lesivo de derechos fundamentales

Los principios del derecho laboral son las líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho.

Según el Tribunal Constitucional, los principios del Derecho del trabajo son “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuentes de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa”⁶.

Algunos de los principios laborales tienen acogida en nuestra Carta Magna de 1993, lo que establece que en toda relación laboral se deben respetar los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley, así como la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma. Sin embargo, la legislación laboral, la doctrina y, particularmente, la jurisprudencia han desarrollado estos principios y fijado otros que necesariamente deben observarse en las relaciones laborales, al aplicarse o interpretarse las normas sobre la materia y, en general, en el cumplimiento de las obligaciones laborales “legales y contractuales” tanto por el trabajador, el empleador como por la Autoridad Administrativa de Trabajo.⁷

⁶ STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fj. 24

⁷ <http://www.caballerobustamente.com.pe/plantilla/lab/ecb210309.pdf>

Para efectos de la presente investigación creo necesario analizar únicamente los principios del derecho laboral relacionados al despido lesivo de derechos fundamentales y el pago de las remuneraciones devengadas. Es por ello que conviene los principios de irrenunciabilidad de derechos, in dubio pro operario, igualdad de trato y no discriminación y finalmente el principio de continuidad son las directrices de los casos en donde existen despidos lesivos.

1.1 Principio de irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad se construye sobre la base de la naturaleza intrínseca de la gran mayoría de las normas del Derecho del trabajo, las cuales son de derecho necesario relativo; es decir, disponibles hacia arriba, pero indisponibles hacia abajo, configurándose en dispositivos de una naturaleza mixta.

Este principio se halla situado en el numeral 2 del artículo 26 de nuestra Carta Magna como uno de los principios fundamentales de toda relación laboral.

Sobre el particular el supremo intérprete de nuestra Constitución ha indicado que “el principio de irrenunciabilidad de derechos prohíbe los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, que está sujeto al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral”⁸. En ese sentido, este principio “(...) tiene por objeto proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y las leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral dado que al trabajador se le considera la parte débil de la relación laboral”⁹.

Es de notar que la irrenunciabilidad de derechos no se identifica con el concepto de indisponibilidad de derechos. Como

⁸ STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fj 24

⁹ Ibídem fj. 97

lo señala la Casación N° 2416-1997, el ámbito de la norma constitucional que estatuye la irrenunciabilidad de los derechos laborales es de los derechos reconocidos como mínimos, que el trabajador debe gozar indefectiblemente, mientras que la indisponibilidad se refiere a la posibilidad de que un derecho pueda ser objeto de tráfico o negociación. De ahí que, por ejemplo, el principio de irrenunciabilidad no coloca derechos laborales dentro del grupo de los derechos indisponibles que no pueden ser materia de arbitraje, según la Ley General de Arbitraje N° 26572.

1.2 Principio in dubio pro operario

Uno de los principios fundamentales del Derecho del trabajo lo constituye el principio protector, mediante el cual se parte de la tesis de que en una relación laboral la parte fuerte se ve representada por el empleador, mientras que la débil la ocupa el trabajador, para construir todo un andamiaje con la finalidad de evitar y no convalidar los abusos de la parte poderosa, estableciendo para ello criterios tendientes a balancear esta relación desigual.

El numeral 3 del artículo 26° de nuestra Constitución Política del Perú, en adelante Cont.P.P, señala que ante una duda insalvable sobre el sentido de una norma de naturaleza laboral debe optarse por la interpretación que resulte más favorable o beneficiosa al trabajador.

La jurisprudencia ha precisado que el referido numeral 3 del artículo 26° de la Const. P.P, no reconoce directamente un derecho constitucional, sino que fija un criterio de interpretación utilizable (ineludiblemente) en materia laboral, supeditado a la existencia de una duda insalvable sobre el sentido de una norma legal¹⁰.

¹⁰ STC Exp. N° 0013-2002-AI/TC

1.3 Principio de igualdad de trato y no discriminación

Este principio ha sido regulado de forma expresa por nuestra Constitución. Por un lado, de forma general, en el inciso 2 del artículo 2; y, por otro lado, de forma específica, en el inciso 1 del artículo 26.

En el primer caso, “el principio de igualdad plasmado en la constitución no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a trato humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano. Sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos”¹¹.

En el segundo caso, “esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo (...). La igualdad de oportunidades -en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no generen una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación aparece en cuanto se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución”¹².

¹¹ STC Exp. N° 0018-1996-AL/TC, fj. 2

¹² STC Exp. N° 0008-2005-AI/TC, fj. 23

1.4 Principio de continuidad

La Corte Suprema de Justicia de la República ha manifestado que el principio de continuidad es aquella regla “en virtud de la cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si esta nunca hubiese interrumpido, determinada no solo por el derecho del trabajador al ser reincorporado al empleo, sino también a que se le reconozcan todos aquellos derechos con contenido económico, cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto, pues de no acarrear ninguna consecuencia, constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se vería perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación”¹³.

En aplicación del llamado principio de continuidad el contrato de trabajo perdura en el tiempo y no puede ser afectado o concluido por circunstancias distintas a las fijadas en la ley, menos si se trata de violaciones de derechos constitucionales¹⁴.

Podemos decir que este principio es un justificativo para la reposición de los trabajadores en los casos de despidos nulos, o por considerar que un contrato laboral es a plazo determinado cuando se evidencia que la actividad es de naturaleza

¹³ Casación N° 960-2006-Lima, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de julio del 2009.

¹⁴ Casación N° 2144-2005- Lima.

permanente y sin importar lo que las partes hayan señalado en el documento (lo que deriva también del principio de la primacía de la realidad)

2. Extinción del contrato de trabajo

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), enumera en su artículo 16 las causas de extinción del contrato de trabajo. A continuación abordamos su breve exposición siguiente el criterio establecido y de acuerdo a la clasificación del jurista Blancas (2013: 42), el mismo que señala que las causas de la extinción de la relación de trabajo pueden agruparse, según su origen, en aquellas que obedecen a: 1) La voluntad unilateral del trabajador; 2) la voluntad unilateral del empleador; 3) la voluntad concurrente de ambas partes; 4) la desaparición de las partes y 5) la jubilación o incapacidad del trabajador.

2.1 Por la voluntad unilateral del trabajador

2.1.1 La renuncia o retiro voluntario del trabajador

Según (Grisolia, 2004: 631), la renuncia se puede definir como el “acto jurídico unilateral y recepticio que no requiere la conformidad o el consentimiento del empleador: es suficiente que llegue a la esfera de conocimiento del empleador; en el momento en que es recibida, la comunicación queda perfeccionada y se extingue el vínculo laboral.”

Se refiere a que la decisión del trabajador de poner fin a la relación laboral constituye causa suficiente para la válida extinción de ésta. Dicha premisa se entiende que la Ley no obliga al trabajador a que exprese su decisión en

base a una causa, es decir, no exige que ponga en manifiesto la razón de su renuncia.

En contrapartida con la extinción por voluntad del empleador, por Ley requiere que ésta se exprese en alguna causa, y que además, tenga el nivel de justificación suficiente.

2.1.2 La jubilación voluntaria (jubilación-derecho)

Según nuestra legislación sobre Seguridad Social y, también, la referente al Derecho Laboral, es posible distinguir cuando menos, dos formas en las que pueden producirse la jubilación: por voluntad del trabajador, o por decisión ajena al trabajador, bien se trate de la decisión del empleador o por mandato de ley (Cf. Blancas, 2013: 48).

En el presente análisis sólo abordamos la jubilación por voluntad del trabajador, es decir, aquella que en que ejercitando un derecho del trabajador se acoge a la condición de jubilado y por ese motivo pone término a la relación laboral.

2.2 Por voluntad unilateral del empleador

Como ya se ha dicho en párrafos anteriores, el despido es una de las causas de extinción de la relación laboral más trascendentes, cuyo origen reside en la voluntad del empleador.

Como quiera que dediquemos al concepto de despido un capítulo aparte, nos remitiremos al mismo para exponer lo referente a esta causa de extinción.

Alonso (1981: 559) define al despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación del trabajo”.

2.3 Por voluntad concurrente de ambas partes

2.3.1 Mutuo disenso

Para Rubio (2004: 557) el comportamiento tácito para la extinción del vínculo laboral, “es necesario que las conductas de ambas – ya sea por acción u omisión - se concluyan categóricamente la existencia de la voluntad rescisoria. En el caso del trabajador esto significa colocarse en la situación denominada ‘abandono-renuncia’; en el empleador, la falta de acción ante el incumplimiento de aquél.”

En la misma línea (Grisolia, 2004: 633) considera que “es una forma de extinguir el vínculo laboral mediante un acuerdo celebrado entre ambas partes; es decir que quienes voluntariamente dieron origen a la relación laboral también tienen la facultad de ponerle fin.”

Consideramos que es la manifestación típica de la voluntad conjunta de las dos partes del contrato de trabajo en orden a su extinción. Podría decirse que, en este caso, la relación laboral se extingue en la misma forma en que nació: por acuerdo de partes.

2.4 Por desaparición de las partes

2.4.1 Fallecimiento del trabajador

Siendo una de las características del contrato de trabajo la prestación personal y directa del servicio, la muerte del trabajador opera como causa de extinción del contrato laboral (LPCL, Art. 16).

En cuanto a esta situación, “no hay mayor discusión que hacer, porque el contrato de trabajo es *intuitio personae*; en consecuencia, habiéndose comprometido el trabajador a ejecutar las labores impuestas de modo

personal, su fallecimiento, de pleno derecho, extingue la existente relación laboral.” (Gómez, 2000: 494)

2.4.2 Fallecimiento del empleador persona natural

Tratándose, en cambio del empleador, la situación es distinta y resulta necesario distinguir si el empleador es una persona jurídica o es persona natural.

En la economía moderna, la constitución de las empresas – o vale decir configuración del empleador – se constituye como personas jurídicas, las cuales están constituidas por socios o accionistas; ellos a su vez pueden cambiar frecuentemente por razón de transferencia de acciones o demás. Por ello, en estas clases de empresas, la muerte de un socio o accionista, aunque se trate de principal o mayoritario, es irrelevante para la continuidad de la empresa; y con ello no genera implicancias en la relación laboral.

Situación distinta sucede en el caso de que el empleador sea persona natural, a razón de que a la muerte de este, el vínculo laboral se extingue así como su negocio o actividad económica.

2.5 La jubilación o incapacidad del trabajador

2.5.1 Jubilación obligatoria

Están relacionadas con el D.L N° 19990 y el D.L N° 20530 que laboran para el estado y están regidos por la normatividad laboral de la actividad privada.

Es obligatoria y automática para el varón o la mujer que hayan cumplido 65 años de edad, pues al cumplirse dicha edad, automáticamente se extingue la relación laboral.

2.5.2 Invalidez absoluta permanente

La figura de invalidez absoluta permanente del trabajador como actos jurídicos resolutorios, lo han previsto los arts. 16, Inc. E y 20 de la LPCL.

Por invalidez se entiende que “son circunstancias derivadas de la relación laboral o exterior a ella que ocasionan la imposibilidad o ineptitud del trabajador para proseguir laborando de manera regular.” (Gómez, 2000: 495)

3. El despido

Se dice que “la estabilidad en el empleo es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo de convenido, sea a plazo determinado o indeterminado. La llamada protección contra el despido es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador.” (Grisolia, 2000: 19)

Asimismo, Mirolo (2003: 191) señala que “como consecuencia del principio de continuidad, (...) la relación laboral posee una cierta relación de permanencia y por lo tanto, no se concierta por un plazo determinado, salvo excepciones marcadas específicamente por la ley. Conforme a dicha expresión, es común que se confunda el concepto indicando que el trabajador, al poseer dicho contrato una carácter de permanencia, posea estabilidad.”

Es claro que la estabilidad laboral es un tema de constante debate tanto jurídico como político. Y en nuestro país que no es la excepción, éste ha sufrido constantes cambios, tal como lo señala Blancas (2013: 138), con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo (LFE), “marcó el inicio de la transición desde el modelo de la estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de ‘mínima protección’ ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de ésta.”

3.1 Concepto de despido

El despido, como extinción de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta, según Montoya Melgar¹⁵, los siguientes caracteres:

- Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.
- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

Para Grisolia (2000: 24) el despido “es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta.” Además señala que “es un acto informal, es decir que puede manifestarse verbalmente o por escrito. Pero, en el caso de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.”

Podemos destacar de estas dos opiniones el rol importante que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta. En consecuencia, prima la voluntad del empleador como fuente principal del despido.

3.2 Clases de despido establecidas por la legislación laboral

El empleador tiene la facultad de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral; directamente o indirectamente. El hecho que el

¹⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE (2013: 65-66)

despido sea correcto, no es materia de análisis, puesto que en esta clasificación el despido puede ser legal o ilegal (abusivo).

3.2.1 Despido justo o legal

Se produce por una causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada. Se encuentra regulada en el art. 22 de la LPCL, el mismo que dispone que la causa justa de despido puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador

Este mecanismo de protección del trabajador “ante la posibilidad de que ésta sea ejercida en forma arbitraria o discrecional, se ha introducido la exigencia de que aquel se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecería de **validez y eficacia**” (Blancas, 2013: 67).

3.2.2 Despido arbitrario

Se produce cuando el despido del trabajador es improcedente, cuando no se sigue el procedimiento establecido.

También lo podríamos llamar despido injustificado, que para la doctrina lo entiende como el despido en aparente legalidad, pero que, no ha podido ser probado judicialmente las causas invocadas.

Ciertamente este despido es el ejercicio abusivo del empleador en sus funciones y uso de su facultad para extinguir unilateralmente la relación de trabajo.

3.2.3 Despido nulo

Es el que se produce cuando el despido del trabajador es motivado por un acto discriminatorio, en evidente vulneración de sus derechos fundamentales y constitucionales.

3.2.4 Despido indirecto o por hostigamiento

Se produce como consecuencia de los actos de hostilización, en especial: falta de pago de remuneración, reducción de re remuneración y/o categoría, el traslado de lugar de trabajo que le cause perjuicio, la inobservancia al reglamento de seguridad, etc.

3.2.5 Despido incausado

El supremo intérprete de la norma ha definido el despido incausado mediante la STC N° 976-2001-AA/TC cuando: “Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.”¹⁶

3.2.6 Despido fraudulento

De igual forma el Tribunal Constitucional mediante STC N° 976-2001-AA/TC ha delimitado el despido fraudulento cuando: “Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad”¹⁷

¹⁶ Fundamento 15, b) de la STC N° 976-2001-AA/TC

¹⁷ Fundamento 15, c) de la STC N° 976-2001-AA/TC

4. Proceso constitucional de amparo

Según Rodríguez E. (2006: 345) el proceso de amparo “es el conjunto de actos que realizan las partes y el órgano jurisdiccional, para la protección de todos los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución que no están protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data. Se inicia con el ejercicio de la acción mediante la demanda y concluye cuando se ejecuta la sentencia.”

Es cierto que el amparo ha sido concebido por nuestra Constitución vigente como una “garantía constitucional”- conforme al artículo 200° de nuestra Carta Magna- y como afirma Abad (2008: 93) está “destinada a proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a aquellos tutelados por el hábeas data, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.”

De las dos opiniones aportadas tenemos en claro que no existe debate sobre la delimitación conceptual del proceso de amparo, es por ello que consideramos que el proceso constitucional de amparo conforme a la nuestra Carta Magna es una garantía constitucional destinada a proteger los derechos constitucionales distintos a los que protege acciones de hábeas corpus y hábeas data, que han sido vulnerados o están en amenaza por cualquier persona, autoridad o funcionario.

4.1 Naturaleza del proceso de amparo

Como se expuso al inicio, el proceso de amparo es una garantía constitucional de acuerdo a lo establecido por la Carta Magna, sin embargo, no muy bien agrupado, puesto que “la Constitución peruana agrupa a estas acciones (garantías constitucionales) a la par de las acciones de control lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales.” (Quiroga, 2005: 54)

Sin embargo, en palabras de Abad (2008: 102), “el amparo es un proceso cuya peculiaridad descansa en su naturaleza

constitucional; por ello, preferimos calificarlo de esa manera”. A la vez añade que “resultará lógico y necesario acudir a la teoría general del proceso para orientar su estudio, aplicación, así como su desarrollo legislativo. Su particularidad, por cierto, estará dada porque el amparo se encuentra inspirado por el valor y especialidad propios de los derechos constitucionales que debe tutelar.”

4.2 Finalidad del proceso de amparo

La creación del proceso de amparo tuvo como una de sus principales razones, aparte de tutelar los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, la de otorgar una vía procedimental breve, rápida y urgente, puesto que se está en tutela derechos constitucionales. Pero se suele señalar que “la finalidad del proceso de amparo consiste en brindar tutela de urgencia a las personas que sufran un agravio o amenaza contra el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos, y no encuentran otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria para obtener esta protección jurisdiccional.” (Cairo, 2009: 232)

4.3 Presupuestos para la procedencia del amparo

El artículo 5° del Código Procesal Constitucional (en adelante C.P.Const.) contempla diez causales de improcedencia que tratan de determinar los casos en los cuales el juez constitucional puede abstenerse de ingresar al fondo de la controversia porque no se cumplen los presupuestos básicos para la viabilidad de este proceso.

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
 3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
 7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;
 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.
- Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones;
9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas

entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;

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

“La importancia de este artículo reside, en que el legislador ha previsto una racionalidad normativa que le sirva de guía al momento de admitir o declarar la improcedencia de la demanda” (Valle, Carruitero, & Ángeles, 2006: 178)

5. La remuneración

El artículo 6° de la LPCL, DS N° 003-97-TR, señala: “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 de 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.”

De lo extraído de la lectura normativa, podemos afirmar que la definición que otorga la ley a la remuneración es que sólo la prestación de servicios del trabajador genera la correlativa prestación por parte del empleador de pagar una remuneración. Por el contrario, podemos entender que si no hay prestación de servicios, no se puede exigir el pago.

Sin embargo existen otras situaciones en donde se le otorga al trabajador su remuneración sin que haya realizado la prestación, por ejemplo, una inasistencia en día laborable justificada, una inhabilitación administrativa o judicial del trabajador menor de tres meses, una madre que deja de asistir unos días al trabajo para cuidar de su hijo o, causas no imputables al trabajador o empleador para no laborar, como el caso fortuito o fuerza mayor.

Como afirma Arce (2008: 239), dicha “conclusión se desprende de la literalidad del artículo 6 LPCL, en cuanto se refiere a ‘lo que el trabajador recibe por sus servicios’.”

Agrega el mismo autor que, “esta visión conmutativa y enteramente patrimonial del contrato de trabajo, no hace otra cosa que reducir la prestación de trabajo a una simple mercancía. Es más, producto de esta visión restrictiva, cuando no hay prestación efectiva de trabajo, ni siquiera las prestaciones económicas concedidas por el empleador a modo de liberalidad ingresarían en el concepto remunerativo por sí solas, salvo dos excepciones.” (Arce, 2008: 330)

5.1 Características de la remuneración

Según lo señalado por Haro (2005: 240-241), las remuneraciones tienen las siguientes características:

- “a) Son una contraprestación¹⁸: al existir un trato dependiente o prestación, corresponde como contraprestación el pago de una remuneración. Este elemento es utilizado como un criterio fundamental para decidir sobre la existencia o no del vínculo laboral.
- b) Deben ser de libres disposición: Los montos remunerativos pagados al trabajador deben ser utilizados a su libre albedrío en los gastos que él disponga, sin necesidad de consultar o informar a su empleador. Sin

¹⁸ Esta característica es sujeto de análisis durante el desarrollo de la presente tesis, puesto que considero que está sujeto a cuestionamiento.

embargo, en calidad de excepción, se considera también remuneración a la alimentación otorgada al trabajador y/o las sumas que por tal concepto abonen al concesionario o directamente al trabajador.

c) Deben ser pagadas en dinero: Por ser el contrato laboral oneroso; sin embargo, por excepción, también se puede recibir una remuneración en especie, es decir, en artículos o productos de primera necesidad, previa aceptación del trabajador.

d) Son intangibles: La remuneración no puede ser tocada por nadie, ni siquiera por el empleador, ya que sólo puede ser cobrada por el trabajador y excepcionalmente por su esposa, padres o hijos, previa carta poder firmada.

e) Son inembargables: Las deudas ordinarias del trabajador no pueden originar medidas de embargo sobre ellas. La excepción a esta regla es la pensión alimenticia autorizada con orden judicial.

f) Tienen carácter preferencial o prevalencia: En caso de quiebra o liquidación de la empresa, las remuneraciones, así como los beneficios sociales del trabajador, tienen preferencia frente a otros créditos del empleador.”

5.2 Formas de remuneración

El mismo autor (Haro, 2005: 241-242) realiza una clasificación de la siguiente manera:

“- Por la unidad de tiempo: las remuneraciones se determinan en función del tiempo laborado por el trabajador, por lo que se clasifican en remuneración semanal, quincenal o mensual. Las remuneraciones también pueden ser expresadas por horas efectivas de trabajo.

- Por la unidad de obra: las remuneraciones se determinan en función de obras o resultados por el trabajador; pueden ser remuneración a destajo o remuneración a comisión.
- Por la calidad del trabajador: a pesar de que la nueva legislación laboral ya no distingue entre trabajadores, obreros y empleados, sin embargo, en la práctica y en la doctrina se mantiene el nombre de sus remuneraciones que son: salarios (obreros) y sueldos (empleados)
- Remuneración integral: ésta se refiere a que el trabajador y el empleador pueden pactar una remuneración que comprenda un periodo anual y que incluya todos los derechos laborales de origen legal o convencional.”

TÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA FIGURA DE DESPIDO Y LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

A lo largo de la evolución histórica del derecho laboral se ha tratado temas que surgen del mismo contrato laboral, como son los temas de remuneración, beneficios sociales, etc. Pero la extinción de la relación laboral es un tema que no surge de la relación contractual laboral sino del cese de la misma.

“La trascendencia individual y social que se atribuye, con evidente realismo, al despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que sólo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad.” (Blancas, 2013:81)

Es por ello que el presente análisis se centra en determinar la evolución histórico-jurídica del despido desde sus inicios, y poder encontrar la fuente del despido nulo.

1. El despido en el Código de Comercio de 1902

El Código de Comercio, promulgado a inicios del siglo XX, responde a un derecho igualitario entre el trabajador y empleador, situación que hasta dicho momento no constituía mayor relevancia entre las tendencias proteccionistas al trabajador que se dieron posteriormente.

Como refiere el Dr. Chanduví (2002: 95) “El Código de Comercio de 1902, tenía como eje central a los actos de comercio, toda vez que se adoptó la **Tendencia Objetiva Del Derecho Comercial** (tendencia que surgió con el Código de Comercio de 1807 o Código de Comercio Napoleónico), donde el Derecho Comercial era aplicable a todas las

personas y no sólo a una determinada clase social, es decir, que el Derecho Comercial se aplica a los comerciantes y no comerciantes.”

Respecto a los derechos laborales y, específicamente, el despido y el trato al mancebo, título que se le denominaba al trabajador del comerciante, era diferente dependiendo el caso de un contrato de trabajo a tiempo fijo y en el caso de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado.

a. Cuando es un contrato de trabajo a tiempo fijo.

En este supuesto la norma limita el poder discrecional de ambas partes para poner fin a la relación laboral, regulado de la siguiente manera:

“Artículo 293°.- Contrato entre comerciantes y mancebos o dependientes

Si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiera celebrado por tiempo fijo, no podrá ninguna de las partes contratantes separarse, sin consetimiento de la otra, de su cumplimiento, hasta la terminación del plazo convenido.

Los que contravinieran a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios, salvo lo dispuesto en los artículo siguientes.”

El legislador de entonces, limita el derecho para poner fin a la relación laboral a ambas partes por igual, es decir, tanto al empleador como al trabajador no pueden poder fin al contrato de trabajo, salvo consetimiento de la otra, hasta la terminación del plazo convenido por estos.

Dicho articulado, además, proporciona una aparente protección al trabajador, que se menoscaba cuando regula la consecuencia jurídica ante la contravención de dicha regla. En

otras palabras, el poder discrecional del empleador para poner fin a la relación laboral se compensa únicamente con el pago de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador.

Esto se agrava aún más cuando la norma expone una excepción a la regla, que es que la causa justa de despido y falta de los comerciantes, señalado en el artículo 294° del Código de Comercio.

Es decir, si el trabajador cometiera una falta imputable como causa de despido, inmediatamente el empleador lo podrá despedir sin requisito alguno, esto es el poder absoluto del empleador para poner fin a la relación laboral.

b. Cuando es un contrato de trabajo a tiempo indeterminado.

En ese supuesto, al igual que el anterior el poder discrecional de poner fin a la relación laboral se vislumbra de igual trato para ambas partes. Sin embargo, existe una diferencia notable, que es un supuesto procedimiento para el despido.

“Artículo 296°.- Contrato por tiempo indeterminado

En los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación.

El factor o mancebo, tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada.”

Como se advirtió, éste articulado diferencia al anterior, en el requisito de aviso a la otra parte del fin de la relación laboral con un mes de anticipación.

Si bien es cierto, dicho requisito no constituye una formalidad ad-solemnitatem, puesto que el aviso puede ser en

forma verbal, sin embargo, es el primer antecedente de un requisito de formalidad para un procedimiento de despido.

Asimismo, un nuevo antecedente surge a la vista con el derecho del trabajador al “sueldo que corresponda a dicha mesada”. Es decir, que en caso se cumpla con el requisito para poner fin a la relación laboral, el empleador debe otorgarle su remuneración íntegra de su mesada correspondiente.

Sin embargo, de la norma se puede deducir que el poder discrecional del empleador se ve limitado únicamente a un mes de anticipación, situación que desprotegía abiertamente al trabajador.

2. La Ley N° 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928

Esta norma modifica el artículo 296° del Código de Comercio de 1902 comentado en el párrafo anterior.

“Artículo 1°.- Modifíquese el artículo 296° del Código de Comercio en los siguientes términos:

A) En el caso de que el empeño o locación no tuviera tiempo de duración determinada, constante en instrumento público, podrá cualquiera de las partes, darlo por fenecido dando aviso de 90 días el patrón al empleado y de 45 días del empleado al patrón.

B) En caso de que la cesación del empleo o locación de servicio, se realizara porque el principal o patrón lo determine así, notificando de despedida al dependiente o empleado con sujeción al procedimiento del inciso anterior, éste tendrá una compensación de sueldos según la escala siguiente:

Hasta 2 años, 1 sueldo

De 2 a 5 años 2 sueldos

De 5 a 10 años 4 sueldos

De 10 a 20 años 8 sueldos

De 20 a 25 años 10 sueldos

De 25 a 30 años 12 sueldos”

Esta norma, al igual que el Código de Comercio, reconoce un trato diferente a los contratos de trabajo a tiempo fijo y a tiempo indeterminado respecto a la forma del despido.

Por su parte, cuando es un contrato a tiempo indeterminado, se limita la discrecionalidad del empleador para finalizar la relación laboral teniendo como único requisito el aviso de despido de 90 días.

En cuanto al contrato a tiempo fijo, se aplicará el mismo procedimiento señalado en el primer inciso

La diferencia de gran importancia respecto al despido del empleador a su trabajador, reside en los artículos 16 y 17 del reglamento de fecha 22 de junio de 1928, en donde prescribe que el aviso para que proceda el despido debe ser en forma escrita, es decir, mediante una carta de pre-aviso que en el caso del despido a su trabajador es de 3 meses o 90 días de anticipación.

Esta característica se considera como uno de los primeros antecedente de procedimiento previo al despido, es decir, con el uso de la carta de pre-aviso se conforma un requisito formal (ad solemnitamen).

Por otro lado, la inobservancia de la forma establecida por la ley, lejos de acarrear la nulidad o inexistencia del despido, puede ser convalidada con el pago de un monto pecuniario en calidad de indemnización, esto conforme al artículo 28° del reglamento. Este presupuesto no constituye un límite eficaz al despido carente de forma adecuada a ley.

Por otro lado, la ley restringe el derecho del trabajador a la protección contra el despido en caso que el trabajador se sujete el despido conforme a las causales del artículo 294° del Código de Comercio o cualquier otra falta que considere el tribunal arbitral, no tendrá

derecho ni al aviso previo, ni a la indemnización, ni beneficio de ninguna clase, conforme a lo señalado en el artículo 2° de la ley.

Esta forma de despido, podríamos llamarlo despido justificado o legal, sin embargo, notamos que aún no se regulaba el procedimiento para un despido, es decir, el derecho a un debido proceso. Podemos ver que la norma remita a un Tribunal Arbitral para que resuelva las controversias que se puedan generar por la compensación o de causa de despido, que se realizará después del despido.

En otras palabras, interesa al empleador el hecho de justificativo de estas causales para oponerse a estos derechos resarcitorios.

Además la sub evaluación del tribunal arbitral no hace otra cosa que convertir en precaria la protección del trabajador frente al despido.

En conclusión, como advierte Arce (2006: 31) “dentro del este modelo normativo la reparación frente al despido es meramente resarcitoria, por lo que el poder sancionatorio del empleador no podrá ser revocado así se materialice en un acto desprovisto de los requisitos legales de forma o en uno de carente justificación.”

3. Decreto Ley N° 18471

Se considera que mediante la promulgación del presente decreto ley nace el derecho a la estabilidad en el trabajo. Esta ley instituyó el régimen de estabilidad laboral absoluta. El ámbito de esta ley comprendió a los trabajadores de la actividad privada y de la actividad pública, conforme a lo prescrito por el artículo 1°, entendiéndose con ello un régimen común o general de estabilidad laboral.

Debemos tener en cuenta que la presente norma se promulgó el 10 de noviembre de 1970, en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1933. Y es con ello que el presente decreto ley se promulga en base al artículo 45° de la Constitución Política del Perú de 1933.

Según esta ley, el derecho a la estabilidad era adquirido por el trabajador al cumplir el período de prueba de tres meses, momento a partir del cual no podría ser despedido, salvo que hubiera cometido falta grave o que se tratase de un caso de reducción de personal o de cierre de la empresa.

Además, en caso de producirse un despido injustificado, el trabajador tenía derecho a elegir entre la reposición y una indemnización de carácter económico. La opción por la reposición era compulsiva, conforme al inciso a) del artículo 3° de la norma.

Por otro lado, los demás casos en que era posible la terminación de la relación laboral, estaban vinculados a las causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor que hicieran necesario reducir personal o despedirlo en su totalidad, previa autorización del Ministerio de Trabajo y después de seguir un procedimiento administrativo que permitía a las partes acordar la terminación estableciendo las condiciones de la misma y sometiendo este acuerdo a la aprobación de la autoridad de trabajo para su validez.

El punto relevante en esta norma es lo que respecta a la reposición del trabajador a su centro de labores y sus remuneraciones devengadas. Podemos entender que el artículo 3° es el primer antecedente del despido nulo y su consecuencia jurídica, que hasta entonces no se diferenciaba entre despido arbitrario o nulo, en bases a sus consecuencia, como lo hace la ahora LPCL.

Sin embargo, el hecho de dar a elegir al trabajador entre la reposición o la indemnización en el despido en donde la causa originaria del despido no pueda ser probada por el empleador (lo que ahora se conoce como despido injustificado) es un aporte importante a la legislación, y esta es una de las razones que se considera a esta ley como el inicio a la estabilidad laboral absoluta.

4. Decreto Ley N° 22126

Pocos años después de la promulgación del D.Ley N° 18471, que introdujo por vía legislativa, el derecho a la estabilidad laboral en el Perú, fue derogado y sustituido por el Decreto Ley N° 22126, vigente a partir del 21 de Marzo de 1978.

Podemos decir el derecho a la estabilidad laboral del trabajador se mantenía vigente, conforme se aprecia de los considerandos de la ley. Sin embargo, este derecho se limitaba a condiciones. He aquí la principal diferencia con la ley anterior. Si bien D.Ley N° 18471, otorgaba el derecho a la estabilidad laboral una vez pasado el periodo de prueba (consistente en tres meses), con el presente D. Ley N° 22126, este derecho se ve condicionado al cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador, conforme lo prescribe el inciso b) del artículo 2:

“Artículo 2°.- Están amparados por el presente Decreto Ley, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sea cual fuere la naturaleza del patrimonio, de su empleador y que laboren cuatro o más horas diarias para un solo empleador, bajo las condiciones siguientes:

b) Los que ingresen a laboral con posterioridad a la fecha de promulgación del presente Decreto Ley o los que se encuentran en periodo de prueba o que reingresen a prestar servicios: todos ello, siempre y cuando cumplan tres años al servicio del mismo empleador en forme ininterrumpida.”

Entonces, con ello se creó un periodo en el cual el trabajador debía conseguir la estabilidad laboral, intermedio entre el vencimiento del período de prueba, que se mantuvo en tres meses, y la adquisición de la estabilidad, específicamente serían 2 años y 9 meses para conseguir la estabilidad laboral. Durante dicho periodo el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. La única protección contra el despido intempestivo era cuando el empleador

omitiera la carta de preaviso por el plazo legal (90 días), lo cual le daba al trabajador el derecho a percibir una indemnización especial equivalente a la remuneración de dicho plazo, conforme lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley.

Es claro que con esta Ley, durante aquel lapso, entre el período de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral, se retornó a un despido sin causa o ad nutum, carente de causa justificada, tal como se establecía en el Código de Comercio de 1902. La única protección contra el despido era la carta de preaviso que en palabras de Blancas (2013: 131) “es una de aquellas limitaciones laborales impropias y, ciertamente, una de las más simples y débiles de todas ellas.”

Por otro lado, ¿Qué pasaba cuando el trabajador adquiría la “estabilidad absoluta” pasado los 3 años de servicios continuos al mismo empleador? La respuesta se encontraba en el artículo 3° de la norma, pues en adelante, sólo podía ser despedido por falta grave, o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor (artículo 10°).

Otra materia resaltante y diferenciadora en la presente ley, es la “iniciativa de procedimiento” para despedir a un trabajador. Llamémoslo así porque el empleador, para poder despedir al trabajador que alcanzaba la estabilidad absoluta, debía ser investigada, finalizada esta se le comunicaba al trabajador mediante carta notarial o Juez de Paz y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, debiéndose indicar en ambos documentos (para el trabajador y la Autoridad Administrativa) en forma precisa la causal del despido y la fecha del cese. (Artículo 5°)

Este procedimiento marca el inicio de la obligatoriedad que tenía el empleador para realizar una investigación a la supuesta falta grave, empero no se establecía las pautas del procedimiento de investigación, ya se motivaba a los empleadores a sustentar las causas de despidos por falta grave.

Respecto al derecho de acción del trabajador para impugnar el despido, mediante esta ley, se le otorgaba el esquema de dos acciones distintas, una vía administrativa y la otra vía judicial, respetando su derecho a elegir cualquiera de ellas.

Además, la consecuencia jurídica del despido injustificado declarado judicialmente o administrativamente, seguía siendo la reposición, que aún mantenía su carácter obligatorio en la ley y, para garantizar su cumplimiento al empleador, se tipificó la negativa del empleador a ejecutarla como delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, sancionado con pena de prisión no mayor de tres años.

Respecto a las remuneraciones devengadas ya establecidas por la ley anterior, se modificaron y limitaron a un tope de 6 remuneraciones, contrario a lo establecido en la D.Ley N° 18471, en donde no establecía tope alguno, simplemente se computaba por todo el tiempo de despido hasta su reposición.

En consecuencia, podemos concluir que el D. Ley N° 22126, que modificó el D. Ley N° 18471, restringió derechos reconocidos por la ley anterior reformándolo in peius de los trabajadores. Empero, continúa con la intención de proteger al trabajador contra el despido, con alcanzar la estabilidad laboral absoluta, la reposición como mecanismo restitutorio principal, las dos vías de acción para impugnar el despido y las remuneraciones devengadas que han sido hasta la fecha los derechos bien protegidos desde inicios de esta corriente proteccionista al trabajador.

5. La estabilidad laboral en la Constitución de 1979

Es de recordar que el D.L N° 22126 que instauraba el derecho a la estabilidad en el trabajo fue construida sobre la base de la Constitución de 1933, en donde, en lo que respecta a los derechos laborales trata únicamente los siguientes derechos: “la garantía del Estado a la libertad de trabajo (Art.42); el Estado legislará el contrato colectivo de trabajo (Art. 43); se prohíbe estipular en el contrato de trabajo restricciones a los

derechos civiles, políticos y sociales (Art. 44); el Estado favorecerá un régimen de participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas y legislará sobre la defensa de los trabajadores (Art.45); la seguridad , higiene y salud industrial, condiciones máximas de trabajo, indemnización por tiempo de servicios y accidentes y salarios mínimos (Art. 46); la ley establecerá un régimen de previsión ante la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte (Art. 48) y la disposición que establece que nadie podrá ser obligado a prestar trabajo sin su libre consentimiento y sin la debida retribución (Art. 55).” (Marcenaro, 2009: 73)

En consecuencia, podemos entender que la estabilidad laboral regulada instaurada en los decretos leyes ya comentados anteriormente no tenían sustento en norma superprimaria.

Sin embargo, dicho déficit fue corregido con la Constitución de 1979, en donde encuentra sustento constitucional la estabilidad laboral regulada anteriormente por el legislador. El constituyente reconoce textualmente la estabilidad laboral mediante el Artículo 48 que prescribe:

“Art. 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.”

Dicho articulado fue la base legislativa que necesitaba el D.L N° 22126, que se encontraba en vigencia a la promulgación de la nueva constitución. Este reconocimiento de la estabilidad laboral tuvo connotaciones completamente distintas en el derecho laboral, puesto que “el reconocimiento, que la ley fundamental no formuló en términos ‘programáticos’, sino que el propio texto constitucional efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución, por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional” (Blancas, 2013: 134)

6. La Ley de Estabilidad del Trabajo, Ley N° 24514

La entrada en vigencia de la Constitución de 1979, abrió, por consiguiente, un debate acerca de la constitucionalidad de la norma legal pre-constitucional que se encontraba vigente: el D.L. 22126. Blancas (2013: 135) señala que “De un lado sostuvieron que el artículo 48 de la entonces Constitución, era compatible con la constitución, por cuanto no fijaba un sistema específico de estabilidad ni prohibía que la ley señalara un plazo para su adquisición. De otro lado, se consideró que el lapso previo a la adquisición de la estabilidad laboral, durante el cual el empleador podría despedir discrecionalmente (*ad nutum*) al trabajador, era contradictorio con el precepto constitucional que toleraba el despido ‘sólo’ por causa justa. Nos encontramos entre quienes sostuvieron la inconstitucionalidad del D.L. 22126 en este aspecto y propugnaron la necesidad de su reforma o sustitución por una norma que fuera fiel al precepto constitucional.”

Dicha discusión fue concluida, al aprobarse, a partir de una iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo, una nueva ley de estabilidad en el trabajo, la Ley N° 24514, que entró en vigencia el 6 de Junio de 1986.

La lectura del primer artículo muestra la posición fijada por la Constitución de 1979 en donde el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. Es por ello que la base de la presente ley el derecho a no ser despedido por causa justa.

Para Blancas (2013: 135,136) esta norma:

- “Reconoció la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del período de prueba, eliminando así el periodo de adquisición del derecho extendido por el derogado D.L 22126 a tres años.
- A diferencia de la norma anterior, procedió a enumerar (LET, art. 4) las ‘causas de despido’ y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las situaciones excepcionales de la empresa,

fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la Autoridad Judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso.

- Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT, un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador. En el modelo de la LET, la omisión de este procedimiento, conlleva la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador.
- Rodeó el despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador.
- Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador, y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido.
- Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del Juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una asignación provisional a título de un auxilio durante el proceso.
- Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización.

- Tipificó como faltas del empleador las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza.
- Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en período de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro horas diarias y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios.”

7. Ley de Fomento del Empleo. Decreto Legislativo N° 728

El Decreto Legislativo N° 728 o Ley de Fomento del Empleo (LFE) entró en vigencia desde Diciembre de 1991, que, en palabras de Blancas (2013: 138), marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de mínima protección ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de este.

Sin embargo, la LFE fue dictada bajo los parámetros de la Constitución de 1979 que propugnaba el derecho a la estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores, no negando, por ello, a plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo.

