

**Remuneraciones
devengadas
y despido
inconstitucional:
Análisis de
los criterios
jurisdiccionales
en los últimos 25
años en el Perú**

▶ VÍCTOR ANTONIO CASTILLO LEÓN



Palacio de Justicia.

Sede de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Archivo de la Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional del Poder Judicial



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 6, n.º 9, enero - junio, 2025
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2025.v6n9.05



Remuneraciones devengadas y despido inconstitucional: Análisis de los criterios jurisdiccionales en los últimos 25 años en el Perú

**Accrued remunerations and unconstitutional
dismissal: Analysis of jurisdictional criteria in the
last 25 years in Peru**

Víctor Antonio Castillo León

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)

vcastillo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8226-7283>

Resumen: El presente artículo trata de la reparación económica del despido inconstitucional establecido jurisdiccionalmente. El autor hace un recuento de los diferentes criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema en los últimos 25 años; y concluye en la necesidad de revalorar la técnica laboral de los devengados, establecida por el artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral —en adelante LPCL—, como el

* Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Docente de la Academia de la Magistratura. Docente Universitario. Representante Titular del Poder Judicial ante la Comisión Nacional de Lucha contra el Trabajo Forzoso. Juez Supremo Titular y Presidente de la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

mecanismo reparador estándar, tal como ocurre en otros sistemas jurídicos laborales comparados.

Palabras clave: *despidos lesivos de derechos fundamentales, jurisprudencia constitucional, jurisprudencia casatoria, remuneraciones y beneficios dejados de percibir, indemnización por daños y perjuicios.*

Abstract: The article deals with the economic compensation for unconstitutional dismissal established jurisdictionally. The author recounts the various criteria adopted by the Constitutional Court and the Supreme Court over the past 25 years and concludes the necessity of reassessing the labor technique of accruals, established by article 40 of the Productivity and Labor Competitiveness Law, like the standard reparatory mechanism, akin to practices observed in other comparative labor legal systems.

Key words: dismissals harmful to fundamental rights, constitutional jurisprudence, cassation jurisprudence, salaries and benefits lost, compensation for damages.

RECIBIDO: 05/04/2024

APROBADO: 22/11/2024

REVISADO/ARBITRADO: 21/11/2024

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

Por tanto, teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuibles al trabajador, corresponde, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades, que este Tribunal ordene dichos pagos, tanto por razones de economía procesal como de justicia material.

Tribunal Constitucional Peruano (2022)¹

1. Introducción

La justicia laboral concreta los valores iusfundamentales de la tutela jurisdiccional de los derechos y su decisiva dimensión social —Cláusula de Estado Social— (Blancas, 2010, p. 55), uno de los pilares del moderno Estado Constitucional de Derecho (Paredes, 1997, p. 42). Esa justicia especializada no es ajena a los problemas y dilemas que surgen del devenir de su jurisprudencia. Si bien es cierto, la Corte Suprema está llamada a cumplir un rol protagónico en la creación de jurisprudencia², ese alto propósito es todavía una agenda pendiente en el ámbito de la jurisprudencia laboral, la cual, no ha avanzado lo suficiente en la fijación de doctrinas jurisprudenciales y precedentes casatorios que den seguridad jurídica y sirvan de guía segura a los estratos inferiores del sistema de justicia laboral. Aunque no podemos dejar de reconocer algunos esfuerzos, a través de plenos supremos³, sentencias con vocación de doctrinas judiciales⁴ o el caso del reciente Primer Pleno Casatorio Laboral⁵.

Prima facie diríamos que si la jurisprudencia ya ha logrado un consenso sobre una determinada cuestión, ya no valdría la pena volver a remover sus presupuestos o premisas fundamentales, sin embargo, tal unicidad no parece ser razón suficiente para desatender su revisión y crítica, si como parece ser, en el presente caso, son demasiadas las voces especializadas, tanto desde la doctrina científica⁶, como también ahora, desde la jurisprudencia

1 Véase el fundamento 21 de la Sentencia 254-2002, del 22 de julio de 2022, expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional en el expediente 2748-2021-PA/TC.

2 Líneas jurisprudenciales uniformes, que garanticen la igualdad ante el derecho revelado en los precedentes. (Taruffo, et al, 2016, p. 211).

3 Verbi gracia, el X Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, de fecha 19 de diciembre de 2022.

4 Vid. Casación laboral 18491-2019-Lima, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha fijado como doctrina jurisprudencial, en los casos en los que el trabajador alegue la existencia de un contrato de trabajo respecto de la empresa principal o usuaria, sea por aplicación del principio de primacía de la realidad o por desnaturalización de la intermediación y/o tercerización laboral, únicamente tendrá legitimidad para obrar pasiva la empresa usuaria, como regla general.

5 Sobre el régimen de los obreros municipales, casación laboral 32846-2022-Huánuco.

6 Vid. "El Despido en el Derecho Laboral Peruano" (Blancas, 2022, pp. 550-578.), el artículo "El Pago de las

constitucional⁷, nos indican que el camino elegido no es el apropiado. Ello amerita volver la mirada a lo que parece “superado” y ensayar un análisis alternativo, desde la Academia y, ojalá también desde la propia Corte Suprema, que tiene abierto el camino del *overruling*⁸ como salida disruptiva y a la vez correctora, frente a una situación que, con el tiempo, no hace más que empeorar.

2. Derecho civil y derecho del trabajo

El derecho del trabajo es consecuencia, en perspectiva histórica y disciplinaria, de un desgajamiento del derecho civil (De Buen, 1997, p. 121), pero en su devenir, una vez que adquirió autonomía, se consolidó como un conjunto coherente de normas legales, principios y valores que conforman un plexo sólido y especial, que solamente admite la intervención del derecho civil que lo prohijó, ante la insuficiencia regulatoria del primero o cuando nos encontramos en ausencia de técnicas y remedios que permitan encontrar soluciones dentro de la propia disciplina laboral (Mascaro, 1999, p. 63). En tal caso, y siempre que no se advierta incompatibilidad entre la norma supletoria y la norma suplida⁹, recién podremos ensayar la posibilidad de recurrir a las instituciones del derecho civil¹⁰. Neves (2018) señala:

En la relación de supletoriedad, tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria. (p. 159)

Remuneraciones Devengadas en el caso de Reposición Dispuesta en el Proceso de Amparo” (Blancas, 2013, p. 17), el artículo “La Reposición y la Naturaleza de los Conceptos Devengados: ¿Remunerativos o Indemnizatorios? (Fernandez, 2017, pp. 48-53) y las disertaciones de Vinatea Recoba y Neves Mujica en la audiencia pública del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional de 2016 (Justicia TV, 10 min: 51 seg).

