

TEMA II

UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL LABORAL Y CONSTITUCIONAL

Ponencias Oficiales

Víctor Ferro Delgado
Ricardo Herrera Vásquez

Ponencias Libres

Luis Eduardo Arellano Mori
Oxal Víctor Ávalos Jara
Milko Briones Quispe
Carlos Cornejo Vargas
Carlos Calderón Fernández-Prada
Javier Ricardo Dolorier Torres
Frank Espinoza Laureano
Orlando González Nieves
Pedro G. Morales Corrales
Sandro Alberto Núñez Paz
Mónica Pizarro Díaz
César Puntriano Rosas

UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL LABORAL Y CONSTITUCIONAL

VÍCTOR FERRO D.*

Sumario

Introducción. I. Efectos del despido incausado. 1.1 Consideraciones preliminares. 1.2 El raciocinio lógico jurídico aplicable al caso. 1.3 Las inconsistencias del actual régimen de despidos. 1.3.1 Los ceses colectivos de un número menor al 10% del personal. 1.3.2 El cese de personal que labora menos de cuatro horas diarias. 1.3.3 El cese de personal que ocupa cargos de dirección y de confianza. 1.4 Conclusiones. II. Remuneraciones devengadas o indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la reposición lograda vía proceso de amparo. 2.1 Consideraciones preliminares. 2.2 La remuneración como contraprestación por el trabajo efectivamente prestado. 2.3 Pago de remuneraciones devengadas en los casos de nulidad de despido. 2.4 La no procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio vinculante del TC. 2.5 La procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. 2.6 Precisiones a los argumentos expuestos por la Corte Suprema. 2.7 Conclusiones. III. Homologación de remuneraciones. 3.1 Consideraciones Preliminares. 3.2 El contenido del derecho a la

* Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

igualdad y la homologación de remuneraciones. 3.3 Las diferencias válidas y el acto discriminatorio conforme al criterio del TC. 3.4 La discriminación salarial por la mera diferencia de remuneraciones entre dos trabajadores que ocupan un mismo cargo conforme al criterio de la justicia laboral ordinaria. 3.5 Conclusiones. IV. El límite de las ocho horas y las jornadas acumulativas o atípicas. 4.1 Consideraciones preliminares. 4.2 Las consideraciones del TC contenidas en su sentencia descalificadora de las jornadas mayores a ocho horas. 4.3 La compatibilidad de las jornadas atípicas que superan las ocho horas diarias con el texto constitucional y el Convenio N° 1 de la OIT. 4.4 La rectificación del criterio del TC mediante su resolución aclaratoria. 4.5 Conclusiones. V. Reflexiones finales. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La unificación de la jurisprudencia laboral y constitucional implica abordar una reflexión sobre el rol que el ordenamiento legal confiere a los respectivos entes jurisdiccionales.

Desde una aproximación que surge del texto expreso de la carta política, al Tribunal Constitucional se le otorga la calidad de órgano de control de la Constitución con competencia para conocer en instancia única las acciones de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus y amparo, habeas data y acción de cumplimiento; y, los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. A su vez, en cuanto institución autónoma, goza de iniciativa legislativa en las materias que le son propias¹. Por último, en concordancia con su función de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, se ha conferido carácter vinculante a sus fallos que adquieren la calidad de cosa juzgada, siempre que así lo exprese la respectiva sentencia. En tal virtud los jueces y tribunales deben aplicar la ley y los respectivos reglamentos de conformidad con los preceptos constitucionales, tal como han sido interpretados por el Tribunal Constitucional².

1 Arts. 201°, 202° y 107° de la Constitución Política del Perú.

2 Art. 1° y Primera Disposición Final de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y, Art. VII del Código Procesal Constitucional.