Dentro de su cuerpo normativo en la LFE destacan las siguientes características:

- Se restringe el sentido del concepto del despido, consagrado en la LET en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador, al limitarlo al despido individual relacionado ya sea con la capacidad o la conducta del trabajador, excluyendo el denominado cese colectivo por causas objetivas, enumerado como una causal de extinción del contrato de trabajo diferenciada del despido.
- Se configura la prorrogar del periodo de prueba mediante acuerdo del empleador y trabajador hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta un año si el cargo es de dirección o de confianza.
- Se incluye como nuevas causas de despido aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.
- El derecho a la reposición sufrió una devaluación al autorizar al Juez para variar la medida de reposición luego de la sentencia, siempre y cuando considere que la medida resultare inconveniente dadas las circunstancias.
- Se devaluó la cuantía de la indemnización, al compararla con la prevista en la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración y media por cada año de servicios, más la fracción proporcional.
- Se introdujo la figura del despido nulo, únicamente para los “motivos prohibidos” de despido enumerados taxativamente en el Art. 65 de la LFE. Como consecuencia de esta figura, se reconoce, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador, sin que el Juez tenga en este supuesto la facultad de sustituirla por la indemnización, otorgándole la relevancia a ésta figura, pero devaluando el nivel de protección en los demás casos de despido.
- Respecto a la impugnación de despido, se estableció un sistema pluralista y excluyente de las acciones impugnatorias

de despido, reservándose únicamente entre las acciones de reposición y la de indemnización.

- Suprimió la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de “inobservancia de las formalidades esenciales del despido.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

1. Material de estudio

El material de estudio consistente para la presente investigación contiene la población ascendente a 38 unidades.

1.1 Población

Para determinar la cantidad de 38 unidades como población se ha realizado el siguiente análisis:

Respecto a los jueces de Trujillo, se ha buscado el número exacto de jueces especialistas en lo laboral, consistente en jueces de paz letrado de trabajo, jueces especializados de trabajo y jueces de salas superiores laborales de Trujillo; se obtuvo como resultado 23 jueces.

Respecto a los docentes universitarios especializados en derecho laboral de Trujillo, se ha considerado cuatro universidades principales que mayor trayectoria en la ciudad, así también la búsqueda de docentes especializados en la materia como mínimo 5 años de experiencia dictando el curso; entre ellas la Universidad Nacional de Trujillo (dos profesores), Universidad Privada Antenor Orrego (un profesor), Universidad Privada del Norte (un profesor) y la Universidad Cesar Vallejo (un profesor); obteniendo como resultado 5 profesores especializados en la materia.

Respecto a las sentencias emitidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú, a partir del 2002, que hayan resuelto sobre el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos mediante proceso de amparo, se ha podido recopilar 10 sentencias, las mismas que son presentadas en un análisis y recopilado mediante una guía de observación.

1.2 Muestra

La muestra empleada en la presente investigación es de tipo no probabilístico. Según Polit & Hungler (2000: 285), “los

estudios cualitativos casi siempre se emplean muestras pequeñas no aleatorias, (...), más bien aplican criterios distintos para seleccionar a los participantes.” Más adelante advierte que “los investigadores naturalistas han utilizado diversos diseños de muestro no probabilístico.” Del mismo modo Hernández, Fernández, & Baptista, adviertes que (2010: 396) “Los tipos de muestras que suelen utilizarse (...) son las no probabilísticas o dirigidas, cuya finalidad no es la generalización en términos de probabilidad,”

En consecuencia, utilizamos la muestra no probabilística por expertos, que implica “la opinión de individuos expertos en un tema. (...) Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios para generar hipótesis más precisas.” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010: 397).

1.3 Tamaño de la muestra

Según Polit & Hungler (2000: 288) “en la investigación cualitativa no hay criterios ni reglas firmemente establecidas acerca del tamaño de la muestra, el cual depende en gran medida de los fines de la investigación, la calidad de los informantes y el tipo de estrategia de muestreo usada.”

En el presente caso, no se ha podido llegar al total de la población en razón a que 1 magistrado y 1 profesor cesaron sus labores, impidiendo así completar la muestra. Sin embargo, la muestra total ascendente a 36, se encuentra dentro del margen de error con dos unidades menos, siendo representativa , adecuada y confiable.

A continuación pasamos a detallar el tamaño de la muestra en comparación con la población.

| Técnicas | Unidad de análisis | Población | Muestra |
|--------------------------------|--|-----------|-----------|
| Entrevista | <ul style="list-style-type: none"> Jueces especialistas en laboral de los juzgados de paz letrado, especializados y salas superiores de Trujillo. | 23 | 22 |
| | <ul style="list-style-type: none"> Docentes especializados en derecho laboral de Trujillo. | 5 | 4 |
| Recopilación documental | <ul style="list-style-type: none"> Sentencias emitidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú desde el 2002 que hayan resuelto sobre el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos mediante proceso de amparo. | 10 | 10 |
| | TOTAL | 38 | 36 |

2. Métodos y técnicas

2.1 Métodos de investigación

La presente investigación ha sido desarrollada a través del **método científico**, entendiéndose a éste como “(...) un procedimiento, para ordenar y efectivizar nuestras expectativas y aspiraciones en el proceso de la investigación científica.” (Ramos Sujo, 2008: 435).

Asimismo, se puede definir el método científico como “(...) el conjunto de procedimientos y reglas a que debe ajustarse el sujeto cognoscente para desembarazar lo esencial de una cuestión que desconoce, lo que se traducirá en una exposición,

demostración y sistematización fundada en hechos probados o razones lógicas.” (Herrera, 2002: 4).

Mientras que para Ramos Núñez (2005: 100) el método científico es “(...) un conjunto orgánico de procedimientos, a través de los cuales: a) se plantean los problemas científicos; y, b) se ponen a prueba las hipótesis científicas.”

Considero que el método científico es el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

Para la *recolección de información* en la investigación se han aplicado los siguientes métodos:

2.1.1 Métodos lógicos

- Método sintético – analítico

El método sintético procede cuando “(...) se tiene la necesidad de ejecutar la acción de combinar y unificar los datos e informaciones, que fueron aislados en el análisis.” (Ramos Sujo, 2008: 481)

Por otro lado, respecto al método analítico, el mismo autor señala que éste método “consiste en la descomposición, separación, aislamiento del conocimiento a priori en los elementos del conocimiento puro del entendimiento.” (Ramos Sujo, 2008: 498)

Para la presente investigación, se utilizan esencialmente al momento del procesamiento de la información de toda la documentación recopilada durante la primera etapa de la investigación, la misma que una vez seleccionada a través de un análisis detallado y minucioso, se especializó y determinó los puntos primordiales; teniendo a lo largo de todo este proceso presente la hipótesis a comprobar; a su vez, también, fue utilizado al momento de elaborar las

conclusiones y propuestas a presentar tanto teóricas como normativas.

- Método inductivo - deductivo

Método inductivo utilizado tanto en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular tomando como esencia a la normatividad y la jurisprudencia.

Asimismo, como bien señala Ramos Suyo (2008: 473), “el método inductivo no es excluyente del método deductivo, menos es de encontrar entre éstos ninguna oposición lógica. Por el contrario, entre ambos, existe una unidad fundamental, y que su aplicación se complementa, y orienta su desarrollo.” Es por ello que a la par del método inductivo utilizamos el método deductivo para ayuda del desarrollo analítico de la jurisprudencia señalada como muestra, puesto que analizamos los casos específicos e interpretaremos con los principios especiales de la materia.

2.1.2 Método jurídico

El método jurídico consiste, “en la sustancia formativa y definitiva de los principios construidos por la inducción, o por un hecho relevante e importante.” (Ramos Suyo, 2008: 454)

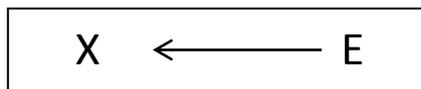
Por otro lado, para Herrera (2002: 13-14) considera que el derecho como ciencia tiene dos aspectos: “a) uno teórico o sistemático, basado en la exposición de reglas jurídicas pertenecientes a uno o varios ordenamientos espacial y temporalmente circunscriptos; y b) un segundo aspecto, de carácter técnico o práctico, que consiste en el arte de la interpretación y aplicación de normas.”

De los métodos jurídicos a utilizar, hemos destacado el método doctrinario y el método interpretativo.

- Método doctrinario
Utilizado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales.
Esta técnica jurídica es “(...) esencialmente un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración y que aparecen expresadas en términos conceptuales y, como tales, han de reconstruirse y entenderse” (Ramos Núñez, 2005: 104)
- Método interpretativo
Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener conclusiones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos. Es por ello que “(...) la interpretación del derecho, como objeto de la investigación jurídica, en ningún caso puede ser resultado de la fantasía libre del estudioso, sino la conclusión razonada de principios y normas de derecho aplicables al caso.” (Herrera, 2002: 16)

2.2 Diseño de contrastación

Diseño *expostfacto retrospectivo*: Los modelos retrospectivos “son aquellos en los que el investigador indaga sobre los hechos ocurridos en el pasado.”(Pineda & De Alvaro, 2008). Es por ello que usamos este modelo lógico que oriente la observación de lo analizado y contrastado en forma retrospectiva.



Donde:

X = Causas

E = Efectos

2.3 Técnicas e instrumentos de investigación

Es de anotar que existe una gran relación entre métodos y técnicas de investigación, motivo por el cual es posible su confusión. Sin embargo se puede resaltar una breve definición para diferenciarlas; mientras “(...) los primeros constituyen los procedimientos a seguir en la búsqueda de nuevos conocimientos científicos; las segundas, son los instrumentos que se utilizan en la planificación de la investigación, la recopilación, selección, análisis e interpretación de los datos, empíricamente verificables.” (Zelayarán, 2002: 127)

Una vez señalada las diferencias, pasamos a señalar las técnicas e instrumentos de investigación que serán utilizados en la presente investigación, que son las siguientes:

2.3.1 Para la recolección de datos

a) **De la entrevista:** Técnica empleada a través del instrumento del diálogo y con el auxilio de un rol de preguntas, realizadas tanto a docentes especializados en derecho laboral, y procesal constitucional como a los jueces especializados en lo laboral. Utilizando como equipo de ayuda la grabadora.

Asimismo, consideramos importante la entrevista puesto que en el instrumentos de la observación indirecta, se advierte “diversas modalidades como son: la técnica de la entrevista, la técnica del cuestionario.” (Zelayaran, 2002: 130)

El instrumento empleado en dicha técnica es el diálogo.

b) **De la recopilación documental:** La recolección documental nos ha servido para el desarrollo y análisis del marco teórico, jurisprudencias especializadas, expedientes judiciales. La técnica aplicada ha sido el fichaje respecto a bibliografía y sentencia sobre las remuneraciones

devengadas de los trabajadores que han sido repuestos a través de un proceso de amparo.

El instrumento a emplear en dicha técnica es el fichaje.

c) Del internet: Se empleó para la recolección de información, teniendo como instrumento las páginas webs, que serán de gran ayuda para una parte considerable de la información incluida en el marco teórico. Así también, consideramos importante esta fuente, puesto que, como señala Herrera (2002: 170), “la información sustantiva está contenida en miles de sitios (sites) de la más diversa índole, algunos de los cuales disponen de datos jurídicamente relevantes como leyes en texto completo, jurisprudencia y abstracts de doctrina.”

El instrumento empleado en dicha técnica son las páginas webs y buscadores.

d) Del Fotocopiado: Es la técnica de recolección de información que se empleará a lo largo de toda la investigación, con la finalidad de hacer reproducciones de temas sobre remuneraciones devengadas, en libros, tesis, revistas, artículos, jurisprudencia para poder ser archivado. Será de gran ayuda para el investigador como instrumento bibliográfico en el desarrollo del tema.

El instrumento empleado en dicha técnica es el fotocopiado.

f) Observación: Para Ramos Suyo (2008: 183) la técnica de observación la “(...) utilizamos cotidianamente en la adquisición de conocimiento de la realidad.” La técnica de observación sirve para que mediante la percepción se observe y describa los documentos y resultados que se utilizarán en la investigación, tales como el marco conceptual, documentos de la entrevista y sentencias.

A decir de Zelayarán (2002: 129) que “(...) los instrumentos más usuales para la recopilación, selección, análisis e interpretación de datos, tanto en el campo de la sociología, como en las ciencias jurídicas, según la naturaleza del fenómeno a estudiarse, son: la observación estructurada y la observación indirecta.”

El instrumento utilizado es el senso perceptivo.

2.3.2 Para el procesamiento de datos

a) **Creación de archivos:** Para una mejor organización y correcta investigación se ha creado un sistema de archivo para organizar y guardar los documentos necesarios para la investigación.

b) **Depuración:** Una vez recolectado todo tipo de información se procedió a utilizar el sistema de depuración observando y analizando la información con el fin de conservar los documentos necesarios que sirven para la investigación, desechando los demás documentos que a nuestro parecer no sirvió en la presente investigación.

3. Cálculo definitivo de la muestra

Se realizó la investigación con el tamaño de la muestra ascendente a 36 unidades, que representa el total de la población determinada, ayudando a la validez de la muestra.

4. Utilización de medios de tendencia centrada

En el presente trabajo de investigación se utilizarán los siguientes medios de tendencia que son la Media, Moda, Mediana, Desviación Estándar

5. Construcción de instrumentos

- El cuestionario de la entrevista: Instrumento del cuestionario de opinión.
- Diálogo: Instrumento del diálogo, con ayuda de un rol de preguntas.

6. Procedimiento de datos

El procesamiento de los datos se presenta al estar la tesis dividida en **V Capítulos** y son los siguientes:

- **Capítulo I** está referido a la introducción la que concierne respecto a la realidad problemática, formulación del problema, objetivos y la justificación a la investigación.
- **Capítulo II**, contiene los antecedentes, marco teórico referido al despido arbitrario y lesivo de derechos fundamentales, así como el proceso de amparo y las remuneraciones devengadas.
- **Capítulo III**, se explica la metodología aplicable, la población y la muestra a estudiar, así como los instrumentos utilizados.
- **Capítulo IV**: se presenta los resultados de la investigación, empezando por un análisis del despido nulo y su eficacia reparadora, seguido por un estudio de los derechos fundamentales y la defensa de los trabajadores en el proceso de amparo, revisar el desarrollo del proceso constitucional de amparo en materia laboral, detallar y analizar un resumen histórico cronológico de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de un proceso de amparo, luego analizar el pago de las remuneraciones devengadas en la vía constitucional y su procedencia y, finalmente, analizar las entrevistas y la guía de observación.
- **Capítulo V**: se establecen las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y

DISCUSIÓN

TÍTULO I

ANÁLISIS DEL DESPIDO NULO Y SU EFICACIA

REPARADORA

En el Perú siempre ha existido la tradicional problemática entre la selección del sistema de protección máxima al trabajador frente al despido y los aires flexibilizadores del trabajador en su derecho a la estabilidad laboral.

Estos problemas, a través de los años, han tratado de ser solucionados mediante esquemas en amparo de los derechos constitucionales de los trabajadores; dicho de otro modo, al pasar del rango de derechos laborales otorgados por el legislador, a los derechos adquiridos mediante la constitución, los trabajadores, atropellados por empleadores que a discreción ponen fin a la relación laboral, buscaban una solución haciendo valer sus derechos constitucionales laborales.

Producto de ello, desde los comienzos de los derechos laborales, mediante corrientes revolucionarias¹⁹ en protección de los derechos sociales, se han incorporado estos derechos sociales de los trabajadores a las legislaciones de nuestro país. El despido nulo, ahora, es por ello un conjunto de hechos prohibidos para el empleador, que en caso lo ejecute, deviene en nulo el despido.

1.1. Alcances sobre el despido nulo en el Decreto Legislativo N° 728

Las reformas legislativas del régimen del despido han configurado un modelo dual de protección contra el despido en el cual coexisten dos niveles de protección máxima, diferenciados en función a la intensidad de tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico. El primero, corresponde al despido calificado como

¹⁹ Mediante la Constitución de Querétaro en México, se produce el primer antecedente de los derechos laborales constitucionales reconocidos en América Latina.

arbitrario, al cual se otorga una tutela resarcitoria que es la indemnización, sin que proceda su reposición o readmisión. El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela restitutoria que implica el derecho del trabajador a una reposición en su trabajo.

Es precisamente que el despido nulo y sus causales están regulados en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 contenido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), en donde enumera taxativamente cinco causales por las que se configura el despido nulo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes; discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma y; por razones de embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.

De la lectura del mencionado artículo se puede resumir que el legislador ha intentado proteger los derechos reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho sindical, derecho a la no discriminación y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Asimismo, es clara la intención de la norma de prohibir ciertas conductas del empleador, o dicho en otras palabras evitar y convertir en ilegítimo ciertas actuaciones puntuales del empleador.

1.2. Sustento de los motivos prohibidos del despido nulo

Como se ha adelantado en líneas arriba, existe un motivo prohibido otorgado por el legislador para evitar el mal actuar del empleador en desmedro del trabajador.

Asimismo, podríamos decir con bastante sustento que, existen motivos del legislador para otorgar al trabajador soluciones, al menos en el ámbito de impugnación del despido, a la previsión contemplada con carácter genérico, en el artículo 23 de nuestra Constitución vigente, cuya literalidad prescribe que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Desde esta perspectiva, el despido nulo resulta ser un cause procesal para declarar extinto el despido, y con ello una reparación acorde al derecho del trabajador. Deja de ser entonces, una clasificación fáctica de despido, como mal han hecho muchos doctrinarios cuando tratan de encontrar la tipología del despido. Por el contrario el despido nulo, encuentra su sustento al momento de cuestionarlo, a través de la impugnación de despido nulo. Al declarar el juez nulo el despido, es natural que el legislador haya querido dejar la existencia de éste al vacío, y propugnar que nunca existió tal acto. Dicha respuesta reparadora, es natural de un despido que vulnere derechos constitucionales de cualquier tipo, puesto que los derechos máximos reconocidos en nuestra legislación y que se encuadran en las normas sustantivas de menor jerarquía, es la Constitución, con mayor razón se encuentra el sustento de la inexistencia de un despido nulo.

En consecuencia, “si la nulidad de la extinción es la única respuesta posible ante la violación de un derecho fundamental, el despido nulo ha de convertirse en un efecto directamente deducible de la Constitución, por lo que se entenderá desligado de toda voluntad o discrecionalidad del legislador ordinario.” (Arce, 2006: 132)

Es por ello que la definición que el artículo 29 de la LPCL ha efectuado sobre el despido nulo, constituye, a mi parecer, una regla obligatoria de la Constitución, es decir, el articulado no es más que

una reproducción obligada de ciertos derechos fundamentales del trabajador, y que en la medida de ser fundamentales debe tener la obligatoriedad o, para el presente caso, la prohibición de ejecutar dichos actos, conforme al tercer párrafo del artículo 23 de nuestra Constitución.

A efectos de calificar lo dicho, referido al contenido, o al sentido de los derechos constitucionales a que hace mención el artículo 29 de la LPCL, debemos de hacerlo desde un análisis del articulado constitucional, incluso desde las normas internacionales debidamente ratificadas, debido que conforme a la cuarta disposición transitoria de nuestra Constitución que señala “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Corresponde ahora, desarrollar los supuestos mediante los cuales la LPCL considera que se configura el despido nulo:

1.3 Análisis de los motivos prohibidos del despido nulo

Conforme hemos adelantado en líneas arriba, el despido nulo tiene su sustento en el carácter constitucional que protege al establecer sus motivos prohibidos, es decir los derechos que debe respetar el empleador es el derecho a la no discriminación, derechos sindicales y derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho de otro modo, en tanto estos derechos tengan rango constitucional o sean derechos fundamentales su consecuencia jurídica, cuando se lesiona alguno de estos, es declarar nulo e ineficaz el acto ilegal.

1.3.1. La discriminación

A través de la historia la discriminación ha sido un tema de total desarrollo por parte de la doctrina, ahondando en sus clasificaciones desde todo punto de visto social. Ha merecido dicho trato, pues la misma historia ha sido la culpable de desmerecer actos, que ahora la sociedad repudia, pero que, sin embargo, han sido el sustento y forman parte de la consolidación de los tratos antidiscriminatorios. Hechos como el la esclavitud en muchas partes del mundo, la discriminación por el color, raza o sexo, el *aparthey* en Sudafrica, han sido reprochables a tal punto de positivizar sus prohibiciones.

1.3.1.1. Concepto amplio de discriminación:

“La discriminación, con ser un fenómeno social, se caracteriza y concretiza por sus manifestaciones jurídicas, ya que se traduce en la privación al individuo o grupo discriminado del goce pleno de sus derechos, tanto fundamentales como meramente legales” (Blancas, 2007: 153)

“La discriminación, es toda exclusión o segregación a una persona o a un grupo de personas, del goce de los derechos humanos, por razones de raza, religión, ideas políticas, etnia, nacionalidad, sexo” (Ortecho, 2011: 46)

Para explicar la discriminación es preciso remitirnos a la Constitución Política, en su artículo 2.2 que señala “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”; y el artículo 26.1 que prescribe “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

De lo leído, se advierte que de la norma constitucional, tras afirmar el principio de igualdad ante la ley y de igualdad de oportunidades, proscribire la discriminación, y es el primero de aquellos preceptos el que enumera los motivos de diferenciación constitutivos de la discriminación: “origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole”.

Además, también se puede advertir, que la norma constitucional, trae consigo una definición en donde uno dos conceptos, tales como el derecho de igualdad ante la ley y de oportunidades; y el derecho a la no discriminación. “(...) la integración en un solo inciso de ambos principios, el de igualdad ante la ley y el de no- discriminación, trajo consigo el riesgo de una lectura unitaria en la cual cabía delimitar el juego del principio de igualdad a las causales específicas o, por el contrario, aquellas perdían toda relevancia al admitir el carácter irrestricto del principio general.” (Arce, 2006: 134) Por esta razón el principio de no-discriminación pasó a convertirse al acto negativo del derecho a la igualdad ante la ley o de oportunidades, cuya esencia rechaza todo acto de discriminación, como era lógico.

Sin embargo, para el jurista Neves Mujica, el principio de igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades tiene mayor relación y confluencia con el principio de no-discriminación, pues él define su evolución conceptual en dos fases centrales, “la primera de las cuales es la igualdad forma y su correspondiente discriminación directa, y la segunda – que no niega a la anterior sino construye sobre ella –, la de la igualdad sustancial y su correspondiente discriminación indirecta.” (Neves, 2009: 134)

En conclusión, podemos decir que el derechos de igualdad ante la ley, trato u oportunidades y la no-discriminación, son derechos que se complementan entre sí, alimentando cada uno desde su perspectiva, mientras que el derecho de igualdad prevee e incentiva las conductas y regulación normativa de actos en procura de dicho derecho, el derecho de no-discriminación prohíbe, reprocha y hasta sanciona al infractor –persona natural o norma – que sea capaz de contravenir este derecho reconocido constitucionalmente.

1.3.1.2. Clases de discriminación:

Neves Mujica reconoce que existen dos clases de discriminación, llamada discriminación directa y discriminación indirecta, diferenciadas en su fondo pero que se apoyan mutuamente en su aplicación.

En el primer caso, las discriminaciones directas, “ocurre cuando el agente lesivo toma en cuenta un factor diferencial prohibido para hacer la diferenciación” (Arce, 2006: 143). Para Neves Mujica “si se verifica el trato proscrito por el principio sin justificación, estamos ante una discriminación directa” (Neves, 2009: 135)

En el segundo caso, las discriminaciones indirectas, es aquel que “se manifiesta recién en el resultado, en el punto de llegada, es decir, pese a no adoptarse formalmente como criterio de diferenciación una de las causales vedadas, se genera una situación discriminatoria objetiva que lo desfavorece y perjudica a ciertos grupos históricamente marginados (sea por razón de sexo, raza, origen, etc.)” (Arce, 2006: 143).

En la misma línea argumentativa, Neves señala que “la discriminación indirecta, concebida como el impacto adverso que producen medidas aparentemente neutras sobre un colectivo, en proporción mayor que sobre los demás. Se trata de desiciones que se aplican por igual a todos, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diversos: talla y peso, grado de instrucción, antecedentes penales, etc.” (Neves, 2009: 141)

1.3.1.3. Discriminación en la relación laboral:

Adentrándonos en el ámbito de las relaciones laborales, la tutela antidiscriminatoria resulta de mayor relevancia, dado cuenta de la intensidad que el fenómeno abarca dentro de esta situación jurídica.

Precisamente en el ámbito laboral, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado “convenio sobre discriminación (empleo y ocupación)”, define a la discriminación como: “(...) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”²⁰

En esta definición se advierten tres elementos que deben concurrir para configurar la discriminación. “En primer lugar, un hecho que establezca una distinción, exclusión o preferencia. En segundo lugar, un motivo determinante de dicha diferencia (raza, color, sexo, religión, etc.). Y, en tercer lugar, el resultado objetivo de esa diferencia de trato, que consistirá en la anulación o en la alteración de la igualdad de

²⁰ OIT 1984: artículo 1, párrafo 1.a

oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” (Blancas, 2007: 155-156).

Como se puede advertir la redacción del Convenio 111 de la OIT está estrechamente ligado a la noción estricta del principio de no discriminación, pues la alteración o anulación de la igualdad ante la ley y oportunidades que proscriben son motivo de discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social y no cualquier otro motivo. Ello quiere decir que, si bien, toda discriminación vulnera la igualdad de trato, no toda lesión de igualdad de trato puede considerarse como discriminación.

Por otro lado Neves Mujica considera que el término *discriminación*, en sentido estricto de la relación laboral, tiene dos significados de alcances diversos: “Según el primero, hay discriminación toda vez que se practique una distinción arbitraria, esto es, carente de causa objetiva y razonable. Conforme al segundo, sólo la hay si dicho trato se funda en un motivo prohibido por el ordenamiento” (Neves, 2009: 109)

Hacia la segunda noción de discriminación en modo general apunta el Tribunal Constitucional cuando tiende a identificar la discriminación con cualquier vulneración de la igualdad al señalar: “En buena cuenta la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratado de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato”²¹. En modo particular en el ámbito laboral, el TC

²¹ STC N° 0261-2003-AA/TC, del 26 de marzo de 2003, FJ 3.1

sostiene que: “(...) la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista en la Constitución”²²

1.3.1.4. Problemática sobre la discriminación el sentido peyorativo de la LPCL:

Conviene adelantar un tema que ciertamente será abordado con mayor profundidad en los capítulos adelante, porque he aquí donde encontramos la primera problemática en cuanto al sentido de discriminación otorgada por la LPCL.

El artículo 2.2 de la Constitución señala que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. La norma constitucional contiene su construcción, sobre un listado de características inmanentes del ser humano o condiciones socio-económicas de aquél, que están prohibidos para ser tomadas en cuenta para diferenciaciones de carácter discriminatorio, bajo el motivo de erradicar las conductas o hechos, que tiendan a crear o mantener las disparidades sociales existentes. Es por ello que su redacción o contenido no sea cerrado, sino, por el contrario, su carácter de lista abierta revela la intención del constituyente de no dejar de lado ningún tipo de acto discriminatorio. Sin embargo, ello no implica, como ya se ha explicado anteriormente, incluir cualquier desigualdad, puesto que la prohibición sólo se extiende a circunstancias

²² *Ibid*

que revistan un carácter intolerable o reprochable para la sociedad.

Sin embargo, la problemática surge a razón de la redacción del inciso d) del artículo 29 de la LPCL, la misma que prescribe: “Es nulo el despido que tenga por motivo: d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.” Se denota que la norma hace caso omiso a la naturaleza enunciativa del mandato constitucional, restringe su literalidad a un listado taxativo, el cual reconoce únicamente como razones de discriminación por sexo, raza, religión, opinión e idioma, dejando desprotegido los demás posibles motivos de discriminación que la norma suprema no lo hace.

Esta situación, “conlleva al riesgo de albergar interpretaciones judiciales restrictivas que, fundadas en la norma de desarrollo constitucional, se traduzcan en la no-procedencia de demandas por discriminación basadas en un factor diferencial ajeno a ella.” (Arce, 2006: 146)

Tal atingencia la manifiesta, también, Blancas Bustamante al señalar que “la enumeración legal de estos motivos de discriminación aplicables al despido nulo y al acto de hostilidad resulta restringida en comparación con el texto constitucional, pues no incluye la discriminación en razón de la condición económica y, sobre todo, la referencia a la de cualquier otra índole, que opera como cláusula de apertura del precepto constitucional, lo cual posibilita ampliar el ámbito de la tutela antidiscriminatoria.” (Blancas, 2007: 160)

1.3.1.5. La discriminación por razón de sexo y la protección de la mujer embarazada:

Según el inciso e) del artículo 29 de la LPCL señala: “Es nulo el despido que tenga por motivo: e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.”²³ Evidentemente esta norma cumple la finalidad de proteger a las mujeres embarazadas que podrían ser objeto de despido, evitando con ello que sufran las consecuencias de carácter material o moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas como para sus hijos.

En relación a este tema el Tribunal Constitucional ha señalado que “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.”²⁴

De este modo el TC, en el caso de las mujeres, buscó la prohibición de discriminación por razón de sexo que tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica

²³ Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 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.

²⁴ STC N° 5652-2007-PA/TC de fecha 06 de noviembre de 2008, fundamento 47.

situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

1.3.2. La libertad sindical

1.3.2.1. Delimitación conceptual

Para Guillermo Guerrero refiriéndose al derecho de asociación profesional (equivalente al derecho sindical en Colombia) señala: “El derecho de asociación profesional tiene que partir de la base de que su fundamento es el hombre, o sea, que se le respete sin desconocer los derechos de la persona humana, porque se negaría a sí misma, puesto que, en esencia, el grupo social es realidad efectuada por el hombre.” (Guerrero, 2005: 71)

Para el jurista Haro Carranza la libertad sindical “constituye la columna vertebral del derecho sindical y consiste en la independencia que tienen los trabajadores para constituir sindicatos, así como para hacer que su funcionamiento esté libre de toda intervención externa” (Haro, 2009: 89)

Asimismo, “la libertad sindical de acuerdo con el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo, comprende la libertad de fundar sindicatos sin autorización previa, la libertad de afiliación sindical, la libertad de autorregulación sindical y la libertad de acción sindical” (Arévalo, 2005: 7)

Por su parte el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003, prescribe en su artículo 2°:

“El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.” Puedo acotar, al igual del el Dr. Arévalo, que el derecho de sindicación reconocido en la ley precedente, implica las cuatros libertades señaladas por el jurista, que es necesario explicar.

Primero la libertad de fundar sindicatos sin autorización previa, considero que es la primera libertad reconocida en la ley e implica que todos los trabajadores están facultados para conformar sindicatos sin que sea necesario ni se les pueda exigir que cuenten con autorización previa de ninguna clase, ni de su empleador ni del Estado, lo que no quiere decir que pueden actuar al margen de la ley. La libertad de afiliación sindical garantiza el derecho de todo trabajador a decidir libremente si se afilia o no a un sindicato de su elección (sentido positivo), así como el derecho a no ser obligado a ser elegido como parte de la organización sindical (sentido negativo). El derecho de autorregulación sindical, que garantiza también el derecho de los sindicatos a tener una existencia autónoma, que les permita elegir libremente a sus representantes, aprobar sus estatutos, decidir su forma organizativa y negociar con su empleador. Y, finalmente, la libertad sindical, que es la manifestación de libertad sindical para garantizar que los sindicatos pueden cumplir sus funciones como tal, es decir, realizar sus actividades necesarias para la consecución de sus fines.

1.3.2.2. La Libertad sindical en la legislación peruana

Más allá del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, es preciso señalar la norma con rango constitucional que sirve de sustento para la libertad sindical.

Es por ello que en el Perú, el derecho a la libertad sindical tiene en primer lugar rango constitucional, pues esta se ocupa sobre el tema en dos de sus secciones: al tratar sobre los derechos fundamentales de la persona – artículo 2° inciso 13) y, sobre los derechos sociales y económicos, el artículo 28° inciso 1) de la Constitución establece que el Estado “Garantiza la libertad sindical”. Asimismo, aunque en negativo, vuelve a ella para determinar las exclusiones al derecho sindical – artículos 42° y 153°.

Asimismo, nuestro país es signatario y ha ratificado los siguientes Convenios de la OIT:

- Convenio N° 87, sobre Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación (1949) aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 13281 del 15 de diciembre de 1959.

- Convenio N° 98, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (1949) aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 14712 del 18 de noviembre de 1963.

- Convenio N° 151, sobre Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública ratificada por la Décima Séptima Disposición Transitorio de la Constitución Política de 1979.

Además de otros convenios y tratados ratificados por nuestro país, reconocen el derecho a la libertad sindical, pudiendo mencionarse sólo a manera de ejemplo algunos de

ellos como son: el artículo 23 numeral 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Ley N° 13282), el artículo 8 inciso a) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Decreto Ley N° 22128 y Décimo Sexta Disposición General de la Constitución de 1979), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Decreto Ley N° 22231 y Décimo Sexta Disposición General de la Constitución de 1979), entre otros instrumentos internacionales.

Finalmente, considero que cobra vital importancia la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige una interpretación de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En la misma línea se sitúa el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el que añade que los derechos constitucionales se interpretan también de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos construidos según tratados de los que el Perú es parte.

1.3.2.3. Libertad sindical como motivo prohibido de despido

El artículo 29° de la LPCL en su inciso primero sanciona como nulo el despido que tenga por motivo, de un lado, “la afiliación a un sindicato”, y del otro, “la participación en actividades sindicales”. Para Arce, al comentar la citada norma señala que “(...) dichos motivos, con modificaciones poco sustanciales, son los mismos que existen en el inciso a) del artículo 5° del Convenio 158 de la OIT (cabe mencionar, que aquél instrumento normativo no ha sido

ratificado por el Perú) y que encuentran su origen más remoto en la disposición segunda del artículo 1 del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva (Convenio 98)". El artículo 1° del Convenio 98 de la OIT, prescribe:

"Artículo 1°.-

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo." (Sombreado es nuestro)

De la norma citada, se desprende que el legislador peruano, opta por delimitar el contenido jurídico tutelado de la libertad sindical sobre la base de dos elementos: el primero, el carácter estático, referido a la afiliación sindical, mientras, el segundo, de orden dinámico, compuesto por toda acción que tenga la función de defender los intereses de la clase trabajadora. Parecida opinión tuvo, inicialmente el Tribunal Constitucional, al centrar el contenido esencial del derecho de libertad sindical en dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico, "consiste en la facultad

de toda persona de constituir organizaciones con propósito de defender sus intereses generales”; el segundo, lo concibe como aspecto funcional, “que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones”²⁵

Señala también el TC, que el contenido esencial del derecho de libertad sindical “implica la protección del trabajador afiliado o sindicalizado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga”²⁶

1.3.3. La tutela jurisdiccional, como despido por represalia del empleador por presentación de una queja

El artículo 29 de la LPCL en su inciso c) prescribe: “Es nulo el despido que tenga por motivo: 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.”

Esta regla tiene su excepción cuando se configure una falta grave tipificada en el inciso f) del artículo 25, respecto a actos de violencia. Es decir, cuando el trabajador se encuentre incurso en un procedimiento de falta grave por actor de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de la palabra verbal o escrita en agravio del empleador, éste no podrá alegar como motivo prohibido de despido en el inciso c) del artículo en comentario.

En general el precepto contenido en el inciso c) del artículo 29° de la LPCL tiene como sustento sancionar la represalia del empleador ante el legítimo ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y el derecho de defensa reservado al

²⁵ Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamento N° 8)

²⁶ Ibidem.

trabajador para asuntos de índole laboral. Este tipo de motivo, es muy importante en la seguridad del empleo, puesto que “(...) tiende a proteger al trabajador contra las medidas de represalia patronal.” (Arce, 2006: 162). Del mismo modo Blancas (2013: 398) señala que “en el ámbito de las relaciones laborales, se reconoce su empleador para reclamar respecto de los incumplimientos e infracciones que cometa, sin que esta circunstancia origine la extinción del contrato de trabajo.”

Como es natural, la regla instaurada en este precepto tiene sustento en el derecho a la tutela judicial efectiva; derecho reconocido por nuestra Constitución Política del Estado y por diversos tratados internacionales ratificados por el Perú. Así tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8 y 25.

Asimismo, nuestro cuerpo normativo propugna el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como nuestra Constitución en su artículo 139 inciso 3) y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 7.

En este sentido, es claro que debemos resaltar la importancia del derecho a la tutela jurisdiccional y su recepción en la relación existente entre ciudadano y trabajador. Puesto que la tutela jurisdiccional, al ser un derecho fundamental y constitucional (reconocido en nuestra Constitución), pasa a formar parte de una relación más específica, dentro del ámbito laboral. En otras palabras, ahora, dentro de la relación laboral la tutela jurisdiccional viene a formar parte de ella con todas sus características y sus implicancias como las que vamos a pasar a detallar.

Ahora bien, luego de analizar la importancia de la tutela judicial efectiva, toca verificar los límites y características importantes de su desarrollo a través del avance legislativo jurisprudencial en nuestro país.

El artículo 47°, D.S 001-96-TR, reglamento de la LFE, prescribe:

“Se configura la nulidad del despido, en el caso previsto por el inciso c) del Artículo 62 de la Ley, si la queja o reclamo, ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento.”

Dicho apartado pone en manifiesto las restricciones o limitaciones a la interpretación del inciso c) del artículo 29 de la LCPL. La norma citada señala como tres presupuestos para que se configure el despido nulo:

- (i) Cuando la queja o reclamo es presente ante la autoridad administrativa o judicial. El legislador, mediante este supuesto, pretende que no se presenten reclamos maliciosos o tendenciosos o que el trabajador consiga un medio de prueba ante un posible despido. Por otro lado, contrario sensu, se entiende que la queja directa hecha al empleador no se configura como supuesto para la presente regla. Es decir, si el trabajador presentare una queja o un reclamo ante su empleador y luego es despedido, no puede configurarse el presente supuesto. Asimismo, la Corte Suprema ha señalado “(...) que el

trabajador haya presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa”²⁷

- (ii) Como consecuencia del despido, se logre acreditar la conducta o intención del empleador de despedir al trabajador como consecuencia de la queja o reclamo presentado. Este supuesto, se puede explicar con la intención del legislador de restar los demás casos en donde no sólo ha existido un despido luego del reclamo presentado, sino por el contrario es necesario el carácter subjetivo de intencionalidad del empleador. Como lo ha expresado la Corte Suprema: “interpretando esta norma debe establecerse que en caso de nulidad de despido, el trabajador no sólo debe acreditar su despido sino además el motivo del mismo para lo cual no es suficiente demostrar la existencia del proceso judicial instaurado sino que es de su cargo probar la existencia del nexo - causal entre el despido y la causa alegada, esto es, que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador.”²⁸

En otras palabras, decir implícitamente que el despido durante la participación en un proceso judicial es siempre nulo resulta una interpretación desde un plano puramente objetivo, cuando la interpretación correcta involucra también el plano subjetivo, es decir, que el motivo del empleador para despedir debe radicar en el reclamo del trabajador ante una autoridad en contra del empleador.

²⁷ Casación N° 1365-2005 de fecha 13 de setiembre del 2006, fundamento cuarto.

²⁸ Casación N° 673-2006 Junín, publicado en fecha 31-05-07, fundamento sexto.

Sin embargo, posteriormente, la Corte Suprema, aplicando el control difuso, ha establecido un precedente vinculante que señala “no corresponde aplicar en el presente proceso el artículo 47 del Decreto Supremo 001-96-TR a efectos de interpretar el artículo veintinueve inciso c) del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, pues dicha norma restringe indebidamente los supuestos legales para declarar nulo el despido, desnaturalizando la norma reglamentada en contravención del citado artículo ciento ochenta y ocho inciso ocho de la Constitución”²⁹

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado los criterios que deben ser tomados en cuenta para que se configure estas causales de nulidad de despido:

- “a) Que el trabajador haya presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa;
- b) Que el acto del despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por parte del trabajador y dentro de un plazo tan cercano que produzca convicción en el juzgador que el móvil por el cual se dio termino al vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado; y
- c) Que el empleador no haya motivado expresamente su decisión de despedir al trabajador.”³⁰

(iii) En cuanto al tiempo que debe transcurrir respecto al reclamo y a la fecha de despido, esta protección debe

²⁹ Casación N° 2402-2005 Callao, publicado en fecha 11-04-07, fundamento octavo.