- 7 Por citar algunos ejemplos, expediente 878-2022-PA/TC (de fecha 25 de julio de 2023), expediente 2748-2021-PA/TC (de fecha 22 de julio de 2022), expediente 3497-2021-PA/TC (de fecha 24 de noviembre de 2022), expediente 2746-2018-PA/TC (de fecha 22 de noviembre de 2022), y expediente 1541-2022-PA/TC (de fecha 23 de febrero de 2024).
- 8 La técnica del *Overruling* permite cambiar un precedente en su “núcleo normativo” aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que se va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideran como válidas (Fd. 5, expediente 3361-2004-AA/TC).
- 9 Regla que se aplica a falta o defecto de regulación del mismo supuesto de hecho en otra norma o normativa. En el caso de la supletoriedad solo existe una norma aplicable, es decir, la norma supletoria. Y usualmente la supletoriedad se aplica entre derecho común (Código Civil) y derecho especial (norma laboral) (Arce, 2019, p. 263).
- 10 Artículo IX. Aplicación Supletoria del Código Civil.
Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

En las líneas que siguen, defenderemos la tesis según la cual, la aplicación supletoria de la teoría de la responsabilidad civil, para abordar las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales distintos al nulo, corriente jurisprudencial adoptada a partir del año 2010¹¹, contraría a las bases institucionales del derecho del trabajo y del propio servicio jurisdiccional laboral, en tanto, no es que haya ausencia de regulación en la norma especial, pues sí la hay. Porque utilizar los daños y perjuicios contraviene sus principios y fundamentos. Y, además, la opción encarece el control judicial del despido con fines reparatorios, incentivando la elevación de la carga procesal y la duración de los procesos laborales.

Sabemos que la diferencia esencial entre aquellos dos campos del derecho (civil y laboral) se encuentra en el imperativo protector del derecho del trabajo, a diferencia del derecho civil, por regla general igualador, merced a su carácter básicamente patrimonial (Plá, 1998, p. 61). Todas las instituciones, principios y fundamentos del derecho laboral tienen esa vocación protectora¹². También poseen esta cualidad las normas laborales¹³ que integran el ordenamiento jurídico del trabajo en el Perú. Está demás decir que, este complejo plexo normativo y dogmático es producto de un lento proceso de maduración y sedimentación de sus diferentes fuentes, en especial la dogmática y la jurisprudencia laboral, dentro de cuyo ámbito es importante incluir a los pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional, sobre todo de los dos primeros lustros de ese siglo, que derivaron en un auténtico redimensionamiento de las bases institucionales del derecho del trabajo peruano (Sanguinetti, 2008, p. 76).

Esta maduración institucional, es la que nos impone el deber ético y epistemológico de retomar discusiones que parecen superadas, pero que, a la larga, terminan afectando la disciplina en su conjunto. Se entiende que, tal es el caso del viraje jurisprudencial producido en el año 2010, cuando se opta por los daños y perjuicios y se deja de lado los devengados, dispuestos por el artículo 40 de la LPCL, para resarcir las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales distintos al despido nulo, contemplado en el artículo 29 de la LPCL.

11 Como se abundará *infra*, con la emisión de la Casación 2712-2009-Lima, de fecha 23 de abril de 2010, la Corte Suprema rechaza el pago de remuneraciones devengadas, bajo el argumento que no existe nulidad de despido y no existe prestación efectiva de servicios, durante el período del despido.

12 Verbigracia (v.g.), los principios: protector, de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad.

13 V.g., la ley de CTS, en su Texto Único Ordenado del Decreto Supremo 001-97-TR o el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según el cual, la prestación de servicios personal, subordinada y remunerada, configura una relación obligacional, sobre la que recaen múltiples derechos y prestaciones sociales a favor del laborante.

3. El estado de cosas antes del 2010

Hasta antes del año 2010, era pacífico en la jurisprudencia laboral reparar las consecuencias económicas del despido inconstitucional distinto al nulo, mediante la utilización del artículo 40 de la LPCL. Por ejemplo, en la casación 1458-2003-Lima, se estableció que, al haberse restituido el derecho y repuestas las cosas al estado anterior al cese, implicaba que los efectos de la relación laboral también debieran ser restablecidas automáticamente; siendo así, el tiempo que el demandante estuvo fuera del empleo, debía reconocerse como tiempo efectivamente laborado, correspondiéndole al trabajador los derechos y beneficios que dejó de percibir¹⁴.

Con la Constitución de 1993 y la instalación del Tribunal Constitucional, pronto se empezaron a estimar demandas de amparo que denunciaban la lesión de derechos fundamentales con motivo del despido¹⁵. Pero, el Tribunal Constitucional se negó a estimar los pedidos de devengados por el tiempo del despido, en la vía del amparo, con argumentos como los siguientes: i) el pago de remuneraciones solo procede cuando existe prestación efectiva del servicio¹⁶, ii) el pago de remuneraciones dejadas de percibir es de naturaleza indemnizatoria y no reparatoria, por lo que debe hacer valer su derecho en la vía correspondiente¹⁷ y, iii) la disposición de reponer al trabajador indebidamente cesado, posibilita disponer la cuantificación del periodo no laborado para efectos pensionables, pero no supone el reconocimiento remunerativo por un trabajo no realizado¹⁸.

Los trabajadores iniciaron procesos laborales sobre pago de remuneraciones devengadas ante la vía ordinaria laboral, invocando el artículo 40 de la LPCL, para reclamar aquello que se les negaba en la vía del amparo, pues, si bien se disponía la reposición del trabajador, se les denegaba en esa vía el pago de las consecuencias económicas del despido. Como se puede apreciar de las glosas anteriores, el criterio del Tribunal Constitucional tuvo dos momentos, primero afirmó que solo se paga remuneraciones por trabajo efectivo, mientras que, en un segundo momento, centró su argumentación en la naturaleza indemnizatoria del pedido y, por tanto, en la inidoneidad de la vía de amparo para su abordamiento judicial, dada su conocida sumariedad. Sin embargo, ningunas de las posturas adoptadas por el Tribunal Constitucional

14 Mismo criterio véase en la Casación 044-2002-Lima y Casación 496-2005-Lima.

15 V.g. Expediente 469-99-AA/TC (de fecha 12 de noviembre de 1999), Expediente 1043-98-AA/TC (de fecha 7 de enero de 2000), Expediente 019-98-AA/TC (de fecha 28 de septiembre de 1999), y Expediente 673-99-AA/TC (de fecha 30 de septiembre de 1999).

16 Vid., Sentencia 1112-1998-AA/TC y Sentencia 725-1998-AA/TC.

17 Vid. Sentencia 849-2002-AA/TC, Sentencia 1116-2002-AA/TC y Sentencia 2139-2003-AA/TC.

18 Vid. la Sentencia 1450-2001/AA/TC.

se fundamentaron en algún principio o valor constitucional, de donde, es fácil colegir que no tienen la calidad de doctrina jurisprudencial que permita inferir su carácter vinculante, en el sentido normado por el artículo VII¹⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La jurisprudencia casatoria de la época abordó correctamente el problema, desatendiendo la denegación de los devengados efectuada por el Tribunal Constitucional. La doctrina casatoria resultante se expresó en múltiples pronunciamientos, como el recaído en la Casación 1586-2004-Lima²⁰, en la cual, se ordenó pagar devengados del artículo 40 de la LPCL, a pesar de que la reposición no se fundó precisamente en el despido nulo del artículo 29 de la LPCL, sino en un despido inconstitucional discernido en un proceso de amparo. Así, la Corte Suprema expresó: i) el objeto de acción de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho; ii) el cese indebido significa que no solo involucra la reposición del trabajador, sino también, el pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir por el periodo que duró el cese indebido; iii) razonar en sentido contrario, implicaría no solo desconocer los efectos relacionados con el principio de continuidad, sino permitir que los empleadores puedan destituir indebidamente a sus trabajadores; iv) el lapso de tiempo dejado de laborar por el trabajador se configura como suspensión imperfecta del contrato de trabajo, lo que implica el pago de la remuneración sin contraprestación efectiva de los labores; v) el artículo 40 de la LPCL no vincula el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir únicamente a la nulidad de despido del régimen privado, en tanto, en la vía de amparo también se pueden lograr los mismos efectos, porque, el cese del actor, en ambos procesos, carece de validez; v) la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo del Estado, entonces, la tutela y el respeto a los derechos fundamentales derivados de la relación laboral, como: al trabajo, a la percepción de remuneraciones, y otros, surgen ante situaciones cuya responsabilidad del cese le sea atribuible al empleador, vi) el Tribunal Constitucional ha concluido que, las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, generando el cobro de remuneraciones devengadas a una pretensión indemnizatoria; pero, tratándose de un proceso de cognición, que cuenta con una etapa probatoria, no impediría que el trabajador cesado indebidamente pretenda

19 Código Procesal Constitucional

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional
(...)