Por su parte, la Constitución confiere al Poder Judicial la facultad de administrar justicia con arreglo al principio de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional, atributo éste que garantiza tanto el impedimento de interferencia en el ejercicio de sus funciones, como la prerrogativa del magistrado a encontrarse sujeto únicamente a la Constitución y la ley³. Así su independencia en el plano jurisdiccional resulta inherente a su función, sin perjuicio de observar el denominado control difuso, conforme al cual cuando el magistrado detecte incompatibilidad entre un precepto constitucional y una norma de inferior jerarquía deberá preferir el primero.

Las funciones que el ordenamiento constitucional y legal reconoce al Tribunal Constitucional como institución autónoma e intérprete supremo de la Constitución, y al Poder Judicial como poder jurisdiccional del Estado, han dado lugar a desencuentros y criterios no siempre pacíficos en los pronunciamientos de ambas entidades. De una parte, el Tribunal ha promovido normas que consagran el carácter vinculante de sus fallos y ha precisado que su inobservancia acarrea responsabilidad para el magistrado. Por otra, la Corte Suprema ha destacado que en diversas materias los criterios del Tribunal han sido variables por lo que no puede sujetarse a una línea jurisprudencial allí donde precisamente no hay un norte claro a seguir⁴.

El tema pasa a ser aún más controversial cuando se exagera el elemento político de la jurisdicción constitucional y bajo el noble propósito de afirmar los valores recogidos por la Constitución se introducen en las sentencias conceptos más ideológicos que jurídicos. Sobre este concepto, García Toma apunta que corresponde a la jurisdicción constitucional afianzar los valores y principios contenidos en la Constitución, lo que implica una función política al encausarse la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana⁵. Repárese que en efecto, la Constitución recoge valores y principios, y por ende la justicia constitucional está obligada a salvaguardarlos velando por su efectiva preeminencia en todo ámbito de actuación del Estado. El problema surge, sin embargo, cuando el matiz ideológico propio de tales valores termina por rebasar la interpretación constitucional. Como señala Huerta Guerrero, si bien la

3 Art.138°, num.1 y 2 de Art.139° y num. 1 de Art. 146° de la Constitución Política del Perú.

4 Es sintomático de esta postura de la Corte Suprema las resoluciones emitidas en materia de remuneraciones devengadas, conforme se analizará más adelante.

5 GARCÍA TOMA, Víctor, en El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas-Interpretativas (Normativas). Conferencia dictada en Lima el 22/07/2005 en el 14° Desayuno de Trabajo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

interpretación constitucional lleva consigo un matiz ideológico, éste no puede ser considerado fundamento de la interpretación constitucional⁶. A este riesgo se enfrentan las denominadas sentencias manipulativas -sentencias normativas que modifican el contenido de una norma para hacerla compatible con la Constitución- en los casos en que el pronunciamiento jurisprudencial acentúa el matiz ideológico planteando aquello que no surge nítidamente del texto constitucional. Es en estos supuestos en que la ideología que da sustento a la Constitución y la que corresponde al propio magistrado constitucional puede confundirse en una frontera demarcada por una tenue línea gris que termina por resquebrajar la arquitectura constitucional y el ámbito de actuación de los poderes del Estado.

De ahí que Díaz Revorio cuestione que por esta vía se invadan competencias para convertir al magistrado constitucional en legislador positivo.⁷ Como es obvio, la interpretación constitucional no puede sustituir la opción del poder constituyente, ni afectar la actuación de otro poder constitucional, como corresponde al Poder Legislativo en lo que atañe a su atribución de promulgar normas imperativas. No puede perderse de vista que la legitimidad de legislar está conferida a este último poder del Estado por cuanto surge de la voluntad democrática de los electores ejercida a través del voto, el cual consagra mayorías y minorías parlamentarias que finalmente reflejan el mapa político e ideológico de la colectividad. Por ello, las sentencias manipulativas navegan en las aguas procelosas de la salvaguarda de los valores recogidos en la Constitución y el resquebrajamiento del orden constitucional que manifiestan querer preservar cuando en el sustento de la sentencia prevalece el factor ideológico antes que el jurídico.