³⁰ Casación N° 1365-2005 de fecha 13 de setiembre del 2006, fundamento cuarto.

ser hasta tres meses desde la resolución consentida o ejecutoriada hasta la fecha de despido. Como bien han señalado algunos juristas, este precepto quiere decir que “(...) el referido plazo corresponde a la ejecución del mandato judicial y no a la fecha de notificación de la sentencia expedida en última instancia que declaró nulo el despido, razón por la cual deberá computarse desde la fecha de reposición del trabajador” (Blancas, 2013: 406).

1.4 Despido nulo como lesivo de los derechos constitucionales

La constitucionalidad de las normas imperativas no se agota en la sola lectura del artículo 29° de la LPCL, más aún cuando su carácter de “*numerus clausus*”, puede suponer la posible desprotección de los demás derechos fundamentales protegidos mediante esta institución. Este razonamiento se afianza más cuando, remitiéndonos al Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo contenida en el Decreto Supremo N° 001-96-TR, en su artículo 52 señala que “La acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo.”

Puedo entender que esta opción legislativa pretende reducir el ámbito de protección del trabajador vulnerado de sus derechos constitucionales, al restringirle la tutela judicial efectiva en los casos de afectación de los demás derechos no regulados taxativamente en el artículo 29° de la LCPL. Negarle dicha tutela implicaría desconocer la prescripción contenida en el artículo 23° de la Constitución, y consecuentemente, el riesgo de vulnerar al trabajador su derecho a la tutela judicial efectiva (inciso 3 del art. 138 de la Constitución Política).

Conforme hemos señalado, el despido nulo y sus motivos prohibidos tienen su sustento jurídico en los derechos con rango constitucional que protege, y su atropello genera declarar el despido nulo. Sin embargo, nos hacemos la siguiente pregunta ¿Acaso los derechos constitucionales del trabajador son sólo tres (no discriminación, libertad sindical y tutela judicial efectiva?); ¿qué sucede con los demás derechos protegidos por la constitución o cualquier otro derecho privado con rango constitucional que, dentro de la relación laboral se lesione? Esto es lo que la doctrina hoy llama el despido nulo lesivo de derechos constitucionales.

No tan recientemente, el Tribunal Constitucional ha dado respuesta a esta inquietud de parte de los trabajadores de solucionar los ejercicios abusivos de sus empleadores en vulneración de los derechos constitucionales, a través, como es lógico, del proceso constitucional de amparo, que en su artículo 1° del Código Procesal Constitucional, señala que el objeto del proceso de amparo es de “reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional”. Como bien ha señalado Arce (2006: 134), “esto es, traducido para el despido: reponer al trabajador en su puesto de trabajo, toda vez que su despido inconstitucional no puede desplegar efectos jurídicos por ser nulo”

Este tema, genera mayor consonancia en la doctrina y en la jurisprudencia, que si bien no existe norma legal que disponga las demás fuentes del derecho han sabido bien desarrollarlas.

Es así que a través de la acción de amparo, garantía constitucional reconocida en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución Peruana, el Tribunal Constitucional ha batallado contra la impunidad de los despidos arbitrarios que afectan los derechos constitucionales. Los despidos arbitrarios inconstitucionales los ha declarado nulos y sin efectos jurídicos, produciéndose una reformulación del ámbito de aplicación tanto del despido arbitrario

como del despido nulo en sus efectos. Desde hace buen tiempo, en innumerables procesos de Acción de Amparo el supremo intérprete de la Constitución ha dejado bien claro que “no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos en el artículo 67 del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, D.S N° 005-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o indemnización; sino la evaluación de un acto, el despido, que eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales”³¹ Años después, en el 2002, el mismo Tribunal estableció que “la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni disminuir la dignidad del trabajador (artículo 23). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse como base a la eficacia inter privados de los derechos constitucionales”³².

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia ha establecido que el despido utilizado como vehículo para lesionar cualquier derecho fundamental de los trabajadores es presupuesto para declarar la procedencia de la demanda de amparo.

1.5 Eficacia reparadora del despido nulo en la vía laboral y en la vía constitucional

Ya hemos adelantado que existe una dualidad procedimental de protección de los derechos fundamentales del trabajador, la vía laboral a través del llamado despido nulo contenido en el artículo 29° de la LCPL y la vía constitucional a través de un proceso de amparo

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 1112-98-AA/TC fundamento 2.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 7.

en donde este último busca la protección y vigencia efectiva de los derechos constitucionales³³.

Sin embargo, para entrar a abordar el tema de la eficacia reparadora de ambos procedimientos, no podemos dejar de mencionar la protección contra el despido arbitrario instaurada en nuestra Constitución Política contenida en su artículo 27°, la misma que señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta regla, como ya es sabido remite al legislador para que este regule la adecuada protección contra el despido arbitrario, quiere decir, que permite, mediante ley de menor rango, que el legislador determine cuál será la protección contra el despido arbitrario. Esto no es todo, pues dejar a libre albedrío al legislador regular algo tan importante como es el derecho al trabajo³⁴, implicaría que este derecho se pueda limitar en cualquier sentido; sin embargo, la regla establece algo más, y es pues que la protección deberá ser adecuada. Ahora bien, puede parecer ínfimo el rango de protección que transmite el artículo 27, ergo ello no es así, pues a mi entender la Constitución se vale de varios derechos fundamentales que el legislador al regular la adecuada protección contra el despido arbitrario deberá tenerlo presente y legislar dentro de los márgenes constitucionales, respetando los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución³⁵ nos ayuda a que esta norma pueda interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú.

La adecuada protección contra el despido arbitrario que optó el legislador es la eficacia resarcitoria, esto es una indemnización tazada, y se encuentra regulada en el segundo párrafo del artículo

³³ Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

³⁴ El derecho al trabajo tiene rango constitucional y está regulado en el artículo 2 inciso 15, artículo 22 y 23 de la Constitución Política del Perú.

³⁵ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

34° de la LPCL³⁶. Lo que busca este tipo de protección son dos cosas, la primera es disuadir al empleador para que no despidiera al trabajador sino es por causa justa, y la segunda se refiere a que en caso de despido arbitrario el trabajador tendrá derecho a una indemnización por este acto ilegítimo.

Además, con esta regla lo que se pretende decir es que el despido arbitrario es un despido abusivo e ilegal. Así se ha referido Arce Ortiz cuando señala que “el despido arbitrario como su mismo nombre lo indica es un despido discrecional que ha de reputarse ilegítimo dentro del ordenamiento. El despido arbitrario es ilegítimo, y siempre lo será, aun cuando el ordenamiento le reconozca efectos extintivos.” (2006: 63). En consecuencia, el despido arbitrario es abusivo y por tanto el hecho que al trabajador se le indemnice porque el empleador cometió un acto ilegítimo no lo convierte al despido como legítimo, pues decir lo contrario se estaría conculcando el derecho al trabajo.

Entonces, decir que el despido arbitrario tiene su sustento constitucional en el artículo 27° es correcto, sin embargo no sucede lo mismo con el despido nulo, es ahí donde nos detendremos a estudiar su eficacia reparadora, puesto que esta dista de ser la misma que la regla contenida en el artículo 27° de la Constitución, por el contrario su fundamento jurídico es muy diferente.

En un comienzo, al explicar los alcances del despido nulo (infra 1.1 del presente capítulo) dejamos en claro que el despido nulo tiene su naturaleza jurídica en la lesión de los derechos constitucionales del trabajador, esto son el derecho a la no discriminación, libertad sindical y a la tutela judicial efectiva. Es por ello que su forma de protección también radica desde una perspectiva netamente constitucional. Conforme establecimos anteriormente, las

³⁶ “Si el despido es arbitrario por no haber expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido.”

Constituciones han incorporado en sus textos un conjunto de instrumentos procesales (garantías constitucionales, destinadas a proteger al individuo de las eventuales violaciones de los derechos fundamentales). A ello debemos agregar que hoy en día este tipo de protección (constitucional) ha sido desplazada a otro campo de derecho como puede ser el laboral. A decir de Arce Ortiz que “se viene admitiendo instrumentos procesales extremadamente focalizados en supuestos cuyo grado de lesividad de derechos constitucionales es, por decirlo de algún modo, bastante intenso” (2006:98-99).

Un claro ejemplo de ello, es la declaratoria de nulidad del despido producido con violación de derechos constitucionales del trabajador, lo que actualmente se encuentra regulado en el artículo 29° de la LPCL.

Ahora bien, como consecuencia que el despido nulo se sustenta directamente en la Constitución, pero a diferencia de la regla constitucional del artículo 27 de la Constitución (referente al despido arbitrario), el despido nulo se encuentra sustentando en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución que establece “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” Este es el sustento constitucional del despido nulo, es decir, en toda relación de trabajo ninguna persona natural o jurídica puede limitar, restringir o conculcar los derechos constitucionales ni la dignidad del trabajador de ningún tipo; razón por la cual, se advierte que, en este tipo de despido no se remita al legislador establecer la eficacia reparadora, puesto que en palabras de Arce “el despido de un trabajador con afectación de sus derechos fundamentales sería siempre nulo” (2006: 99)

Según lo expuesto, al margen de la eficacia reparadora del despido nulo contenida textualmente en el tercer párrafo del artículo

34° de la LPCL³⁷, este debe entenderse como una norma declarativa, ya que su fundamento se encuentra en la Constitución.

Esta eficacia reparadora que se encuentra en el artículo 38 de la LPCL y en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional es la de reponer al trabajador, lo que la doctrina llama la tutela restitutoria.

1.5.1 Tutela restitutoria del despido por lesión de los derechos constitucionales

Tanto en la vía constitucional como en la vía laboral, no podemos negar que la tutela restitutoria es la de reponer al trabajador en su centro de labores. Sin embargo, poco se ha dicho en la doctrina sobre las diferencias o similitudes al respecto.

Ciertamente, respecto a la vía laboral la figura es mucho más clara, en razón a que tenemos un texto normativo donde establece los alcances y límites de la eficacia restitutoria del despido nulo, contenido en los artículos 34 y 40 de la LPCL y los artículos 53 y 54 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo Decreto Supremo N° 001-96-TR (en adelante Reglamento de la LPCL). Por el contrario, en la vía constitucional, a través de un proceso de amparo, la figura se torna un poco incierta y hace necesario buscar una respuesta dentro de los principios generales del derecho constitucional, puesto que el artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece **“Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o**

³⁷ Art. 34 de la LPCL “En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.”

disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.” (resaltado es nuestro). Esta reposición al estado anterior que refiere el legislador tiene un carácter genérico que se refiere a todo tipo de estado antes de la afectación del derecho constitucional, es por ello que en el caso del despido con lesión de derechos constitucionales la situación o estado anterior deviene a ser la figura de reposición.

Por otro lado, la tutela restitutoria dependerá de la naturaleza jurídica del objeto a proteger. Así, podrá brindarse una tutela restitutoria, que repare integralmente el derecho vulnerado o sólo una parte de ello. En el presente caso el legislador ha optado por una forma de protección mixta conforme al artículo 52 del reglamento de la LPCL³⁸ en donde permite que el trabajador opte entre la reposición o una indemnización, sin embargo, para efectos prácticos dicha potestad se encuentra regulada taxativamente para el despido nulo, en aquellos casos en que ha sido declarada fundada la demanda (Artículo 34 de la LPCL), entendemos por esta a la vía laboral, puesto que en la vía constitucional el máximo Tribunal ya ha establecido que en esta vía no puede optarse por una tutela resarcitoria por cuanto la finalidad del proceso de amparo es reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho, es decir, busca reponer el derecho y no resarcir el daño.³⁹ Por ello esta regla de dualidad reparadora a opción del trabajador queda circunscrita únicamente para la vía procesal laboral.

³⁸ Segundo párrafo del Artículo 52 Reglamento LPCL: “La acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el Artículo 62 de la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo. Su ejercicio excluye a la acción indemnizatoria, pero puede optarse en ejecución de sentencia por el pago de la indemnización quedando extinguido el vínculo laboral.”

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 976-2001-AA/TC, fundamento 13

1.5.2 Naturaleza jurídica de la reposición del trabajador y el pago de los beneficios dejados de percibir

La naturaleza jurídica de la reposición reside en el carácter constitucional de la protección de los derechos constitucionales del trabajador en el ejercicio de la relación laboral. Es decir, como consecuencia de que el empleador usa el despido como vehículo para la lesión de los plenos derechos constitucionales del trabajador, la eficacia reparadora deviene en reponer las cosas al estado anterior de la lesión, esto es, la debida reposición del trabajador a su centro de labores, con pleno ejercicio de todos sus derechos antes del despido ilícito.

Este tema genera una cuestión material, al tratar de definir los efectos jurídicos extintivos del despido con lesión de derechos constitucionales, pues ciertamente está claro que el efecto fáctico es la reposición, pero respecto a los efectos jurídicos, esto es si al reponer al trabajador existen efectos jurídicos que conlleven a la extinción de la relación laboral o declarar que el acto nunca existió y retrotraer todos sus efectos hasta antes del despido.

Acorde con la tendencia garantista absoluta de los derechos constitucionales, Arce Ortiz considera “la inexistencia de efectos para los despidos que vulneren estos derechos. Para estos supuestos, la doctrina ha proclamado, con mucha razón, por cierto, la declaración de nulidad absoluta, cuya consecuencia conlleva la desaparición del acto lesivo del tráfico jurídico, eliminando todos sus efectos” (2006:113).

Esto es lo que la doctrina se conoce como los efectos de la nulidad ex tunc, es decir, desde el momento mismo en que se produjo el efecto extintivo, y el contrato continua

vigente, no sólo por no operar en el causa legítima de extinción, sino porque esta contraviene los derechos constitucionales.

Queda claro que la reposición responde una causa de nulidad del acto ilegítimo (despido), con la finalidad de restituir el derecho y declarar inexistente el despido. Ello queda claro cuando el trabajador busca protección de su derecho constitucional dentro de la vía laboral (Artículo 29 y 34 de la LPCL), puesto que en el artículo 40 del mismo cuerpo normativo regula la posibilidad de que al declarar fundada la demanda de despido nulo el trabajador tendrá pleno derecho al pago de sus remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, incluso los depósitos correspondientes al pago de la Compensación por Tiempo de Servicios. La referida norma deja claro el derecho el trabajador a percibir sus remuneraciones devengadas, ello concordado con el artículo 2.2 de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo⁴⁰, es decir autoriza al juez laboral para que como pretensión accesoria a la reposición del trabajador se otorga el pago de sus remuneraciones devengadas.

La figura queda incierta en la vía constitucional puesto que no existe norma que taxativamente prescriba la misma regla, es decir, a través de un proceso de amparo no existe norma procesal que autorice este pago como pretensión accesoria, sino resta una interpretación sistemática de aplicar la misma regla contenida en el artículo 40° de la LPCL para el trabajador repuesto en un proceso de amparo. Sin embargo ya el Tribunal Constitucional ha manifestado que “teniendo la reclamación de pago de las

⁴⁰ Artículo 2.2: En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única.

remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria y no, obviamente, restitutoria, debe dejarse a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.” STC Exp. N° 2349-2003-AA/TC.

Este tema, sin embargo, será analizado más adelante doctrinalmente y a la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en el cual adelantamos que es incorrecta esta posición del máximo intérprete de la ley.

TÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DEFENSA DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO DE AMPARO

2.1. Aproximaciones sobre los derechos fundamentales.

Es sabido que la transposición de los derechos laborales a la constitución surgió como consecuencia de las constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919, lo que en la doctrina se conoce como la constitucionalización de los derechos fundamentales.

Esto ha generado la creciente preocupación sobre los derechos laborales dentro de los derechos fundamentales, además de las teorías que explican las diferencias entre los derechos fundamentales y constitucionales. Sin embargo, para poder pasar a explicar la constitucionalización de los derechos laborales es necesario analizar lo concerniente a los derechos fundamentales desde sus teorías iniciales, tales como los derechos públicos subjetivos hasta la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares.

2.1.1. Teorías sobre los derechos fundamentales.

Dentro del derecho moderno o contemporáneo podemos distinguir dos grandes teorías sobre los derechos fundamentales y su eficacia, que puede distinguirse en el tiempo antes de la primera post guerra mundial, los derechos públicos subjetivos y luego de la segunda guerra mundial, eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares.

2.1.1.1. Los derechos públicos subjetivos.

Empecemos por decir que los derechos públicos subjetivos es la teoría clásica alemana de los derechos fundamentales explicada por su principal defensor, el profesor Jellinek.

Esta teoría está explicada desde la perspectiva jurídica del Estado y su reconocimiento en la sociedad, tanto de una mirada exterior, llamado aspecto objetivo, y desde un aspecto interior, llamado subjetivo. El autor refiere, en primer lugar, que el estado forma parte del mundo real, de los hechos y situaciones provenientes de sus miembros, es decir, genera situaciones empíricas contrastables en la sociedad. Nosotros vemos al estado y sus acciones desde el exterior, y, naturalmente, observamos los actos percibibles del mismo; pero estos actos, necesitan ser interpretados o advertidos, puesto que nuestra percepción del estado es únicamente su capa externa, más no las fuerzas o situaciones subjetivas que mueven al estado y lo hacen actuar como tal. Es por ello que el autor denomina a estas situaciones del estado que necesitan ser interpretadas como aspectos subjetivos. El autor justifica el análisis del aspecto subjetivo del estado al señalar que “un modo tal de considerar al estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como lo habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente del mismo” (Jellinek, 2005: 206).

Sin embargo, Jellinek no descarta el mundo objetivo, real y exterior del Estado, pero considera que debe darle importancia al aspecto subjetivo del mismo, “trasladándose el Estado del mundo de los objetivo al mundo de lo subjetivo” (Jellinek, 2005: 206)

Asimismo, nos adelantamos en dar la opinión de Fernando de los Ríos, traductor del libro de Jellinek al español, cuando señala, en su prólogo, que el derecho subjetivo “es el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden

jurídico” (2005: 42). Este orden jurídico señalado por el autor es el Estado legítimamente reconocido en la sociedad.

Ahora bien, luego de entender el aspecto subjetivo del estado, pasamos a diferenciar el derecho privado del derecho público, para luego poder definir el derecho público subjetivo.

Mientras que “el derecho privado regula las relaciones de los individuos como tales, (...) el derecho público regula las relaciones entre distintos sujetos dotados de imperium, o la organización y funciones de estos mismo sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder” (Jellinek, 2005: 484). Entonces, podemos decir que el derecho público se sitúa en las relaciones de los miembros del estado, esto es, las organizaciones que dan vida al estado y la sociedad que son los que se encuentran sometidos al poder del estado.

De las definiciones advertidas sobre el subjetivismo del estado y el derecho público, nos toca señalar el concepto de derecho subjetivo. Podemos empezar diciendo que el derecho subjetivo es la facultad que tienen las personas para hacer valer sus propios derechos ante el Estado. A ello agregamos a la definición de Dromi al señalar que “Los derechos subjetivos son libertades públicas reglamentadas.” (Dromi, 1986: 14). Es decir, el derecho subjetivo además de ser otorgados a las personas en sociedad, mediante la facultad o voluntad para velar por sus intereses, estos deben estar objetivizados en una norma otorgada por el estado.

Hasta el momento hemos definido correctamente los presupuestos del derecho público subjetivo, esto es, el subjetivismo del estado, el derecho público y el derecho subjetivo. Estos presupuestos nos abren el trecho para poder entender la definición de derecho público subjetivo.

Jellinek al explicar sobre el pueblo, como elemento jurídico del estado, advierte que éste tiene dos vertientes, el primero como elemento de asociación estatista, al formar parte de este, y por otro lado, el pueblo como objeto de la actividad del estado, que lo llamaremos aspecto subjetivo. En este sentido Jellinek señala que “la capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el Derecho al individuo, un derecho subjetivo; por esto corresponde la personalidad del derecho público.” (Jellinek, 2005: 523). Con esta proposición se puede advertir que el estado reconoce al individuo ciertas facultades o disposiciones para poder reconocer sus derechos bajo los intereses de las personas. Mas adelante señala que “todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente que existe entre individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos.” (Jellinek, 2005: 523-524) Es mediante esta afirmación que encontramos los presupuestos del derecho público subjetivo y nos acercamos aún más a su definición.

Sin embargo, Jellinek señala que estas relaciones entre estado e individuo nacen de diferentes posiciones del individuo frente al estado, lo que él llama, según el derecho antiguo como un *Status*. El autor divide en tres categorías las posiciones del status de la personalidad:

- a) Status negativo: La comprende como la libertad negativa respecto del estado. En esta categoría el individuo tiene un poder limitado respecto al estado. “La subordinación del individuo al Estado se extiende hasta donde el derecho ordena” (Jellinek, 2005: 524). Lógicamente esta

categoría restringe la “esfera de la libertad” pero tiene que estar fundada jurídicamente. Entonces, el individuo obtiene derecho de libertad o de lo que le resta de él, conforme a las limitaciones del estado.

b) Status positivo: Son las llamadas acciones positivas del estado, en servicio de los intereses individuales. Sobre ello Jellinek afirma que acá “descansa el carácter jurídico de las relaciones entre el estado y el individuo” (Jellinek, 2005: 526). Un ejemplo resaltante de esta categoría es la disposición del estado de poner a un juez para que resuelva las controversias que atañen a los individuos. De esta manera el estado cumple su función de servir al individuo. Esto constituye los efectos y disposiciones positivas del estado.

c) Status activo: Hace referencia a que “el estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades individuales que han de realizar sus funciones.” (Jellinek, 2005: 527). Esta categoría se fundamenta bajo la premisa de que la voluntad del estado es la voluntad humana. Entonces, el estado es el que busca la colaboración de los individuos que protege o acciona en forma positiva, como se explicó en la categoría anterior, para poder funcionar correctamente. Jellinek considera que esta colaboración puede realizarse de dos formas; o creando obligaciones, o creando un derecho.

Podemos concluir que la teoría de los derecho públicos subjetivos la podemos definir como la potestad, facultades o personalidad de los individuos miembros de un estado para poder hacer valer sus derechos conforme a sus

intereses. De aquí surge el reconocimiento del estado de otorgar esta voluntad individual para reclamar sus derechos. Con ello, finalmente, se genera la capacidad de exigir al estado su accionar en favor de los individuos.

La teoría de los derechos públicos subjetivos también es analizada por Schmidt- Assmann en una forma más práctica, señalando a los derechos públicos subjetivos como “la voluntad de los individuos de instituir un orden jurídico para la persecución de intereses propios” (Schmidt-Assman, 2003: 93). Bajo esta premisa el autor le otorga la categoría de individualidad y personalidad entre estado e individuo. Ambas categorías se diferencian en que la primera (individualidad) “hace referencia a la posibilidad de exigir imponer el respeto y la consideración que cada persona merece”, mientras que la personalidad “prohíbe la equiparación global entre intereses públicos y privados, impidiendo que los ciudadanos puedan ser utilizados para fines estatales en el desempeño de funciones de organización y de responsabilidad públicas” (Schmidt-Assmann, 2003: 93), es como una garantía individual.

Gracias a estas garantías el estado puede hacer valer los derechos subjetivos en torno a esta organización que limita los derechos.

Lo cierto es que hoy en día esta teoría ha quedado sin utilidad práctica puesto que muchos autores la citan como parte de la evolución del derecho administrativo del estado. Como Schmidt advierte, el derecho subjetivo público ha tenido dos grandes puntos de evolución. Uno es la completa subjetivización de la relación entre el estado y el individuo que se ha formado gracias a la post guerra (segunda guerra mundial), influenciado a la vez por los tribunales judiciales en su desarrollo. La segunda, es en los tiempos modernos en

donde, según el autor, “el derecho subjetivo, con sus connotaciones individuales, se percibe como una institución ya superada en el contexto actual, en el que la sociedad del individuo ha sido ampliamente sustituida por una sociedad de las organizaciones” (Schimidt-Assmann, 2003: 94-95).

En reflexiones finales de Schimidt, señala que en los tiempos modernos se pone en duda la efectivización del derecho subjetivo público en un derecho administrativo europeo evolucionado. Esta problemática encuentra su respuesta en Alemania en la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 1.III, que prescribe: “Los derechos fundamentales enumerados en los siguientes artículos vinculan como derecho directamente aplicable a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial.” Con ello Schmidt concluye que “la Ley Fundamental impone la subjetivización del ordenamiento jurídico como algo irrenunciable.” (Schimidt-Assmann, 2003: 95)

2.1.1.2. Eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares.

Eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales viene de la traducción alemana “Drittwirkung der grundrechte” tal como lo ha planteado esta dogmática.

La dogmática también lo conoce como los efectos horizontales de los derechos fundamentales, puesto que se fundamenta en la premisa de poder oponer los derechos fundamentales frente a terceros.

A diferencia de la teoría sustentada por Jellinek sobre los derechos públicos subjetivos que encontraba su sustento en la oposición únicamente frente al Estado respecto de los individuos, es decir, existía una relación vertical de los derechos fundamentales; esta teoría pretende ir más allá y

advierte que los derechos fundamentales no sólo deben ser oponibles ante el Estado – como argumento de que este órgano es autor de las lesiones y conculcación de derechos a los particulares – sino agregando a ello, también los particulares son pasibles de atropellar los derechos fundamentales y pueden oponerse a ello dichos actos en resguardo de sus derechos.

Esta teoría, desde sus inicios en el debate alemán, ha generado mucha controversia puesto que los opositores pertenecientes a la teoría clásica de los derechos subjetivos públicos, sostenían, como uno de sus argumentos más emblemáticos, que la oposición de los derechos fundamentales entre particulares restringe los derechos privados tales como la autonomía y el de la libertad de actuación y con ello responde a la pregunta que los derechos fundamentales están obligados principalmente al gobierno; así lo ha sostenido Rose al señalar que “en general los derechos fundamentales son simplemente definidos como aplicables a los gobiernos más que a los individuos privados” (2003: 87). Sin embargo, para Mendoza este planteamiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros “no debe suponer que el principio de autonomía privada vaya a ser eliminado, como tampoco su propio fundamento la libertad de actuación o libre desenvolvimiento de la personalidad. Por el contrario, hablan a favor de la oportunidad de la indagación, la fuerza normativa de la constitución, el principal valor de los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores” (2009: 14). Es decir, busca la protección de los particulares cuando resulten nocivos los derechos fundamentales.

Al final, para muchos doctrinarios parece ser una posición uniforme a la pregunta si ¿Existe oposición de los

derechos fundamentales entre los particulares o con el Estado? La respuesta para muchos parece clara. Existe oposición frente a ambos, tanto Estado – particulares como entre los mismos individuos.

Para no hacer mayor abundamiento sobre el tema expuesto, creemos que la polémica ahora se centra sobre el nivel eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, puesto que a ello se ha generado otra controversia en cuanto a la forma de su aplicación.

Está claro que la doctrina mayoritaria apoya esta teoría, sin embargo, luego de ello han surgido algunas teorías representativas en cuanto a su aplicación, tales como:

- Eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales.
- Eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales.

La polémica surge como consecuencia del desarrollo jurisprudencial de las diferentes naciones que adoptan esta teoría, cuando al resolver sus controversias se inclinan por una eficacia directa o eficacia indirecta, las cuales pasamos a desarrollar:

a) Eficacia inmediata o directa:

Esta posición en palabras de Walter Leisner citado por Mendoza expone que “los derechos fundamentales que despliegan su contenido no son meras normas legislativas pasibles de interpretación, sino una regulación social” (2009: 16). Bajo esta premisa se sostiene que “los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre los particulares de modo

directo, incluso al margen del desarrollo legislativo que habría dado el legislador” (Mendoza, 2009: 15)

La eficacia directa desarrolla sus argumentos en el catálogo de derechos fundamentales contenida en la Constitución, y al ser la norma primaria de todo ordenamiento jurídico su eficacia frente a terceros implica una aplicación directa por parte de los jueces que resuelven las controversias sin necesidad de organismos mediatos que hagan efectiva su aplicación. Adicionalmente muchos defensores de esta teoría argumentan “la existencia de poderes privados en la sociedad contemporánea, de los que provendrían amenazas a los derechos de las personas incluso mayores que los del poder público.” (Jana, 2003: 59)

A nivel jurisprudencial, fue el Tribunal Federal Laboral de Alemania quien sostuvo esta tesis al declarar nula las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos que habían establecido un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres.⁴¹

b) Eficacia mediata o indirecta:

Como consecuencia de la abundante crítica a la postura de la eficacia directa de los derechos fundamentales, por creer que es un exceso que al ser oponibles directamente estos derechos desvirtúa los principios básicos de autonomía de la libertad dentro del derecho privado, se produjo una corriente situada al medio de dos posturas, entre la negatividad de otorgar eficacia de los derechos fundamentales entre los

⁴¹ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15 Januar 1955. En sitio web <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02599/02603/?lang=de>. Consultado en fecha 31.10.2013

particulares y negarles este. Esta corriente es la llamada eficacia indirecta o mediata de los derechos fundamentales.

Esta posición ha sido creada y desarrollada abundantemente a través de la práctica judicial, es decir, como consecuencia de las resoluciones conflictuales llegadas a manos de los tribunales de justicia de cada nación.

El ejemplo representativo, y podríamos decir el origen de esta corriente dogmática, es la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, a través de su Primera Sala, en el caso Erich Lüth, del 15 de enero de 1958.⁴² La sentencia parte de la premisa de que los derechos fundamentales al estar regulados en la Ley Fundamental de Bon (equivale a la Constitución en Alemania) se incorpora también al ordenamiento de valores objetivos, y como tal es válida para todas las esferas del derecho.

El caso es el siguiente: Erich Lüth, periodista y presidente de la Oficina Nacional de prensa de Hamburgo, publicó en un periódico una carta abierta en la que instaba a los dueños de salas de cine a no incluir en su programación una película del director Veit Harlam, debido a la colaboración de este con el nazismo. Asimismo, recomendaba a los espectadores que se abstuvieran de ir a ver la película. Esta incitación o “boicot” hizo que Harlam demandara a Lüth porque consideraba que voluntariamente le había causado un daño patrimonial. Los Tribunales estatales le dieron la razón a Harlam, sin embargo, al llegar el caso hasta el

⁴² Sentencia traducida en la página web de la Universidad de Palermo en Argentina. Sitio web <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>. Consultado en fecha 31.10.2013.

Tribunal Constitucional Federal alemán dio lugar a una sentencia clave en la historia del neoconstitucionalismo europeo. El Tribunal amparó a Lüth por considerar que la incitación al boicot constituía un ejercicio lícito del derecho a la libre expresión, señalando que así debían haberlo tenido en cuenta los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

La sentencia expone que a la fecha existe una falta de posición uniforme en cuanto a eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Para citar una parte:

“La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina. Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes–, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona”

Finalmente la sentencia, deja en claro que los derechos fundamentales tienen eficacia al derecho civil (privado) pero a través de una interpretación acorde con los principios de las norma fundamentales.

“El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas, han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la

interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales.”

Con esta posición el Tribunal Constitucional Federal de Alemania sienta las bases de un respeto de los derechos fundamentales cuando estos entren en conflictos con los derechos civiles, la solución deberá ser una interpretación de la norma privada acorde a las disposiciones normativas de los derechos fundamentales.

2.1.2. Definición de los derechos fundamentales.

Podríamos decir que existen diferentes posturas o definiciones de los derechos fundamentales, unas parten del lugar donde se encuentran reguladas, o la finalidad que cumplen en la sociedad y otras de su fundamento axiológico. Por ejemplo para Castillo Córdova “los derechos fundamentales son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad.” (2008: 6). De parecida opinión es Ortecho cuando manifiesta que “los Derechos Fundamentales, son facultades esenciales de ejercicio de la persona humana, que protegen su dignidad y sus libertades; que han sido reconocidos por las Constituciones y que deben respetarse por parte de sus respectivos Estados.” (2008: 11).

Por otro lado, Schmitt hace una división y distinción de los derechos fundamentales sobre la base del individuo: “derechos de libertad del individuo aislado, derechos de libertad del individuo en relación con otros, derechos del individuo en el Estado, derechos del individuo a prestaciones del Estado, derechos políticos-democráticos del ciudadano individual y los derechos y

pretensiones socialistas” (1994: 403). Esta división es necesaria en razón de que “no todos los derechos fundamentales son derechos garantidos y protegidos por Ley Constitucional” (Schmitt, 1994: 396).

Es por ello que en palabras del jurista alemán los derechos fundamentales los define como “aquellos derechos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, sólo dentro de un procedimiento regulado.” (Schmitt, 1994: 397)

Todos estos derechos clasificados por Schmitt, para que sean considerados como derechos fundamentales, aparte de ser anteriores al Estado, deben estar dentro de las “esferas de la libertad” (1994: 397), más no como bienes jurídicos. En opinión similar, Ortecho al advertir sobre la pluralidad de conceptos sobre derechos fundamentales, refiere que “en ellos no pueden faltar la referencia a las libertades esenciales, a un estado social y democrático de derecho que elimine las agresiones, atentados y amenazas provenientes de las posesiones de predominio del poder estatal, sobre los integrantes de la sociedad.” (2008: 11)

Estas limitaciones del Estado, también hace referencia Schmitt, pero como el principio fundamental de distribución que consiste en “una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable” (1994: 398)

Más adelante, existió un desarrollo conceptual de los derechos fundamentales desde otra perspectiva. En la corriente de Häberle se sustenta los derechos fundamentales con un doble carácter de los derechos fundamentales: “aspecto del derecho individual y el institucional” (Häberle, 1997: 163). Mediante esta

propuesta se ha venido a añadirse a la teoría clásica de los derechos fundamentales como “esferas de la libertad”, que se entiende como una dimensión subjetiva; un nuevo nuevo concepto que, en palabras de Castillo es la “dimensión objetiva de los derechos fundamentales” (2008: 15).

Ahora bien para poder explicar lo referente a la dimensión objetiva o el carácter institucional de los derechos fundamentales debemos remitirnos a la teoría desarrollada por Häberle. Dicho autor refiere que “el derecho fundamental como derecho subjetivo individual está acoplado con asunción de una garantía institucional o de instituto o bien con un aspecto institucional” (Häberle, 1997: 173). En el mismo sentido, Castillo, al referirse sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales advierte que ésta se deriva de una concepción de la persona humana y de su dignidad. En tal sentido, señala que “los derechos fundamentales no pueden ser entendidos simplemente como un conjunto de facultades de acción atribuidas al titular del derecho, sino que precisamente por su especial significación jurídica-política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos.” (Castillo: 2008: 15) Respecto a lo señalado, los derechos fundamentales dejan de ser, únicamente, autonomías o derechos inherentes a las personas que son anteriores al Estado, sino que también se convierten en mandatos positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos. Es decir, luego que se pasó a que el Estado no tenía que intervenir para no transgredir los derechos fundamentales, surge el concepto del deber que tiene este órgano público (Estado) de asegurar el cumplimiento y vigencia de los derechos.

Finalmente, Häberle explica la relación existente y recíproca entre los dos aspectos de los derechos fundamentales. Refiere que el aspecto individual de los derechos fundamentales – o mejor

dicho el status de libertad – que gobiernan las esferas de la vida encuentran su sustento en el aspecto institucional, puesto que la Constitución que la que recoge el conjunto normativo, tiene que hacerlo en “(...) íntima conexión con el aspecto institucional de los derechos fundamentales.” (Häberle, 1997: 187). En suma, las “esferas de la vida” – en palabras de Häberle - se constituyen en una multiplicidad de conjuntos normativos que hacen valer y permeabiliza las diversas condiciones objetivas de vida, que al final se convierten en el Derecho mismo.

2.1.3. Contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Es conveniente dar algunas pautas sobre la teoría del contenido constitucional de los derechos fundamentales, sin necesidad de adentrarnos en sus ramificaciones del desarrollo de esta teoría.

Cuando se habla del contenido constitucional de los derechos fundamentales, se entiende sobre el “contenido esencial”. Al respecto, esta teoría ha sido muy bien expuesta por el jurista alemán Häberle, quien ha desarrollado una definición precisa sobre el aspecto *esencial* de los derechos fundamentales. Basta decir que para la determinación del contenido esencial se recurre a los límites esenciales (inmanentes) de esos derechos. Para ello advierte que “los límites de los principios generales son los límites esenciales de los derechos fundamentales. A la inversa, la reserva de los principios generales es inmanente a los derechos fundamentales” (Häberle, 1997: 109). Ello quiere decir que los límites esenciales admisibles se advierten del sistema objetivo de valores derivados de la Constitución, y en consecuencia, tan sólo son admisibles las limitaciones esenciales de los derechos fundamentales. Es preciso señalar que el jurista alemán sólo nos

dice que es lo que debemos tener en cuenta para determinar el contenido esencial, pero no nos dice cómo se determina.

Ahora bien, en lo que concierne al contenido constitucional de los derechos fundamentales, es preciso señalar, primero que se trata de derechos reconocidos en la Constitución. El reconocimiento constitucional de un derecho no sólo puede ser expresado, sino que puede ser igualmente tácito. En dicho sentido, ha sido advertido por el Tribunal Constitucional como derechos implícitos⁴³. De otro lado, también se encuentran reconocidos como derechos constitucionales los que se encuentran como contenido implícito de los expresamente reconocidos. Se puede señalar, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia, que se trata de un derecho reconocido constitucionalmente que es la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución.

Para Castillo, el contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define “en función del texto constitucional, y que es limitado, ilimitable y delimitable.” (2008: 80) Como limitado se entiende que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, como ya dijimos en un comienzo, éstos son determinados por los límites esenciales del derecho.

Es ilimitable cuando ninguna institución estatal, jurisdiccional, ejecutivo y legislativo, pueden desconocer las fronteras inmanentes, limitándolas o transgrediéndolas.

Es delimitable cuando el poder ejecutivo, judicial o legislativo van ejecutando o resolviendo en aplicación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Su función es hacer cumplir este contenido esencial.

⁴³ El Tribunal Constitucional ha señalado “que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, debe desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente” (Exp. 2488-2002-HC/TC, fj. 13

Ahora bien, como dijimos en líneas precedentes, el contenido constitucional de los derechos fundamentales empieza a delimitarse desde la norma constitucional. Es por ello que en opinión de Castillo, para poder determinar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, dentro de la constitución se debe seguir tres pasos necesarios: “Acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho, acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que reconoce el derecho y, finalmente, acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú.” (Castillo, 2008: 81-83)

Luego que se tiene clara la forma de acudir a la norma constitucional para determinar el contenido constitucional, es preciso acudir a la finalidad del derecho fundamental para delimitarlo siempre en función del caso en concreto.

Determinar la finalidad del derecho fundamental quiere decir, que debemos saber la naturaleza del derecho mismo, “en la medida que el derecho brota de la esencia (del ontos) misma del Derecho” (Castillo, 2008: 85). Esto quiere decir, que al momento de preguntarnos sobre la finalidad misma del derecho, nos preguntemos el por qué se ha reconocido al derecho fundamental como tál, o en otras palabras, preguntarse sobre los bienes jurídicos que protegen.

Finalmente, en opinión de Castillo el contenido constitucional no puede determinarse sin antes acudir en función a las circunstancias del caso en concreto. El contenido constitucional del derecho no puede determinarse de una manera abstracta, sin saber la situación o circunstancias concretas que nos ayuden a determinar el contenido. Castillo nos brinda un ejemplo muy prudente, al referirse al derecho a la libertad de información: “no puede afirmarse de modo general que no forma parte del contenido

constitucional de esta libertad la publicación de si una persona tiene hijos extramatrimoniales no reconocidos, o si una persona es alcohólica. Informaciones sobre estos puntos referidas de un particular no vendrían amparadas constitucionalmente por el derecho a la libertad de información porque son materias que pertenecen a la esfera de la intimidad. Pero si el sujeto del cual se refiere estos hechos ocupa una alta magistratura estatal, esos mismos hechos cobran relevancia pública y su información cae dentro del contenido constitucional del derecho a la libertad de información.” (Castillo, 2008: 87)

2.2. Contenido constitucional del derecho al trabajo y la procedencia del amparo.

Luego de analizado la aproximación de los derechos fundamentales y su contenido esencial, toca adentrarse al llamado contenido esencial del derecho fundamental al trabajo.