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

20 Emitida el 7 de noviembre de 2005, proceso seguido por Hilda Mercedes Pachas Crisóstomo contra Telefónica del Perú S.A.A.

el pago de remuneraciones devengadas; y vii) debe reconocerse el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir por el periodo que duró el cese indebido, con excepción de aquellos conceptos que serán percibidos solo bajo la condición de una prestación real y efectiva de labores.

En esta sentencia, la Corte Suprema advertía con agudeza, que el Tribunal Constitucional no había zanjado la cuestión como supremo intérprete de la Constitución, dado que nunca esgrimió argumento iusfundamental para sustentar su afirmación, según la cual, el talante indemnizatorio del pedido de devengados, resulta incompatible con el carácter urgente de la vía del amparo. Siendo así, la Corte Suprema no reconoció en este criterio una doctrina jurisprudencial obligatoria, encontrando el espacio propicio para desarrollar una auténtica doctrina jurisprudencial casatoria, como vértice de cierre del sistema judicial ordinario, a la luz de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹ —LOPJ—, según el cual, constituyen doctrina obligatoria las sentencias casatorias que fijan principios jurisprudenciales.

De otro lado, la Corte Suprema, honrando su condición de supremo intérprete de la Constitución y de la ley en la jurisdicción ordinaria (Priori, 2017, p. 199), resolvía de la mejor forma el problema jurídico que el caso planteaba, en el sentido que la adecuada reparación económica de un despido inconstitucional, se obtenía a través de los devengados del artículo 40 de la LPCL, aplicable a todo despido nulo, tanto el de configuración legal, como los distintos despidos inconstitucionales “creados” jurisprudencialmente²²; de modo tal que el juez, verificado el supuesto de hecho de la norma (la declaración judicial de un despido inconstitucional o nulo), está autorizado para ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, desde la fecha en que se produjo el despido, con deducción de los períodos de inactividad no imputables a las partes.

Esta interpretación del artículo 40 de la LPCL es esencialmente correcta, porque la doctrina laboral y constitucional es unánime en considerar que, en puridad, todo despido inconstitucional, precisamente por lesionar derechos fundamentales, es radicalmente nulo (Blancas, 2022, p. 418), en tanto, la *norma normarum* no puede tolerar otra solución que no sea la nulidad absoluta del acto transgresor, dada precisamente la naturaleza y envergadura del acto lesivo. Por ello, la Corte Suprema, hizo bien en interpretar que la frase

21 Artículo 22. Carácter vinculante de la Doctrina Jurisprudencial

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento (...)

22 El despido incausado (Sentencia 1124-2001-AA/TC), despido fraudulento (Sentencia 976-2001-AA/TC) y el lesivo de derechos fundamentales (Sentencia 3169-2016-PA/TC).

“demanda de nulidad de despido” del artículo 40 de la LPCL, era el género y no la especie, de modo que, la consecuencia jurídica de la norma (el pago de devengados) era transversal a todo despido inconstitucional con derecho a la reinstalación en el puesto.

Estamos pues frente al carácter restitutorio de toda decisión jurisdiccional que determina la lesión de un derecho fundamental, a partir de su “radical” anulación²³. Así, atendiendo a la gravedad de los bienes jurídicos afectados (en última instancia la entidad óntica del contrato de trabajo), la única forma jurídica de restituir el derecho conculcado, pasa por reconocer el tiempo del despido como una suspensión imperfecta del contrato de trabajo (Toyama, 2020, pp. 528-529), lo que supone jurídicamente, reconocer la cesación únicamente de algunos efectos del contrato de trabajo, en proporción directa a la naturaleza ilícita del acto transgresor (el despido inconstitucional), pero no aquellas prestaciones surgidas del contrato de trabajo e incumplidas a raíz de un hecho atribuible al perpetrador del acto inconstitucional, tal el caso de las remuneraciones dejadas de percibir o devengados.

Además, muy bien hizo la Corte Suprema en la sentencia comentada, en no hacer “cuestión de estado” frente al argumento deslizado por el Tribunal Constitucional, sobre la naturaleza indemnizatoria del pedido de devengados en la vía del amparo, en principio, porque tal afirmación no es necesariamente falsa. En efecto, en la doctrina de la responsabilidad civil, no es lo mismo resarcimiento que indemnización. Resarcimiento alude a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa, siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil; sin embargo, la idea de indemnización, supone la compensación de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico (Beltrán, 2010, como se citó en Quispe, 2021). Aproximando esta distinción conceptual al artículo 40 de la LPCL, cuando prescribe que el juez ordenará el pago de remuneraciones dejadas de percibir ante la ocurrencia de un despido inconstitucional, en puridad, no está fijando un resarcimiento, sino una indemnización laboral específica, porque la norma en mención, claramente manda compensar la contingencia del despido inconstitucional mediante el pago de lo devengado durante el período que duró el despido, sin exigir que se pruebe, o siquiera que se alegue cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, vale decir, el hecho dañoso, el factor de atribución, la relación de causalidad o el carácter antijurídico del despido. Nada de esto es necesario para el artículo 40 de la LPCL. Es

23 El estatuto español de los trabajadores, en su artículo 55, numeral 6, se refiere al “despido radicalmente nulo”, en los siguientes términos: “el despido nulo, tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

suficiente la ocurrencia del despido inconstitucional, para que derive en la consecuencia prevista de los devengados, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputable a las partes. Y esto no es raro, ni extraño en los predios laborales, porque como lo señaló Vinatea Recoba (2016) en la audiencia pública del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional:

La tradición legislativa en todas las normas que históricamente han regulado las consecuencias económicas del despido arbitrario en el Perú, ha sido indemnizatoria, en el sentido de haber establecido el pago de remuneraciones, como indemnización reparadora del daño producido por el despido. Tampoco se contraponen a reconocer la naturaleza indemnizatoria de las remuneraciones devengadas, el hecho que la propia norma laboral establece que el periodo dejado de laborar por el trabajador será considerado como trabajo efectivo “para todos los fines”. (Justicia TV, 14 min, 40 s)

En recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional²⁴, al emitir decisiones estimatorias en procesos de amparo, y luego de declarar la existencia de un despido lesivo de derechos fundamentales (cuyo género, sin duda, es el despido nulo, como bien lo dejó establecido la Corte Suprema en la sentencia arriba transcrita), ha ordenado que, en ejecución de sentencia —del proceso de amparo—, se paguen al trabajador las remuneraciones devengadas previstas en la LPCL. En su fundamentación, el Tribunal Constitucional reconoce que son las remuneraciones devengadas, la técnica indemnizatoria estándar para reparar las consecuencias económicas del despido inconstitucional, citando literalmente el artículo 40 de la LPCL, y para mejor seña, cita también sendas normativas de sistemas legales extranjeros, donde con distintas denominaciones, usan las remuneraciones devengadas como la herramienta idónea para reparar las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales²⁵.