Es a este tipo de tergiversación al que alude el Tribunal Constitucional español cuando señala que "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos"⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, la exigencia de seguridad jurídica determina que la justicia debe ser previsible, esto es, ajena a los vaivenes de las preferencias de

6 HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, en *Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1977. p. 39.

7 DIAZ REVORIO, Javier. *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores S.R.L. Lima 2003. p. 396.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11/1981 de fecha 08/04/1981.

quienes circunstancialmente tienen la facultad de administrar justicia. Por ello, resultará imperativo que el justiciable, sea un ciudadano común o un inversionista, sepa a qué atenerse cuando deba someterse a un proceso jurisdiccional. De ahí que a los operadores de la ley nos asista el derecho de aspirar a consistencia y congruencia en los fallos judiciales, y en particular, respecto de aquellos que acarrearán significativas consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Con base a estos lineamientos nos proponemos tratar algunas materias que han sido desarrolladas de modo diverso por la justicia constitucional a través de su órgano supremo, el Tribunal Constitucional, y por la justicia laboral ordinaria, a saber: efectos del despido incausado; remuneraciones devengadas o indemnización por daños y perjuicios como resultado de una reposición ordenada en un proceso de amparo; homologación de remuneraciones; y, el límite de las ocho horas y las jornadas acumulativas o atípicas.

I. EFECTOS DEL DESPIDO INCAUSADO

1.1 Consideraciones preliminares

Mediante sentencia de 11 de julio de 2002 el Tribunal Constitucional (TC) calificó de inconstitucionales los despidos incausados previstos en el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)⁹, generando con ello polémica y controversia que subsiste hasta el presente, a pesar de la decantación que el TC ha efectuado de sus propios criterios. A ello se agrega la promulgación del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el carácter residual de los procesos constitucionales de amparo, determinando así su improcedencia cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Por otra parte, el TC ha puesto coto a la amparización de los procesos laborales de despido -la proliferación y desviación masiva de procesos típicamente laborales hacia la justicia constitucional- mediante su pronunciamiento de carácter vinculante de fecha 22 de diciembre de 2005¹⁰, por el cual ha limitado su competencia en esta materia a supuestos de despido

9 Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

10 Expediente N° 0206-2005-PA/TC, seguido por César Antonio Baylón Flores contra la Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A.

incausado, nulo y fraudulento, reencausando a la justicia laboral ordinaria todos los demás casos en que se discuta la comisión de falta grave o la pérdida de confianza. Así, y por esta vía, ha quedado definido, hasta cierto punto, cuál es el régimen de estabilidad laboral aplicable en el Perú. Por cierto, ello no significa haber cubierto todas las aristas que el régimen en cuestión ha planteado, como corresponde a los ceses colectivos y la actual incertidumbre existente cuando la medida afecte a menos del 10% del personal, o los casos de despidos de personal que cumple jornadas menores a cuatro horas diarias o los despidos del personal de dirección y confianza.

Cabe tener en cuenta la proximidad de fechas que existe entre la publicación de la sentencia del TC que se pronunció por la incompatibilidad entre la Constitución y el efecto resarcitorio previsto por la LCPL para el despido incausado, y la difusión del Anteproyecto de Ley General de Trabajo¹¹.

El referido anteproyecto recogió el principio de causalidad para la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, limitando su procedencia a la existencia de causa justificada vinculada a la conducta o a la capacidad del trabajador. Con ello, desterró el despido incausado –aquél basado en la facultad ad nutum del empleador– al mismo tiempo que limitó la reposición del trabajador a los supuestos de despidos discriminatorios, manteniendo así el esquema de la LPCL, pero ampliando la calificación de despido nulo a todos aquellos supuestos que agraven derechos fundamentales.