Pues en la medida que se sepa el contenido constitucional del derecho al trabajo se va a determinar la procedencia del amparo constitucional como mecanismo jurídico para la protección del referido contenido constitucional, pues el artículo 37° del Código Procesal Constitucional ha dispuesto que “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 10) Al trabajo.”

Primero, cabe señalar que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y/o constitucional pues está normado en el inciso 15) del artículo 2° de nuestra Constitución Política del Perú: “Toda persona tiene derecho: 15) A trabajar libremente, con sujeción a ley.” Ello nos pone en contexto y ayuda para determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo. Pues como ya señalamos en el estudio líneas arriba, para poder determinar el contenido esencial debemos remitirnos primero a la norma constitucional.

De acuerdo al estudio de la forma de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, esto es remitirnos a la norma constitucional, debemos señalar que son varios los dispositivos constitucionales que hacen referencia al derecho constitucional al trabajo. Como ya dijimos el artículo 2° inciso 15) C.P., que interpretado sistemáticamente con el artículo 59° C.P.⁴⁴ en el cual señala que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

Así también en el artículo 22° y 23° de la C.P señalan que el trabajo es un deber y un derecho, y es objeto de atención prioritaria del Estado. Estos artículos deben ser interpretados con el tercer párrafo del artículo 23° que prescribe: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”* Con ello queda claro que el trabajo no puede por ninguna manera restringir los derechos constitucionales de los trabajadores.

Así también, en las normas internacionales vinculantes para el Perú, el Protocolo Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 6° prescribe: *“(...) derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.”* El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe *“(...) toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida y aceptada.”* Finalmente, conforme a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23° *“toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección*

⁴⁴ Artículo 59° del CP: *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. (...)”*

de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el empleo.”

De las normas internacionales se puede recoger en armonía que el derecho al trabajo involucra la LIBERTAD, lo cual nos lleva a afirmar que el derecho al trabajo en la constitución tiene mayor atención que la libertad de trabajo en el acto constitucional. Puesto que conforme lo dispuesto por el artículo 1° de la C.P la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que se interpreta en la posibilidad jurídica y material que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo. En consecuencia, el derecho al trabajo además de referirse al derecho a la libertad a trabajar, también implica el derecho de prestar el servicio conforme a las normas legales para el pleno desarrollo de la vida.

Por lo dicho, el derecho al trabajo implica dos dimensiones, una el derecho a la libertad y otro el derecho prestacional.

Por lo que concierne a la presente investigación, es preciso referirnos al derecho prestacional al trabajo que es la parte propiamente social del derecho. Asimismo, esta parte del derecho implica dos aspectos, el derecho a acceder a un puesto de trabajo y el derecho a permanecer en él; así lo ha dispuesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”⁴⁵

2.2.1 Acceso al trabajo:

Implica la adopción por parte del Estado de una política a que la población acceda a un puesto de trabajo, en forma progresiva y de acuerdo a las posibilidades del Estado. Esta definición puede determinarse conforme a lo establecido en el artículo 23° de la C.P “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

⁴⁵ STC N° 1124-2001-AA/TC fundamento 12.

educación para el trabajo.” Finalmente esta disposición debe ser interpretada con la Undécima Disposición Final y Transitoria que establece “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.”

En consecuencia, no es que el Estado está obligado a otorgar directamente a las personas puestos de trabajo, sino que se compromete a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo.

Al determinar los límites del acceso al trabajo, es entendible que como no se le puede exigir al Estado un puesto de trabajo, no procederá entonces demanda de amparo para solicitar esta pretensión, toda vez que esta pretensión no forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo.

2.2.2 Permanencia en el trabajo:

La primera regla de la permanencia al trabajo es no ser despedido salvo por causa justa. Esta disposición la encontramos como sustento en el artículo 27° del C.P que establece “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así también, para este caso, el apartado constitucional debe ser interpretado con la Cuarta Disposición Final y Transitoria que establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En consecuencia, el artículo 27° del C.P debe ser interpretado de acuerdo a los tratados o acuerdos internacionales suscritos por el Perú. Uno de ellos, que importa al caso, es el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En este tratado internacional se ha reconocido en su

inciso d) artículo 7°: “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.”

Ahora bien, para determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo desde el aspecto de la permanencia del trabajo, debemos señalar primero que se trata de lo que comúnmente se le conoce como la estabilidad laboral. El artículo 27° del CP parte de la idea que se debe proteger adecuadamente al trabajador contra el despido arbitrario, que también es el despido incausado o injustificado. Este marco normativo supremo entre la Constitución y los Tratados Internacionales nos da la vista de que la protección contra el despido arbitrario debe ser *adecuada*; además le ha otorgado al legislador la potestad de regular esta protección. Sin embargo bien hace el Tribunal Constitucional al señalar la forma de cómo debe otorgar el legislador adecuada protección, partiendo de la idea de que “este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto, el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional.”⁴⁶

Ahora lo tenemos más claro, la adecuada protección contra el despido arbitrario y su regulación por parte del legislador es el contenido esencial del derecho al trabajo y a no ser despedido sino por causa justa. Además de ello, el Tribunal Constitucional ha

⁴⁶ STC N° 1124-2001-AA/TC fundamento 12.

agregado que esta protección regulada en normativa interna no debe “vaciar el contenido mencionado”, lo que consideramos significa que esta regulación legislativa no debe ir en contra, nuevamente, de los tratados internacionales.

Finalmente, esta adecuada protección al trabajador está señalado en el segundo párrafo del artículo 34° del D.S. N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en donde el legislador dispone que “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.”

Y el artículo 38° de la mencionada normativa señala que “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.”

Para concluir podemos afirmar que mucho se ha hablado sobre el contenido esencial del derecho al trabajo, pero la respuesta es mucho más sencilla, basta remitirse a nuestra Constitución Política y a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sobre la indemnización contra el despido arbitrario para finalmente advertir que la indemnización es el contenido esencial del derecho al trabajo, ello siempre que al trabajador se le otorgue como única opción, más no cuando existan más de una opción reparadora a escoger, como más adelante explicaremos.

2.3 Contenido constitucional del derecho a la remuneración.

Como señalamos en los párrafos anteriores, toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (Inc. 15 Art. 2° del C.P). Y con esa sujeción a la ley, podemos afirmar como primera premisa que todo trabajo corresponde una retribución. Ello es correcto cuando nos remitimos al cuarto párrafo del Artículo 23° de la Constitución Política que señala: “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.” Según el Diccionario de la Real Academia Española retribución se define como: “Recompensa o pago de algo.”⁴⁷

Así también, el artículo 24° de la Constitución Política prescribe que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”

De los tres párrafos señalados, para la materia que estudiamos importa el primero, puesto que señala que toda remuneración debe ser *equitativa y suficiente*. La palabra suficiente puede ser un poco confusa, sin embargo, se aplica acorde al segundo párrafo del artículo 23° de la C.P “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.” (Resaltado es nuestro). Es por ello que el deber del Estado es realizar políticas que fomenten el desarrollo económico y, consiguientemente, el bienestar social de la persona. Así también el artículo 22° de la C.P señala el

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario*, 2013, <http://lema.rae.es/drae/?val=retribuci%C3%B3n> (Consulta: 29/12/2013)

trabajo “Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.” Podemos concluir que la remuneración es suficiente en la medida que ayude al bienestar y realización de la persona.

Ahora bien, respecto a la remuneración equitativa, luego de analizar el origen constitucional, debemos remitirnos a las normas internacionales suscritas por el Perú sobre la remuneración. La primera norma internacional que hace referencia al salario la encontramos en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo de 1919 señalando como condiciones de trabajado para mejorar la “garantía de un salario vital adecuado”. La Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948 prescribe en su numeral 3 del artículo 23°: “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”

Así también, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o conocido como Protocolo de San Salvador, en su artículo 7° hace referencia a que el Estado debe reconocer que el derecho al trabajo implica que toda persona “(...) goce de las condiciones justas, equitativas y satisfactorias (...)”, y más adelante señala: “Los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo por trabajado igual, sin ninguna distinción.”

De estas normas internacionales tenemos que toda remuneración debe ser *equitativa*, ello significa que cuando las condiciones de trabajo y el cargo es el mismo se le debe pagar equitativamente a todos los trabajadores en esas condiciones. Por ejemplo, no podemos hablar de una remuneración equitativa si esta es considerablemente menor al salario mínimo de una jornada ordinaria, o si a un trabajador

en las mismas condiciones y el mismo cargo se le otorga una remuneración mayor o diferente a otro.

Por otro lado, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la característica primordial de toda remuneración equitativa es que sea conforme a la dignidad humana, derecho regulado como norma suprema en nuestra Constitución Política. La dignidad como expresión descriptiva de la remuneración es su contenido constitucional porque es el principio-derecho de la persona, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales. Finalmente, la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado; y por lo tanto, al ser esta la forma cómo se regula la remuneración, debe ser mayor a las normas legales, es decir, el legislador no puede regularlo desconociendo que la remuneración es fuente de la dignidad humana y cualquier disposición normativa sobre la remuneración que vulnere la dignidad humana vacía el contenido constitucional de la remuneración.

TÍTULO III

DESARROLLO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MATERIA LABORAL

3.1 Introducción histórica al proceso de amparo

En amparo, institución procesal de origen mexicano, es recién introducido en la Constitución Política del Perú de 1979, como verdadera institución jurídica que tutela los derechos fundamentales de las personas. Ha sido concebido como garantía constitucional destinado a proteger los derechos fundamentales distintos a la libertad individual, vulnerado o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

En el contexto histórico de la segunda mitad de la década de los setenta en el Perú, caracterizado por el militarismo autoritarismo en los distintos países de la región, y como contraposición a ello, el emergente y fortalecido pensamiento de protección y defensa de los derechos fundamentales, facilitó la incorporación del amparo y otras garantías constitucionales, y en esa medida el amparo se constituyó como la principal herramienta de cautela de los derechos reconocidos por la Constitución, distintos a los de libertad individual, que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

En amparo como institución propiamente dicha aparece en nuestro país recién en la Constitución Política de 1979, y es desarrollada por la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, del 8 de diciembre de 1982.

Esta ley al margen de referirse también al hábeas corpus, establecía los aspectos generales del proceso de amparo, los derechos tutelados por este, el trámite del proceso, la declaración de

un régimen de excepción con respecto al uso del amparo, el acceso a la jurisdicción internacional y una serie de disposiciones transitorias y finales. En lo que respecta al amparo, las principales características de esta garantía constitucional, es que se adoptó un sistema amplio para la protección de los derechos constitucionales, lo cual podía ser canalizado de manera alternativa frente a los procesos ordinarios o especiales existentes.

Posteriormente, el amparo ha sido el proceso constitucional que mayores modificaciones ha sufrido a partir del golpe del 5 de abril de 1992. Aparte de la nueva competencia otorgada al desactivado Tribunal de Garantías Constitucionales por el Decreto Ley 25721, se desnaturalizó el régimen procesal de la medida cautelar y se crearon arbitrarias causales de improcedencia, que sin embargo, sabiendo el carácter trascendental de sus modificaciones no corresponde a la presente investigación hacer un estudio detallado de ello.

Con la emisión de la nueva Constitución Política del Perú de 1993 mantuvo al proceso de amparo previsto por la Constitución de 1979 efectuando algunas modificaciones puntuales que sintetizaremos. En primer lugar, se trató de impedir el empleo del amparo en ciertos supuestos al establecer que "no procede contra normas legales". No obstante tal expresa declaración, la jurisprudencia nacional ha interpretado que en ciertas circunstancias si procede acudir a dicha vía jurisdiccional. En efecto, existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata -conocidas en doctrina como "normas autoaplicativas", que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales; así por ejemplo una ley que cesa a partir de su vigencia a las autoridades elegidas de una Universidad o que deja sin efecto un contrato. En estos casos, resultaría posible utilizar directamente el amparo.

Luego de casi veintidós años de vigencia de la Ley 23506, resultaba necesaria una reforma legal del amparo que revise, unifique y modernice la dispersa legislación existente y se nutra de la teoría general del proceso para brindar una tutela de urgencia a los derechos fundamentales. Estos cambios normativos han sido incorporados en el nuevo Código Procesal Constitucional.

En efecto, con fecha 31 de mayo de 2004 fue publicada la Ley N° 27237, norma que aprueba el Código Procesal Constitucional. El Código sistematiza y ordena los siete procesos constitucionales previstos por la Carta de 1993. Además, introduce cambios sustanciales al proceso de amparo. Su vigencia –seis meses después de su publicación- fue acompañada de una adecuada formación y especialización de los jueces, así como de una reforma del sistema de justicia -especialmente del Poder Judicial- que garantice una solución eficaz de estos procesos. Y es que en definitiva las reformas legales son importantes más no suficientes. Se requiere de un sistema de justicia especializado, autónomo y creativo que garantice la tutela efectiva de los derechos humanos.

Actualmente es esta norma la que nos rige y regula todo lo concerniente al proceso de amparo. No obstante, es preciso indicar que, desde su vigencia, esta norma ha sufrido diversas modificaciones.

Así, mediante la Ley N° 28946 se modificó los artículos 3, 10, 15, 51 y 53 del Código Procesal Constitucional. En primer lugar, prevé un procedimiento especial en el caso de la interposición del proceso de amparo contra las denominadas normas autoaplicativas, precisando en este supuesto que las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas y no fueran impugnadas, serán elevadas a consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República; lo mismo ocurrirá en el caso de las resoluciones judiciales

en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio, alguno; no obstante, cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular.

En segundo lugar, se modifica el artículo 10 del Código Procesal Constitucional, estableciéndose que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal.

En tercer lugar, se modificaron el procedimiento para la concesión de las medidas cautelares. De esta manera, dentro de las más relevantes, se establece que se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en el proceso de amparo en la medida que no se contravenga al artículo 3 del Código Procesal Constitucional. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

En cuarto lugar, se reformula lo concerniente a la competencia y al plazo de resolución en Corte. Así, se señala que es competente para conocer del proceso de amparo, el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante, precisando que no se admitirá la prórroga de la competencia territorial.

Finalmente, en lo que se refiere al trámite del proceso de amparo, se indica que en la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste,

siendo que dentro del cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

Seguidamente, si el juez considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes; inclusive, puede citar audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar esclarecimientos que estime necesario. En este estado, el juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida esta.

3.2 Proceso de amparo laboral:

Bien es sabido que a lo largo de estos últimos años, se han presentado una serie de reclamos laborales a través del proceso de amparo, obviando la vía del proceso laboral.

Lo más resaltante reside en que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre este tema, han modificado sustancialmente las normas laborales, como es el caso de la estabilidad laboral, que fue suprimida por nuestra Constitución y por las normas infraconstitucionales, pero ha sido restablecida de cierta manera por sentencias dictadas en procesos de amparo y ahora forma parte de los derechos protegidos a los trabajadores.

Estos hechos son los que abren un punto de partida para el denominado amparo laboral, como consecuencia de las violaciones cometidas por los empleadores particulares, permitiendo a los trabajadores a través de este proceso hacer proteger sus derechos fundamentales de esta naturaleza. Sin embargo, a juicio de Abad Yupanqui “no es exacto hablar de un amparo laboral si lo entendemos como uno distinto del que podría denominarse amparo general. Y no lo es porque la esencia del amparo es tutelar derechos

fundamentales, y el denominado amparo laboral en realidad solo protege derechos de esa naturaleza” (2008: 216).

Dicho esto, debemos entender primero al amparo laboral como un proceso no diferente al amparo general, además como aquel proceso de urgencia destinado a tutelar derechos fundamentales vulnerados o amenazados en el marco de una relación laboral por cualquier autoridad, funcionario o persona.

Finalmente, podemos resumir a los derechos fundamentales que tutela el proceso de amparo, tales como derecho al trabajo, derecho de igualdad de oportunidades en la relación laboral, a no ser despedido sino por causa justa, la protección adecuada contra el despido arbitrario, libertad sindical, derecho de huelga y, además de ellos, los derechos inespecíficos de carácter constitucional que no son exclusivos de la relación laboral.

3.3 Desarrollo jurisprudencial relevante del Tribunal Constitucional en materia de despido en el proceso de amparo:

A fines del año 2002 nuestro Tribunal Constitucional adquirió protagonismo en el tratamiento de la Constitución Laboral Peruana. De modo particular, en materia laboral tratado por el máximo colegiado peruano, a través de la cual ha revolucionado el panorama del Derecho del Trabajo en nuestro país, ha sido el tópico referido a la inconstitucionalidad de la regulación legal de la protección frente al despido arbitrario.

Nuestro Alto Colegiado se pronunció al respecto aprovechando la dación de sentencia al expediente 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002, que resuelve el proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Único de Trabajadores y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra tal entidad, quien realizó el despido arbitrario de más de 500 subordinados durante la década de los noventa, la misma que fue materia de una Resolución Aclaratoria del

16 de septiembre del mismo año. La trascendencia jurídica fue presentar, en palabras de Blancas Bustamante, dos aspectos novedosos: 1) haber explicitado la interpretación del artículo 22 de nuestra actual constitución; y, 2) inaplicar el artículo 34° de la LPCL, por considerarlo incompatible con la Constitución (2013: 129)

Es a partir de este segundo aspecto que el Tribunal Constitucional reinsertó en el léxico jurídico el término de despido ad nutum o incausado, el cual definió como aquel que se realiza sin invocación de causa que justifique la terminación de la relación laboral. El despido incausado, explica el alto Tribunal, es contrario al derecho del trabajo consagrado constitucionalmente en el artículo 22° de nuestra Carta Magna, derecho que supone la estabilidad en el puesto de labores siempre que no exista una causa justa de separación de éste. Por lo tanto, resulta contradictorio con la lógica de este derecho fundamental que un despido no se encuentre avalado por un motivo justificante tipificado en la ley correspondiente⁴⁸.

Después de casi un año de expedida la sentencia que resolvió el polémico Caso Telefónica, el Tribunal Constitucional definió un nuevo supuesto de despido inconstitucional que denominó despido fraudulento, cuya invalidez se configura cuando el empleador se vale de las disposiciones legales para —justificar un despido que realmente no se encuentra justificado legalmente⁴⁹. Según el mismo Colegiado, este supuesto puede equipararse al despido incausado, por lo cual resultaría también vulneratorio del derecho constitucional al

⁴⁸ Sentencia al exp. 1124-2001-AA/TC. Fundamento jurídico 12º

⁴⁹ En el fundamento jurídico 15 de la Sentencia expedida por Tribunal Constitucional el 13 de marzo de 2003 en el exp. 976-2001-AA/TC, el despido fraudulento se configura en los casos en que se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la —fabricación de pruebas.

trabajo⁵⁰. Asimismo, el Tribunal se rectificó en cierta manera lo dicho en la sentencia N° 1124-2001-AA/TC, el cual establecía la incompatibilidad constitucional de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 34° sobre la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario; a ello ahora agregó que la adecuada protección contra el despido arbitrario señalado en el artículo 27 de nuestra Constitución, viene a ser una dualidad entre la opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso⁵¹.

Mediante la sentencia del Tribunal Constitucional N° 206-2005-PA/TC, analizó lo que ya antes se venía realizando, la procedencia de los procesos de amparos en el despido. En dicha sentencia el máximo Tribunal buscó establecer los mecanismos para acudir a un proceso de amparo en busca de la protección de los derechos del trabajo, conforme al despido incausado, despido fraudulento y despido nulo. Asimismo, señala las causales en donde no procede el proceso de amparo sobre derechos laborales, los mismos que serán expuestas en el punto 3.5 del presente título.

3.4 Naturaleza jurídica del proceso de amparo laboral

Dentro del marco conceptual hemos tratado la naturaleza jurídica del proceso de amparo, sin embargo, ahora debemos profundizar un poco más para poder entender la naturaleza jurídica del mismo en el ámbito laboral.

En nuestra Constitución, las normas infraconstitucionales y la doctrina en varias oportunidades ha denominado al amparo como acción, recurso y juicio. Para Abad Yupanqui el amparo al ser calificado como “acción, juicio o recurso estaríamos aplicando una terminología inadecuada. En efecto, mientras por un lado no existe

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, fundamento 16.

"una multiplicidad de acciones", por otro tampoco es coherente denominarlo juicio, pues de hacerlo solo estaríamos incidiendo en aquella actividad del juez que pone fin al proceso, salvo que empleemos dicha expresión como sinónimo de proceso, y finalmente no resulta apropiado llamarlo recurso pues aquel se restringe a la fase impugnativa del proceso, y el amparo peruano cuenta con un alcance mucho mayor." (2008: 58) Finalmente el autor refiere que el amparo es un "proceso" cuya peculiaridad descansa en su naturaleza constitucional.

Por otro lado, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que hace referencia a la finalidad del proceso de amparo, resulta necesario para esclarecer su naturaleza jurídica; el artículo prescribe "Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo." Así también el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales." Finalmente, el inciso 2 del artículo 200 de nuestra Constitución prescribe "La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución."

De las tres normas expuestas, las dos primeras hacen referencia a la finalidad del proceso de amparo, mientras que la Constitución refiere la procedencia del proceso. Sin embargo, de la lectura entendemos tres puntos de vistas distintos, la primera (Art. 1 CPC) se refiere a que el proceso de amparo tiene por finalidad de reponer las cosas al estadio anterior de la violación, es decir, se centra en la

eficacia reparadora del amparo; el artículo II del Título Preliminar del CPC abarca un poco más al señalar que la finalidad de los procesos constitucionales es garantizar la supremacía de la constitución y la vigencia de los derechos fundamentales y/o constitucionales que ésta regula; finalmente, el Constitución se limita a referirse a las causales de procedencia del proceso, básicamente es la vulneración o amenaza de los demás derechos constitucionales, diferentes a la libertad individual y al acceso a la información.

A mayor abundamiento el jurista Abad Yupanqui concluye que el amparo es “como un proceso urgente de naturaleza constitucional cuya pretensión es obtener la protección jurisdiccional frente a los actos lesivos (amenazas, omisiones o actos stricto sensu) de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data, cometidos por cualquier autoridad, funcionario o persona.” (2008:61)

En lo que respecta al amparo en materia laboral, hemos dicho que este se refiere la protección de los derechos laborales de naturaleza constitucional; en consecuencia, el proceso de amparo laboral es un proceso constitucional de carácter urgente cuya naturaleza reside en la protección de los actos que lesionan los derechos constitucionales de los trabajadores con la finalidad de reponer el acto lesivo al estado anterior de la violación o amenaza.

3.5 Finalidad y límites del proceso de amparo y su eficacia reparadora en materia laboral.

Un gran referente sobre la finalidad del proceso de amparo se encuentra en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que conforme lo hemos señalado anteriormente es la de reponer las cosas al estado anterior de la amenaza o violación de un derecho constitucional, empero sin llegar a redundar y adentrándonos en un análisis mayor, conviene referir algunos puntos de vista señalados por

el mismo Tribunal Constitucional cuando se refiere al proceso de amparo.

Es así que resaltamos lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 3450-2004-AA de fecha 12.01.2006, en donde señala que en el proceso de amparo “(...) no se dilucida la titularidad de derechos, sino, sencillamente, se restablece su ejercicio. Por ello, que se encuentre fehacientemente acreditada dicha titularidad, es presupuesto procesal ineludible a efectos de poder ingresar a evaluar el fondo del asunto, con el propósito de determinar si el acto reclamado incide, o no, sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.”

Luego de encontrarse fehacientemente acreditada la titularidad del derecho, corresponde determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado o vulnerado para así determinar los alcances de su protección.

Ahora bien, los nuevos criterios del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC ha servido para delimitar los alcances del proceso de amparo en materia laboral, eliminando de dicho proceso determinadas acciones que tienen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos de los trabajadores.

Así, a partir de la publicación de la sentencia bajo comentario, a criterio del Tribunal Constitucional el amparo no será la vía idónea para evaluar lo siguiente:

- La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente.
- La reducción inmotivada de la remuneración o de categoría.

- El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en que preste habitualmente servicios, con el propósito de causarle perjuicio.
- El acto de violencia o el de faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- Los actos contra la moral y todos aquéllos que afecten la dignidad del trabajador, toda vez que estos supuestos, conforme al Art. 30º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral son considerados actos de hostilidad y su conocimiento corresponde a los jueces laborales.
- El cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido. Quizás sobre esta materia se generará mucha controversia al igual que en los otros casos por lo que se requiere una ley que delimite conflictos y no dejar esa importante definición a las tendencias de las personas que integran un órgano jurisdiccional.

Esta decisión del Tribunal se hace en cumplimiento de lo expresado en el numeral 2 del Art. 5º del Código Procesal Constitucional, según el cual «no proceden los procesos constitucionales cuando ... existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus».

Por otro lado, conviene observar lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en donde diseña “un recurso sencillo y rápido”, o “cualquier otro recurso efectivo” que “ampare” a toda persona contra actos que violen “sus derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, la ley o la presente Convención”, aunque la infracción sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. Aquel recurso debe presentarse “ante los jueces o tribunales competentes”. Resulta imperativo resaltar la característica propuesta del amparo como un recurso sencillo, rápido y que además sea efectivo.

En materia laboral este instrumento procesal (amparo) es de vital importancia para tutelar los derechos de los trabajadores de carácter constitucional, puesto que a fin de cuentas el proceso de amparo protege toda lesión de derechos constitucionales.

La forma de protección que se realiza a través del proceso de amparo es un tema de estudio de mucha importancia, puesto que se sustenta en la debida ejecución de las sentencias en donde el juzgador debe reponer la situación al estado anterior de la afectación del derecho.

Es por ello que la eficacia reparadora del proceso de amparo debe ser entendida desde un ámbito netamente constitucional, es decir, la forma de proteger estos derechos debe ser basado en una reparación integral del derecho vulnerado. Conforme al principio garantista constitucional, cualquier tipo de lesión a esta gama de derechos no deberá ser convalidada por el juzgador, por el contrario considero que debe haber una sanción jurídica para poder restablecer el derecho. Es allí donde buscamos los alcances y límites de una sentencia que declara fundada la demanda de amparo por lesión de derechos constitucionales, puesto que en principio el proceso de amparo es uno de tipo garantista y protector, entonces su eficacia reparadora debe verter sobre dichos alcances.

Para remitirnos a los alcances de la eficacia restitutoria del proceso de amparo debemos determinar el contenido de la sentencia de

amparo, para ello el artículo 55° del Código Procesal Constitucional establece:

“La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;*
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;*
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;*
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.*

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.”

Es claro entonces que la sentencia de amparo además de identificar el derecho lesionado y restituir el mismo a su estado anterior, puede declarar la nulidad del acto que ocasionó la violación del derecho.

En materia laboral, respecto al despido con lesión de derechos constitucionales, lo lógico es declarar la nulidad del despido en tanto instrumento usado por el empleador como vehículo para vulnerar los derechos constitucionales del trabajador al interior de la relación laboral. Puesto que como establecimos anteriormente, ninguna persona puede vulnerar los derechos constitucionales en cualquier estado, menos dentro de la relación laboral.

Anteriormente, con la Ley N° 23506 Ley de Hábeas Corpus y Amparo antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional, no

establecía nada respecto a la nulidad del acto que lesiona o amenaza el derecho constitucional. Es por ello que el inciso 2 del artículo 55, podríamos decir que es una reproducción de lo dispuesto en España en donde procede declarar nulo el acto lesivo. Así la tesis de declarar nulo el acto parte de considerar a la sentencia que declara fundada la demanda de amparo como de condena, así lo ha expuesto el jurista Abad Yupanqui quien señaló que “si acoge la pretensión la decisión será una condena” (Abad, 2008:109).

TÍTULO IV

HISTÓRICO DEL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA

4.1 Según el Tribunal Constitucional.

Conforme se ha manifestado en un principio del presente trabajo, el Tribunal Constitucional ha negado en reiteradas oportunidades el pago de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de un proceso de amparo, sin embargo, las formas de los fallos y razones que motivaron dichas decisiones han variado con el paso del tiempo. Por lo tanto, corresponde a este apartado realizar un breve recuento de lo expuesto por el Tribunal Constitucional sobre las remuneraciones devengadas:

4.1.1 Sentencias entre los años 1996 al 1998.

Realizada la búsqueda en el portal web del Tribunal Constitucional hemos verificado que las sentencias que resuelven reponer al trabajador en su puesto de trabajo han venido acompañadas de la decisión denegatoria para otorgar las remuneraciones devengadas al trabajador repuesto ello sin expresar razón o motivación alguna; por ejemplo en el Exp. N° 020-96-AA/TC, sentencia expedida el 18.06.1996 con posterior resolución aclaratoria s/n de fecha 02.12.96 dispuso corregir el error material en el sentido de que no serán de abono las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su cese. En el mismo modo se pronuncian las siguientes sentencias, Exp N° 292-97-AA/TC, 796-96-AA/TC, 150-97-AA/TC, 721-96-AA/TC, 583-96-AA/TC, 227-95-AA/TC, 741-97-AA/TC, 1171-97-AA/TC, 015-97-AA/TC, 805-96-AA/TC, 794-96-AA/TC, 284-97-AA/TC, 021-97-AA/TC, 861-97-AA/TC, 1246-97-AA/TC, 1094-97-AA/TC, 1093-97-AA/TC, 1095-97-AA/TC, 804-96-AA/TC, 969-96-AA/TC,

798-97-AA/TC, 696-97-AA/TC, 684-97-AA/TC, 1275-97-AA/TC, 091-98-AA/TC, 902-98-AA/TC)

Por otro lado, en el Exp N° 038-96-AA/TC además de resolver reponer al trabajador en su puesto de trabajo, dispone que se le compute como tiempo de servicio efectivo el transcurrido hasta su reincorporación, con ello el supremo intérprete reconoce al trabajador el principio de continuidad laboral. Del mismo modo en otras sentencias, como por ejemplo el Exp N° 736-96-AA/TC, 068-95-AA/TC, resolvió reponer en su puesto de trabajo con el reconocimiento de su tiempo de servicios sin goce de haber, asimismo en el Exp N° 254-95-AA/TC reconoce el mismo derecho para efectos pensionables. De esta manera, el Tribunal Constitucional, a pesar que las sentencias declaraban la invalidez o nulidad del despido, reconoció los efectos sobre la continuidad de la relación laboral, al considerar válida y eficaz el tiempo interrumpido por decisión del empleador.

Así también en otras sentencias del Tribunal Constitucional Exp N° 075-95-AA/TC, 088-92-AA/TC, 1006-96-AA/TC, 996-96-AA/TC, 057-97-AA/TC, 182-97-AA/TC, 090-96-AA/TC, 244-93-AA/TC, 456-98-AA/TC, resolvieron reponer al trabajador en su centro de trabajo, sin embargo, la diferencia radica que en estas sentencias no existe pronunciamiento alguno sobre las remuneraciones devengadas.

4.1.2 “La remuneración constituyen una contraprestación de servicios.”

Posteriormente, cuando el Tribunal Constitucional empezó a fundamentar sus decisiones de la denegatoria de otorgar las remuneraciones devengadas en los procesos de amparo optó por el criterio de que las remuneraciones devengadas del

trabajador despedido arbitrariamente, no procedían porque la remuneración constituye la contraprestación por el trabajo efectivo realizado. En ese sentido se encuentran las sentencias del Exp. N° 482-99-AA/TC, 972-98-AA/TC, 020-99-AA/TC, 1112-98-AA/TC, 893-98-AA/TC, 1209-99-AA/TC, 712-99-AA/TC, 150-2000-AA/TC, 1188-99-AA/TC, 1043-98-AA/TC. Este criterio se basa en la interpretación legalista contenida en el artículo 6° del LPCL, en el que señala que “constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios.” A nuestro criterio dicha postura carece de sustento jurídico, sin embargo el mismo será analizado en los capítulos posteriores.

4.1.3 “Las remuneraciones devengadas a título de indemnización por el daño causado”

Luego que el Tribunal Constitucional se apartara de tal inconsistente posición, adoptó un nuevo criterio en donde, a pesar que se le seguía negando las remuneraciones devengadas al trabajador despedido con vulneración de sus derechos fundamentales, se le reconoció el derecho a poder reclamar tal derecho en otro vía judicial (ordinaria) a través de la figura jurídica de indemnización por haber sido privado de su trabajo y de las remuneraciones que le correspondían, que es lo que se conoce como una indemnización por daños y perjuicios. Así por ejemplo se ha señalado tal criterio en las sentencias del Exp. N° 020-2003-AA/TC, 2339-2004-AA/TC, 2040-2004-AA/TC, 2349-2003-AA/TC, esta última señala en su considerando cuarto que “Teniendo la reclamación de pago de las remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria y no, obviamente, restitutoria, debe dejarse a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.”

Cuando el Tribunal Constitucional empezó a adoptar este criterio empezó señalando que a la pretensión de remuneraciones devengadas no procedía su pago por cuanto la remuneración constituye una contraprestación por trabajo efectivamente realizado, sin embargo dejaba a salvo el derecho del justiciable para que lo haga valer en otra vía procedimental (proceso ordinario laboral) a través de una indemnización por daños y perjuicios. Empero este pronunciamiento lo único que podía generar era que los jueces laborales, al tener a la vista dicho criterio, empiecen a adoptar la misma posición del Tribunal Constitucional y declarar infundadas las demandas de indemnización, lo que fue calando en el criterio de muchos justiciables como en los párrafos en adelante explicaremos.

En la actualidad, el Tribunal Constitucional se limita a señalar que el pago de las remuneraciones devengadas no procede en la vía constitucional en razón de que ésta tiene carácter resarcitorio al ser una indemnización, por lo que deja a salvo el derecho del justiciable de hacerlo valer en la vía ordinaria laboral.

4.2 Según la Corte Suprema de Justicia

4.2.1 Posición favorable al pago de las remuneraciones devengadas

Inicialmente la Corte Suprema, en la vía ordinaria laboral, al pronunciarse sobre las demandas de pago de remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través de una sentencia favorable en un proceso de amparo adoptó una posición otorgando el pago de las remuneraciones devengadas al considerar que para efectos del acto de despido que fue declarado nulo en un proceso de amparo, esto se asemeja a un acto nulo lo cual trae como consecuencia la cesación de los actos viciados o inválidos. En este sentido, la ejecutoria

Suprema, recaída en la Casación N° 649-2001-Callao, señala en sus fundamentos lo siguiente:

“Quinto: Que, como el reclamo del actor se origina a causa de una Acción de Amparo, la naturaleza del lapso transcurrido entre el cese y la reposición del actor debe examinarse a partir de los alcances y efectos del artículo uno de la Ley número veintitrés mil quinientos seis, el cual señala que el objeto de dicha acción de garantía 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.”

Sexto: Que, por efecto de la norma bajo 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”

En el mismo sentido, empero con mayor rigor se emitió la Casación N° 214-2002 señalando en sus fundamentos quinto y sexto lo siguiente:

“Quinto: Que, el artículo cuarenta del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, precisa textualmente que: "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 períodos 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" Que, conforme el agravio denunciado, se afirma que se concede de manera excepcional el pago de remuneraciones devengadas sin prestación efectiva de servicios en los casos en que se establezca la nulidad del despido efectuado, en tal virtud la Sala debió aplicar esta norma al caso de autos, ya que al no encontrarse ante un supuesto de despido nulo, no correspondía conceder el pago de remuneraciones devengadas.

Sexto: Que, del estudio de la ratio legis del artículo mencionado se advierte que dicha norma establece que el Juez ordenará el pago de remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido cuando se declare fundada la demanda de nulidad de despido y de ninguna forma se dispone en dicho texto que es la única forma para obtener el pago de remuneraciones devengadas, pues la norma no establece distinciones o restricciones de lo contrario hubiera utilizado una redacción en que precisará que solamente en este único caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro de régimen de la actividad privada. La norma regula la consecuencia o el efecto de la expedición de una sentencia que declare fundada una demanda de nulidad de despido, es decir que resulta aplicable solamente en dicho supuesto y no frente a otro tipo de acciones."

Asimismo, existen otras ejecutorias en donde la Corte Suprema resuelve a favor del pago de las remuneraciones devengadas a través de un proceso ordinario laboral con un similar argumento señalado en los párrafos anteriores, por ejemplo la Casación N° 044-2002-Lima y Casación N° 2504-2010-Ancash,

4.2.1 Posición negativa al pago de las remuneraciones devengadas.

Pasado algunos años la Corte Suprema cambió intempestivamente de posición al negar el pago de las remuneraciones devengadas y en muchos casos considerarlas como una indemnización. Los argumentos expuestos por la Corte Suprema se pueden verificar en la Casación N° 2712-2009-Lima:

“Cuarto: La parte demandante pretende que se identifique el carácter restitutorio del proceso de amparo con los efectos que el despido nulo tiene en nuestra legislación laboral en torno al pago de los remuneraciones devengadas, identificación que resulta errónea dada la naturaleza jurídica de cada institución, sin perjuicio de sus diferencias prácticas, ya que el proceso de amparo se encuentra referido a la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que el proceso de nulidad se refiere, valga la redundancia, a la nulidad de un acto de despido, siendo por tanto las pretensiones que se deducen en cada caso de índole distinta.

Sexto: A efectos de precisar esta distinción, es pertinente indicar que la naturaleza restitutoria del proceso de amparo implica que, en adelante, las cosas vuelvan a un estado idéntico al que existía antes de la afectación del derecho, por tanto no es finalidad del proceso de amparo negar la existencia de los actos pasados, sino impedir que la afectación continúe en el futuro; en ese sentido la restitución es una figura totalmente distinta a la reparación o la indemnización, que corresponden a los procesos ordinarios y que tienen naturaleza prioritariamente patrimonial.

Sétimo: 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 que en los casos que la sentencia de amparo repone al trabajador, restaura el estado de cosas anterior y satisface la pretensión referida a la tutela de un derecho constitucional específico, pero no tiene eficacia más allá de lo ordenado en la propia sentencia, de manera que no puede ser interpretada como una declaración de nulidad del acto que puso fin al vínculo laboral, tal como sugiere la interpretación de la parte demandante, Octavo: 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.”

Dentro de dicha posición se adhieren demás ejecutorias en donde la Corte Suprema, además de establecer que las remuneraciones tienen carácter indemnizatorio, se les niega el pago de éstas, es decir, cuando se podía pensar que las remuneraciones devengadas podían ser cobradas en un proceso de indemnización, estas sentencias se restringían a señalar que el hecho de que el despido lesivo declarado en un proceso de amparo, empero no podrían recuperar la posible “indemnización” que alegaba el Tribunal Constitucional, puesto que ahora la Corte Suprema señalaba que no se puede equiparar el despido nulo en un proceso ordinario laboral con la impugnación de despido en un proceso de amparo.

TITULO V

PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LA VÍA CONSTITUCIONAL

5.1 Introducción

Anteriormente ya hemos señalado los criterios por el que la judicatura ha optado por negar el pago de las remuneraciones devengadas así como el cambio de dichos criterios (supra título III), sin embargo, consideramos que el pago de las remuneraciones devengadas, salarios caídos o remuneraciones dejadas de percibir⁵² tienen un mayor carácter de fondo que nos hace presumir que es posible su pago en el proceso de amparo.

Las remuneraciones devengadas han sido tomadas como una forma de reparación del despido nulo, a esto Pla Rodríguez, citado por Blancas Bustamante nos adelantaba que “el pago de los salarios caídos, es decir, los salarios perdidos por no haberse trabajado en virtud del despido que, en definitiva, fuere anulado, ha sido establecido en casi todos los países que instituyen la nulidad del despido. Casi podríamos decir que es una constante la conjunción del reintegro del trabajador el pago de los salarios correspondientes al periodo que no se trabajó por obra de ese despido. Constituyen la manera de borrar todos los efectos de esa terminación que no se considera justificada. Para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido, deben pagarse los salarios por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados.” (2013: 434, 435)

Ciertamente, las remuneraciones devengadas como consecuencia de un despido nulo y la debida reincorporación del trabajador a su centro de labores constituyen una eficacia restitutoria que es otorgada por ley. Los artículos 40°, 41° de la LPCL y los artículos 53° y 54° de su reglamento, instituyen en la reparación una naturaleza restitutoria,

⁵² Terminología que para la doctrina significa lo mismo.

puesto que la reposición, el pago de las remuneraciones devengadas y el hecho de ficción jurídica de considerar que el periodo no laborado por el trabajador se considera como prestación efectiva para todos sus efectos a excepción del record vacacional, son situaciones que el legislador ha establecido para considerar la naturaleza restitutoria de la eficacia reparadora del despido nulo.