4. Cambio de criterio

La Corte Suprema, a partir del año 2010²⁶, cambia de criterio y niega el pago de remuneraciones devengadas en los despidos inconstitucionales

24 Cfr. cita al pie número 7.

25 El Tribunal Constitucional ha dicho:

“Ordenar el pago de las remuneraciones devengadas es una práctica habitual en el derecho comparado. Así el Tribunal Constitucional español, cuando califica el despido de una embarazada como nulo, por discriminatorio (SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo), esa declaración de nulidad comporta la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como abonar los salarios de tramitación, que son el equivalente a las remuneraciones devengadas en nuestro país. Criterio similar sigue la Corte Constitucional de Colombia, la que añade, en estos casos, el pago de la indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de este país (T - 236-04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11). Finalmente, en Chile, rige similar protección los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador”.

26 Con la Casación 2712-2009-Lima.

distintos al despido nulo, tendencia jurisprudencial que se ha reforzado en múltiples pronunciamientos, en los que se han esgrimido argumentos como los siguientes: i) los procesos de amparo y de nulidad de despido, tienen naturaleza jurídica distinta, en tanto, el proceso de amparo busca la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que, el proceso por nulidad de despido persigue la nulidad²⁷; ii) la reposición del trabajador dispuesta en un proceso de amparo, implica restaurar la continuidad de la relación laboral en adelante y no crea una ficción retroactiva de labores que genere el pago de remuneraciones devengadas²⁸; iii) el proceso de amparo satisface la tutela restitutoria; sin embargo, no genera la obligación de pago de remuneraciones por el periodo no laborado efectivamente²⁹; iv) el artículo 40 de la LPCL, no resulta aplicable, ni por extensión interpretativa ni por analogía, en tanto sus efectos se limitan a casos de nulidad de despido, regulados en los artículos 29 y 40 de la LPCL³⁰; v) la existencia de un periodo de inactividad por un despido inconstitucional, no se encuentra previsto como supuesto de suspensión imperfecta, conforme lo regulado en el artículo 11 de la LPCL³¹; vi) no corresponde el pago de remuneraciones devengadas, porque la remuneración se otorga como contraprestación a la labor efectiva³²; vii) las entidades del Estado que tienen un presupuesto asignado por los ingresos ordinarios del Presupuesto General de la República, se encuentran prohibidos por ley expresa al pago de remuneraciones por periodos no laborados³³; y viii) la norma no prevé el pago de remuneraciones devengadas en los procesos de despido incausado y despido fraudulento, debiendo solicitar daños y perjuicios en la vía correspondiente³⁴.

5. Plenos Jurisdiccionales en el mismo sentido

Este cambio de criterio jurisprudencial, también se ha visto expresado en varios acuerdos plenarios jurisdiccionales, supremos y superiores, los cuales, si bien es cierto no tienen carácter vinculante³⁵, sí poseen una importante fuerza persuasiva, cuyas principales ratios son las siguientes: i) el órgano competente

27 Vid. Casación 2712-2009-Lima y Casación 992-2012-Arequipa.

28 Vid. Casación 2712-2009-Lima.

29 Vid. Casación 8358-2014-Lima.

30 Vid. Casación 5453-2013-La Libertad, Casación 6312-2013-La Libertad, Casación 2235-2013-La Libertad, Casación 16807-2016-La Libertad y Casación 16607-2016- Del Santa.

31 Vid. Casación 2235-2013-La Libertad.

32 Vid. Casación 19557-2015-Lima.

33 Vid. Casación 19557-2015-Lima.

34 Vid. Casación 11302-2014-Lima.

35 Por ser anteriores a la expedición de la Ley N.º 31591, del 27 de octubre de 2022, a partir de esa fecha, los plenos jurisdiccionales supremos sí son obligatorios.

para conocer las pretensiones de reposición por despido incausado y despido fraudulento es el Juzgado Especializado de Trabajo, conforme al numeral 2, del artículo 2 de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (LPT)³⁶; ii) en los casos de despido fraudulento y despido incausado, el trabajador, además de tener derecho a la reposición, podrá acumular simultáneamente el pago de daños y perjuicios (daño emergente, daño moral y lucro cesante), que sustituye a las remuneraciones dejadas de percibir³⁷; iii) es improcedente la solicitud de pago de remuneraciones devengadas, en tanto, el proceso de amparo y la nulidad de despido, tienen naturaleza jurídica distinta³⁸; iv) en los casos de despido incausado y fraudulento, la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir. El daño moral se presume, fijando el *quantum* indemnizatorio conforme el artículo 1332 del Código Civil³⁹; v) el lucro cesante derivado del despido incausado y fraudulento debe entenderse como los ingresos dejados de percibir como consecuencia del despido y no como remuneraciones dejadas de percibir, debiendo acreditarse y deducirse los ingresos percibidos por los servicios realizados en el periodo del cese⁴⁰; y vi) el daño moral deberá acreditarse y solo deberá presumirse en aquellos casos que, además de vulnerarse el derecho al trabajo, lesionen derechos fundamentales relacionados con la personalidad. La cuantificación será a partir de la prueba aportada, parámetros o criterios y, en ausencia de estos, se aplicará el artículo 1332 del Código Civil⁴¹ —en adelante CC.

Como se puede apreciar, recurrir a los daños y perjuicios civiles para resarcir el daño derivado de un despido incausado o fraudulento⁴², es una idea que se ha generalizado en la jurisprudencia nacional, a partir de la emisión de la casación 2712-2009-Lima⁴³, criterio que, incluso, ha sido asumido en el V Pleno Supremo Laboral y Previsional, que se acaba de citar. En suma, a partir del 2010, la doctrina casatoria dominante, indica que el despido inconstitucional es un hecho dañoso resarcible en su doble dimensión, patrimonial y extrapatrimonial, descartando de plano los devengados del artículo 40 de la LPCL.

36 II Pleno Supremo en Materia Laboral Lima - 2014.

37 V Pleno Supremo en Materia Laboral y Previsional Lima - 2016.

38 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral Lima - 2015.

39 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Chiclayo - 2018.

40 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Tacna - 2019.

41 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Tacna - 2019.

42 O en general, un despido que amerite tutela restitutoria distinto al despido nulo, previsto en el artículo 29 de la LPCL.

43 Glosada *supra*.

6. ¿Devengados o daños y perjuicios?

Los daños y perjuicios (mecanismo reparador del daño de naturaleza eminentemente civil) tienen por finalidad —exclusiva— la reparación económica del daño —patrimonial o extrapatrimonial—, sea en el supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, desde una perspectiva del derecho común. Y es que en el CC (en el supuesto de la responsabilidad contractual) no existe ningún supuesto normativo que tenga efectos similares a los del contrato de trabajo (remuneración —no contraprestación⁴⁴—, continuidad laboral, adecuada protección contra el despido, seguridad social).

Esta no es la mejor solución, vista desde la Constitución Laboral, porque la posibilidad de recurrir al artículo 1321 del CC, queda relegada a un segundo plano, precisamente por el artículo 40 de la LPCL, según el cual:

Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad 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.

Esta norma prima por especificidad frente al artículo 1321 del CC, según el cual:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Es decir, tanto el derecho laboral como el derecho civil proporcionan herramientas para tutelar el daño; sin embargo, el daño causado como consecuencia de un despido inconstitucional posee un mecanismo reparador especial, a través del pago de remuneraciones devengadas (artículo 40 de la LPCL), aplicable a todo despido inconstitucional. Así las cosas, el lucro cesante (artículo 1321 del CC) no resulta ser la norma que *prima facie* reclama su aplicación, por ser una técnica reparadora general, ante la existencia de otra técnica reparadora *ad hoc*.