Es en ese contexto que con fecha 11 de setiembre de 2002 se publica en el diario oficial la sentencia del TC, por la que se pronuncia por la incompatibilidad del despido incausado previsto en el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL con el derecho al trabajo consagrado en la Constitución¹². Posteriormente, mediante sentencia de fecha 13 de enero de 2003 (Llanos Huasco con Telefónica del Perú) el TC consolida su criterio, quedando así determinado que ante el despido incausado el trabajador puede optar por la vía restitutoria, vale decir, aquella que le permite su reposición en el empleo.

Por su parte, la justicia laboral ordinaria, y los propios pronunciamientos del TC hasta ese momento, habían aceptado, pacíficamente, la compatibilidad entre

11 El anteproyecto fue entregado el 15/07/2002 a la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Su redacción estuvo a cargo de un comité plural compuesto por los doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Mario Pasco, Alfredo Villavicencio y Víctor Ferro, bajo la coordinación del Dr. Adolfo Ciudadá, asesor en ese entonces de la referida Comisión, gestora del encargo conferido.

12 Exp. N° 1124-2001-AA/TC, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y otro con Telefónica del Perú S.A.A.

el texto constitucional y la regulación del despido incausado en la LPCL¹³.

Cabe destacar que coincidimos con el TC en que el principio de causalidad resulta fundamental en la regulación del despido por iniciativa del empleador, tal como fuera el temperamento del Comité encargado de elaborar el Anteproyecto de Ley General de Trabajo que nos cupo el honor de integrar. Disentimos, empero, con el TC en que la sentencia manipulativa o normativa emitida, haya tenido sustento en una pretendida incompatibilidad entre el mero efecto resarcitorio previsto en la LPCL para el despido incausado y el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario consagrado en la Constitución. Al mismo tiempo, nos inclinamos por considerar que dicha sentencia resulta invasora de las facultades que el ordenamiento constitucional reconoce al legislador y no así a la justicia constitucional.

1.2 El raciocinio lógico jurídico aplicable al caso

(i) La Constitución establece que “la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”, vale decir que contempla una reserva legal para definir a través del ordenamiento infraconstitucional el desarrollo de lo que corresponde al marco protector satisfactorio al derecho (derecho constitucional de configuración legal). A su vez, la misma Constitución prevé que “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.¹⁴ Análoga disposición está contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁵.

13 A modo de ejemplo, sentencia de fecha 6 de mayo de 1998 recaída en el Exp. 1052-97-AA-TC, seguido por Teófilo Bendezú Tuncar contra la Universidad San Martín de Porres, en la que el TC, en Sesión de Pleno Jurisprudencial, señaló que “el entonces vigente Decreto Supremo N° 05-95-TR es muy claro cuando dice, que en caso de despido arbitrario por no haber expresado causa, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización como única reparación del año sufrido. Sólo en caso de despido nulo procede la reposición”. Por su parte, en la casación N° 800-2, publicada en el diario oficial el 2-11-04, en los seguidos por Carolina Gayoso Benavides contra el Poder Judicial, la Corte Suprema, refiriéndose al despido incausado señaló lo siguiente: “Que, este distingo conceptual resulta de trascendental importancia al evaluar lo actuado y decidido al interior del proceso, puesto que así como en el caso del despido arbitrario basta que el empleador no exprese o demuestre causa justificatoria del despido para otorgar a favor de éste la respectiva indemnización...”.

14 Art. 27° y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

15 “El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

(ii) El artículo 34° de la LPCL establece que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, supuestos, ambos, ante los cuales prevé el pago de una indemnización. Vale decir, que reconociendo la ilicitud de la medida, la repara mediante una compensación económica.

(iii) El artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Perú, consagra "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y las profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra protección prevista por la legislación nacional".

(iv) El artículo 10° del Convenio 158 de la OIT, sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, (no ratificado por el Perú) prevé que "si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (las autoridades competentes) llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada, y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

(iv) El común denominador de ambos instrumentos internacionales (sin perjuicio de su distinta eficacia en razón de que el primero sí integra el ordenamiento jurídico nacional) es que reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir al trabajador ante un despido ilícito.