Sin embargo, ahora nos preguntamos ¿Por qué no sucede lo mismo en el despido que se ventiló en otro vía procesal como es el amparo? ¿Los efectos de reparación son diferentes o es sólo la vía procesal la diferencia? Estas son las inquietudes que vamos a abordar en este capítulo en contraste con la jurisprudencia que ha fijado sus posiciones a través del tiempo.

Hoy en día, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, ambas entidades máximas de la judicatura nacional, han marcado su posición negando este pago, primero el Tribunal Constitucional empezó señalando que el pago de las remuneraciones devengadas no correspondía porque no hay efectiva prestación de servicios, para luego cambiar su criterio aduciendo que este pago tiene naturaleza indemnizatoria; mientras que la Corte Suprema, a través de un proceso laboral de pago de remuneraciones, en un notorio cambio de posiciones fijó en un primer momento que “la acción de amparo se asemeja al acto nulo, el cual según la doctrina trae como consecuencia la cesación de los efectos producido por los actos viciados e invalidación de todos los otros que sean consecuencia directa del declarado nulo”⁵³; sin embargo más adelante cambió radicalmente su posición y negó dicho en la vía laboral (como consecuencia de la reposición en la vía constitucional) incluso negando así dicho pago en un proceso de amparo.

En consecuencia, corresponde ahora analizar cada uno de los argumentos emitidos por la judicatura en donde niegan el pago de las

⁵³ Casación N° 1458-2003 fundamento 9°

remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición a través de un proceso de amparo.

5.2 Análisis de los criterios que niegan el pago de las remuneraciones devengadas

5.2.1 Prestación efectiva de labores de un despido inconstitucional

Mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Exp. N° 0482-1999-AA/TC de fecha 22.07.1999 estableció “Que la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el período no laborado.” Es así que mediante este argumento el Tribunal Constitucional considera que no corresponde el pago de las remuneraciones devengadas a pesar de la reposición del trabajador.

Lo que hace el Tribunal Constitucional es asumir, que como consecuencia del despido lesivo de derechos constitucionales, el trabajador no prestó labores efectivas, entonces no le corresponde remuneración alguna. Sin embargo, corresponde verificar la veracidad de dicho argumento.

La doctrina nacional y nuestra legislación han establecido que el contrato de trabajo tiene por lo menos tres elementos esenciales, la prestación personal, remuneración y subordinación.

Respecto a este tema corresponde únicamente analizar la remuneración y sus alcances como elemento constitutivo del contrato de trabajo.

a. Alcances de la remuneración

Sobre las características de la remuneración, la Constitución, en su artículo 24° señala que ésta debe ser “equitativa y suficiente” al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero la exigencia del cumplimiento de dichas características se relaciona además con la finalidad que debe cumplir dicha remuneración. Así la Constitución señala que la remuneración “procure, para él (el trabajador) y su familia, el bienestar material y espiritual”. A su vez, la declaración Universal de los Derechos Humanos señala que la remuneración “le asegure (al trabajador), así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé el derecho a “una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores (...) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familiar conforme a las disposiciones del presente Pacto”.

El derecho a la remuneración supone entonces, el derecho de los trabajadores a recibir una retribución equitativa por la prestación de sus servicios subordinados, que les permita a ellos y a sus familias procurarse condiciones de existencia compatibles con la dignidad humana, que les permitan bienestar material y espiritual.

Además, la Constitución señala en su Artículo 24° que: “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”. Para estos efectos, a nivel legislativo, la LPCL señala que: “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”, estableciendo dentro de sus

características que debe tener la retribución percibida por el trabajador; es decir, la remuneración tiene carácter retributivo.

b. El íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios

Corresponde determinar el alcance del término contenido en la ley (Art. 6 de la LPCL) “el trabajador percibe por sus servicios”. Al respecto, adecuándonos a una interpretación restrictiva y literal se puede decir que la prestación del servicio personal constituye un elemento configurador de la remuneración. Sin embargo, ello no es totalmente cierto puesto que existe un bagaje de ejemplos donde no existe prestación personal de servicios y, sin embargo, al trabajador le corresponde su remuneración, tales como las licencias, vacaciones, descansos remunerados, entre otros. A mayor abundamiento los efectos de la “no prestación personal de servicios” no sólo quedan en el pago de la remuneración sino en considerar como tiempo efectivo de trabajo el periodo no laborado.

A continuación presentamos algunos ejemplos legales en donde la no prestación personal de servicios contiene efectos jurídicos contrarios:

- Artículo 15° LPCL, cuando la autoridad administrativa de trabajo declara la improcedencia o inexistencia de la causa invocada para la suspensión del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, corresponde el pago de las remuneraciones devengadas.
- Artículo 23° del Reglamento de la LPCL, establece el reconocimiento del periodo dejado de laborar para todo efecto legal.
- Artículo 40° de la LPCL establece el pago de las remuneraciones devengadas al declarar fundada la demanda de despido nulo.

- Artículo 54° del Reglamento establece que el periodo dejado de laboral en caso de despido nulo, será considerado como tiempo efectivo de labores para todo efecto legal, a excepción del record vacacional.

Ahora bien, estos ejemplos no son simples excepciones a la regla, es decir, el legislador se ha preocupado de regular las situaciones mediante las cuales si procede el pago de la remuneración al trabajador aunque no existe prestación efectiva de labores, ello puede llegar a entenderse, como en nuestro país alguna parte de la doctrina lo considera una excepción a la regla, sin embargo, el legislador no se quedó solamente estableciendo los límites a esa regla, sino abundó en fijar la suspensión del contrato de trabajo, que es la figura genérica mediante la cual se suspende el contrato de trabajo, mas no la relación laboral, lo cual puede tener como consecuencia la suspensión perfecta de labores (no corresponde remuneración) y la suspensión imperfecta de labores (corresponde remuneración), regulado en el artículo 11° de la LPCL.

c. Naturaleza jurídica de la remuneración.

Si bien la LPCL hace referencia a la remuneración como consecuencia de la prestación efectiva de servicios, ello no es total puesto que la naturaleza de la remuneración va mucho más allá, es decir, las excepciones a la regla de prestación efectiva de labores para su remuneración no son sólo eso, sino nos da un alcance aún mayor de lo que se entiende por remuneración, lo que en la doctrina se conoce como la disposición de la fuerza de trabajado hacia el empleador.

Esta posición jurídica fue expuesta por Neves Mujica cuando expone sobre la remuneración como “el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad, el riesgo del

trabajo lo asume el empleador, de modo que depende de este utilizar o no y cuánto y cómo esa actividad, pues tiene el poder para hacerlo.” (2009: 34) Esta definición encaja perfectamente con lo que el legislador nacional pretendió establecer al regular la remuneración puesto que la definición de ésta no se encuentra únicamente en el artículo 6° de la LPCL sino en todo el cuerpo legal que establece situaciones en donde al trabajador le corresponde su remuneración sin prestación efectiva de labores.

Otros autores definen a la remuneración como “todo pago en dinero o, excepcionalmente, en especie que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo.” (Arévalo Vela & Ávalos Jara, 2007: 34)

Asimismo, el Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo ha establecido una serie de disposiciones relacionadas con la protección de la remuneración, denominada con el término de “salario”. Si bien dicho documento no ha sido ratificado por el Perú, debe tenerse en cuenta sus alcances en calidad de recomendación o criterio orientador. Para dicha normativa internacional, el término salario significa: “(...) la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por sus servicios que haya prestado o deba prestar”.

En general, la regla es que el pago que se le otorga al trabajador es originado por la puesta a disposición de su actividad, siendo el empleador el que asume el riesgo del trabajo, esto quiere decir que, el trabajador es el que pone a disposición del empleador

su fuerza de trabajo para que éste en virtud al principio de dirección inherente a él, utilice esta fuerza de trabajo.

Por lo tanto, en el despido lesivo de derechos fundamentales, si bien es cierto no existió prestación efectiva de labores, lo que sí existió es la disposición del trabajador hacia el empleador para que este último utilice la fuerza de trabajo.

En consecuencia, el despido viciado de nulidad por lesión de derechos fundamentales, el empleador es el único responsable por negarse a utilizar la fuerza de trabajo dispuesta por el trabajador, cuando aún el empleador haya tratado de justificar o no el despido, esta resulta lesiva al trabajador y demostrada a través del proceso de amparo el cual reponiendo al trabajador en su centro de labores, deviene el pago de las remuneraciones devengadas, esto es, el que asume el riesgo es el empleador.

5.2.2 ¿Tiene carácter indemnizatorio las remuneraciones devengadas?

Fue el Tribunal Constitucional el primer órgano en establecer que las remuneraciones devengadas, como consecuencia de declarar el despido como lesivo de derechos fundamentales, tienen naturaleza indemnizatoria, tal como lo señala en el Exp N° 2349-2003-AA/TC, “Teniendo la reclamación de pago de las remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria y no, obviamente, restitutoria, debe dejarse a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.”

Posteriormente, en jurisprudencia reciente la Corte Suprema en un cambio de criterio ha optado por considerar a estas remuneraciones devengadas como indemnización⁵⁴, puesto que anteriormente

⁵⁴ CAS N° 2712-2009-Lima, señala en su considerando sétimo: “No corresponde a la naturaleza del proceso de amparo la evaluación de la existencia de un daño dinerario concreto aun cuando

mediante ejecutorias supremas, por ejemplo la Casación N° 1806-2004-Lima⁵⁵ del 02.07.2006, estableció que las remuneraciones devengadas tenían carácter restitutorio y otorgaba la reconstrucción jurídica del vínculo laboral, por lo tanto correspondía su pago.

Estos criterios que se contraponen corresponden ser analizados en el presente, con la finalidad de establecer si verdaderamente las remuneraciones devengadas como consecuencia de un despido declarado lesivo de derechos fundamentales a través del proceso de amparo, tiene naturaleza indemnizatorio o restitutoria.

Dentro de la LPCL existen diferencias marcadas entre las formas de reparación ante un “despido abusivo”⁵⁶; mientras que para el despido arbitrario, referido al segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, le corresponde el pago de una indemnización tasada, conocida como indemnización por despido arbitrario, para el despido nulo, la forma de reparación es la reposición del trabajador a su centro de labores con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir, conforme al tercer párrafo del artículo 34 y 40 de la LPCL, con la salvedad que en el caso del despido nulo la opción de la reposición excluye la indemnización por despido arbitrario o en la ejecución de sentencia el trabajador puede optar por la indemnización excluyendo la reposición.

La indemnización por despido arbitrario y la reposición son dos formas legítimas de reparación ante un despido abusivo, sin embargo,

éste sea de índole remunerativo, de manera que en los casos que la sentencia de amparo repone al trabajador, restaura el estado de cosas anterior y satisface la pretensión referida a la tutela de un derecho constitucional específico, pero no tiene eficacia más allá de lo ordenado en la propia sentencia, de manera que no puede ser interpretada como una declaración de nulidad del acto que puso fin al vínculo laboral, tal como sugiere la interpretación de la parte demandante.”

⁵⁵ Citamos el contenido de la sentencia: “La naturaleza de las remuneraciones devengadas y beneficios devengados que se reclamen es propiamente retributiva y no así indemnizatoria dado que su sustento es la reconstrucción jurídica del vínculo laboral declarado en la vía de acción de amparo, por lo que el lapso que el actor estuvo fuera del empleo no sólo debe ser reconocido por la emplazada como tiempo de servicios efectivamente prestados sino también como condición que genera el pago de sus derechos y beneficios.”

⁵⁶ Utilizamos la terminología “despido abusivo” para unificar la clasificación de los despidos y no confundir el despido arbitrario con el despido nulo.

cada una de ellas tiene su función de ser o su naturaleza jurídica que a continuación pasamos a explicar.

a. Naturaleza jurídica de la indemnización por despido arbitrario

El artículo 38 de la LPCL establece el cálculo de la indemnización por despido arbitrario consistente en una remuneración y media por cada año de servicios con un tope máximo de doce remuneraciones.

A lo largo de la historia el derecho laboral se ha inclinado hacia la indemnización tarifada, definida como aquella que contiene una metodología fija de cálculo sin medir o diferenciar el daño en cada caso en concreto. La diferencia de la indemnización tarifada con la indemnización por daños y perjuicios fijado por el juez, es que en la última se determina en función a cada caso en concreto dependiendo del tipo de daño, mientras que en la indemnización tarifada o tasada tiene una forma de cálculo fijo.

Para entender la opción del legislador al optar por una indemnización tarifada para el despido arbitrario, debemos entender su fundamento jurídico, el cual reside en los daños y perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la pérdida del empleo, en este caso es el trabajador la parte de menor ventaja hacia el empleador y por lo tanto el hecho de obligarlo a demostrar el daño lo convierte en una desventaja mayor, razón por la cual la indemnización tarifada adoptada por el Perú y muchos países latinoamericanos a excepción de Haití, otorga al trabajador algo menos que preocuparse, como es la demostración objetiva del daño, pues en estos casos la indemnización por despido arbitrario se equipara para todo trabajador despido en forma arbitrario. En otras palabras, con la indemnización tarifada el trabajador ya no estará obligado a probar el daño, cosa distinta a lo que sucede en

la indemnización por daños y perjuicios, en donde es necesario que la parte demuestra el daño y la cuantía.

Por ello conforme al artículo 37° de la LPCL refiere que el despido debe ser probado por el trabajador, más la causa justa de despido debe ser acreditado por el empleador, primando así el principio protector a favor del trabajador.

En consecuencia, la indemnización por despido arbitrario regulado en nuestra legislación tiene su fundamento en otorgar facilidades al trabajador, quien es el sujeto en desventaja frente al empleador, pues no se le exige al trabajador probar otra cosa sino que el despido, no siendo necesario demostrar el daño.

b. Indemnización por daños y perjuicios y su relación con el despido

Por otro lado, la indemnización por daños y perjuicios parte de una legislatura para una relación civil, esto es entre partes que se presumen tienen las mismas condiciones ante la ley, por ello es necesario que el que reclama su pago debe probar el daño, conforme a una teoría de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Sin embargo, este tema entra en discusión en la presente investigación puesto que la indemnización por daños y perjuicios derivada de un despido, es una situación que ha tomado mayor relevancia al ser introducido con la entrada en vigencia la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT). Es pues que conforme al artículo 2, numeral 1.b, de la NLPT, según el cual: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial involucradas en la prestación de servicios, o

terceros en cuyo favor se presta o se prestó el servicio”. Asimismo, este tema fue tratado anteriormente en el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en Lima en el año 2008 según el cual: “El juez laboral es competente para el conocimiento por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo”

A pesar de lo señalado anteriormente, el tema de la indemnización por daños y perjuicios fue instaurado en la NLPT para resarcir el daño como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad en la ejecución de la relación laboral. Sin embargo, ha sido tomada en varias ocasiones para una indemnización derivadas del despido, dejando de lado la indemnización tarifada establecida en los artículos 34 y 38 de la LPCL. Para Toyama la existencia de una indemnización tarifada (con tope) exonera al trabajador de su obligación de acreditar el daño y el quantum indemnizatorio, lo cual evidentemente constituye una ventaja; y por otro lado, tanto el tope indemnizatorio, como su contenido de doce remuneraciones como máximo, han sido convalidados por el Tribunal Constitucional como reparación idónea frente a un despido ilícito en pronunciamiento vinculantes” (Toyama & Higa, 2013:19). Nótese que el autor reconoce la indemnización por despido arbitrario (tarifada) genera una ventaja a favor del trabajador al no ser necesario probar el daño y establecer el quantum indemnizatorio, además esta indemnización repara todo tipo de daño al trabajador.

A mayor abundamiento sobre el tema, parte de la doctrina a propuesto que en situaciones excepcionales la indemnización tarifada no alcanza a reparar aquellos daños adicionales derivados de la lesión de otros derechos en tanto se encuentren debidamente acreditados. Cuando sucede esto, la doctrina y la jurisprudencia lo ha llamado como el daño moral adicional, conforme lo señala la Casación N° 399-99-Lima : “(...) la reparación reviste de un

carácter francamente excepcional, procediendo solo cuando el incumplimiento fuere totalmente malicioso, es decir cuando por sus propias características resultan de un verdadero acto ilícito, como sería el daño moral probado por una falsa denuncia del empleador, quien habría imputado a su trabajador sin fundamento alguno la comisión de un acto dolictuoso, (...). Sin embargo, una creciente parte de la doctrina manifestaron que "(...) con el fin de percibir el pago de una indemnización extratarifada, el trabajador despedido tendrá la obligación de acreditar: (i) la existencia de un daño adicional al causado por la pérdida del empleo (lo pluriofensivo del despido); y, (ii) el quantum indemnizatorio de ese daño." (Toyama & Higa, 2013:20)

En consecuencia, la Corte Suprema admite la procedencia de las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido siempre y cuando el demandante pueda probar el daño moral adicional al reparado por la reposición o la indemnización.

c. Naturaleza jurídica de la reposición en la vía constitucional

El acto jurídico de REPOSICIÓN recibe diferentes denominaciones, que tienen el mismo significado: readmisión, reintegro, reposición, reinstalación; todas ellas parten de la misma definición, de dejar sin efecto el despido de quien fue objeto del trabajador, por considerarlo ilícito, por lo tanto el contrato de trabajo continúa su curso.

Esta definición entendida dentro del marco del derecho laboral, esto es, interpretando el artículo 34° de la LPCL, no dista de la contenida en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional que señala como finalidad de las acciones de garantías la de proteger los derechos constitucionales "reponiendo las cosas al estado

anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”.

Es decir, las garantías constitucionales, entre ellas el proceso de amparo, busca restituir el derecho, razón por la cual podemos decir que la eficacia reparadora en la vía laboral es la misma que en la vía constitucional. Debemos advertir que nos referimos únicamente a la forma de reparación, más no al instrumento procesal, que como es conocido existen diferencias una de otra. Decir lo contrario, implicaría negar el precepto legal contenido en el artículo 1° del CPC, y con ello a la doctrina que ha pregonado que la finalidad del proceso de amparo es restituir el derecho.

La amplia gama de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, tienen garantía para que en caso sean lesionados o amenaza de violación, puedan ser tutelados judicialmente, a través de una protección también constitucional. Es decir, la medida reparadora del derecho conculcado debe tener su máxima expresión, puesto que hablamos de derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución.

En consecuencia, en busca de la máxima protección del derecho conculcado, el Código Procesal Constitucional declara la nulidad del acto lesionado, conforme al inciso 2 del artículo 55°, el cual prescribe: que la sentencia que declara fundada la demanda de amparo puede contener la “Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.” Este precepto fue tomado de la Ley Orgánica del Tribunal Español (artículo 55°), el cual fue incorporado en nuestra legislación con la vigencia de nuestro CPC, a diferencia de la Ley 23506 que no establecía este precepto.

Ahora bien, la doctrina se ha inclinado por este supuesto al señalar que los derechos de la persona humana o derechos fundamentales, poseen una naturaleza diversa de la de los derechos subjetivos ordinarios, puesto que regulan la dignidad de la persona humana, por lo que su reparación se inclina a declarar la nulidad del acto. Así Fix Zamudio citado por Arce Ortiz asegura que “la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos derechos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalente.” (2008: 110). Lo que quiere decir el autor, es que la protección de estos derechos, al tener carácter constitucional, no puede agotarse su reparación en la declaración de inconstitucionalidad del acto, sino que debe ir más allá e imponer al responsable el cumplimiento de determinado comportamiento para restaurar el derecho.

Entonces el derecho a la reposición, lejos de tener una relevancia meramente procesal, tiene, ante todo, un papel de naturaleza instrumental en la consecución de la vigencia efectiva de la constitucionalidad. Por cuanto su fundamentación constitucional debe hacerse sobre la base de la tutela constitucional del derecho a la reposición, como parte de los derechos que pretende reparar.

Finalmente, el tercer párrafo del Artículo 23° de la Constitución Política prescribe que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” Este precepto constituye la base constitucional para la reposición, puesto que el Estado al no aceptar la limitación de los ejercicios constitucionales en toda relación laboral, protege estos actos inconstitucionales lesivos mediante la reposición del trabajador, como consecuencia de la máxima protección que brinda la constitución y en virtud al principio

de supremacía constitucional, que consiste en reputar como ilegítimas e ineficaces aquellas conductas o actuaciones que importan la violación de derechos que la Constitución consagra.

Por otro lado, la reposición como figura fáctica se traduce jurídicamente en la continuidad de la relación laboral, puesto que no hablamos de una recontractación para decir que el despido extinguió la relación laboral anterior, sino, por el contrario, se refiere a una reposición dentro de la misma relación laboral, es decir, el contrato de trabajo no se extinguió, solamente se está continuando la relación laboral, que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del despido, se instalan todos los derechos vigentes de la relación laboral, es decir, como si el despido no hubiera existido.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de la reposición ordenada en la vía constitucional no dista de la reposición en la vía laboral, por cuanto su sustento jurídico es la de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración o amenaza, la declaratoria de nulidad del despido y, finalmente, el hecho que es inconstitucional restringir los derechos fundamentales en el ejercicio de la relación laboral.

d. Las remuneraciones devengadas como un derecho accesorio a la reposición.

Con la finalidad de dar respuesta a la pregunta planteada anteriormente, debemos señalar que en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha señalado que la sentencia de amparo no puede disponer el pago de indemnizaciones, comprendiendo dentro de tal concepto a las remuneraciones⁵⁷. Sin embargo, esta

⁵⁷ Así por ejemplo lo sostuvo en el caso Sindicato de Obreros Municipales de la Municipalidad de Jesús María y otros (Exp. N° 1142-2000-AA/TC, publicado el 23 de febrero de 2003)

posición entra en contradicción con lo señalado por el mismo Tribunal en otra oportunidad cuando variando sustancialmente el citado criterio, expone en el caso Eyller Torres del Águila⁵⁸. En tal oportunidad sostuvo que "dadas las circunstancias especiales en las que se ha desarrollado el caso, el Tribunal Constitucional considera que debe aplicarse el artículo 11 de la Ley N° 23506, en el extremo que dispone que, al concluir el proceso, se debe condenar a los responsables al pago de (...) una indemnización por el daño causado". De ahí que en el punto seis de su parte resolutive haya dispuesto "que OSIPTEL y a Telefónica Móviles S.A.C. paguen a la recurrente, en forma solidaria y como indemnización, el monto equivalente a 3 UIT (Unidad Impositiva Tributaria), lo que deberá efectuarse en ejecución de sentencia".

En la actualidad este criterio deja de tener sustento por cuanto con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el mencionado artículo 11° de la Ley N° 23506 fue eliminado, quedando ahora inconsistente tal posición.

Entonces entendemos que el otorgamiento de una indemnización no procede con los cánones establecidos en el proceso de amparo; sin embargo, creemos que las remuneraciones devengadas no son un tipo de indemnización por la siguiente razón. Al considerar que la eficacia reparadora del proceso de amparo es la reposición, ya establecimos que ello no viene solo, sino debe ir acompañada de una serie de derechos que se deben respetar, cuanto menos, todas las situaciones, obligaciones y derechos subjetivos pertinentes al trabajador antes de la terminación contractual ilegítima. Es decir, no habrá reposición sino se conservan las situaciones nacidas del contrato, como la categoría, la retribución o la antigüedad; incluso puede suponer para algunos la reanudación del contrato de trabajo ilícitamente

⁵⁸ Exp. N° 0858-2003-AA/TC Huánuco, sentencia del 24 de marzo de 2004.

roto, mientras que para otros, podría traducirse en un acto desprovisto de efectos negociables, puesto que nunca hubo ruptura de la relación. Lo último (efectos extintivos del despido ilícito) tiene mayor relevancia, sin embargo, las otras categorías que actualmente existen en toda sentencia de amparo, por ejemplo en el Exp N° 2040-2004-AA/TC, publicado el 14.04.2005 señala que se le reponga al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en alguno **igual condición**; en el Exp N° 136-1996-AA/TC, publicado el 16.03.2000, dispone que se le compute como **tiempo de servicio efectivo el transcurrido hasta su reincorporación**. Con ello damos a notar que las sentencias de amparo sobre nulidad de despidos que declaran fundada la demanda no sólo cumplen con reponer al trabajador sino, se subyacen también otros derechos conexos es este, como es la misma categoría y que se compute el tiempo transcurrido como parte de record laboral.

Decir lo contrario implicaría restringir los derechos fundamentales del trabajador por causas no imputadas a este, puesto que al declarar la inconstitucionalidad de un acto lesivo y su consecuente nulidad, queda poco margen a una reparación integral del mismo. Sin duda y, por ello la propia OIT a través de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones ha expresado una opinión rotunda: "(...) la Comisión estima que la reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos."⁵⁹ Nótese que la Comisión se refiere a la indemnización retroactiva como una forma de reparación. Sin embargo, esta palabra (indemnización retroactiva)

⁵⁹ OIT "Protección contra el despido injustificado" 1995

tiene sustento si en la legislación nacional no existiese la declaratoria de nulidad del acto, puesto que una indemnización retroactiva como el lucro cesante es la forma idónea de protegerlo, pero para aquellas legislaciones en donde existe la declaratoria de nulidad del acto, entendemos que “el despido reputado nulo, no nace, no existe y ni siquiera produce jurídicamente efecto alguno, por lo que no provoca la extinción.” (Arce, 2008: 113)

Finalmente, concluimos que al declarar nulo el despido y ordenar su reposición en su centro de trabajo, la judicatura no hace otra cosa otorgar efectos jurídicos extintivos al despido, eliminando así la recontractación, es decir, requiere como presupuesto contratar nuevamente al trabajador. Sin embargo, en la reposición el contrato de trabajo subsiste y se extingue los efectos del despido, con ello se entiende que le corresponde el pago de las remuneraciones devengadas puesto que el contrato de trabajo nunca se extinguió sino que en todo momento el trabajador puso a disposición del emplador su fuerza de trabajo.

En consecuencia, en la medida que consideremos a las remuneraciones devengadas como parte de la eficacia restitutoria de la reposición no puede ser considerada como indemnización sino como un derecho consecuente a la declaración de nulidad y la reposición.

5.2.3 Declaratoria de nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales y sus efectos jurídicos.

Cuando hablamos del despido lesivo de derechos constitucionales, nos referimos tanto al “despido nulo” regulado en el artículo 29 de la LPCL, así como también al despido que se declara inconstitucional a través de un proceso de amparo.

Sin embargo, la Corte Suprema en el Exp. N° 2712-2009-Lima señaló que “(...) proceso de amparo se encuentra referido a la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que el proceso de nulidad se refiere, valga la redundancia, a la nulidad de un acto de despido, siendo por tanto las pretensiones que se deducen en cada caso de índole distinta”. Este argumento busca marcar distancia entre la restitución del derecho y la nulidad del mismo.

Ahora bien, en el punto 5.2.2 apartado c., hemos llegado a la conclusión que el despido lesivo de derechos constitucionales, esto es, aquellos que son declarados ilícitos a través de un proceso de amparo, son declarados nulos. Llegamos a esta conclusión luego de analizar la naturaleza jurídica que reviste a la reposición en este tipo de procesos, aunado a ello lo prescrito en el inciso 2) del artículo 55 del Código Procesal Constitucional, reafirma nuestra posición. Sin embargo, a la vigencia de las normas y teorías sobre la ineficacia e invalidez del acto jurídico, corresponde realizar un análisis de la nulidad del acto jurídico, para luego extrapolarlo a la nulidad del despido (como acto jurídico dentro de una relación laboral).

Para algunos autores, no es raro, hablar de la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, así como Blancas Bustamante, señala que “(...) queremos subrayar que al possibilitarse en la vía laboral mecanismos de tutela restitutoria, anudados a la declaración de la nulidad del despido violatorio de derechos constitucionales – el legislador no hace otra cosa que reproducir, en esta modalidad procesal, los mismo niveles de protección que se acuerdan a éstos derechos en el ordenamiento procesal constitucional, pues de no ser así, es decir ante la insuficiencia protectora del proceso laboral, las acciones de garantía se hubieran constituido en la única vía válida para la tutela judicial efectiva en los casos de afectación de los derechos constitucionales mediante el despido” (Blancas, 2013: 430). Así también Arce Ortiz precisó que

“(…) acorde con una tendencia garantista absoluta de los derechos constitucionales, se viene predicando la inexistencia de efectos para los despidos que los vulneren. Así, para estos supuestos, la doctrina ha proclamado, con mucha razón, por cierto, la declaración de nulidad absoluta, cuya consecuencia conlleva la desaparición del acto lesivo del tráfico jurídico, eliminando todos sus efectos” (Arce, 2008: 113).

Por otro lado, una vez analizado la declaratoria de nulidad del despido, necesitamos verificar una vertiente de mayor importancia que son los efectos jurídicos de la nulidad del despido. A ello tenemos que en comparación con la legislación laboral, que regula como los efectos de la sentencia que declara nulo el despido, corresponde el pago de las remuneraciones devengadas (artículo 40° de la LPCL). Sin embargo, es cierto que en la vía constitucional no existe norma explícita que regule esta situación, por lo que a continuación estudiaremos el contenido del artículo 40° de la LPCL y su naturaleza jurídica, para luego extrapolarnos a la vía constitucional y determinar los efectos de la sentencia de amparo que declara nulo el despido.

a. La invalidez y la ineficacia del acto jurídico

La regla general es que un acto jurídico válido produzca efectos jurídicos, vale decir, sea eficaz. Sin embargo, nos podemos encontrar frente a casos de actos jurídicos válidos pero ineficaces, como el supuesto del acto jurídico sometido a condición suspensiva, o frente al casos de actos inválidos, pero eficaces, como el ejemplo clásico del matrimonio putativo, regulado en el artículo 284° Código Civil, en el que el matrimonio invalidado produce efectos jurídicos (como si se tratase de un divorcio) con respecto al cónyuge que lo contrajo de buena fe.

Ahora bien, el acto jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura

(analizando, principalmente sus elementos –denominados– esenciales), y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo.

a.1 Ineficacia estructural:

Es la llamada invalidez del acto jurídico o ineficacia originaria. La ineficacia estructural determina la invalidez del acto jurídico. Las manifestaciones de la invalidez son la nulidad y la anulabilidad; la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico, está asimilada a la nulidad.

En nuestro ordenamiento jurídico se sanciona con nulidad o anulabilidad a los actos celebrados por las personas en ejercicio de su autonomía privada sin observar los requisitos previstos en la ley.

Las causas de la ineficacia estructural o invalidez del acto jurídico son:

1. Causas inherentes a la estructura o invalidez del acto jurídico, que se refieren a la falta de algunos de los elementos intrínsecos como son (i) los comunes del acto jurídico Art. 140 del Código Civil; (ii) los exigidos por los actos jurídicos en particular; y (iii) los añadidos por las partes.
2. Cuando el acto se ha celebrado contraviniendo normas que establecen su invalidez, es decir, cuando el acto es válido pero es declarado inválido por ley.
3. Cuando el acto jurídico adolece de algún defecto que por ley autorice su invalidación.
4. Cuando el acto jurídico es simulado

Finalmente, en cuanto a sus efectos el **acto inválido no produce efectos (acto nulo), o no los produce con la estabilidad prometida (acto anulable)** que es la llamada amenaza de destrucción que pesa sobre el acto anulable.

a.2 Ineficacia funcional

Es la que se refiere a causas extrañas al acto jurídico, es decir, produce su ineficacia sobreviniente.

Las causas de la ineficacia funcional son:

1. La condición y el plazo
2. La resolución del acto jurídico: ésta deja sin efecto el acto jurídico por causa sobreviniente a su celebración.
3. La rescisión del acto jurídico: éste deja sin efecto al acto jurídico válido por causal existente al momento de su celebración.
4. Mutuo disenso
5. La revocación: es la declaración unilateral de voluntad por la que se deja sin efecto otra declaración de voluntad (ejemplo la revocación de poder, o testamento)
6. La reversión: en el caso del donante quiera su bien devuelta.
7. La retracción: es el retiro del consentimiento
8. El retracto
9. La inoponibilidad
10. La excepción de incumplimiento del contrato
11. La excepción de caducidad del plazo
12. La separación de cuerpos
13. El divorcio
14. La caducidad

Finalmente, las causas de ineficacia del acto jurídico por invalidez (ineficacia estructural) son la nulidad (la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico está asimilados a la nulidad) y la anulabilidad; y las causas de la ineficacia por falta de un requisito de eficacia (ineficacia funcional), son, por ejemplo, la rescisión, resolución, revocación, retracción y otros.

a.3 ¿El despido declarado nulo es inválido o ineficaz?

Las dos categorías del acto jurídico, son comparables y disyuntivos entre sí, porque se encuentran en una relación de género - especie. Podemos decir, que todo acto inválido es ineficaz pero no todo ineficaz es inválido, salvo algunas excepciones.

En lo que respecta al despido lesivo de derechos constitucionales, corresponde determinar de dónde parte la irregularidad jurídica para poder ser reputado inválido o ineficaz, es decir, si el referido despido lesivo tiene su irregularidad al momento de celebrarse el acto (ineficacia originaria) o sobreviene luego de su celebración (ineficacia funcional).

Para ello debemos tener presente que todo despido, como acto jurídico, tiene que celebrarse cumpliendo ciertos parámetros establecidos por ley, en el presente caso, nos referimos los artículos 31° y 32° de la LPCL y las normas especiales, en donde se regula el procedimiento general del despido.

Como consecuencia de los actos concatenados para la realización del despido, por ejemplo, cursar la carta de pre aviso y la carta de despido, entendemos que el acto jurídico de despido es un acto complejo, con un conjunto de actos necesarios para su celebración. Mientras no se lleguen a cumplir todas estas etapas, no podemos hablar de despido válido, sino nos encontraríamos ante un acto jurídico inválido, por ineficacia originaria, es decir sus defectos se produjeron en el momento de la celebración del acto.

Para el despido lesivo de derechos constitucionales, nos referimos al acto jurídico que al momento de su celebración vulnera derechos fundamentales del trabajador, por tanto, si es declarado nulo, será una invalidez originaria, es decir, su irregularidad se cometió al momento de su celebración, excluyendo, de esta manera, a la ineficacia funcional que se vuelve ineficaz luego de su celebración.

b. Nulidad del acto jurídico

Para Marcial Rubio, “como en todo caso de invalidez, la nulidad pertenece a la esfera de lo intrínseco del acto, es decir, existe nulidad cuando uno de sus elementos esenciales presenta problema desde la misma conclusión del acto, o cuando éste atenta contra una norma de orden público o contra las buenas costumbres” (Rubio, 1992: 18)

La nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez del acto jurídico que se configura como una consecuencia del incumplimiento de algunos elementos esenciales del acto jurídico.

Así también, se le considera como la forma más grave de invalidez e importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos. Sin embargo, esta no excluye que el acto pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes, puesto que para ello existe la nulidad total o parcial.

Afirma Marcial Rubio “Si el negocio ha sido cumplido, las cosas deben reponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado, ya que no tuvo ni puede tener eficacia alguna.” (Rubio, 1992: 26)

Para Vidal Ramirez, “esta acepción llevada a su significado jurídico, nos da la idea de la ineficacia y la invalidez absoluta y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no a la negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. De ahí, también, que lo nulo solo implique un inexistencia jurídica.” (Vidal, 2007: 490)

Finalmente, la nulidad no puede ser convalidada, ni ratificada, ello conforme a la parte final del artículo 220 del Código Civil.

Por otro lado, para efectos de la presente investigación, la nulidad la podemos clasificar en dos categorías, la nulidad expresa y tácita:

- Nulidad expresa o textual: Es aquella que consta expresamente en el texto de normas jurídicas. En nuestro Código Civil existen muchos casos, basta citar a manera de ejemplo los artículo 156° y 675° del Código Civil.
- Nulidad tácito o virtual: Es aquella que no consta expresamente en el texto de la norma, pero que puede desprenderse fácilmente de él a partir de la aplicación de la regla de interpretación, o del argumento a contrario. Esta nulidad está regulado en el inciso 8 del artículo 219 concordado con el artículo V del T.P. del Código Civil.

En lo que respecta a los efectos de la declaratoria de nulidad, Vidal Ramirez señala que “no se requiere de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, del que existe solo un hecho con la apariencia de acto, que es lo que hace necesario recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que desaparezca la apreciencia del acto” (Vidal, 2007: 497). Según el autor en comentario, el recurrir al magistrdo, no es necesario en tesis general, pero puede serlo en algunos casos y, en otros, ser bastante útil. Esta acción no tiene por objeto anular el acto sino sólo rechazar su existencia, y tiene exclusivamente por fin obtener la declaración de nulidad, pues no es una acción constitutiva de derecho sino simplemente declarativa.

A efectos de la sentencia de declare nulo el acto, se entiende que estos surten sus efectos desde el momento de su celebración, lo que es llamado efectos “ex tunc”, por cuanto declara nulo el acto desde su celebración y sus efectos se retrotraen a dicho periodo.

c. Anulabilidad

La anulabilidad es aquella forma de invalidez que somete al acto a la sanción de ineficacia por aplicación judicial. Se sostiene que el

acto anulable es provisionalmente productivo de sus efectos; pero es susceptible de ser declarado ineficaz mediante sentencia.

Para Rubio Correa “el negocio anulable no es inválido per se sino eficaz y produce sus efectos de manera plena a partir de su consumación. Sin embargo, está amenazado de destrucción, es decir, tiene una invalidez pendiente”. (Rubio, 1992: 33)

Por otro lado, respecto a sus efectos, según Rubio Correa la anulabilidad “no procede de oficio (...) sino a instancia de parte que es legitimada por la norma legislativa. La sentencia que anula un acto no es declarativa sino constitutiva y ello no puede ser de otra manera desde que antes, el acto anulable ha sido válido y ha producido efectos.

Sin embargo, los efectos de la sentencia se retrotraen a la celebración del acto, el que es entonces nulo” (Rubio, 1992: 62). Más adelante puntualiza, que “una vez lograda la invalidez, opera retroactivamente al momento de consumación del acto y el efecto consiste en que el acto es como si no hubiese existido. (Rubio, 1992: 33)

Cuando el autor hace referencia a los efectos de la sentencia, esto es que se retrotraen a la celebración del acto, no hace otra cosa que citar lo prescrito en el artículo 222° del Código Civil que señala “El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.” Es decir, en el caso del despido, si este es declarado nulo a través de una sentencia judicial, de conformidad con el artículo 222 del Código Civil, aplicable supletoriamente, los efectos de la declaración de nulidad se retrotraen hasta el momento de celebración del despido, por lo tanto se extinguen sus efectos desde el despido, y la consecuente reposición y el pago de las remuneraciones devengadas no es sino la declaración de subsistencia del contrato de trabajo, mas no una indemnización por el daño como erróneamente lo ha dicho el Tribunal Constitucional.

Asimismo, según Albaladejo Manual, citado por Rubio Correa “el negocio anulable (también llamado impugnabile), es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados efectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos.” (Rubio, 1992: 31).

Por otro lado, este tipo de anulabilidad, cuando deviene de una invalidez pendiente, “para que se convierta en invalidez actual, depende exclusivamente de la voluntad de quien está legitimado para ejercer la acción de anulabilidad. Este sujeto puede perseguir la invalidación o por el contrario puede subsanar el vicio eliminando la amenaza de destrucción.” (Rubio, 1992: 33)

d. Naturaleza jurídica del Art. 40° de la LPCL

El artículo 40° de la LPCL prescribe “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 períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.” Es decir, como ya adelantamos, en la vía laboral, al declarar nulo el despido, este no llega sólo, sino va acompañado de una serie de derechos, como es la reposición, y en este caso el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duró el cese.