Así lo entiende también ahora el propio Tribunal Constitucional, el cual, en un auténtico y silencioso *overruling*, ha establecido no solamente que no hay inconveniente en que los devengados se liquiden y paguen en el propio proceso de amparo, sino que, además, ha invocado expresamente

44 Esto por cuanto, si bien la remuneración es la contraprestación económica a favor del trabajador por la puesta a disposición de la actividad de trabajo; no toda contraprestación económica por los servicios subordinados, es remuneración (contrato de locación de servicios).

como fundamento de dicha condena, el artículo 40 de la LPCL, cuando en la Sentencia 2748-2021-AA/TC se señala que:

21. Por tanto, teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuible al trabajador, corresponde, en aplicación al principio de igualdad de oportunidades, que este Tribunal ordene dichos pagos, tanto por razones de economía procesal como de justicia material.

Es decir, el supremo intérprete de la Constitución, en fecha relativamente reciente, considera que sí es posible aplicar el artículo 40 de la LPCL a despidos inconstitucionales distintos a los previstos en el artículo 29 de la LPCL; más todavía, dispone el pago de las remuneraciones devengadas en el propio proceso de amparo, superando su anterior criterio que señalaba la imposibilidad de hacerlo por la sumariedad de los procesos urgentes; y, dejando sentado que lo esencial para mandar pagar devengados, es la determinación judicial del carácter inconstitucional del despido, en tanto, “los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico”⁴⁵.

De este modo, el nuevo criterio del Tribunal Constitucional, reiterado en otros expedientes, entre ellos, la Sentencia 320/2023 y el Expediente 878-2022-PA/TC, coincide con la doctrina casatoria anterior al *overruling* del año 2010, ampliamente descrita *supra*. Dicho esto, no cabe duda que todo despido incausado, fraudulento y en general, cualquier despido lesivo de derechos fundamentales, una vez determinado judicialmente, sea en un proceso de amparo o en un proceso ordinario laboral, da lugar al pago de remuneraciones devengadas del artículo 40 de la LPCL⁴⁶, conforme a lo establecido en los precedentes Baylón Flores (Sentencia 206-2005-PA/TC) y Ríos Núñez (Sentencia 2383-2013-PA/TC).

Si la jurisprudencia laboral cambió en 2010, trocando los devengados por los daños y perjuicios, guiada por la jurisprudencia constitucional que consideraba inviable pagar remuneraciones devengadas sin la prestación efectiva de los servicios laborales⁴⁷, y porque además atribuía a dichos pagos carácter indemnizatorio⁴⁸, justo es que la jurisprudencia laboral retome la senda del pago de devengados, ahora que el Tribunal Constitucional manda pagar devengados del artículo 40 de la LPCL y dispone que dicho pago se ejecute en el propio proceso de amparo.

Así pues, el presupuesto lógico y jurídico para el otorgamiento de las remuneraciones devengadas del artículo 40 de la LPCL, es la configuración de

45 Vid. Fundamento 23 de la sentencia 2392-2021-PA-TC.

46 En tanto, la diferencia reside únicamente en el cauce procesal, pues a través de ambas vías se alcanza la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, vulnerados por el despido. (Blancas, 2022, p. 557)

47 Cfr. cita al pie 17.

48 Cfr. cita al pie 18.

cualquier despido con lesión de la Constitución. En ese sentido, la sentencia 1124-2001-AA/TC, caso FETRATEL- Telefónica, señaló:

La forma de protección (en los casos de despido encausado o *ad nutum*) no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo.

El artículo 40 de la LPCL resulta ser la técnica idónea para reparar los despidos inconstitucionales con efectos restitutorios, porque proporciona parámetros objetivos y razonables para una adecuada reparación del daño causado, en el marco de un contrato de trabajo, cuyo acto resolutorio constituye precisamente el hecho generador del daño. En ese sentido, el artículo 40 de la LCPL, utiliza parámetros provenientes de la dialéctica laboral, como: i) las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo la compensación por tiempo de servicios, como baremos iniciales para establecer la dimensión patrimonial de las ganancias perdidas por la víctima del daño; ii) el tiempo transcurrido entre el despido y la reposición del trabajador; y, iii) la deducción de los periodos de inactividad no imputables a las partes, lo cual permite al juez laboral realizar un control del *quantum* indemnizatorio, usando la equidad, y evitando que la duración del proceso de reposición, sobre la cual las partes no tienen posibilidad alguna de control, no resulte una fuente de arbitrariedad e inequidad de la decisión indemnizatoria. Así también, el artículo 54 del Decreto Supremo 001-96-TR, establece que:

El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional.

Y, aunque el artículo 40 de la LPCL no lo menciona, la técnica jurídica que entraña, se funda en otras categorías propias del contrato de trabajo, como la suspensión perfecta (artículo 11 de la LPCL) o los múltiples efectos prácticos que supone considerar como “trabajo efectivo para todos los fines”, el período “dejado de laborar por el trabajador”.

Ese efecto, como es evidente, no se logra con el pago al trabajador de una indemnización por daños y perjuicios, en principio, porque esto supone considerar que el contrato de trabajo, durante el tiempo que duró el despido, se suspendió de manera perfecta, y segundo porque, es evidente que la indemnización por daños y perjuicios no tiene naturaleza remunerativa.

La tutela reparadora que proporciona la legislación laboral para indemnizar el daño causado por un despido que lesiona la Constitución, es en consecuencia, adecuada, en la medida que, a diferencia del resarcimiento civil, no solo reconoce el pago de una indemnización por los daños causados

vía remuneraciones devengadas, sino también permite que el tiempo que dura el despido sea considerado como trabajo efectivo para todos los efectos (Avalos, 2010, p. 277).

Es decir, mientras que la técnica laboral permite considerar al tiempo que dura el despido inconstitucional como una suspensión imperfecta del contrato de trabajo, en el caso de la técnica civil no ocurre lo mismo, ya que solo tiene por objeto resarcir el daño en su equivalente en dinero, operando una suerte de suspensión perfecta del contrato de trabajo por el tiempo que duró el despido, solución que no es compatible con la naturaleza laboral del hecho dañoso que se pretende reparar (el despido inconstitucional).

Según la doctrina, la tutela reparadora frente al daño, puede ser en la forma específica o en su equivalente en dinero (responsabilidad civil). Esto último tiene carácter residual, en la medida que opera en los casos en los que no es posible resarcir el daño en su forma específica. Así, Marinoni (2015) refiere: “si la reparación constituye una tutela contra el daño, existen dos formas para su prestación, toda vez que la tutela resarcitoria puede ser concebida en dinero o en la forma específica” (p. 36). Además, agrega:

No es posible confundir el deber de resarcir —el cual es reflejo del daño— con las formas que pueden ser utilizadas para viabilizar el resarcimiento. El resarcimiento puede ser prestado mediante el equivalente en dinero al valor del daño o en la forma específica. (*ibid.* p. 43)

Lo señalado es importante porque, la técnica del artículo 40 de la LPCL constituye, en rigor, una tutela indemnizatoria específica para los casos en los que el trabajador logra su reposición vía proceso judicial; en cambio, la responsabilidad civil sería, en puridad, una técnica residual, aplicable a los casos en los que no es posible un resarcimiento en la forma específica —como ocurriría en los casos de indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional⁴⁹—, en tanto, su objeto es reconocer el pago de una indemnización equivalente al valor del daño.