(v) En consecuencia, en congruencia con los instrumentos internacionales acotados, la LPCL ha establecido que ante el despido arbitrario -definido como aquel que carece de causa o que contando con ésta no ha logrado ser demostrada- procede el pago de una indemnización.

(vi) El TC (sentencia Llanos Huasco, fundamento 12 inciso a.2) considera que el régimen resarcitorio es compatible con la Constitución si dicha opción es elegida por el trabajador, sea a través del cobro de la indemnización correspondiente, o porque promueve ante la justicia laboral ordinaria una acción destinada a que se califique su despido como injustificado y se ordene el pago de la referida indemnización. Sin embargo, estima que si el supuesto corresponde a un despido incausado el ordenamiento jurídico debe reconocer al trabajador una

opción restitutoria, es decir, su reposición en el empleo.

(vii) Empero, no encontramos base jurídica para tal conclusión. Ni la Constitución, ni el instrumento internacional antes citado, conforme al cual debe interpretarse el derecho a la protección contra el despido arbitrario consagrado en la carta fundamental, prevén dicho esquema. Más aún, si se lleva el raciocinio del TC hasta sus últimas consecuencias, tendría que considerarse que tanto el despido incausado como el injustificado dan lugar en la LPCL al mismo efecto resarcitorio, en razón de la ilicitud de ambos tipos de despido, por lo que no resulta consistente que sólo respecto de un tipo de despido -el incausado- se haya determinado la necesidad de reconocer la readmisión y no así respecto del despido injustificado, cuando la causa no ha podido ser demostrada en juicio. Téngase presente que en este último supuesto, el TC estima que la indemnización permite la adecuada protección contra el despido, aún cuando la voluntad del trabajador sea la de retornar a su puesto de trabajo. De ahí que no resulte congruente el distinto efecto -reposición o indemnización- que el TC reconoce ante despidos igualmente ilícitos. Por cierto, no postulamos que el TC amplíe los supuestos de readmisión en el empleo -situación del todo infrecuente en el derecho comparado y que nos retornaría a los perniciosos efectos de la estabilidad laboral absoluta- sino que simplemente hacemos notar la inconsistencia del razonamiento del TC al medir con distinto rasero despidos que en esencia, en cuanto ilícitos, son análogos.

(viii) Ello permite afirmar que tanto para el despido incausado como para el injustificado el efecto resarcitorio resulta un mecanismo acorde con el marco constitucional para reparar patrimonialmente la ilicitud de la medida.

(ix) De ahí que concluyamos que nos encontramos ante una sentencia manipulativa o normativa indebida en cuanto modifica una norma legal no obstante no mediar afectación al derecho consagrado en el texto constitucional.

1.3 Las inconsistencias del actual régimen de despidos

1.3.1 Los ceses colectivos de un número menor al 10% del personal

No pueden obviarse las aristas que hasta la fecha persisten como resultado de la sentencia del TC, en lo que corresponde a un manejo integral, sistemático y coherente del régimen de estabilidad laboral aplicable en el Perú.

En efecto, se ha generado incertidumbre en lo que corresponde a la ejecución

de ceses colectivos¹⁶. Sobre esta materia, en la LPCL se establece como requisito de admisibilidad para los procedimientos administrativos de terminación de la relación de trabajo por causas objetivas basadas en motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, que la medida comprenda a un número no menor al 10% del total de los trabajadores de la empresa¹⁷. Tramitado el procedimiento y acreditada la procedencia de la solicitud del empleador, la Autoridad de Trabajo se pronuncia autorizando la extinción de los contratos de trabajo. A su vez, en cuanto causa justa de terminación, ésta no da lugar al pago de alguna reparación patrimonial al personal cesado. Así, en la lógica de la LPCL, cuando la medida afecta a un número menor al 10% de trabajadores, el empleador procedía a despedir incausadamente al respectivo personal, pero reconociendo la indemnización correspondiente. Sin embargo, como quiera que esta última opción ha quedado descalificada luego de la sentencia del TC –que tacha de inconstitucionales los despidos incausados- se ha producido un nudo gordiano sobre la forma de llevar a la práctica este tipo de ceses colectivos.