Naturalmente debemos entender este precepto conforme a nuestra Constitución. Es así que el artículo 23° de la Constitución Política, señala que ninguna relación laboral puede limitar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales. Entonces, nos debemos preguntar si en el caso del despido nulo, en los supuestos contenidos en el artículo 29° de la LPCL, ¿El legislador laboral no hace otra cosa que desarrollar el contenido del artículo 23° de la Constitución? Es claro que sí, porque mediante la declaración de

nulidad y el otorgamiento de las remuneraciones devengadas, no hace otra cosa que reputar como inexistente el despido, es decir, al reputar como inexistentes los efectos del despido se estaría protegiendo al trabajador y evitando que el empleador limite los derechos constitucionales, como es el derecho a una remuneración, dentro de una relación laboral.

Así la doctrina ha proclamado, correctamente, que las remuneraciones devengadas son consecuencia de la declaratoria de nulidad del despido, como Pla Rodríguez lo explicara, citado por Blancas “El pago de los salarios caídos, (...) constituye la manera de borrar todos los efectos de esa terminación que no se considera justificada. Para actuar como si ese despido no hubiere ocurrido, deben pagarse los salarios por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados.” (2013: 434, 435). Así también Arce, dentro de la teoría de nulidad del acto jurídico, explica que “atendiendo a la declaración con efectos ex tunc de la nulidad de despido, el trabajador tiene derecho a que se le abone el monto de los salarios que hubiese percibido durante el tiempo que permaneció separado de la empresa, por decisión unilateral del empleador.” Continúa señalando “Tras la declaración de nulidad, la relación de trabajo que sigue vigente es la antigua y no una nueva”. (Arce Ortiz 2008: 243)

En consecuencia, el pago de las remuneraciones devengadas no es otra cosa que la declaración de subsistencia del contrato de trabajo en sus propios términos originarios. Una vez más, a través de la declaración de subsistencia del contrato de trabajo, se puede reputar a las remuneraciones devengadas de naturaleza retributiva, más no indemnizatoria, por cuanto se considera como tiempo de servicio el periodo de inactividad y corresponde su pago. Sin embargo, al negar el pago de las remuneraciones devengadas, recién estaríamos hablando de una indemnización por cuanto

existe un daño material de resarcimiento. No obstante lo dicho, es posible el pago de estas remuneraciones devengadas a través de una indemnización. Sin embargo, ello ocurriría si es que en nuestra legislación nacional no existiese la figura de reposición o la indemnización por despido arbitrario como medida reparadora, puesto que ante la inexistencia legal de estas figuras jurídicas la única vía de reparación del derecho vendría a ser la indemnización por daños y perjuicios. Ello, sin embargo no es así, porque en nuestra legislación nacional se prevé dos medidas reparadoras contra el despido inconstitucional como es, una de ellas, la reposición y sus efectos de declarar nulo el despido, como es los efectos ex tunc, es decir, que el despido nulo se retrotrae sus efectos desde la fecha del despido y corresponde entonces el pago de las remuneraciones devengadas.

Concluimos que la naturaleza jurídica de las remuneraciones devengadas contenida en el artículo 40° de la LPCL, es la declaratoria de nulidad del despido y sus efectos ex tunc como consecuencia de la declaración de subsistencia del contrato de trabajo y considerar al despido como si nunca hubiere ocurrido.

5.2.4. Efectos de la sentencia de amparo que declara nulo el despido.

Como ya establecimos anteriormente, la sentencia de amparo sobre despido lesivo de derechos constitucionales, no hace otra cosa que declarar nulo el despido. Sin embargo, naturalmente, dentro del fuero constitucional no existe el artículo 40° de la LPCL, referente al pago de las remuneraciones devengadas luego de declarar nulo el despido. Ello nos pone en una aparente laguna legal, obligándonos a recurrir a las formas de interpretación y aplicación de normas complementarias.

En concordancia con el artículo VIII y IX del Título Preliminar del Código Civil, la judicatura, al encontrarse en estos casos, no puede dejar de administrar justicia, debiendo aplicar los principios generales de derecho, o aplicar las normas del Código Civil supletoriamente en cuanto le fueran aplicables.

En consecuencia, comporta identificar los principios y normas correctas a aplicar, para determinar los efectos del despido nulo en la vía constitucional, es decir, mientras que en la vía laboral los efectos del despido nulo se refieren a la declaración de subsistencia del vínculo laboral, negándole sus efectos desde el momento del despido hasta su efectiva reposición, en la vía constitucional se viene resolviendo (según el Tribunal Constitucional), a favor de declarar los efectos extintivos del vínculo laboral, tan sólo reponiendo al trabajador con nuevo vínculo.

La diferencia es abrumadora entre estas dos vías judiciales, para lo cual debemos concentrarnos en el punto neurálgico que es la declaratoria o no de los efectos jurídicos extintivos del vínculo laboral, es decir, debemos responder a la pregunta ¿Si la sentencia de amparo, además de declarar nulo el despido, declara la extinción del vínculo laboral? De ser ello así, no podríamos hablar de reposición propiamente dicha, sino de una recontratación del trabajador, puesto que al no declarar los efectos jurídicos extintivos del despido, se estaría recontratando al trabajador al momento de reponerlo en su puesto; caso contrario sucedería si se declara positivamente los efectos jurídicos extintivos del despido, entonces, correctamente hablaríamos de una reposición, puesto que nunca se extinguió el contrato de trabajo, sino se extinguió el despido, entonces se repone al trabajador con el mismo contrato de trabajo, como si el despido no se hubiere producido.

Asimismo, luego de revisar la teoría de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, corresponde identificar si el despido lesivo de derechos

constitucionales se ubica dentro de estas dos calificaciones, o es el despido inconstitucional nulo o anulable, es decir se declara el despido nulo por ser nulidad absoluta o nulo por anulabilidad (nulidad relativa), para poder establecer los efectos de la declaratoria de nulidad en la sentencia; si esta le alcanza a declarar nulo desde el momento de su celebración (ex tunc) o nulo desde el momento de emisión de la sentencia (ex nunc).

Dicho esto, corresponde adentrarnos en la teoría de ineficacia del acto jurídico y sus manifestaciones, es decir, las causas de la ineficacia que son la ineficacia estructural o invalidez del acto jurídico y la ineficacia funcional, para finalmente, estudiar sus efectos, como la nulidad y la anulabilidad.

a. Diferencias entre nulidad y anulabilidad

Para ubicarnos dentro de qué categoría jurídica se encuentra el despido lesivo de derechos constitucionales, creemos conveniente realizar un resumen de la comparación y diferencias entre las dos figuras jurídicas, las mismas que detallamos en el cuadro a continuación:

| NULIDAD | ANULABILIDAD |
|---|---|
| Defectos severos en la conformación del acto jurídico. | Existe un vicio en su estructura. |
| Las causales se construyen legalmente en tutela del interés público. | Se fundamenta en la tutela de interés privado de las partes que han celebrado el acto jurídico. |
| La solicitud de declaración judicial puede ser interpuesta por cualquiera de las partes con legítimo interés o el Ministerio Público. | Sólo puede ser interpuesta por las partes que han celebrado el acto jurídico. |

| | |
|--|---|
| Nacen muertos, no producen ninguno de los efectos jurídicos. | Nacen con vida, pero pendiente de ser declarados nulos o subsanados |
| No pueden ser confirmados. | Sí pueden ser confirmados. |
| La acción de nulidad prescribe a los 10 años. | La acción prescribe a los 2 años. |
| Opera de pleno derecho sin necesidad de sentencia alguna. | No opera de pleno derecho. |
| Puede ser expreso o tácita. | Sólo puede ser expresa. |
| La sentencia es declarativa. | La sentencia es constitutiva con efectos retroactivos. |

A continuación realizaremos el desarrollo de las características del despido lesivo de derechos constitucionales con relación a la declaración de nulidad, para ubicarlo dentro de la categoría de nulidad absoluta o anulabilidad. Finalmente obtendremos los efectos de acuerdo a la categoría que corresponda.

b. La ubicación del defecto que causa la inconstitucionalidad

En lo que respecta al origen del defecto que causa el despido lesivo por inconstitucional, debemos recordar que su irregularidad, esto es la afectación de los derechos constitucionales, se encuentra al momento de su celebración, no puede ser después ni antes, sino dentro de las etapas necesarias para la celebración del despido; por ejemplo, un trabajador que fue despedido sin cursarle carta de preaviso y despido, se le estaría vulnerando su derecho fundamental al debido proceso, derecho que le corresponde durante la celebración del despido, es decir, la irregularidad se encuentra en la génesis del despido. En

consecuencia, podríamos decir que sus defectos se encuentran en la conformación del acto jurídico.

Finalmente, cuando el defecto que causa la inconstitucionalidad se encuentra al momento de la celebración del acto jurídico, nos ubicamos dentro de la categoría de nulidad absoluta, puesto que una de sus características principales es que la irregularidad que causa su nulidad se encuentra en la constitución o celebración del acto jurídico.

c. Interés para solicitar la nulidad

El artículo 220° del Código Civil, establece que la nulidad puede ser alegada por quienes tenga interés o por el Ministerio Público. En el presente caso, para que se cumpla lo establecido en la norma, debemos ubicarnos a dos tipos de nulidades, las manifiestas y las no manifiestas. El segundo párrafo del mismo artículo señala que el juez de oficio podrá declarar la nulidad cuando resuelta manifiesta. Sin embargo, en el caso del despido lesivo de derechos constitucionales, muy difícil podemos encontrar un despido inconstitucional de forma manifiesta, es decir evidente; puesto que como todo despido, este equivale a una serie de etapas procedimentales que debe realizar el empleador, las cuales no siempre es obligatorio, cuando nos encontramos ante un despido disfrazado de cese por finalizar el contrato de trabajo, es por ello que muchas veces no podemos encontrar un despido en forma evidente. Por ello creemos que el despido, es necesario ser acreditado, tanto el acto, como los hechos que vulneran los derechos fundamentales, para finalmente sea declarado nulo. En estos casos, en cumplimiento al artículo 220° del Código Civil, es necesario que la persona que tenga interés deba solicitar la nulidad, que en todos los casos resulta ser

el trabajador, por contar con todos los medios probatorios para demostrar que el despido ha sido vehículo para vulnerar sus derechos fundamentales.

En consecuencia, esta nulidad debe ser alegada por el trabajador, quien tiene legítimo interés.

d. El despido nace muerto

Para el trabajador el despido de derechos constitucionales produce sus efectos, es decir, fácticamente ha sido despedido y no puede ingresar a su centro de labores. Sin embargo, esta forma de ver al despido es una ficción jurídica, por cuanto debemos saber si jurídicamente produce efectos, que para nuestra opinión no lo hace.

Por otro lado, en el caso que el despido inconstitucional nazca vivo, es decir, produce efectos jurídicos, debe ser contrastada con la teoría de anulabilidad, que señala que el acto anulable produce efectos pero está pendiente su nulidad o ser subsanado. Nos preguntamos ¿Qué acto jurídico necesita para que sea declarado nulo luego de su celebración (nulidad pendiente)? O ¿Cómo puede ser subsanado su nulidad? En la primera pregunta, no ubicamos acto jurídico alguno posterior a la celebración del acto que declare su nulidad, como por ejemplo la revocación, rescisión, resolución, u otros. Y en lo que respecta a su subsanación, debemos señalar que el despido luego de celebrado no puede subsanarse, por cuanto por su naturaleza, de conformación de una serie de actos para su celebración, estos no pueden regresar a subsanar un acto ya finalizado. Por ejemplo, un despido en donde no se ha cursado la carta de preaviso, sino únicamente la carta de despido como acto final para que se configure el despido, nos encontramos ante un despido inconstitucional por incumplimiento el derecho al debido proceso; en este caso el

empleador no podrá, luego de cursar la carta de despido, enviar la carta de pre aviso pretendiendo subsanar su error, puesto que el despido aunque inconstitucional ya se configuró. Lo que podrá hacer es declarar nulo la carta de despido y reiniciar el procedimiento de despido, mas no subsanar el acto.

En consecuencia, el despido inconstitucional nace muerto y no produce efectos jurídicos para el trabajador ni el empleador, ello en contraste con el artículo 40° de la LPCL, que retrotrae los efectos de la declaración de nulidad del despido y ordena pagar las remuneraciones devengadas al trabajador.

e. ¿Puede el despido inconstitucional ser confirmado?

Nos adelantamos a la respuesta diciendo que el despido inconstitucional no puede ser confirmado por ninguna manera por las siguientes razones.

En el punto anterior hemos concluido que el despido inconstitucional no puede ser subsanado, por cuanto el despido responde a una serie de actos que en su conjunto lo conforman, si se obvia o realiza en forma incorrecta cualquiera de ellos no se podrá constituir el despido, es decir, nació muerto jurídicamente. Este sustento sirve como argumento para señalar que el despido inconstitucional no puede ser confirmado porque hablamos de un acto que nació muerto y su constitución se realizó en forma irregular.

Sin embargo, nos preguntamos ¿El cobro de la indemnización por despido arbitrario configura una forma de confirmación del despido? Para ello debemos analizar lo que configura la indemnización por despido arbitrario y su cobro.

Mediante sentencia emitido por el Tribunal Constitucional con Exp. N° 3052-2009-PA/TC, de fecha 14.07.2010, el máximo

interprete fijo como precedente vinculante que “El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.” Es decir, si un trabajador acepta de parte de su empleador una indemnización por despido arbitrario u otro concepto similar, pierde el derecho de acción en un proceso de amparo para impugnar el despido. Para el presente caso, tal supuesto puede ser confundido fácilmente como una confirmación del despido, es decir, si por ejemplo un trabajador que fuere despedido en forma inconstitucional, cobrara su indemnización por despido arbitrario u otro similar, según el Tribunal Constitucional, se le negaría reclamar por la vía constitucional su reposición. A ello nos hacemos la siguiente pregunta, ¿Ello equivaldría a una confirmación del despido inconstitucional? La respuesta es no, porque la aceptación y cobro de esta indemnización, no es una manifestación de confirmar el despido nulo, sino es una manifestación de renuncia a impugnar el despido. En otras palabras, esta manifestación está destinada a renunciar al trabajo, puesto que tuvo la posibilidad de reclamar ante la autoridad competente, y, sin embargo, decidió aceptar en forma de renuncia la relación laboral.

Por otro lado, la indemnización por despido arbitrario excluye a la otra forma de reparación del despido inconstitucional, que es la declaración de nulidad del acto y su inmediata reposición. Por ello, dentro de nuestra legislación de conformidad con el artículo 34° de la LPCL, ante un despido inconstitucional, no es posible obtener dos tipos de reparaciones, sino le corresponde al trabajador escoger una de otra.

En consecuencia, al no poder ser confirmado el despido inconstitucional, este tipo de despido se encuentra dentro de la categoría de nulidad absoluta.

f. Nulidad expresa o tácita del despido inconstitucional

Está claro que la nulidad relativa o anulabilidad debe ser señalada por ley, es decir, es anulabilidad cuando la ley así lo sancione; mientras que en la nulidad absoluta puede estar regulada por ley o en forma tácita de conformidad con el artículo V del Título Preliminar concordado con el inciso 8 del artículo 219° del Código Civil.

A diferencia de la vía constitucional a través del amparo, en la vía laboral sí se encuentra regulado la nulidad del despido inconstitucional en forma expresa, conforme al artículo 29° de la LPCL, situación que no sucede lo mismo en la vía constitucional que, como ya hemos repetido anteriormente, no existe norma expresa que así lo disponga.

Sin embargo, también hemos señalado que el proceso de amparo puede declarar la nulidad del acto, conforme al inciso 2 del artículo 55° del Código Procesal Constitucional, pero esta nulidad no es una norma sustantiva, sino una disposición que tiene la jurisdicción constitucional para declarar nulo el acto, y no es una nulidad expresa.

En consecuencia, el despido inconstitucional en la vía constitucional no puede ser declarado nulo por anulabilidad, por cuanto no existe norma expresa que lo sancione con nulidad. Por otro lado, al estudiar este despido con el artículo V del Título preliminar el Código Civil, esto es la nulidad virtual, nos acercamos a una posible nulidad.

Para ello, debemos saber el contenido del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que señala “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.” Según una interpretación literal del artículo, éste tiene dos supuestos:

- Cuando el acto jurídico esté contrariando a las leyes que interesen al orden público, y;
- Que el acto jurídico contrarié a las buenas costumbres.

Para efectos de la presente investigación nos importa el primer supuesto, la contravención a las leyes que interesen el orden público. Es por ello que nos concentraremos en descubrir lo que quiso decir el legislador con leyes de orden público.

Para Marcial Rubio, el concepto de orden público “(...) es esencialmente jurídico, que atañe al cumplimiento ineludible de las normas imperativas.” (1992: 99).

Así también, Vidal Ramírez nos da un concepto un poco más extenso señalando que “(...) la nulidad virtual de un acto jurídico cuando sea celebrado con violación de normas imperativas, que son en las que se expresa el orden público.” Continúa diciendo que “por lo general, las nulidades virtuales están integradas a las normas prohibitivas en las que no se advierte la sanción de nulidad” (Vidal, 2007: 496).

En principio, ambos autores coinciden en que el orden público está referido a las normas imperativas, sin embargo, Marcial Rubio, ahonda un poco señalando que las “normas imperativas son aquellas que ordenan una conducta positiva o una prohibición. (...) De esta manera, el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico (y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos

mediante ciertos procedimientos de interpretación).” (Rubio M. , 1992: 101).

En consecuencia, para verificar si el despido levisó de derechos constitucionales, es una nulidad absoluta virtual, es decir, aplicando el artículo V del T.P del Código Civil, debemos buscar la norma imperativa que se vulnera en la conformación del despido.

Para ello, una vez más, nos ubicamos en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala “**Ninguna relación laboral** puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” (Resaltado es nuestro). La norma constitucional nos proporciona una prohibición de que dentro de los límites de la relación laboral, ésta no podrá restringir los derechos constitucionales o rebajar la dignidad del trabajador. Al ser una norma prohibitiva con rango constitucional, es de obligatorio cumplimiento para todos, es decir, dentro de su jurisdicción ninguna relación laboral será utilizada para restringir los derechos fundamentales del trabajador. Este tipo de norma prohibitiva es la que llamamos **norma imperativa porque ordenan conducta negativa o prohibición** conforme a lo dicho por Rubio Correa anteriormente citado.

En consecuencia, podríamos concluir que el artículo 23° de la Constitución es la norma imperativa de orden público que se aplica para el artículo V del T.P del Código Civil, en caso de incumplirla será sancionada con nulidad absoluta.

En resumen, cuando a un trabajador, dentro de la relación laboral, su empleador usa el despido como vehículo para vulnerar sus derechos fundamentales, se aplica el artículo V del T.P del Código Civil y corresponde sancionar el acto con nulidad.

Finalmente, concluimos que el despido lesivo de derechos constitucionales se declara nulo por **NULIDAD ABSOLUTA**, porque sus defectos se encuentran al momento de su celebración, es de pleno derecho, no puede ser confirmada, lo solicita quien tenga interés, nace muerto y contraviene las normas imperativa de orden público, específicamente el artículo 23° de nuestra Constitución.

g. La sentencia constitucional que declara nulo el despido es declarativa o constitutiva.

Dependiendo del tipo de sentencia que declare nulo el despido, esto es, si fuere una sentencia declarativa o constitutiva, podremos determinar la aplicación de sus efectos, si se aplica sus efectos desde el momento de la celebración del acto (ex tunc) o desde el momento que la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada (ex nunc).

Según lo señalado en el punto anterior, hemos concluido que el despido lesivo de derechos constitucionales se declara nulo por nulidad absoluta, lo cual nos lleva a señalar lo dicho por Vidal Ramírez cuando se refiere que el acto nulo es de pleno derecho porque "(...) no requiere de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, del que existe sólo un hecho con apariencia de acto, que es lo que hace necesario recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que desaparezca la apariencia del acto". Es decir, el recurrir al magistrado no es necesario en tesis general, pero puede serlo en algunos casos y, en otros, ser solamente útil. Esta acción, a nuestro entender, no tiene por objeto hacer anular el acto, sino sólo rechazar el acto, y **tiene exclusivamente por fin obtener la**

declaración de nulidad, pues no es una acción condenatoria sino simplemente declarativa.

En el caso del despido inconstitucional, que fue declarado nulo por nulidad absoluta, mediante sentencia judicial, tiene efecto declarativo (EFECTOS EX TUNC), por lo cual se retrotrae los efectos desde su celebración del acto, así en este caso, cuando se declare nulo el despido inconstitucional, sus efectos se retrotraen desde su celebración, como si el despido nunca se hubiere realizado. Con ello, queda en evidencia que al no haber despido, el trabajador puso en todo momento, la fuerza de trabajado a disposición del empleador, configurándose la prestación de labores por disposición del trabajador y le correspondería sus remuneraciones devengadas por cuanto el empleador no utilizó esta fuerza de trabajo.

Asimismo, debemos señalar lo dicho por Rubio Correo que “finalmente, es importante esclarecer lo siguiente a propósito de las diferencias entre nulidad o anulabilidad: generalmente se sostiene que la nulidad es una sanción de mayor grado que la anulable, porque, comparadas una con otra evidentemente es más drástica. Pero cuando hablamos de los efectos, ambas conducen al mismo resultado por el texto del artículo 222° del Código Civil.” (Rubio M. , 1992: 41-42)

En consecuencia, el autor afianza nuestra posición que sin importar si es nulo o anulable, **al final ambas figuras nos llevan a declarar la nulidad del acto y en ambas se retrotraen los efectos de la sentencia hasta la celebración del acto**, es decir, como si el despido no hubiere existido jurídicamente.

TÍTULO VI

ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS Y LA GUÍA DE OBSERVACIÓN

6.1 De las entrevistas

Conforme se ha establecido en el punto 1.3 del capítulo III, la cantidad de la muestra es de 36 unidades. Para la aplicación de las entrevistas se aplicó a 26 unidades que representan a los jueces superiores y especializados en laborales y profesores especialistas en derecho laboral; por lo tanto el tamaño de esta muestra es de 26 unidades.

PREGUNTA N° 1:

1. ¿CONSIDERA QUE EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS COMO CONSECUENCIA DE UNA REPOSICIÓN AL TRABAJADOR ES UN TIPO DE INDEMNIZACIÓN? ¿POR QUÉ?

Presentación

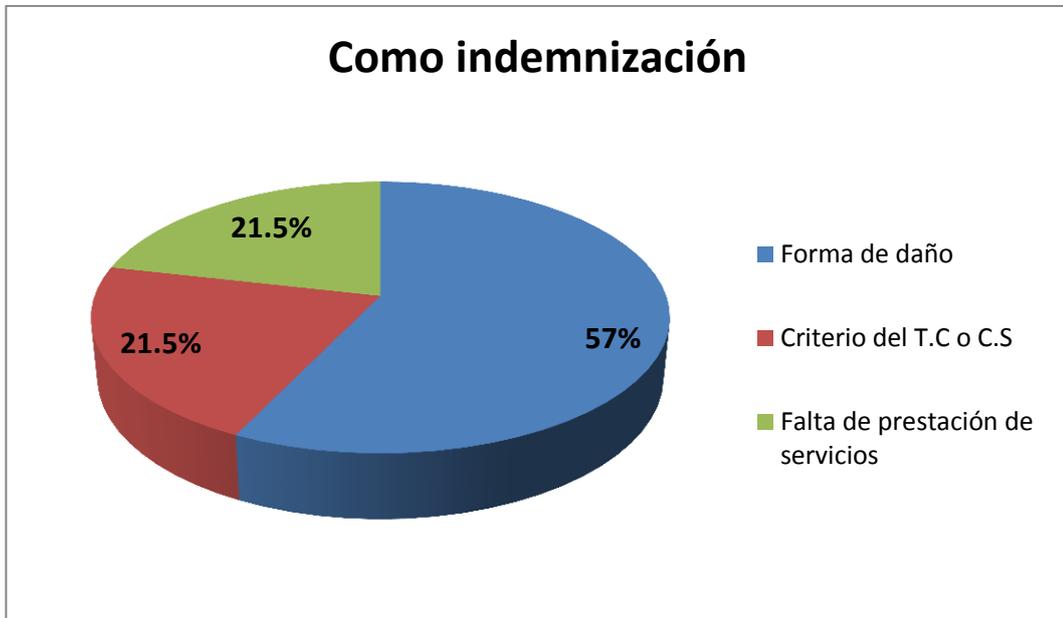
| REMUNERACIONES DEVENGDAS EN LA REPOSICIÓN | | | | | |
|---|----------|-----|---|----------|-------|
| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
| SI | 14 | 54% | Es una modalidad de daño, emergente o lucro cesante | 8 | 57% |
| | | | De acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional | 3 | 21.5% |
| | | | No hay prestación de servicios | 3 | 21.5% |

| | | | | | |
|--------------|-----------|-----|--|-----------|------------|
| NO | 12 | 46% | Derecho del trabajador por el despido nulo | 7 | 59% |
| | | | Se aplica el artículo 40° de la LPCL | 1 | 8% |
| | | | Carácter remunerativo | 4 | 33% |
| TOTAL | 26 | | - | 26 | --- |

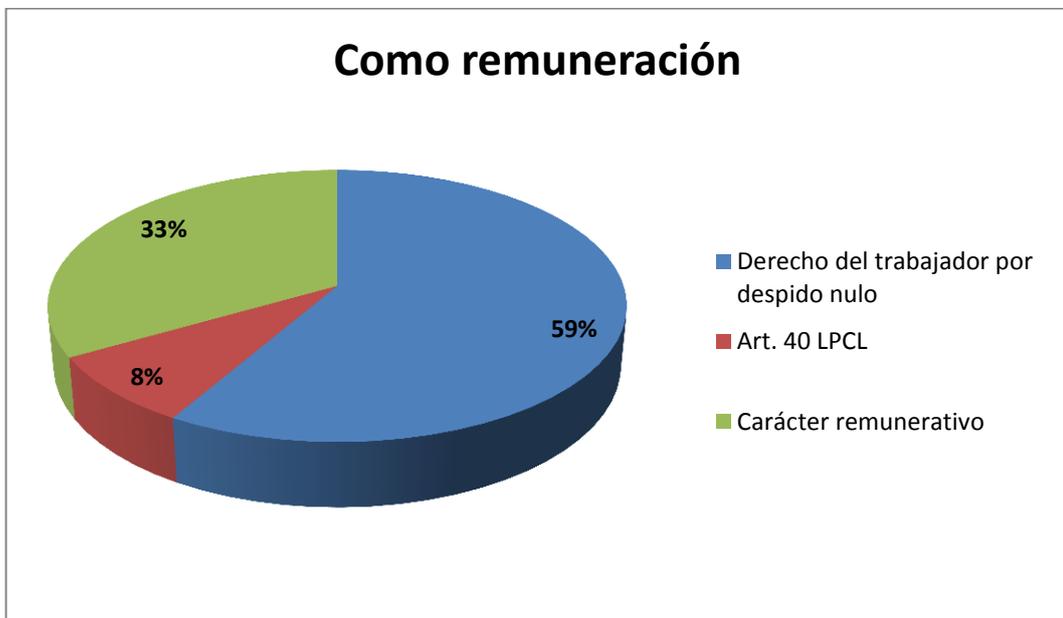
Gráfica 1



Gráfica 2



Gráfica 3



Interpretación y análisis

Respecto a la primera pregunta, del universo de entrevistados un grupo mayoritario considera que el pago de las remuneraciones devengadas obtenidas a través de un proceso de amparo es un tipo de indemnización. Un total de 14 entrevistados de 26, consideran que dicho pago corresponde a una indemnización, ello equivale al 54% de la muestra total. Entre las razones que motivaron dicha respuesta, encontramos tres únicas afirmaciones: Dentro de estos 14 entrevistados, 8 personas, equivalente a 57% de este grupo, consideran que este tipo de remuneraciones devengadas son indemnización porque es un tipo de daño, para unos como daño emergente y otros como lucro cesante mientras que 12 entrevistados; un equivalente al 21.5% de este grupo, consideran que la razón principal es porque el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema ha establecido este criterio; mientras que otro 21.5% consideran que se debe a que ante la falta de prestación de servicios le correspondería una indemnización por causa imputable al empleador. De ello se desprende que la mayoría de entrevistados que consideran que a este tipo de remuneraciones devengadas como indemnización se debe porque es una forma de daño.

Por otro lado, 12 entrevistados, equivalente al 46% de la muestra, consideran que el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de un proceso de amparo no es una indemnización sino una remuneración, fijando todos como justificante tres razones principales, que las podemos resumir en que un 59% consideran que es un derecho del trabajador como consecuencia de haberse declarado nulo el despido, un 8% consideran que la aplicación del artículo 40° del D.S N° 003-97-TR TUO del D.L N° 728 es la razón suficiente y, finalmente, un 33% señalan que se debe al carácter remunerativo de las remuneraciones devengadas en estos tipos de casos.

Concluimos que en esta pregunta la gran mayoría de la muestra (54%) considera que el pago de las remuneraciones devengadas a través de un proceso de amparo es un tipo de indemnización porque debe ser entendida como una tipo de daño pendiente de reparación.

PREGUNTA N° 2:

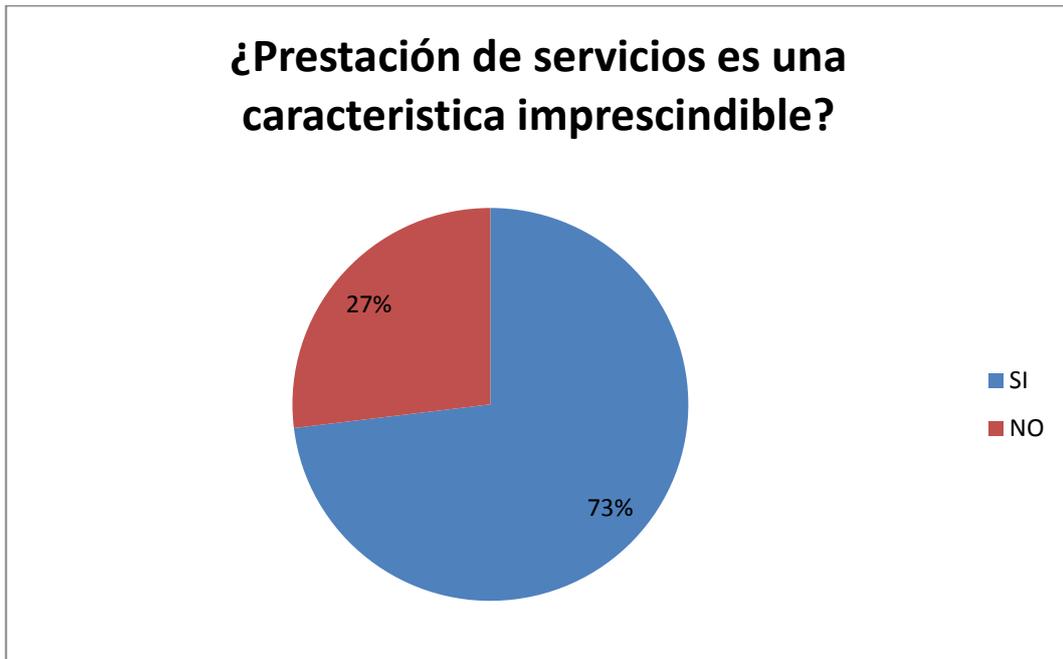
2. ¿CONSIDERA QUE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO REALIZADO POR EL TRABAJADOR ES UNA CARACTERÍSTICA IMPRESCINDIBLE PARA QUE EN EL CASO NO EXISTA, NO CORRESPONDERÍA EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN? ¿POR QUÉ?

Presentación

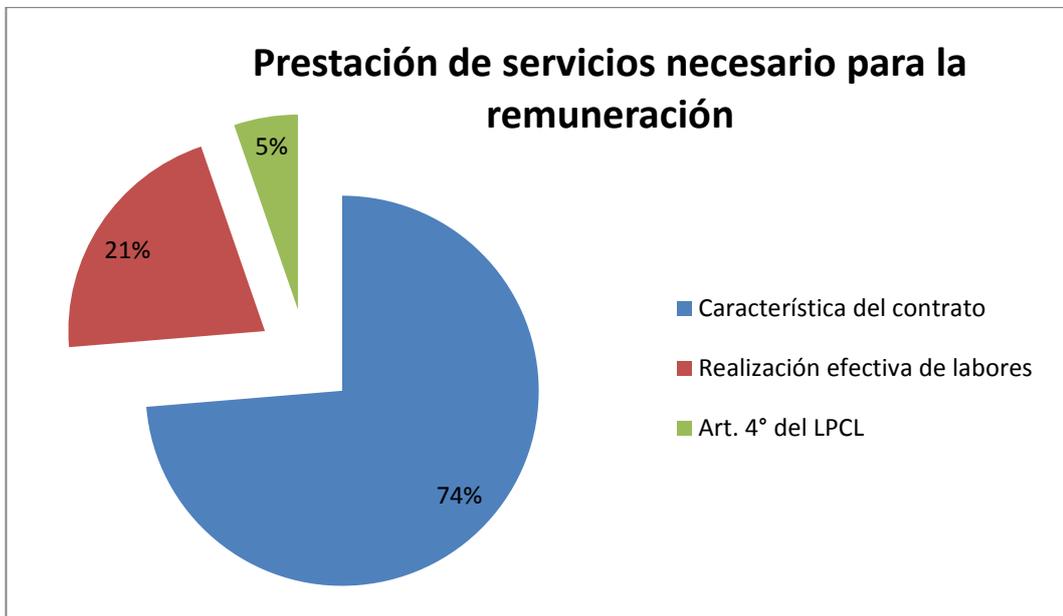
PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO CARACTERÍSTICA IMPRESCINDIBLE DE LA REMUNERACIÓN

| Respuestas | Cantidad | Razones | Cantidad | % |
|--------------|-----------|--|-----------|------------|
| SI | 19 | Característica principal de todo contrato, pero existen excepciones | 14 | 74% |
| | | Por ser una realización efectiva de labores | 4 | 21% |
| | | El artículo 4° de la LPCL requiere la prestación de servicios para el contrato de trabajo. | 1 | 5% |
| NO | 7 | No siempre es necesario la prestación, ejem. reposición | 5 | 72% |
| | | La característica es la subordinación | 1 | 14% |
| | | La remuneración responde a tres teorías, una es la puesta a disposición | 1 | 14% |
| TOTAL | 26 | - | 26 | --- |

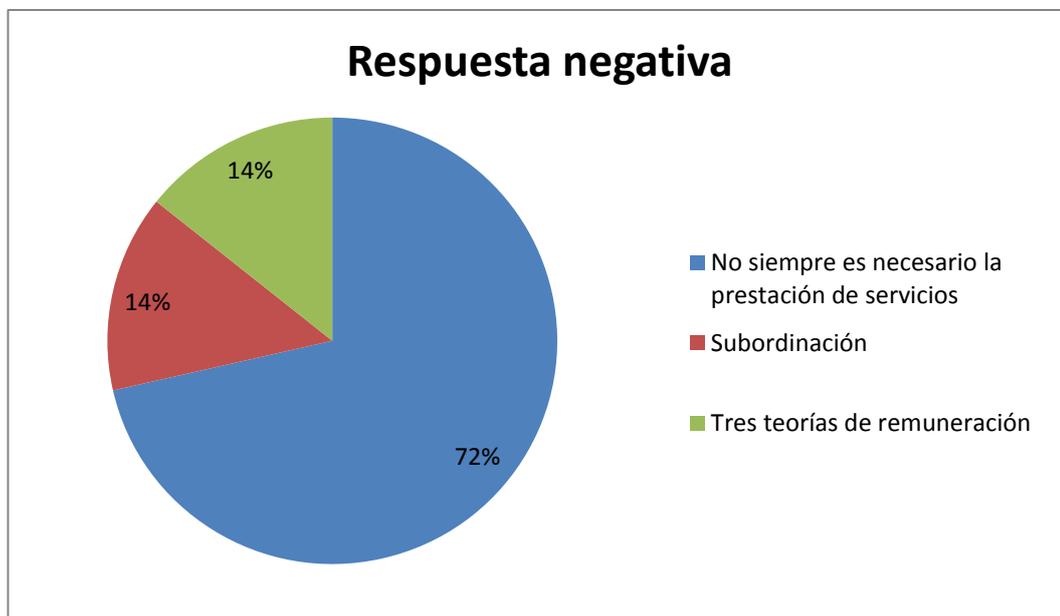
Gráfica 4



Gráfica 5



Gráfica 6



Interpretación y análisis

Respecto a la segunda pregunta, del total de entrevistados, un grupo de 19 personas, equivalente a un 73%, afirman que la prestación de servicios es una característica principal de todo contrato de trabajo para que existe la remuneración, empero el análisis de la presente pregunta reside en las razones que motivaron las respuestas. Entre ellas se destacan tres razones expuestas por los entrevistados: (i) Es una característica de todo contrato de trabajo salvo algunas excepciones, es considerado por un 74%; (ii) es necesario la relación efectiva de labores, señalado por un 21% y; (iii) según lo prescrito en el artículo 4° del D.S N° 003-97-TR TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral según un 5%.

Por otro lado, una minoría de 7 personas, equivalente a un 27%, otorgaron una respuesta negativa, manifestando que la prestación efectiva de labores no es una característica imprescindible de todo contrato de trabajo, a ello debemos agregar las tres razones que motivaron sus respuestas, entre ellas un 72% de este grupo considera

que no siempre es necesario la prestación efectiva de labores, puesto que existen ejemplos muy claros como la licencia o el pago de las remuneraciones devengadas; mientras que 14% considera que la subordinación es la característica principal de todo contrato y; finalmente, otro 14% señaló que la remuneración responde a tres teorías explicativas, entre ellas resaltó la fuerza de trabajo a disposición del empleador.

En conclusión, la mayoría de los entrevistados consideraron que la prestación efectiva de labores es una característica imprescindible de la remuneración, sin embargo, precisaron en su mayoría que existen válidas excepciones establecidas en la ley.

PREGUNTA N° 3:

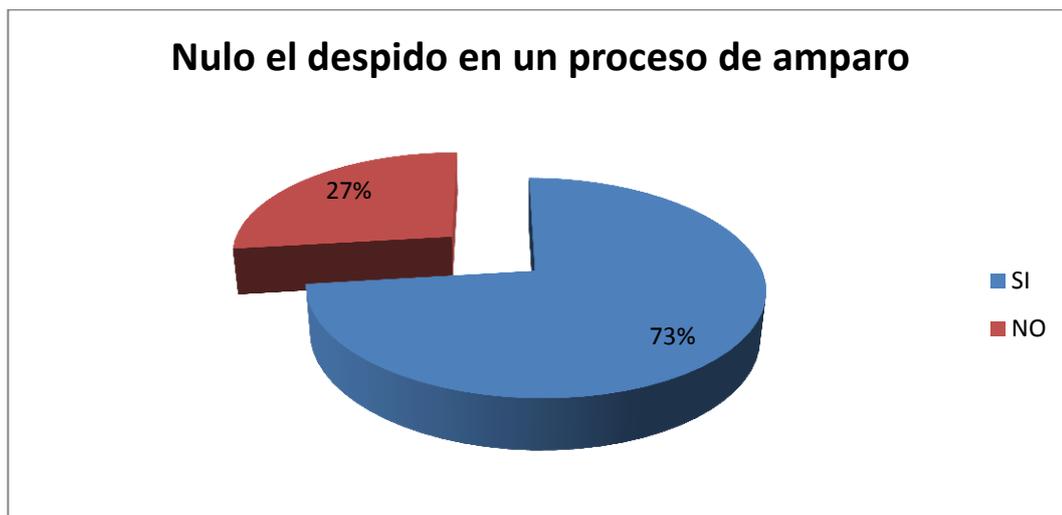
3. ¿CREE QUE AL DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA DE AMPARO POR DESPIDO QUE VULNERE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL TRABAJADOR, SE ESTÁ DECLARANDO NULO EL DESPIDO?