Si bien es innegable que, actualmente, la posición mayoritaria es la de reconocer el pago de lucro cesante —y también daño emergente, daño moral, daño a la persona e incluso daño punitivo— para reparar los despidos inconstitucionales, una vez ordenada judicialmente la reposición, ello no impide que el trabajador pueda, si así lo considera, optar el artículo 40 de la LPCL, que constituye la técnica específica en el sistema de normas laborales para reparar económicamente a aquel trabajador que es repuesto en su empleo al haberse determinado judicialmente que su despido no tiene

49 En estos casos sí existen normas laborales que consagran expresamente la obligación de resarcir los daños y perjuicios producidos por los infortunios laborales (artículo 53 de la Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

eficacia jurídica por ser inconstitucional. No deberían, por tanto, desestimarse las demandas judiciales de devengados, cuando el trabajador opta por reclamarlos en lugar de los daños y perjuicios⁵⁰.

El V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, no cierra las puertas a que el trabajador pueda accionar el pago de remuneraciones devengadas, pues, en su acuerdo en mayoría señala que, el trabajador “podrá” acumular simultáneamente el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Y si bien, a continuación, aclara que la indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas, en puridad, no prohíbe el ejercicio de la pretensión de devengados, cuando el trabajador no opte por demandar los daños y perjuicios. Dicho V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral posee, además, votos en minoría, los cuales convergen en la siguiente regla: “En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición”.

La virtud de esta postura minoritaria consiste en reconocer la viabilidad del pago de remuneraciones devengadas y, sin desconocer la posibilidad de los daños y perjuicios, en caso de haberse producido un daño civil distinto al agravio constitucional del despido mismo, pero coetáneo y/o relacionado con él. Ciertamente nos gustaría glosar aquí, por lo menos parte de los fundamentos de estos votos singulares, pero, por razones de espacio, nos es prohibitivo; sin embargo, su lectura, in extenso, puede hacerse en la página web del Poder Judicial⁵¹.

En definitiva, los daños y perjuicios han elevado los costos del despido inconstitucional, porque, a diferencia de los devengados, que en buena cuenta equivalen a un lucro cesante civil, las demandas judiciales de daños y perjuicios usualmente acumulan todas las dimensiones pasibles de reparación —daño moral⁵², daño a la persona, daño al proyecto de vida, incluso daño punitivo⁵³. Lo más grave es que no es nimia la tendencia judicial del amparo total o parcial de estas dimensiones colaterales del daño civil. Esto encarece el control judicial del despido y los costos laborales en general, con obvios efectos adversos en el mercado de trabajo. A esto se suma un grave problema de sobrecarga procesal, dado que muchos litigantes optan por demandar los daños y perjuicios en un segundo proceso, tras haber logrado la reposición en el empleo, generando así una sobrecarga que agrava el

50 Vid. Casación 2123-2019-SULLANA y Casación 20309-2019-Piura.

51 Vid.: <https://bit.ly/3ZYmNBs>

52 Vid. Casación 10614-2017-Moquegua, 5188-2021-Moquegua y Casación 1362-2021-Lima.

53 Vid. Casación 9579-2019-Lima y Casación 4499-2022-Junín.

problema estructural del servicio de justicia laboral. Inclusive, si el trabajador demanda la acumulación de la reposición y los daños y perjuicios en un solo proceso laboral, también se afecta la eficacia del servicio de justicia, porque el juez se verá obligado a utilizar ya no la vía abreviada laboral, sino a ordinarizar el proceso, duplicando su duración.

7. Interpretación conforme a la Constitución

La interpretación conforme a la Constitución⁵⁴, obliga al intérprete obtener cualquier resultado interpretativo a la luz de los valores y las propias normas constitucionales. En efecto, nuestra Corte Casatoria ha dejado en claro que la interpretación no se agota en la actividad de obtención de un significado de la disposición normativa, sino que es indispensable que la solución del caso en concreto guarde plena compatibilidad con la Constitución, como presupuesto básico de validez material del acto interpretativo; ignorar la norma fundamental, resiente el principio de supremacía de la Constitución, lo que incluye el deber de observar la compatibilidad de esa interpretación a los convenios internacionales de derechos humanos de los que el Perú forma parte.

La técnica de la interpretación de las normas acorde a la Constitución ha sido utilizada por la Corte Casatoria en pronunciamientos emblemáticos, como, por ejemplo, la Casación 007-2012-La Libertad, en la que se declaró la inoponibilidad del contrato administrativo de servicios, frente a una relación de servicios previamente desnaturalizada. También lo hizo en la Casación 2630-2009-Huaura, en la que se interpretó que el artículo 1 de la Ley 25129, alcanza a todos los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, incluso a los que gozan de negociación colectiva, a pesar que la literalidad del indicado artículo pareciera incluir solo a los trabajadores que no gozan de negociación colectiva. En igual sentido, la Casación 4802-2012-La Libertad, optimizó la interpretación de la oportunidad de la probanza de la carga de familia para lograr el derecho a la asignación familiar, invocando valores iusfundamentales. Pues se está frente ante una técnica interpretativa que debe ser seguida en virtud al principio de unidad de la Constitución, según el cual, el juez debe interpretar las normas legales y las propias normas constitucionales en el sentido que se logre la mejor optimización de la tutela de los derechos fundamentales.

54 Técnica utilizada por nuestra Corte Casatoria en múltiples pronunciamientos, como por ejemplo la Casación 007-2012-La Libertad y la Casación 4802-2012-La Libertad, en la que se señaló que “Toda interpretación de una norma legal debe efectuar en concordancia con las normas constitucionales” (fundamento 3)

8. Valores iusfundamentales afectados

El primero es el derecho al trabajo mismo, el cual es un derecho fundamental, parte de cuyo contenido esencial es la prohibición del despido sin causa⁵⁵; así, una vez brindada la tutela restitutoria, el pago de los devengados constituye la solución más “amigable” con la naturaleza del derecho iusfundamental vulnerado con el despido, porque usa la remuneración como baremo indemnizatorio y el tiempo transcurrido entre el despido y la reinstalación en el puesto como parámetro temporal inicial para estimar el *quantum* indemnizatorio. Decimos inicial porque el propio artículo 40 de la LPCL impone al juez el deber de modular el *quantum* final de los devengados, deduciendo los “períodos de inactividad no imputables a las partes”.

Así las cosas, las remuneraciones devengadas tienen fundamento en el artículo 22 de la Constitución que consagra el derecho al trabajo y del artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. Pero también en el artículo 2.2. De la Constitución que consagra el derecho a la igualdad ante la ley, valor que se resiente cuando, a pesar que todo despido inconstitucional es un despido nulo, los devengados del artículo 40 de la LPCL son reconocidos judicialmente solo en uno de los variados supuestos de despido nulo, negando así un trato igual ante una situación objetivamente idéntica.