En busca de una alternativa, estimamos que el empleador podría optar por ejecutar los ceses con base a una detallada sustentación de su base objetiva, luego de lo cual pondría a disposición del personal la respectiva indemnización. Cabe acotar que éste no correspondería a un caso que sería de conocimiento de la justicia laboral ordinaria –ante la cual se acciona reclamando una indemnización- ya que ésta ha sido puesta a disposición del personal afectado al momento de materializarse la extinción de los contratos de trabajo y simplemente no ha sido hecha efectiva. De esta forma, la acción judicial estaría mas bien orientada a recurrir a la justicia constitucional cuestionando el despido como fraudulento.

No obstante, como quiera que se requiere la actuación de pruebas para demostrar la validez de las causas objetivas que han sustentado el cese colectivo, la vía del procedimiento de amparo no resultaría ser la adecuada para este efecto¹⁸, con lo que quedaría descartado el efecto restitutorio (la reposición) a que aluden las sentencias del TC.

En consecuencia, el cese colectivo en referencia resultaría ejecutado en los términos expuestos pero, previsiblemente, al costo de una dilatada e infructuosa acción de amparo motivada por la actual incertidumbre respecto de este tipo de ceses.

Ciertamente, no descartamos un escenario de resultados diametralmente opuestos: sometido un caso como el expuesto al conocimiento de la justicia constitucional, ésta podría calificar el cese colectivo como fraudulento por no ajustarse a lo previsto en la LPCL, que prevé el control de la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto de la causa invocada por el empleador para ejecutar tales despidos. Empero, creemos que carecería de lógica semejante conclusión, habida cuenta que no puede pretenderse que la Autoridad Administrativa de Trabajo conozca de ceses colectivos que no cumplen con el requisito porcentual exigido, y de ahí que nos inclinamos por considerar como más probable al primer resultado esbozado. Sin embargo, no puede dejar de evidenciarse el tortuoso derrotero que el esquema trazado implica y que ello es un efecto más de la sentencia del TC al haber afectado la coherencia interna del régimen de despidos previsto en la LPCL.

1.3.2 El cese de personal que labora menos de cuatro horas diarias

Análoga situación de incertidumbre ocurre con el despido de personal que labora cumpliendo una jornada menor a cuatro horas diarias, al que la LPCL no reconoce efectos resarcitorios como resultado de la terminación unilateral de su contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Igualmente en este caso, ya no cabría la posibilidad de ejecutar un cese incausado conforme al criterio del TC. No obstante, sustentar el despido en las causas previstas en la ley, conllevaría a la eventual necesidad de tener que demostrarlas ante la justicia. Sin embargo, un pronunciamiento favorable al demandante no determinaría el pago de alguna indemnización a ser ordenada por la justicia laboral ordinaria, en cuanto dicho resarcimiento no está previsto en la legislación. Ello terminaría estimulando acciones ante la justicia constitucional con base a argumentaciones basadas en presuntos despidos fraudulentos, lo que determina que se habrá abierto la posibilidad de que se ordene reposiciones respecto de trabajadores a los que la LPCL no ha reconocido derechos restitutorios y ni siquiera resarcitorios. Con ello, se habrá introducido un nuevo elemento de rigidez en la contratación laboral en el país, contrario a lo que correspondió al objetivo de la ley.