Presentación

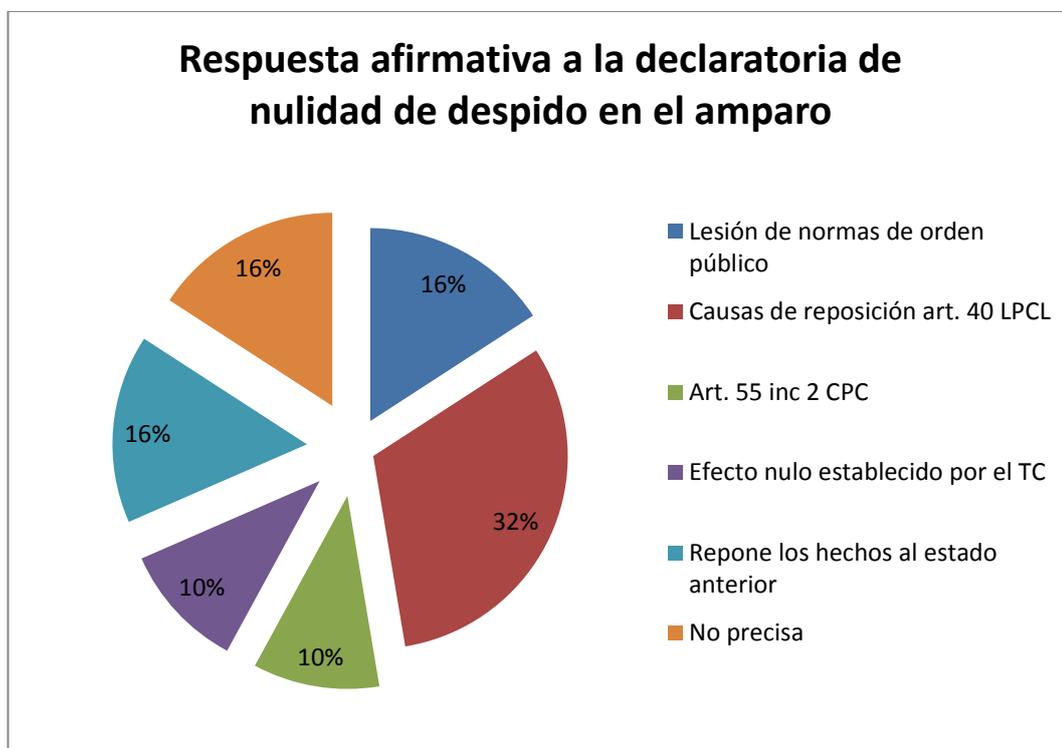
DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DESPIDO EN UN PROCESO DE AMPARO

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|-------------------|-----------------|-------------|--|-----------------|----------|
| SI | 19 | 73% | Lesión de normas de orden público | 3 | 16% |
| | | | Por causas de la reposición en el Art. 40 de la LPCL | 6 | 32% |
| | | | Conforme al inciso 2) Art. 55 del CPC se declarar nulo el acto | 2 | 10% |
| | | | Efecto nulo establecido por el TC | 2 | 10% |
| | | | Repone los hechos al estado anterior, despido no existió | 3 | 16% |
| | | | No precisa | 3 | 16% |
| NO | 7 | 27% | Las causas de nulidad de despido son explícitas en la ley | 4 | 58% |
| | | | Se restituya las cosas al estado anterior | 1 | 14% |
| | | | Los efectos son distintos | 1 | 14% |
| | | | Otros casos declara la ineficacia | 1 | 14% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

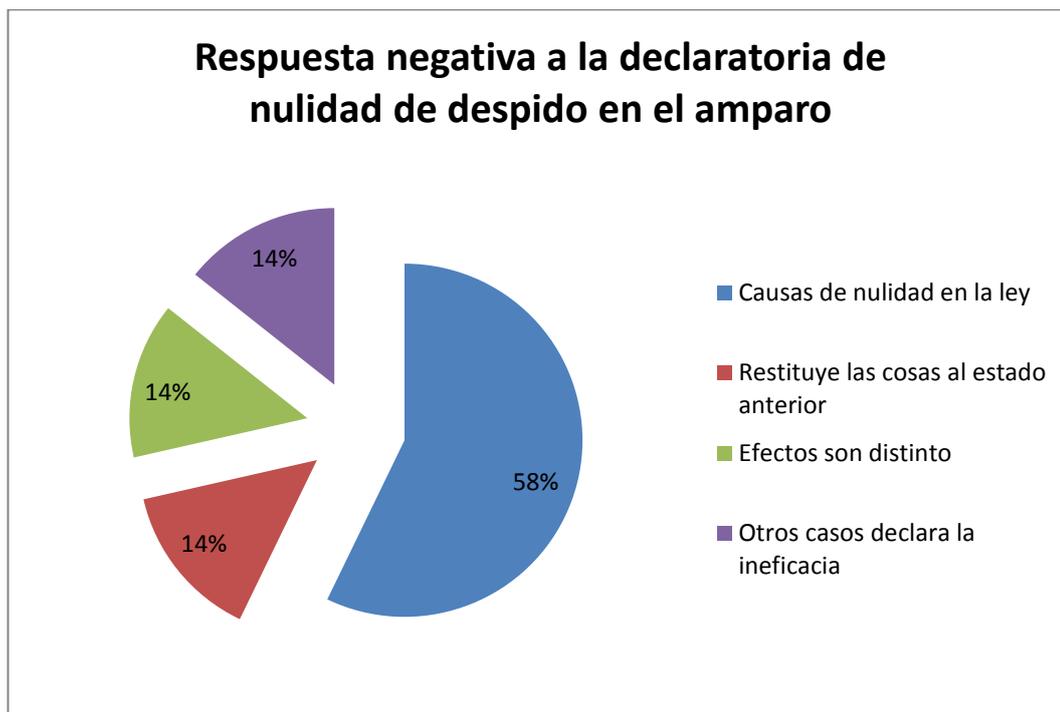
Gráfica 7



Gráfica 8



Gráfica 9



Interpretación y análisis

Respecto a la tercera pregunta se ha obtenido que un 53% afirma que al declarar fundada la demanda de amparo por despido lesivo de derechos constitucionales se está declarando nulo el despido, mientras que un 47% opina que no se declara nulo el despido, tal como se muestra en la gráfica N° 7, es decir, una mayoría considera la sentencia de amparo declara nulo el despido.

Sobre dichas respuestas, existen diferentes opiniones en razón a las justificaciones de cada una de ellas, las mismas que la hemos representado en los gráficos precedentes. El gráfico N° 8 hace referencia al 53% de la muestra que se aboca por una declaración de nulidad en el proceso de amparo, dividiendo sus razones en las siguientes: El 16% de este grupo considera que la razón que el proceso de amparo declare nulo el despido es porque la violación de los derechos constitucionales implica

una lesión de las normas de orden público, declarando así la nulidad del acto; un grupo considerable, equivalente al 32% de este grupo, considera que la razón que declara la nulidad es porque son las mismas causales y efectos establecidas en el artículo 40° de la LPCL; el 10% consideran que conforme a lo dispuesto en el artículo 55 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe que “La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá (...) 2. Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos” genera la posibilidad de declarar nulo el acto; por otro lado un 10% considera que el efecto “nulificante” ha sido establecido por el Tribunal Constitucional; mientras que un 16% consideran que la razón principal es que la sentencia repone los hecho al estado anterior, implicando con ello que el despido nunca existió; finalmente, un grupo de 16% no sabe o no precisa.

En la gráfica N° 9 mostramos al grupo de entrevistados que tienen la opinión de que el proceso de amparo no declara nulo el despido. Así también muestra cuatro razones justificantes a sus respuestas que consisten en lo siguiente: Un 58% de este grupo considera que el proceso de amparo no declara la nulidad del despido puesto que las causales de nulidad de despido está taxativamente prescrito en la ley, en el caso de despido nulo en el artículo 29° del D.S. N° 003-97-TR TUO de la LPCL, y sólo mediante estas causales y en la vía procedimental ordinaria laboral se declara nulo el despido; mientras que un 14% de este grupo niega la nulidad del despido en el proceso de amparo porque el amparo tiene por finalidad restituir las cosas al estado anterior de la violación del derecho, es decir no busca declarar nulo el proceso; otro 14% consideran que el proceso de amparo y el proceso laboral son figuras procesales distintas, refieren que mientras que el despido nulo declara la nulidad de este (proceso ordinario laboral), el proceso de amparo tiene por finalidad restituir las cosas al estado anterior de que se produjera el acto u omisión

y; finalmente, el 14% considera que el amparo no necesariamente declara la nulidad del acto, sino puede declarar la ineficacia del despido.

En consecuencia, expuestas estas dos opiniones, la mayoría, consistente en el 53% de la muestra, considera que el proceso de amparo declara nulo el despido.

PREGUNTA N° 4:

4. ¿CONSIDERA QUE EXISTE ALGUNA(S) DIFERENCIA(S) DE CARÁCTER SUSTANTIVO DEL DESPIDO NULO EN VÍA ORDINARIA Y EL DESPIDO NULO EN LA VÍA CONSTITUCIONAL? DE SER AFIRMATIVO, MENCÍONELO.

Presentación

DESPIDO NULO EN LA VÍA ORDINARIA Y DESPIDO NULO EN LA VÍA CONSTITUCIONAL

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|--------------|-----------|-------------|------------------------------------|-----------|-------|
| SI | 18 | 69% | Diferencias procedimentales | 11 | 61% |
| | | | Vía laboral declara nulo el acto | 2 | 11% |
| | | | Por las causas que originan | 3 | 17% |
| | | | Por su finalidad | 2 | 11% |
| NO | 8 | 31% | Las causales son las mismas | 1 | 12.5% |
| | | | Protegen derechos constitucionales | 1 | 12.5% |
| | | | No precisa | 6 | 75% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

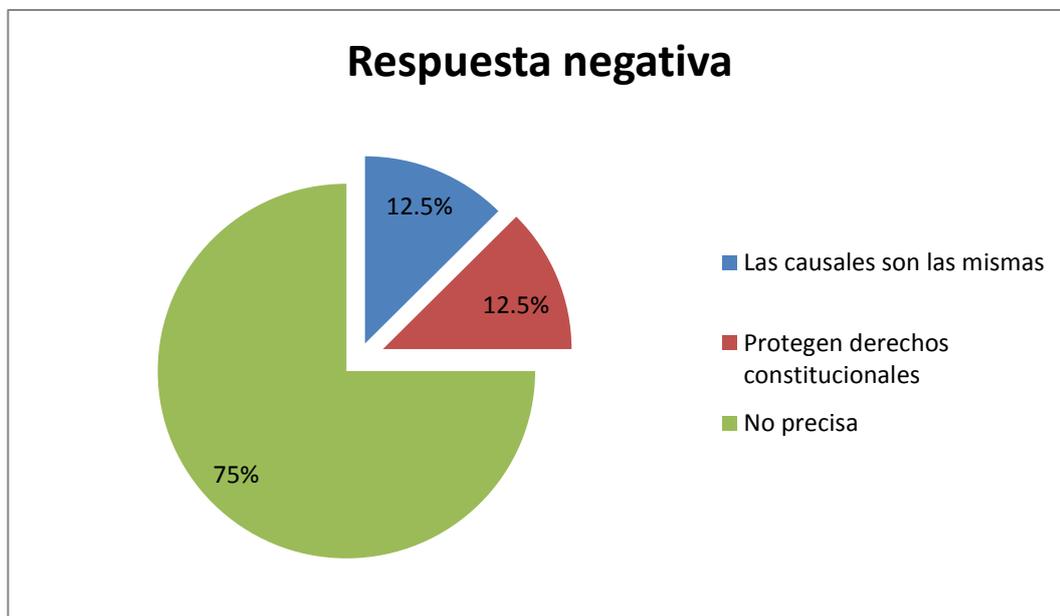
Gráfica 10



Gráfica 11



Gráfica 12



Interpretación y análisis

Respecto a la cuarta pregunta, los entrevistados se han dividido en dos grupos, puesto que el 69% considera que si existen diferencias sustanciales entre el despido nulo en la vía ordinaria y en el despido nulo en la vía constitucional, mientras que el otro 31% considera que las diferencias no son sustanciales pero que sin embargo existen algunas, las mismas que serán explicadas a detalle a continuación.

Los entrevistados que consideran que si existen diferencias sustanciales entre ambos despidos han expresado sus respuestas representada en el gráfico N° 11, en él se puede apreciar que han dado cuatro elementos diferenciadores, entre ellos tenemos que el 61% de esta grupo considera que las diferencias son de carácter procesal, por ejemplo, la etapa probatoria que no cuenta la vía constitucional, en última instancia es revisado por el Tribunal Constitucional, el carácter de urgencia y excepcional del proceso de amparo; mientras que para un 11% de este

grupo la vía laboral declara nulo el despido, situación diferente en la vía constitucional que tan sólo repone las cosas al estado anterior de la violación del derecho; por otro lado, para un 17% de este grupo considera que la diferencia radica en las causas que originan tanto la vía laboral como la vía constitucional, puesto que en el primero las causas están en el art. 29° de la LPCL, y en el segundo se encuentra en el artículo 1° del CPC; finalmente, un 11% considera que la diferencia se encuentra en la finalidad de cada vía procedimental.

Por otro lado, en lo que respecta al otro 31% de los entrevistados que consideran que el despido nulo en el proceso laboral y el despido nulo en el proceso de amparo no tienen diferencias sustanciales. Ello se encuentra representado en la gráfica N° 12, en la cual se advierten tres supuestos necesarios a señalar. Un 12.5% considera que no existen diferencias en una de otra puesto que las causales son las mismas; otro 12.5% considera que ambos procesos protegen derechos constitucionales; finalmente, una gran mayoría ascendente al 75% no precisa las razones.

En conclusión la vía laboral y la vía constitucional son consideradas como vías con claras y sustanciales diferencias por la gran mayoría de los entrevistados, equivalente a un 69% de la muestra, sustentando como razón principal y mayoritaria que las diferencias son enteramente procedimentales.

PREGUNTA N° 5:

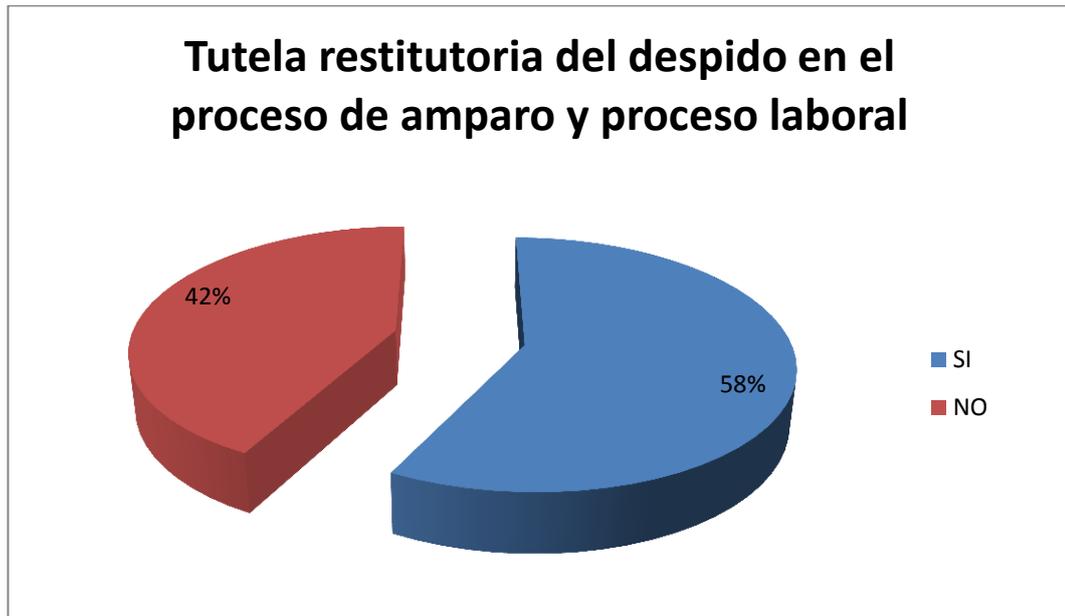
5. ¿LA TUTELA RESTITUTORIA DEL PROCESO DE AMPARO ES LA MISMA QUE LA TUTELA RESTITUTORIA DE LA NULIDAD DE ¿POR QUÉ?

Presentación

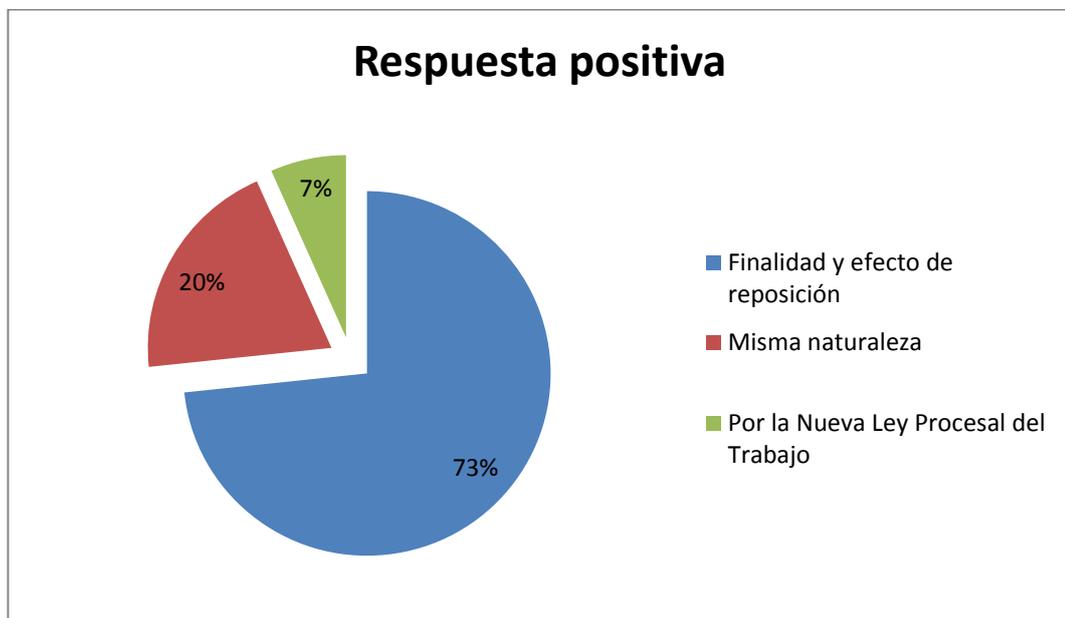
TUTELA RESTITUTORIA DEL DESPIDO EN EL PROCESO DE AMPARO Y EN EL PROCESO LABORAL

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|-------------------|-----------------|-------------|---|-----------------|----------|
| SI | 15 | 58% | Por la finalidad y el efecto de la reposición es restituir el derecho. | 11 | 73% |
| | | | Tienen la misma naturaleza. | 3 | 20% |
| | | | Por la Nueva Ley Procesal del Trabajo. | 1 | 7% |
| NO | 11 | 42% | Diferencias establecidas en la ley | 1 | 9% |
| | | | El amparo es más restringido de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional | 6 | 55% |
| | | | Por las diferencias entre el amparo y la vía laboral | 3 | 27% |
| | | | No precisa | 1 | 9% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

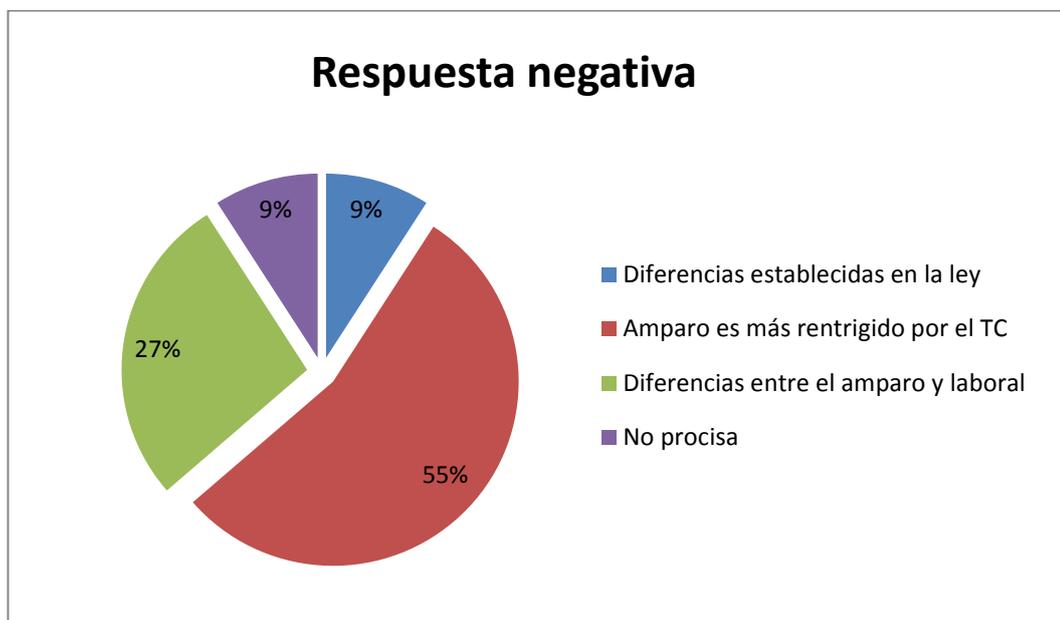
Gráfica 13



Gráfica 14



Gráfica 15



Interpretación y análisis

Respecto a la quinta pregunta, tal como se ha graficado en la gráfica N° 13, se ha obtenido una respuesta mayoritaria positiva consistente en un 58% de la muestra, equivalente a 15 entrevistados, que consideran que la eficacia restitutoria del despido en el proceso de amparo es la misma que la del proceso laboral, mientras que tan solo un 42% de la muestra, equivalente a 11 entrevistados consideran que la eficacia restitutoria del despido en el proceso de amparo y el proceso laboral son diferentes, abocándose su justificación en diferentes razones que pasamos a exponer.

Lo que conviene analizar en esta pregunta son las razones que justifican al 58% de los entrevistados que consideran que la eficacia restitutoria del proceso laboral y proceso del amparo es la misma con respecto al despido. Entre ellas tenemos que tres diferentes razones, para la mayoría de este grupo, 11 entrevistados, representado de color azul en la gráfica N° 14 equivalente al 73%, consideran que la eficacia restitutoria es la misma porque la finalidad y el efecto de la reposición buscan restituir el

derecho, situación que sucede en ambas vías procedimentales; mientras que tres entrevistados, representado de color rojo, equivalente al 20%, consideran ambas vías procedimentales tienen la misma tutela restitutoria por la misma naturaleza que la componen; finalmente, un entrevistado, representado de color verde, equivalente a 7%, considera que la esta similitud se debe por la Nueva Ley Procesal del Trabajo que así lo da a entender.

Por otro lado, 11 entrevistados, equivalente a un 42% de la muestra, consideran que la tutela restitutoria del proceso de amparo y el proceso laboral son diferentes, estableciendo como justificación cuatro razones que pasamos a exponer. Un entrevistado, equivalente a un 9% de este grupo, consideró que la razón se debe a que las diferencias están establecidas en la ley; mientras que una mayoría de 6 entrevistados, equivalente a 55% de este grupo, señaló que el proceso de amparo es más restringido que el proceso laboral, ello conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, puesto que, por ejemplo, en el amparo no procede el pago de las remuneraciones devengadas, mientras que en el proceso laboral sí; por otro lado, 3 entrevistados, equivalente a un 27% de este grupo, considera que las diferencias de la tutela restitutoria entre ambas vías se debe a las diferencias sustanciales entre ambos procesos; finalmente, un entrevistado, equivalente a un 9% de este grupo, no precisa sus razones.

Podemos concluir como la respuesta mayoritaria de los entrevistados, es que consideran que la eficacia restitutoria del proceso de amparo y el proceso laboral respecto al despido, es el mismo en razón a que tanto su finalidad como el efecto de la reposición conllevan a restituir el derecho conculcado.

PREGUNTA N° 6:

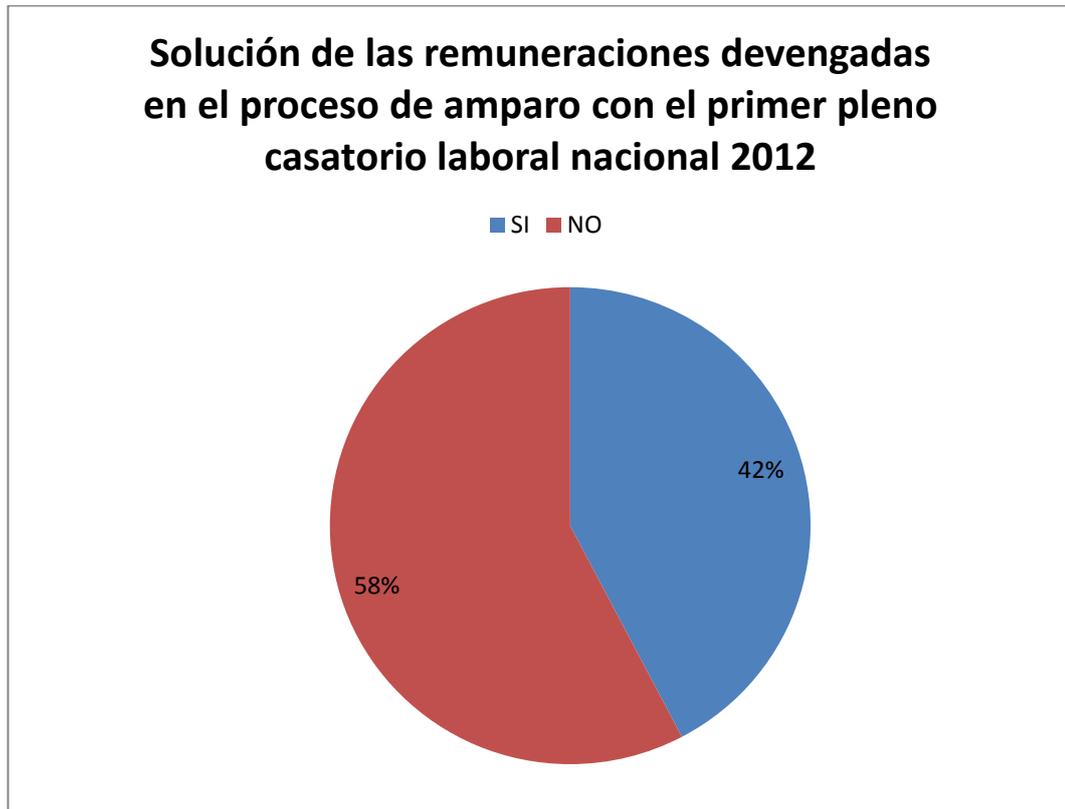
6. ¿CONSIDERA QUE EL TEMA DEL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS EN EL PROCESO DE AMPARO SE HA SOLUCIONADO CON LA APLICACIÓN DEL PRIMER PLENO CASATORIO LABORAL NACIONAL DEL 2012 QUE HABILITA LAS PRETENSIONES DE DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN LA VÍA ORDINARIA LABORAL? ¿POR QUÉ?

Presentación

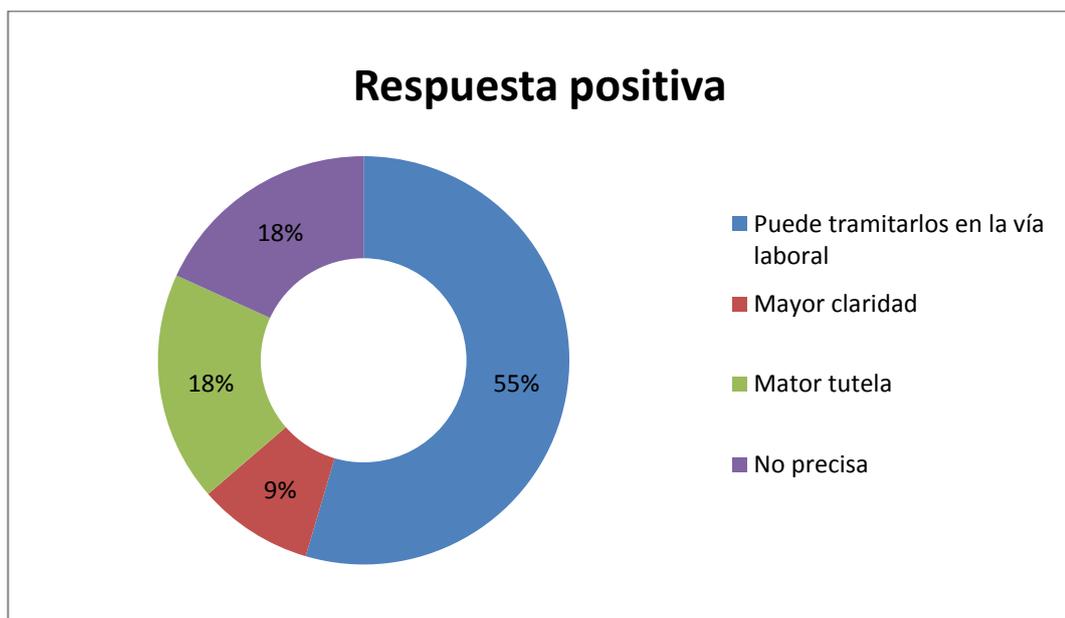
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN EL PROCESO DE AMPARO Y EL PRIMER PLENO CASATORIO LABORAL NACIONAL DEL 2012

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|--------------|-----------|-------------|---|-----------|-----|
| SI | 11 | 42% | Amplía las causales para ser tramitados en la vía laboral | 6 | 55% |
| | | | Mayor claridad | 1 | 9% |
| | | | Mayor tutela | 2 | 18% |
| | | | No precisa | 2 | 18% |
| NO | 15 | 58% | No corresponde este derecho en el amparo | 5 | 48% |
| | | | Actualmente se sigue negando las remuneraciones devengadas por ser una pretensión accesoria | 4 | 12% |
| | | | El pleno no se pronuncia sobre este aspecto | 5 | 16% |
| | | | No precisa | 1 | 24% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

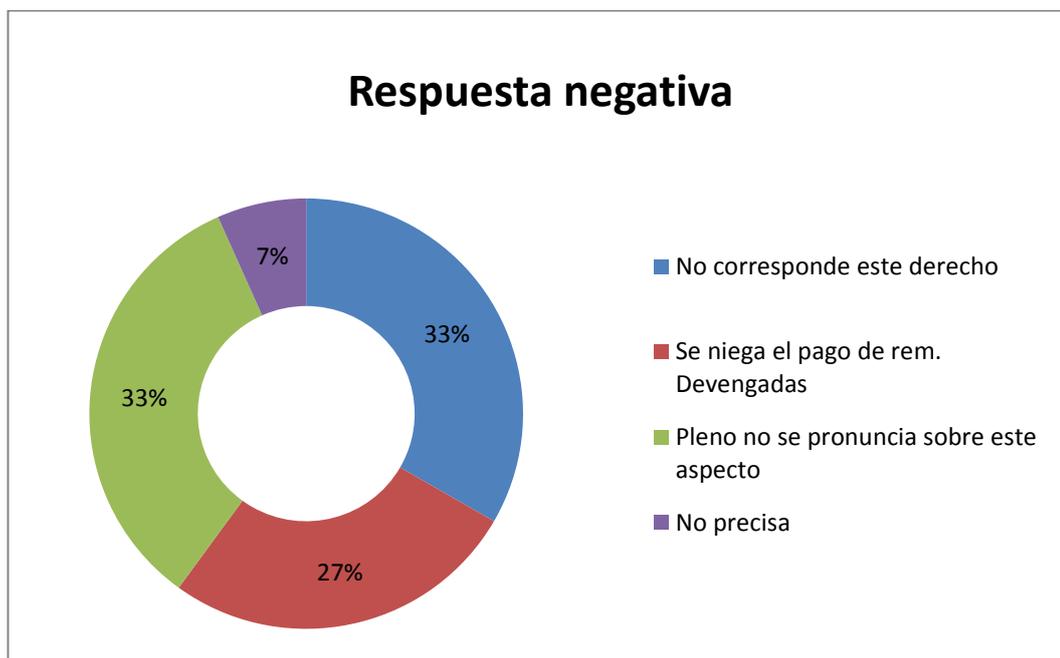
Gráfica 16



Gráfica 17



Gráfica 18



Interpretación y análisis

Respecto a la sexta pregunta existe una mayoría de entrevistados, consistente en 15 personas que equivale a un 58% de la muestra, tal como se aprecia en la gráfica N° 16, que consideran que el tema controvertido del pago de remuneraciones devengadas respecto a un despido en un proceso de amparo, no ha sido solucionado con el primer pleno casatorio laboral nacional del año 2012, en donde resuelve, entre otras cosas habilitar las pretensiones de despido incausado y fraudulento en la vía ordinaria laboral, mientras que 11 entrevistados equivalente a 42% de la muestra, manifiestan lo contrario, es decir, que el problema se ha solucionado, situación que será explicada más adelante.

Conviene ahora analizar la gráfica N° 17 en donde muestra las razones que motivaron la respuesta positiva de los entrevistados (42%) que consideran que el primer pleno casatorio laboral nacional 2012 si ha dado solución el tema controvertido del pago de remuneraciones devengadas

de un proceso de amparo; es por ello que de este grupo una mayoría de 6 entrevistados equivalente al 55% y representado de color azul la gráfica precedente, considera que el problema se ha solucionado porque ahora se ha habilitado a la vía procesal laboral para que sean tramitados los despidos incausados y despidos fraudulentos, generando así el pago de las remuneraciones devengadas; un entrevistado equivalente al 9%, representado de color guinda en la gráfica, señala que el pleno otorga mayor claridad para los justiciables y los magistrados para que puedan resolver a favor del trabajador; por otro lado 2 entrevistados equivalente a un 18%, representado de color verde en la gráfica, señala que la razón principal por la que se ha resuelto el problema planteado es porque el pleno otorga mayor tutela a los justiciables para que puedan reclamar el pago de sus remuneraciones devengadas; finalmente, un grupo de 2 entrevistado equivalente al 18%, representado de color violeta en la gráfica, no precisa las razones que justifican .

En consecuencia, los resaltante en esta pregunta es que muchos magistrados y profesores especializados en materia laboral consideran que el problema de las remuneraciones devengadas ha sido solucionado con el pleno casatorio laboral nacional del 2012, en razón a que, simplemente este pleno ha habilitado para que las pretensiones del pago de las remuneraciones devengada puedan ser reclamadas en la vía ordinaria.

Por otro lado, la mayoría de entrevistados que consideraron que el pleno nacional laboral del 2012 no ha solucionado el problema del pago de las remuneraciones devengada derivadas de un proceso de amparo, representado en la gráfica N° 18, en donde se expresan cuatro razones que justifican cada respuesta. Un grupo de 5 entrevistados, equivalente al 33%, consideran que el pago de las remuneraciones devengadas no corresponde otorgar este derecho en el proceso de amparo; mientras que 4 entrevistados, equivalente a un 27% de la muestra, señalaron que en la actualidad se sigue negando el pago de las remuneraciones devengadas a pesar de la existencia del pleno laboral 2012, en consecuencia no se ha

dado solución al problema; mientras que 5 entrevistados, equivalente a un 33%, consideran que el referido pleno laboral no se ha pronunciado sobre el pago de las remuneraciones devengadas en la vía laboral, generando confusión al problema planteado sin dar una verdadera solución; finalmente, un entrevistado, equivalente al 7% de la muestra, no precisa razón alguna.

En conclusión, la mayoría ha optado por considerar que el pleno laboral nacional 2012 no ha dado solución al problema planteado sobre el pago de las remuneraciones devengadas.

PREGUNTA N° 7:

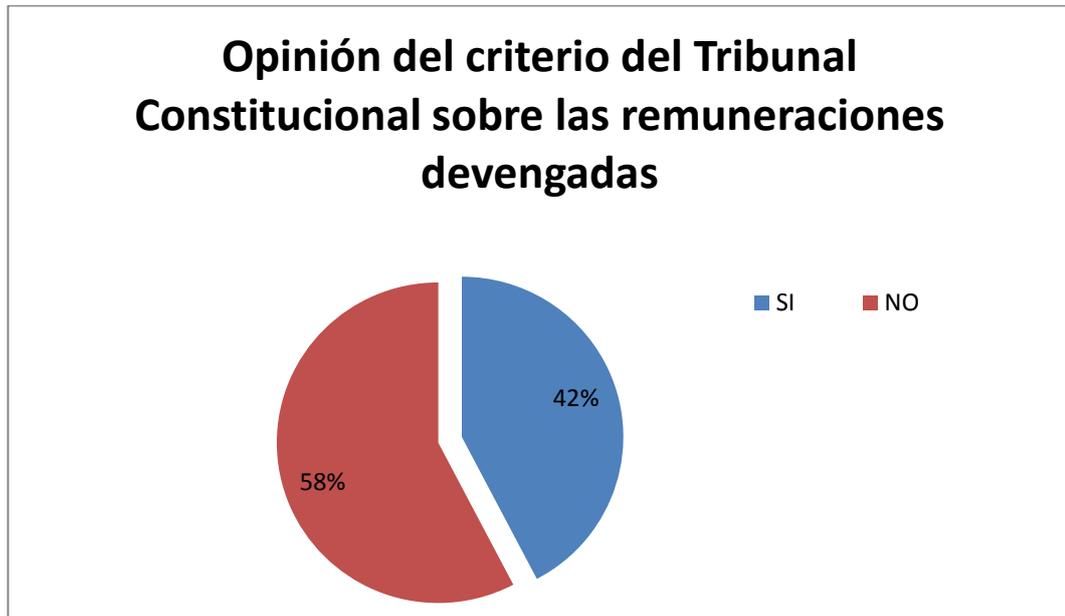
7. ¿ESTÁ DE ACUERDO CON EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL NO OTORGAR EL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS AL DECLARAR EL DESPIDO UN ACTO INCONSTITUCIONAL Y ÚNICAMENTE PROCEDA CON LA REPOSICIÓN? ¿POR QUÉ?