El principio de continuidad, recogido implícitamente en los artículos 22 y 27 de la Constitución, también se ve afectado, porque si no se reponen las cosas al estado anterior al acto lesivo, habrá afectado irremediabilmente el tracto sucesivo, como lógica esencial de la relación laboral⁵⁶, garantía del pleno disfrute del trabajador de su derecho al trabajo, derecho con el que no solo se cubre la subsistencia del trabajador y su familia, sino que sirve como medio de realización de la persona humana y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

El derecho fundamental a la remuneración (artículo 24 de la Constitución y del inciso a) del artículo 7 del “Protocolo de San Salvador”) también resulta vulnerado, en tanto la Constitución consagra el derecho fundamental a una remuneración equitativa y suficiente⁵⁷ para el trabajador y su familia, a la

55 Vid. Fundamento 12 del caso FETRATEL, Expediente 1124-2001-AA/TC.

56 Sentencia del Tribunal Constitucional número 1397-2001-AA/TC, del 9 de octubre de 2002.

57 Vid. Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 23.3 señala “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 y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”; de igual manera, el Protocolo de San salvador, en su artículo 7 literal a) prescribe “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo

que, además, atribuye preferencia absoluta respecto a otras acreencias del empleador (al igual que los demás beneficios sociales).

Este es también el parecer del Tribunal Constitucional en las sentencias que se han comentado antes, cuando señala: “por tanto (...) corresponde, en aplicación al principio de igualdad de oportunidades, que este Tribunal ordene dichos pagos, tanto por razones de economía procesal como de justicia material”⁵⁸. Y agrega: “por lo que, para restituir el derecho al trabajo y a la remuneración vulnerados por el acto del empleador, corresponde aplicar lo previsto en la legislación laboral en los casos de nulidad de despido”⁵⁹. Así, nos encontramos con víctimas de una lesión que tiene la misma naturaleza, trascendencia y lesividad constitucional, pero que no recibiría la misma reparación, a pesar de no existir una razón constitucionalmente relevante.

El principio de razonabilidad también resulta afectado, porque los jueces están obligados a proveer soluciones razonables, vale decir, ajenas a cualquier viso de arbitrariedad⁶⁰. Si la norma laboral establece las consecuencias económicas del despido nulo (inconstitucional), es arbitrario obligar a la víctima de tal atropello, a invocar mecanismos de tutela material extramuros del Derecho del Trabajo y que lejos de cerrar el “círculo” de la tutela reparadora prevista por la Constitución, desconoce, para todos los efectos, la laboralidad del período transcurrido entre el despido y la reposición, dando lugar a una suerte de “agujero negro” en el tracto del contrato de trabajo, con graves consecuencias en los derechos laborales y de seguridad social del trabajador.

El derecho a la dignidad⁶¹ del trabajador también queda resentido, porque el artículo 23 de la Constitución, establece que es prohibido desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Y eso precisamente ocurre cuando se niega naturaleza laboral al tiempo que el trabajador estuvo despedido. Y cuando

al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos 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 e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

58 Vid. Fundamento 21 de la sentencia recaída en el Expediente 2748-2021-PA/TC, del 22 de julio de 2022.

59 Vid. Fundamento 25 de la sentencia recaída en el Expediente 878-2022-PA/TC, del 25 de julio de 2023.

60 La sentencia 3167-2010-PA/TC señala: “Al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho se han incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como reverso de la justicia y el derecho; ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión”

61 Vid. Sentencia 1146-2021-AA/TC, el Tribunal Constitucional señala “(...) dado que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), y que, por tanto, no cabe tratar a un ser humano como simple medio, sino, por el contrario como fin en sí mismo (...)” (fundamento 27).

se le desconoce efectos previsionales, en desmedro de la futura pensión del trabajador, en clara vulneración del artículo 10 de la Constitución.

También se encuentra afectado el principio protector que dimana de los artículos 22 y 26 de la Constitución, no solo a través de sus reglas *pro operario*, sino también a través de la impronta que dicho principio de favorabilidad irradia a todo el sistema —constitucional y legal— de relaciones laborales. No debemos olvidar que lo que distingue a la norma laboral de otras normas jurídicas, es que la norma laboral está teñida, casi siempre, de un prurito de favorabilidad hacia la parte débil de la relación laboral. Tal rasgo no es casual ni episódico, sino esencial, en tanto, concreta la Cláusula Social, rasgo bacilar de nuestra Constitución —artículo 43.

9. Naturaleza jurídica de las remuneraciones devengadas

Siendo esto así, los devengados poseen un fin reparador dentro de los linderos del propio sistema jurídico laboral, y pueden usarse tanto en la vía constitucional, según fallos recientes del Tribunal Constitucional⁶², como en la vía ordinaria laboral, como pretensión accesorio a la reposición, según el artículo 2.2 de la LPT. Lo único que varía es la vía procedimental, pero el acto reparatorio es el mismo, máxime si ahora es pacífico en la jurisprudencia casatoria que un juez ordinario y no solo un juez constitucional puede otorgar tutela reparatoria frente a cualquier despido inconstitucional y no solo ante un despido nulo del artículo 29 de la LPCL.

Los devengados del artículo 40 de la LPCL tienen naturaleza indemnizatoria de las consecuencias del despido inconstitucional, de forma similar al modo en que el artículo 38 de la LPCL indemniza el despido arbitrario de configuración legal, dando lugar a una unidad sistémica que torna innecesario recurrir a instituciones del derecho civil, a menos que el despido inconstitucional sea concomitante con hechos dañosos, que justifiquen de manera excepcional recurrir a las instituciones del derecho civil, como lo ha dejado sentado la jurisprudencia⁶³.

De esta manera, el sistema jurídico laboral quiere cerrar de manera contundente toda discusión reparadora sobre las consecuencias del despido inconstitucional, restituyendo también de manera plena los efectos producidos por el despido en el contrato de trabajo mismo. De Buen (1976) desde la perspectiva del derecho mexicano del trabajo, señala en relación a los “salarios vencidos”, que ese concepto no corresponde al de salario, en su acepción legal, como “la retribución que debe pagar el patrón al trabajador

62 Cfr. cita al pie número 7.

63 Vid. Casación 7405-2019-Lima y Casación 6473-2021-Lima.

por su trabajo”, por lo que, sostiene, debe concluirse que el término “salario vencido” no es más que “la expresión reducida de un concepto más amplio, equivalente a “indemnización” igual al importe de los salarios que habría devengado el trabajador (pp. 102-103). Esta digresión es útil para destacar que no es incompatible reconocer a los devengados, la naturaleza indemnizatoria, sin que ello signifique, a la vez dejar de distinguir la naturaleza laboral de las remuneraciones con que se calculan.

En realidad, insiste el autor citado, se trata de una medida indemnizatoria y no, en rigor, de una situación especial del salario. Así, se entiende mejor la referencia al término “indemnización” que el Tribunal Constitucional efectuaba en su jurisprudencia primigenia, al señalar que el trabajador repuesto tiene derecho a que se le indemnice por el daño producido por el despido, pues, tratándose de un despido laboral, lo lógico es entender que es aplicable una medida reparadora ad hoc contemplada en la legislación laboral, en este caso, el artículo 40 de la LPCL.

A favor de esta tesis abona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sentencias como las recaídas en los expedientes 378-2004-AA/TC y 2980-2004-AA/TC, donde se han reconocido atributos pensionables y para antigüedad en el cargo, el tiempo transcurrido entre el cese y la reincorporación al empleo, lo que supone necesariamente asumir que el tiempo transcurrido entre el despido y la reposición al centro de trabajo, no corresponde a una suspensión perfecta.

La interpretación, según la cual las consecuencias económicas del despido inconstitucional debieran tramitarse en una demanda de daños y perjuicios, desnaturaliza el sistema de protección constitucional y legal contra el despido arbitrario, tanto de configuración legal como de configuración constitucional, porque deriva y declina a favor del derecho civil la reparación económica del despido inconstitucional, pese a existir reglas específicas dentro del sistema jurídico laboral⁶⁴.