Presentación

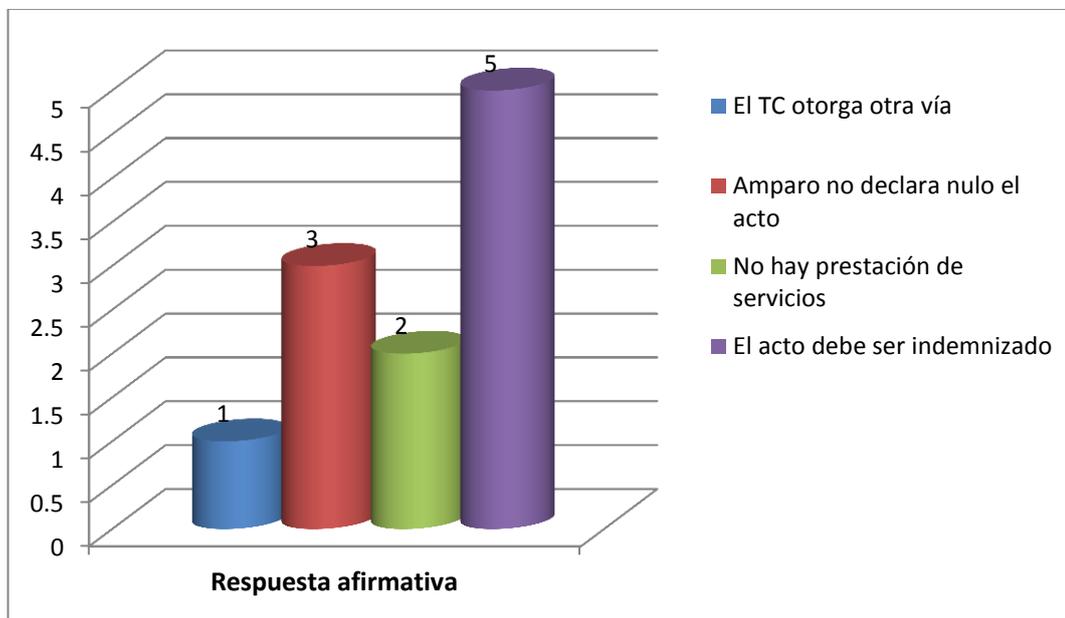
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN UN PROCESO DE AMPARO Y EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|--------------|-----------|-------------|---|-----------|-----|
| SI | 11 | 42% | El Tribunal Constitucional otorga otra vía | 1 | 9% |
| | | | La naturaleza del amparo no declara nulo el acto | 3 | 27% |
| | | | No hay prestación de servicios | 2 | 18% |
| | | | Porque el acto debe ser indemnizado | 5 | 46% |
| NO | 15 | 58% | No hay legislación que lo prohíba y declarar nulo el acto | 5 | 33% |
| | | | No restaura íntegramente el derecho | 2 | 13% |
| | | | Lesión inconstitucional por causa del empleador | 6 | 40% |
| | | | Genera mayores costo | 1 | 7% |
| | | | La remuneración devengada no es una indemnización | 1 | 7% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

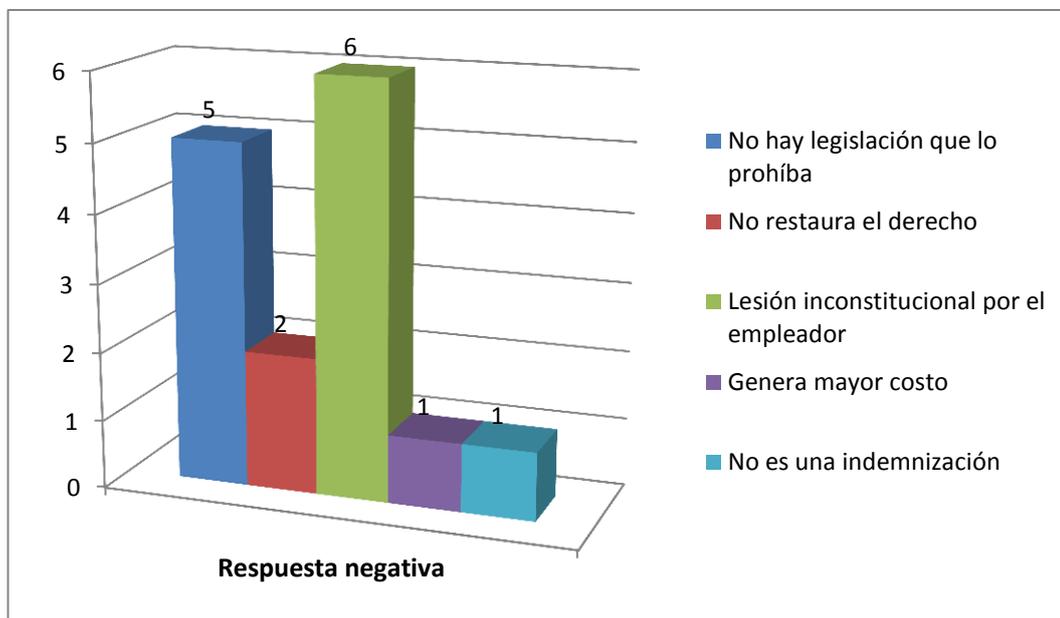
Gráfica 19



Gráfica 20



Gráfica 21



Interpretación y análisis

Respecto a la pregunta siete, tal como se muestra representada en la gráfica N° 19, un grupo minoritario de 11 entrevistados, equivalente al 42% de la muestra opina en forma afirmativa, es decir, que están de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional referente a no otorgar el pago de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos en un proceso de amparo, mientras que un restante de 15 entrevistados, equivalente 58% de la muestra, marcan una posición contraria al criterio del Tribunal Constitucional, esto es, consideran que dicho criterio es incorrecto y por el contrario se le debería otorgar el pago de estas remuneraciones en el proceso de amparo.

De cada respuesta hemos extraído dos gráficas que muestran las razones que motivaron dicha respuesta, mientras que la gráfica N° 20 muestra las razones de los entrevistados que consideran correcta la posición del

Tribunal Constitucional, la gráfica N° 21 muestra las justificaciones por la que el criterio del máximo intérprete de la Constitución es incorrecta.

Analizando la respuesta a favor del criterio del Tribunal, divergen cuatro diferentes razones: 1 entrevistado, equivalente a 9% de este grupo, consideran que no procede el pago de las remuneraciones devengadas porque el Tribunal Constitucional otorga a los justiciables para que puedan acudir a otra vez para ver satisfecho su derecho; 3 entrevistados, equivalente a 27% de este grupo, consideran que no corresponde remuneración alguna en la medida en que se considere la naturaleza del proceso de amparo que no declare nulo el despido; 2 entrevistados, equivalente a un 18% de este grupo, señala que al no haber prestación de servicios no corresponde el pago de las remuneraciones en el proceso de amparo, por lo tanto el criterio del TC es correcto; finalmente, 5 entrevistados, equivalente a un 46%, considera que la razón fundamental para apoyar el criterio del TC es que las remuneraciones devengadas como consecuencia de un amparo es considerado como indemnización, por lo que al trabajador se le debe indemnizar, pero en otra vía procesal. Con ello se concluye que de este grupo minoritario de entrevistados que están de acuerdo con el criterio del TC, un mayor número concuerda en que estas remuneraciones devengadas son un tipo de indemnización, razón por la cual no corresponde su pago en el amparo.

Respecto a los entrevistados que están en contra de la posición establecida por el Tribunal Constitucional, que deniega el pago de las remuneraciones devengadas, los entrevistados han manifestados 5 opiniones justificando sus respuestas: un grupo de 5 entrevistados, equivalente al 33% de este grupo, considera que la posición del Tribunal Constitucional es incorrecta porque las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición al trabajador en un proceso de amparo, es válidamente otorgada por cuanto no existe legislación que lo prohíba; por otro lado, 2 entrevistados, equivalente al 13% de este grupo, señala que el criterio incorrecto del Tribunal Constitucional no restaura

íntegramente el derecho, menoscabando los derechos fundamentales de los trabajadores; 6 entrevistados, equivalente al 40% de este grupo, considera que el no pago de las remuneraciones devengadas en un proceso de amparo implica una lesión inconstitucional al trabajador por la decisión unilateral del empleador de privar del trabajo del trabajador, situación suficiente para ser amparado su derecho íntegramente; 1 entrevistado, equivalente al 7% de este grupo, considera que la decisión del Tribunal Constitucional de negar el pago de las remuneraciones es insostenible porque genera que el justiciable tenga que acudir ante otras vías procesales para ver satisfecho un derecho que le correspondía, situación que no genera mayor litis en las otras vías, sino por el contrario, genera costos mayores innecesarios, tanto para el Estado como para el justiciable, cuyo resultado final se supone va a ser siempre el mismo, en consecuencia, corresponde otorgar el trabajador su remuneración correspondiente.

Sobre la presente pregunta podemos concluir que una gran mayoría de entrevistados, equivalente a un 58%, no están de acuerdo con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, de denegar el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición en un proceso de amparo, incidiendo como razón principal en que es una lesión a los derechos constitucionales de los trabajadores, por lo tanto negar dicho pago y además pretender que el trabajador acuda a otra vía para hacerlo efectivo limitando el proceso de amparo.

PREGUNTA N° 8:

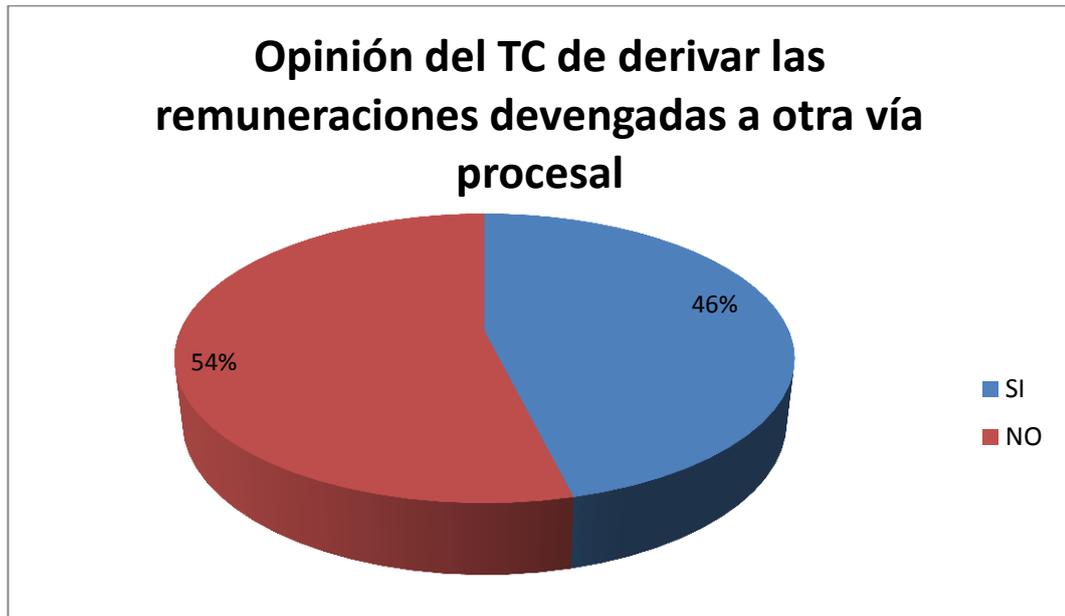
8. ¿ESTÁ DE ACUERDO CON EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DERIVAR LA PRETENSIÓN DEL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS A LA VÍA ORDINARIA LABORAL?

Presentación

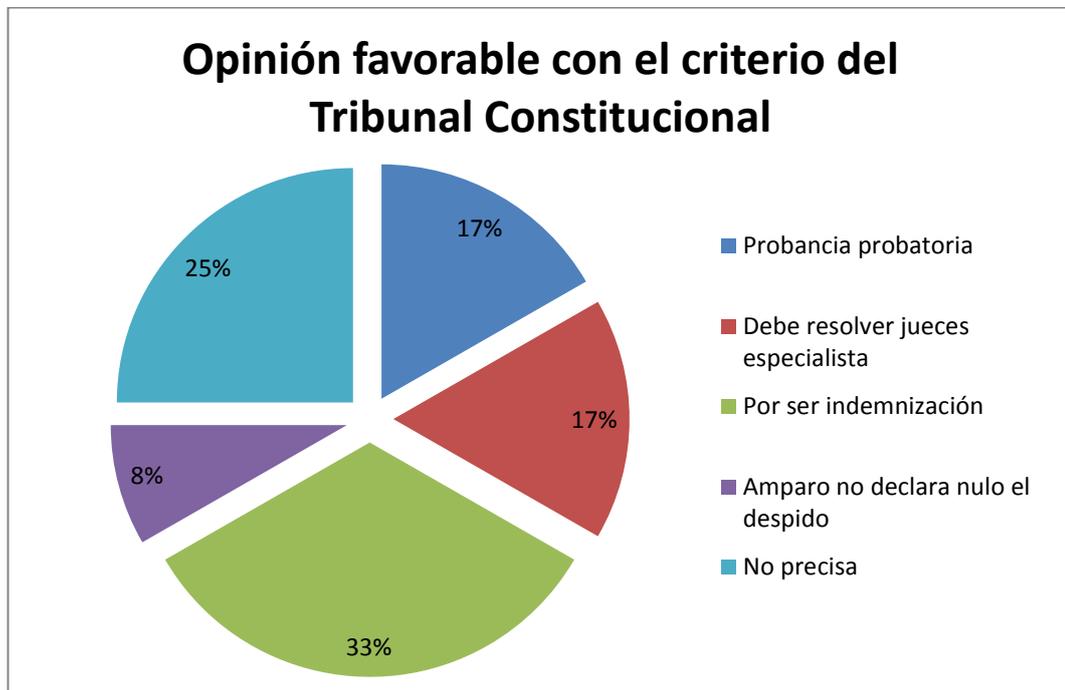
OPINIÓN SOBRE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE DERIVAR LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS A LA VÍA LABORAL

| Respuestas | Cantidad | % | Razones | Cantidad | % |
|--------------|-----------|-------------|--|-----------|-----|
| SI | 12 | 46% | Necesita probanza probatoria del pago diminuto | 2 | 17% |
| | | | Debe resolver jueces especialistas | 2 | 17% |
| | | | Por ser indemnización | 4 | 33% |
| | | | Amparo no declara nulo el despido | 1 | 8% |
| | | | No precisa | 3 | 25% |
| NO | 14 | 54% | Implica limitar los derechos fundamentales | 5 | 36% |
| | | | Genera retraso en la tutela | 2 | 14% |
| | | | No es indemnización | 1 | 7% |
| | | | Amparo puede declarar nulo el despido | 1 | 7% |
| | | | No necesita actividad probatoria | 1 | 7% |
| | | | El pago es pretensión accesoria | 1 | 7% |
| | | | No precisa | 3 | 22% |
| TOTAL | 26 | 100% | - | 26 | |

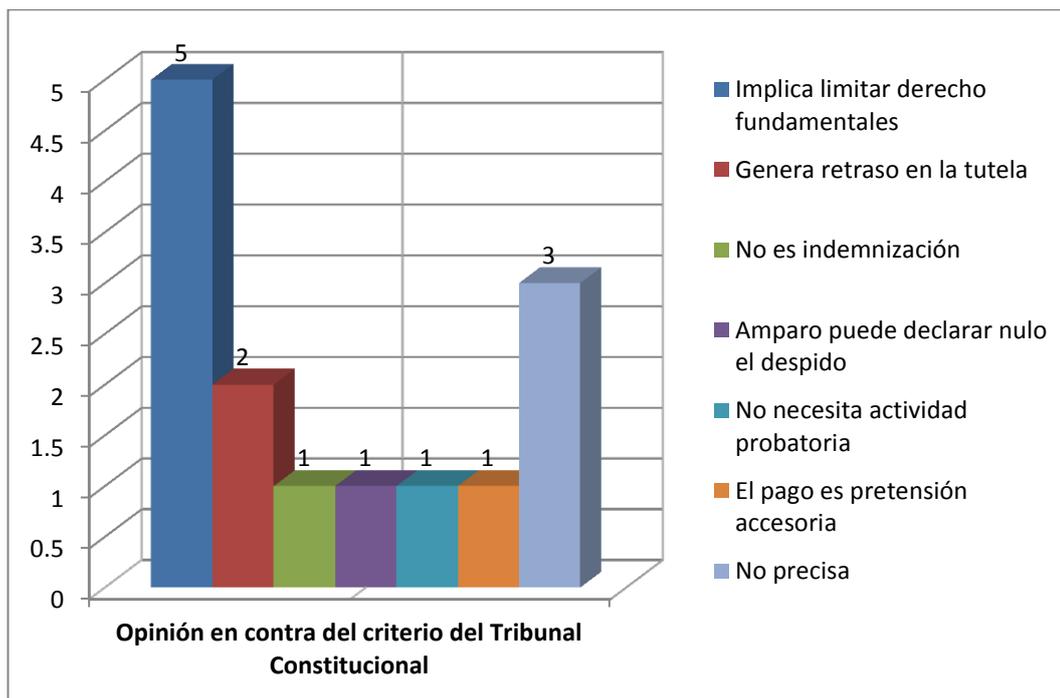
Gráfica 22



Gráfica 23



Gráfica 24



Interpretación y análisis

Respecto a la octava pregunta, tal como se muestra en la gráfica N° 22, una gran mayoría de los entrevistados, equivalente al 54% de la muestra, no están de acuerdo con la opinión del Tribunal Constitucional de derivar el pago de las remuneraciones devengadas a otra vía procesal, mientras que el restante 46% considera correcta la posición del Tribunal Constitucional, las razones se explicarán a continuación.

En la gráfica N° 23 se muestra el grupo de entrevistados que consideran correcta la posición del Tribunal Constitucional, señalando para ello las razones que hemos resumido en las siguientes: Un 17% de este grupo considera que el pago de remuneraciones devengadas en un proceso de amparo se debe derivar a la vía laboral porque necesita de una adecuada estancia probatoria para que se puedan ventilar este tipo de derecho, situación que no ocurre lo mismo en el proceso de amparo, no tiene etapa probatoria, siendo necesario y justificable que el TC orden se remita a otra vía procedimental; mientras que 17% de este grupo considera que es

correcta la posición del Tribunal Constitucional la pretensión debe ser resuelta por jueces especialistas en la materia, por lo tanto esta pretensión debe ser discutida en la vía procesal laboral; por otro lado, un 33% considera que la razón principal es que esta pretensión tiene la calidad de reparación resarcitoria, es decir, es una indemnización, por lo tanto no cabe en el proceso de amparo; mientras que un 8% considera que el amparo no declara nulo el despido, razón por la cual no corresponde otorgarlo en el amparo; finalmente, para un 25% no precisa las razones que motivaron su respuesta.

Por otro lado, en la gráfica N° 24 mostramos al grupo de entrevistados que no están de acuerdo con la posición del Tribunal Constitucional para derivar el pago de las remuneraciones devengadas a una vía procesal laboral, para ello se resumieron las razones principales que sustentan su posición; entre ellas la mayoría de este grupo consistente en 5 entrevistados señalan que el Tribunal Constitucional erróneamente deriva el pago a la vía laboral, limitando así los derechos fundamentales de los trabajadores; 2 entrevistados han señalado que esta decisión genera retraso en la tutela judicial otorgada a los justiciables; 1 entrevistado considera como razón principal la incorrecta posición del TC de considerar a estas remuneraciones como una indemnización; 1 entrevistado considera que la razón principal es que el amparo puede declarar nulo el despido, generando así el pago de las remuneraciones devengadas en el mismo proceso; 1 entrevistado señaló que es posible su pago en la misma vía procedimental puesto que no necesita otra actividad probatoria más verificar el derecho principal como es la vulneración de los derechos fundamentales; 1 entrevistado precisó que el pago de esta pretensión es accesoria por lo tanto corresponde otorgado en esta vía procedimental; finalmente, 3 entrevistados no precisaron la razón principal para sustentar su posición.

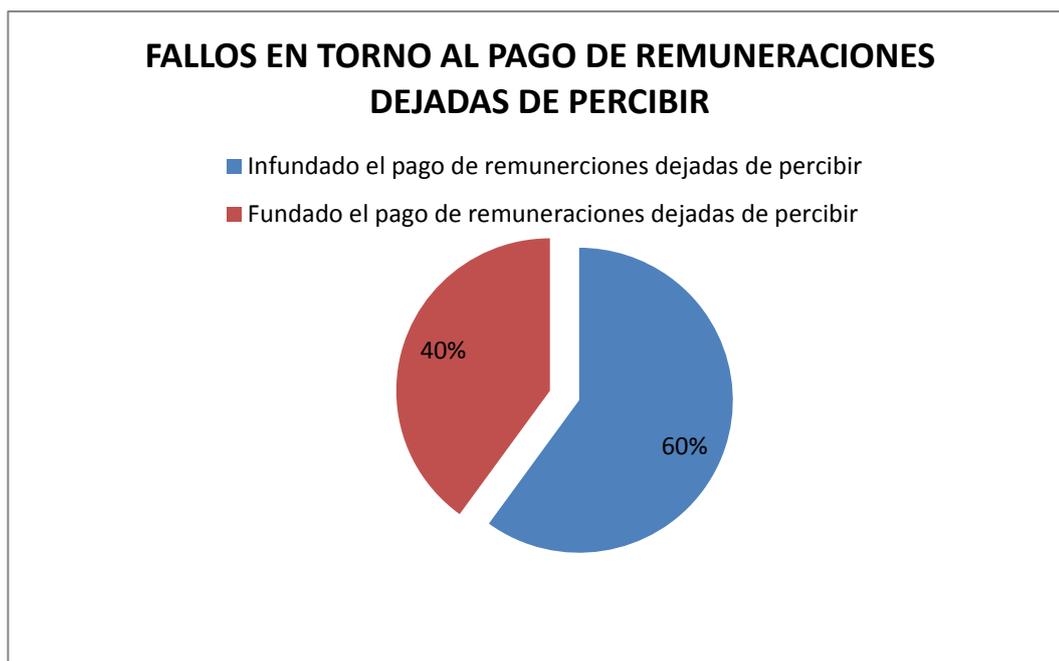
6.2 De la guía de observación

Conforme se ha detallado en el punto 1.3 del Capítulo III la muestra aplicable en el presente caso corresponde a 10 unidades que son las sentencias ubicadas para análisis en la presente investigación.

Cuadro N° 1

| DETALLE DE LOS FALLOS DE LAS SENTENCIAS EN TORNO AL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS | | |
|--|-----------------|-------------------|
| FALLOS | Cantidad | Porcentaje |
| - Infundado el extremo de pagos de remuneraciones dejadas de percibir. | 6 | 60% |
| - Fundado el extremo de pagos de remuneraciones dejadas de percibir. | 4 | 40% |
| TOTAL | 10 | 100% |

Gráfica 25



Interpretación y análisis

El cuadro N° 1 detalla en resumen el fallo de cada sentencia que resuelve sobre el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Para la presente investigación se tomó como muestra a 10 sentencias emitidas entre el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia del Perú y alguna Corte Superior de Justicia que han resuelto lo referente al pago de remuneraciones dejadas de percibir de un trabajador repuesto a través de un proceso de amparo; ellas han sido resumidas y para ello se sirvió de la guía de observación que se encuentra en el anexo N° 2.

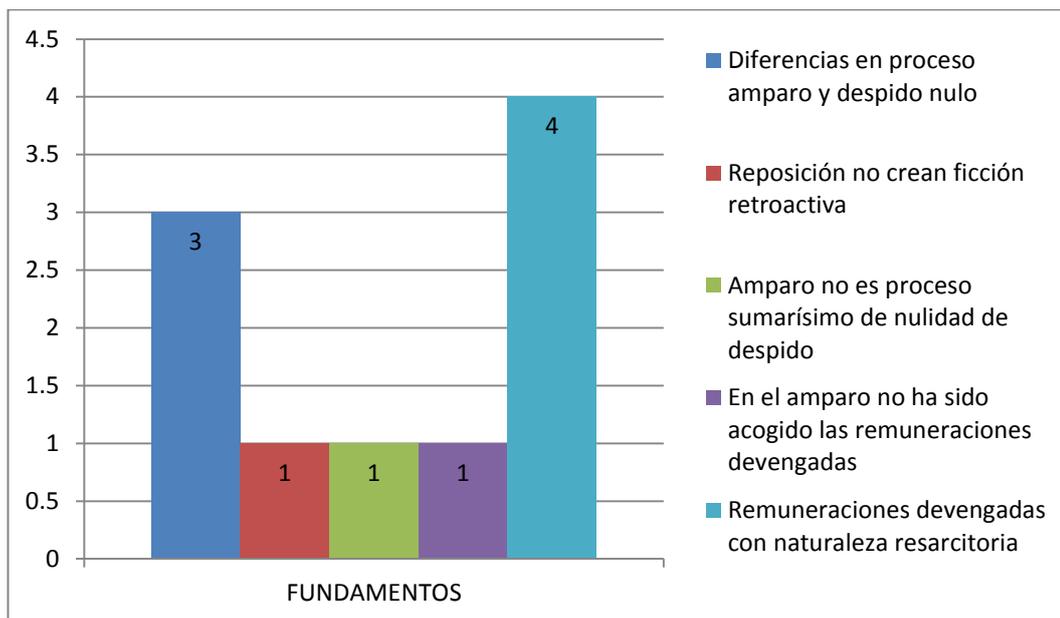
Las 10 sentencias la hemos dividido en dos tipos de fallos, las que declarar otorgar el pago de las remuneraciones devengadas y las que resuelven denegar este pago.

Conforme se aprecia en el cuadro y su debida representación el gráfica N° 18, del total de sentencias una mayoría ascendente a 6 sentencias, equivalente al 60%, resolvió denegar el pago de las remuneraciones como consecuencia de la reposición del trabajador en un proceso de amparo, mientras que una restante minoría ascendente a 4 sentencias, resolvió por otorgar el pago de las remuneraciones devengadas. Conforme se aprecia predominó que los magistrados denieguen este pago a favor del trabajador respuesta en un proceso de amparo, sin embargo, corresponde en adelante identificar las razones o motivaciones de cada resolución.

Cuadro N° 2

| FUNDAMENTOS DE LOS FALLOS QUE DENIEGAN EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS | | |
|---|-----------------|-------------------|
| FUNDAMENTOS | Cantidad | Porcentaje |
| - Diferencias procesales y entre el carácter restitutorio del amparo y el despido nulo. | 3 | 30% |
| - Reposición real no crea una ficción retroactiva. | 1 | 10% |
| - Proceso de amparo no es un proceso sumarísimo de la nulidad de despido. | 1 | 10% |
| - En el proceso de amparo no ha sido acogido el pago de las remuneraciones devengadas. | 1 | 10% |
| - Remuneraciones devengadas tienen naturaleza resarcitoria. | 4 | 40% |
| TOTAL | 10 | 100% |

Gráfica 26



Interpretación y análisis

En el cuadro N° 2 nos hemos centrado en identificar al grupo de sentencias que resolvieron en contra del pago de remuneraciones devengadas ascendente a un total de 6 unidades.

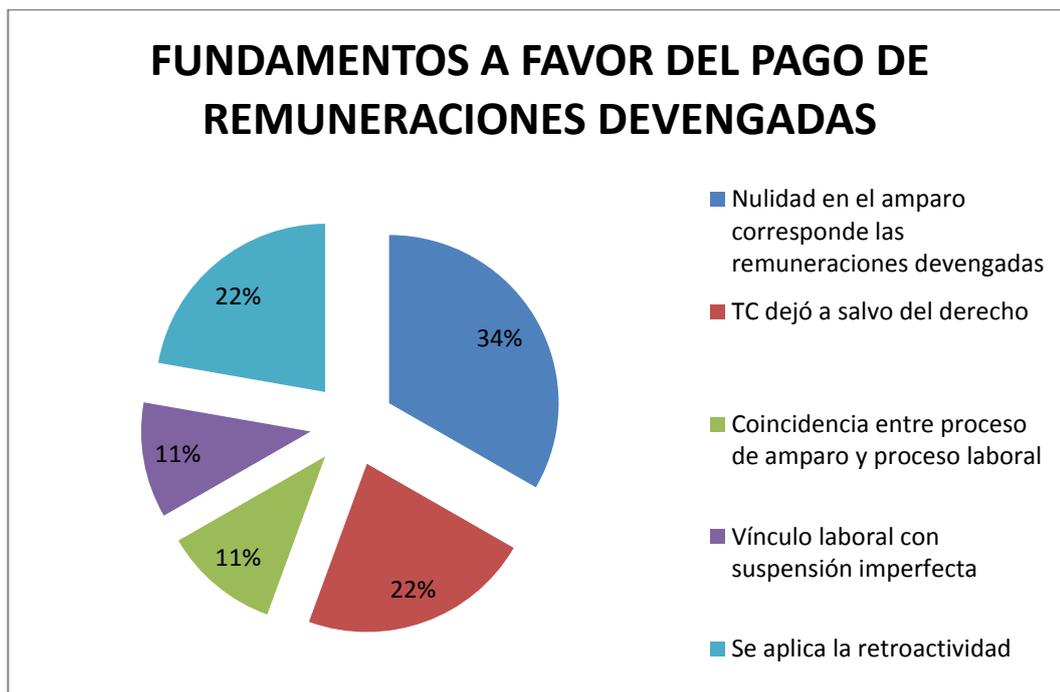
El referido cuadro y su representación en la gráfica N° 19 muestran que existen cinco diferentes motivaciones principales que se sirvieron las magistrados para su decisión: (i) Tres sentencias sustentaron su posición señalando que existen diferencias procesales y sustantivas entre el carácter restitutorio del amparo y el despido nulo; (ii) Una sentencia se fijó su posición estableciendo que la reposición del trabajador no crea una ficción de retroactividad de sus remuneraciones; (iii) Una sentencia señaló que el proceso de amparo no es un proceso sumarísimo de la nulidad de despido; (iv) Una sentencia señaló que no procede el pago de las remuneraciones devengadas porque en el proceso de amparo no ha sido acogido el derecho del demandante sobre dicho pago; y finalmente (v) cuatro sentencias resolvieron que las remuneraciones devengadas tienen naturaleza resarcitoria por lo tanto no le corresponde otorgar este derecho en el proceso de amparo.

De lo expuesto se entiende que un mayor número de sentencias, equivalente 40% del total de fundamentos, establecieron como fundamento principal para denegar el pago de las remuneraciones devengadas el hecho de que estas remuneraciones no tienen naturaleza restitutoria sino es una indemnización.

Cuadro N° 3

| FUNDAMENTOS DE LOS FALLOS A FAVOR DEL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS | | |
|---|-----------------|-------------------|
| FUNDAMENTOS | Cantidad | Porcentaje |
| - Al declararse la nulidad (reposición) en el amparo corresponde las remuneraciones devengadas. | 3 | 34% |
| - Corresponde percibir en la vía laboral porque el TC dejó a salvo el derecho. | 2 | 22% |
| - Existe coincidencia entre el proceso de amparo y proceso laboral. | 1 | 11% |
| - Vínculo laboral ha quedado suspendido en forma imperfecta. | 1 | 11% |
| - Se aplica la retroactividad. | 2 | 22% |
| TOTAL | 9 | 100% |

Gráfica 27



Interpretación y análisis

En el cuadro N° 3 hemos detallado los principales fundamentos que se sirvieron las sentencias estudiadas para resolver a favor del pago de las remuneraciones devengadas.

El cuadro está debidamente representado en la gráfica N° 20, en ellos se pueden observar cinco fundamentos diferentes para otorgar el pago de las remuneraciones devengadas, entre ellos tenemos: (i) Tres sentencias establecieron que al declararse la reposición en un proceso de amparo se estaría declarando la nulidad del despido por lo que corresponde el pago de las remuneraciones devengadas; (ii) Dos sentencias señalaron que como el Tribunal Constitucional dejó a salvo el derecho del demandante para reclamar el pago de sus remuneraciones devengadas en otra vía, corresponde ser otorgadas; (iii) Un sentencias fijó que existe coincidencia entre el proceso de amparo y el proceso laboral en la eficacia reparadora; (iv) una sentencia señaló que el vínculo laboral ha quedado suspendido en forma imperfecta, por lo tanto le corresponde sus remuneraciones dejadas de percibir; y finalmente (v) dos sentencias señalaron que en el

presente caso corresponde aplicar la retroactividad de su derecho a la remuneración.

Conforme se puede apreciar existe un mayor número de sentencias, equivalente a 34% del total de fundamentos, que optaron por señalar que el proceso de amparo declara la nulidad del despido y corresponde al trabajador restituir su derecho a la reposición a las remuneraciones devengadas.

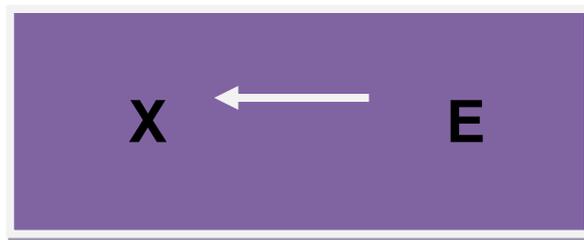
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

1. H: *“Al tener naturaleza restitutoria las remuneraciones devengadas, es posible otorgar a los trabajadores repuestos judicialmente a través del proceso constitucional de amparo el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental”*

2. Diseño

El presente diseño fue planteado como **Expostfacto Retrospectivo**,

3. Dónde:



X: Causas

E: Efectos

- X1:** La naturaleza jurídica de la reposición contenida a tenor del artículo 40° del D.L 728 es la misma que la sentencia de amparo que declara fundada la demanda de despido lesivo de derechos constitucionales.
- X2:** La sentencia de amparo que declara fundada la demanda sobre despido lesivo de derechos constitucionales declara la nulidad del mismo.

- X3:** La declaración de nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales produce efectos jurídicos extintivos del mismo.
- X4:** Los efectos jurídicos extintivos del despido lesivo de derechos fundamentales implican la continuidad de la relación laboral manifestada en la reposición del trabajador.
- X5:** La sentencia de amparo que declara nulo el despido lesivo de derechos constitucionales por nulidad absoluta es declarativa.
- X6:** La sentencia de amparo que declara la nulidad del despido surte sus efectos desde su celebración (sentencia con efecto *ex tunc*), en consecuencia, sus efectos se retrotraen hasta el momento de la celebración del acto.

E: Corresponde otorgar a los trabajadores repuestos judicialmente a través del proceso de amparo, el pago de sus remuneraciones devengadas en la misma vía procedimental.

4. Contrastación:

Culminada la investigación se advierte que existen seis causas válidas para que proceda el pago de las remuneraciones devengadas del trabajador, repuesto a través de un proceso de amparo, en la misma vía procedimental; por la que, ante cualquier proceso de amparo donde se resuelve con declarar fundada la demanda por despido lesivo de derechos constitucionales, correspondería otorgar al trabajador el pago de sus remuneraciones devengadas como un derecho accesorio a la restitución del derecho constitucional lesionado, por cuanto la Hipótesis se **ACEPTA.**

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERO: Las remuneraciones devengadas derivadas de un proceso de amparo por despido lesivo de derechos constitucionales tienen naturaleza restitutoria, por lo tanto, corresponde su pago en la misma vía procedimental.

SEGUNDO: La naturaleza jurídica de la remuneración en nuestro país es definida como el pago que le corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad, siendo necesario que el empleador asuma el riesgo del trabajo. Ello encaja perfectamente con lo que el legislador pretendió definir en la remuneración, contenida en el artículo 6° de la LPCL, analizada conjuntamente con todo el cuerpo normativo donde establece situaciones especiales en donde el trabajador le corresponde su remuneración con la sola puesta a disposición de su fuerza de trabajo, y no solamente con una prestación efectiva de labores.

TERCERO: El proceso constitucional de amparo es la vía correcta para reclamar las remuneraciones devengadas derivadas de una reposición en el mismo proceso, por cuanto su finalidad es restituir las cosas al estado anterior de la violación, es decir, restituir todos los derechos del trabajador antes del despido, ello incluye las remuneraciones devengadas.

CUARTO: El artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR sobre el pago de las remuneraciones devengadas de un despido nulo, tiene la misma naturaleza jurídica que la declaratoria de nulidad del despido en la vía constitucional, por cuanto genera efectos jurídicos extintivos del acto de despido y corresponde la restitución del derecho retrotrayendo sus efectos hasta el momento de su celebración por nulidad absoluta.

QUINTO: La naturaleza jurídica de la reposición reside en el carácter constitucional de la protección de los derechos constitucionales del trabajador en el ejercicio de la relación laboral, puesto que, como consecuencia de que el empleador usa el despido como vehículo para la lesión de los plenos derechos constitucionales del trabajador, la eficacia reparadora deviene en reponer las cosas al estado anterior de la lesión, esto es, la debida reposición del trabajador a su centro de labores, con pleno ejercicio de todos sus derechos antes del despido ilícito.

SEXTO: El contenido constitucional del derecho a la remuneración se encuentra en su carácter equitativo conforme a la dignidad humana, siendo el Estado el órgano protector, sin embargo, al negarle al trabajador el pago de sus remuneraciones devengadas derivas de un despido lesivo de derechos constitucionales se está afectando el principio-derecho de la

persona como la dignidad humana, al que se reducen todos los derechos fundamentales.

SETIMO: Conforme al artículo 55° inciso 2 del Código Procesal Constitucional es posible que el juez del proceso de amparo declare la nulidad del despido lesivo de derechos constitucional, retrotrayendo sus efectos hasta la celebración del acto jurídico.

OCTAVO: El despido lesivo de derechos constitucionales es contrario a las normas de orden público por contravenir la norma imperativa contenida en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, presupuesto necesario para que se declare la nulidad absoluta del despido, conforme al artículo 219° inciso 8 del Código Civil.

NOVENO: La indemnización por despido arbitrario es una forma de reparación tasada que incluye los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo incompatible una doble reparación a través de una indemnización por daños y perjuicios, salvo que exista un daño adicional que no se haya reparado.

DÉCIMO: Sabiendo que la indemnización por despido arbitrario y la reposición son dos formas de reparación ante un despido abusivo, pero excluyentes una de otra, no es compatible con el derecho que el juez

constitucional otorgue al trabajador, despido inconstitucionalmente, la reposición y pretenda que el trabajador en otra vía busque satisfacer su derecho a las remuneraciones devengadas a través de una indemnización por daños y perjuicios, cuando en nuestra legislación se permite el pago de las remuneraciones devengadas en el mismo proceso de amparo como derecho restitutorio.

RECOMENDACIONES

- El pago de las remuneraciones devengadas derivas de un proceso de amparo, puede ser modificado sustancialmente, en su concepto y sistema de aplicación, puesto que no existe norma específica en el que ordene su pago, siendo necesario la aplicación de normas laborales.
- Recomendamos modificar el artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, que prescribe “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 períodos 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.”, el mismo que en adelante deberá ser:

Artículo 40°:

“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido o cualquier otro proceso que declare la nulidad del mismo, el juez ordenará 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.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.”

- Exhortar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República que emita un pleno jurisdiccional en materia constitucional para que proceda el pago de las remuneraciones en el proceso de amparo, así como al Tribunal Constitucional se pronuncie indicando un nuevo precedente vinculante donde resuelva a favor de otorgar dicho pago en los procesos de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Abad, S. B. (2008). *El proceso constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
2. Alonso, M. (1981). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid: Ariel.
3. Arce, E. (2006). *Nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. Lima: Ara.
4. Arce, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.
5. Arévalo Vela, J. (2005). *Derecho colectivo del trabajo*. Lima: Grijley.
6. Arévalo Vela, J., & Ávalos Jara, O. (2007). *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Lima: Grijley.
7. Ávalos, O. V. (2012). *El amparo laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
8. Blancas, C. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. Blancas, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: Jurista Editores.
10. Castillo, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.
11. Chanduví, V. (2003). *El comerciante y los actos de comercio*. Trujillo: Nuevo Norte.
12. Dromi, J. R. (1986). *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Madrid: Grouz.
13. Gómez, F. (2000). *El contrato de trabajo parte general*. Lima: San Marcos.

14. Grisolia, J. (2000). *Régimen indemnizatorio en el contrato de trabajo*. Rosario: Nova Tesis.
15. Grisolia, J. (2004). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Depalma.
16. Guerrero Figueroa, G. (2005). *Derecho colectivo del trabajo*. Bogotá: Leyer.
17. Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: PUCP.
18. Haro Carranza, J. E. (2005). *Derecho individual del trabajo*. Lima: Rao.
19. Haro Carranza, J. E. (2009). *Derecho colectivo del trabajo*. Lima : Ediciones Legales.
20. Jana, A. (2003). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En M. Alegre, A. Jana, & D. Bonilla, *Los derechos fundamentales* (págs. 53-70). Buenos Aires: Del puerto.
21. Jellinek, G. (2005). *Teoría general del estado*. (F. De los Ríos, Trad.) Montevideo-Buenos Aires: B de F.
22. Marcenaro, R. A. (2009). *Los Derechos Laborales de Rango Constitucional*. Lima: Pontificie Universidad Católica del Perú.
23. Mendoza, M. (2009). *Derechos fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima : Grijley.
24. Mirolo, R. (2003). *Curso del derecho individual del trabajo y de la seguridad social*. Córdoba: Advocatus.
25. Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
26. Ortecho, V. (2008). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Rodhas.

27. Ortecho, V. (2011). *Los derechos humanos. Su desarrollo y protección*. Trujillo: BLG.
28. Rodriguez, F., & Quispe, G. (2009). *La extinción del contrato de trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.
29. Rose, C. (2003). ¿Quién es responsable por los derechos fundamentales? En M. Alegre, R. Carol, & D. Bonilla, *Los derechos fundamentales* (págs. 71-87). Buenos Aires: Del puerto.
30. Rubio Correa, M. (1992). *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima: PUCP.
31. Rubio, V. (2004). *Derecho individual del trabajo*. Santa Fe: Culzoni.
32. Schimidt-Assmann, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. (J. Barnés, Trad.) Madrid: Marcial pons.
33. Schmitt, C. (1994). Los derechos constitucionales. En C. Blancas, C. Landa, & M. Rubio, *Derecho constitucional general* (pág. 500). Lima: Fondo editorial PUCP.
34. Vidal Ramirez, F. (1998). *Tratado del Derecho Civil*. Lima: UNSM.
35. Vidal Ramirez, F. (2007). *La nulidad del acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

REVISTAS

36. Chávez, F. (2012). Pago de remuneraciones devengadas a través de un proceso de amparo. *Soluciones Laborales N° 51*, 69-68.
37. Toyama, J., & Higa, A. (2013). Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido. *Soluciones Laborales*, 13-22.

PÁGINAS WEB

38. "La jurisdicción y competencia en los procesos laborales" (n. d.)
Extraída el 08/04/2014 desde:
<http://www.caballerobustamente.com.pe/plantilla/lab/ecb210309.pdf>

ANEXOS