A casi tres lustros del viraje de la corte casatoria que derivó en la sustitución de los devengados por los daños y perjuicios para reparar las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales, con la objetividad y desapasionamiento que provee el simple paso del tiempo, es necesario volver a reflexionar sobre la innecesaria utilización de categorías del Derecho Civil a situaciones que no la requerían, por tener regulación propia; sobre la grave afectación a los derechos de los trabajadores que supone desconocer naturaleza y efectos laborales y de seguridad social, al periodo transcurrido entre el despido y la reposición efectiva y sobre la múltiple afectación que

64 Vid. Criterio también vertido por la Primera Sala Laboral de Trujillo, en el Expediente 02795-2013-0-1601-JR-LA-03.

esta opción jurisprudencial supone en los valores, principios y derechos iusfundamentales sociales y del trabajo.

10. Devengados y suspensión imperfecta del contrato de trabajo

La causal de suspensión imperfecta del contrato de trabajo se establece en virtud a la aplicación del artículo 12, literal II) y el último párrafo de dicho artículo, de la LPCL, en cuanto establecen lo siguiente: “Son causas de suspensión del contrato de trabajo: (...) II) Otros establecidos por norma expresa. La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.”; mientras que el artículo 40 de la LPCL establece que: “al declarar fundada la demanda de nulidad de despido⁶⁵, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo”, esto denota que el artículo 40 de la LPCL regula un supuesto específico de suspensión imperfecta del contrato de trabajo, cuando el juez ordena la reinstalación en el puesto, pues solo se pagan remuneraciones cuando existe un contrato de trabajo, aun cuando sus efectos se encuentren parcialmente suspendidos.

En efecto, la percepción de la remuneración, en la suspensión imperfecta, no tiene como causa inmediata y directa la prestación efectiva del servicio laboral, sino una multiplicidad de supuestos derivados del contrato de trabajo; así, se suspende en forma imperfecta el contrato de trabajo con las vacaciones, las licencias remuneradas, los descansos semanales y los intervalos pagados. El pago de las remuneraciones devengadas (artículo 40 LPCL) es pues uno de tantos supuestos en que las normas laborales ordenan pagar remuneraciones sin que haya prestación efectiva de labores. Es pues el pago de remuneraciones devengadas del artículo 40 de la LPCL, acorde a la sistemática de la normativa y a la Constitución laboral.

Aquí es necesario enfatizar que los devengados del artículo 40 de la LPCL han incorporado una cláusula de equidad, para evitar que el simple paso del tiempo del proceso en el que se discute y decide el despido inconstitucional, se convierta en una fuente de arbitrariedad y de injusticia al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, cuando encarga al juez el control equitativo de los devengados, autorizándolo a deducir los períodos de inactividad no imputables a las partes. Nótese que esta regla de equidad es similar a la establecida para los daños y perjuicios civiles, por el artículo 1332 del CC⁶⁶, con la particularidad de ser una norma especial.

65 Insistimos en que, en rigor, cualquier despido inconstitucional equivale a un despido nulo o inválido, en tanto viola el orden público constitucional (artículo V del título preliminar del código civil).

66 Vid. Código Civil 1984, Artículo 1332, Valoración del resarcimiento.

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con

11. Conclusiones

Los daños y perjuicios del Código Civil no deben aplicarse, como regla general, para reparar económicamente los despidos inconstitucionales, a menos que existan hechos y circunstancias distintos al despido, pero concomitantes con él, que reclamen, de manera excepcional, un resarcimiento ad hoc, según las reglas generales de la responsabilidad civil.

Los devengados regulados en el artículo 40 de la LPCL son la técnica natural e idónea para reparar las consecuencias económicas de cualquier despido inconstitucional, y no solo del despido nulo de configuración legal.

Los daños y perjuicios aplicados a los despidos inconstitucionales encarecen los mecanismos de tutela judicial, porque abren innecesariamente un repertorio demasiado amplio de posibilidades resarcitorias, las cuales no son compatibles con el sistema jurídico laboral, y porque inciden negativamente en el acceso a la justicia laboral, aumentando la conflictualidad judicial, la sobrecarga de procesos judiciales y afectando la celeridad en el proceso.

En un giro jurisprudencial histórico, el Tribunal Constitucional, después de más de treinta años de negar esa posibilidad, viene disponiendo en los mismos procesos urgentes de amparo, el pago de remuneraciones devengadas previsto en el artículo 40 de la LPCL, reconociendo expresamente que los devengados constituyen la técnica jurídica también en el derecho comparado, para reparar las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales.

El resultado satisfactorio de una interpretación conforme a la Constitución, respecto al modo adecuado de reparar las consecuencias económicas de los despidos inconstitucionales, como regla general, nos remite al artículo 40 de la LPCL, sin descartar que, excepcionalmente, se puede utilizar supletoriamente las normas del Código Civil sobre responsabilidad civil, para solicitar resarcimientos específicos por otros hechos dañosos concomitantes, pero distintos al despido inconstitucional.

valoración equitativa.

Referencias

- Arce, E. (2019). *Teoría del derecho*. Fondo editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ávalos, O. (2010). *Precedentes de observancia obligatoria y vinculante en materia laboral*. Jurista Editores EIRL.
- Blancas, C. (2022). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Palestra Editores.
- Blancas, C. (2013). *El pago de las remuneraciones devengadas en el caso de reposición dispuesta en el proceso de amparo*. Soluciones laborales (63), 13-20.
- Blancas, C. (2010). *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis tópico de los derechos fundamentales laborales* (Tesis de doctorado). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Casación 2123-2019-Sullana (2022). Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (22 de septiembre de 2022).
- Casación 20309-2019-Piura (2023). Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (18 de abril de 2023).
- De Buen, N. (1976). *Derecho del Trabajo* (1.ª Edición). Editorial Porrúa SA.
- De Buen, N. (1997). *Derecho del Trabajo* (10.ª Edición). Editorial Porrúa SA.
- De La Cueva, M. (2000). *El nuevo derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa SA.
- Fernández, C. (2017). *La reposición y la naturaleza de los conceptos devengados: ¿remunerativo o indemnizatorio?* Soluciones Laborales (112), 48-53.
- Marinoni, Luis (2015). *Introducción al derecho procesal civil*. Palestra editores.
- Mascaro, A. (1999). *Teoría General del Derecho del Trabajo*. Editora LTR.
- Montesquieu, (1906). *El espíritu de las leyes*. 48, Preciados 48. Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales. https://proletarios.org/books/Montesquieu-Espiritu_De_Las_Leyes.pdf
- Paredes, P. (1997). *La Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral*. ARA Editores.
- Plá, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Editorial Depalma.

- Poder Judicial (19 de octubre de 2016). En vivo: *V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional - Audiencia Pública*. JUSTICIA TV. <https://www.facebook.com/justiciatv/videos/1129527993799874/?mibextid=oFDknk>
- Poder Judicial (2016). Expediente 02795-2013-0-1601-JR-LA-03. Trujillo: 5 de abril de 2017.
- Priori, G. (2015). *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Palestra Editores.
- Quispe, C. (2021). *El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente*. Sociedad Peruana de Derecho, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (VII), 595-607. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full-595-607.pdf>
- Sánchez, et al (2016). *La misión de los tribunales supremos*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Sanguinetti, W. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Toyama, J. (2020). *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico práctico*. Gaceta Jurídica.