1.3.3 El cese de personal que ocupa cargos de dirección y de confianza

Por último, debemos referirnos a la situación del personal de confianza y dirección. En un conjunto de sentencias el TC viene sosteniendo que en caso de

16 ZAVALA COSTA, Jaime. El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004. p. 255.

17 Artículo 48° de la LPCL.

18 Fundamento 19 de la Sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC.

separación del personal de confianza, no corresponde la reposición. Ha señalado que "los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines, y con su dirección, administración, entre otras actividades"¹⁹. En consecuencia, concluye que la pérdida de confianza es motivo suficiente para ejecutar la separación de personal de confianza.

La necesidad de sustentar los motivos del despido ha sido descartada. Ese fue el criterio contenido en otro pronunciamiento por el cual el demandante alegó que fue despedido de su cargo de Gerente de Operaciones sin expresión de causa, negándosele el derecho de defensa dentro de un procedimiento regular. El TC fue del criterio que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición y dejó a salvo el derecho del demandante a accionar en la vía correspondiente²⁰.

En otro pronunciamiento, relativo al despido de una secretaria, el TC convino que resulta válida la estipulación prevista en el contrato de trabajo que estableció como condición resolutoria del mismo el retiro de la confianza²¹.

A su vez, ha estimado que aún en el supuesto que no se haya acreditado fehacientemente la calificación del cargo del trabajador como uno de confianza, no corresponde que ello sea dilucidado en vía de amparo, desestimando así la reposición. La sentencia se basó en que como quiera que el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo 728, estipula que la calificación en los puestos de confianza es una formalidad cuya inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta resulta acreditada, concluye que el procedimiento de amparo no es el idóneo para determinar si el trabajador fue o no calificado como personal de confianza, por lo que procede a declarar infundada la demanda²².

Si bien ninguna de las sentencias referidas a cese por pérdida de confianza ha hecho específica mención al carácter vinculante del pronunciamiento, debe

19 Sentencia publicada el 25 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 2358-2005-PA/TC seguido por Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. donde el demandante se desempeñaba como Gerente Técnico.

20 Sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005, recaída en el expediente N° 4492-2004-AA/TC seguido por Aníbal Leonardo Salmón Varea contra la Corporación Peruana de Aeropuertos de Aviación S.A. (CORPAC S.A.).

21 Sentencia publicada el 19 de mayo de 2005, recaída en el expediente N° 4472-2004-AA/TC seguido por Rosa María Indacochea Villavicencio contra el Congreso de la República.

22 Sentencia publicada el 19 de abril de 2004, recaída en el expediente N° 146-2003-AA/TC seguido por Nelly Catia García Villa contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

tenerse presente que ya existe una línea jurisprudencial sistemática del TC en esta materia, como surge de la constatación de un conjunto de fallos - adicionales a los comentados- expedidos en el mismo sentido²³. Más aún los pronunciamientos recaídos en los expedientes N° 1485-2005-PA/TC y N° 7486-2005-PA/TC, han determinado que resulta aplicable al caso el criterio vinculante que fuera materia del expediente N° 0206-2005-PA/TC, por el cual se precisaron los supuestos de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, y en tal sentido, ha dispuesto la reconducción de los procesos hacia la justicia laboral ordinaria, declarando así improcedente las demandas.

Ahora bien, recordemos que, conforme al artículo 43° de la LPCL, "personal de dirección es aquél que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control, o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales".

Con base a la norma glosada, ostentan la condición de personal de confianza no sólo ejecutivos de alto nivel o aquellos que inciden en la adopción de medidas trascendentales en la conducción de la empresa, sino también una secretaria o un chofer, en la medida que accedan a información confidencial por su contacto con el personal directivo de la empresa.

Así, conforme al criterio del TC, para este tipo de personal la exigencia de causalidad -caro requisito en sus pronunciamientos- se limita a una mera invocación a la pérdida de confianza. Si bien es claro que este personal no puede gozar del mismo nivel de protección contra el despido que corresponde al trabajador ordinario, su separación sin sustentación de causalidad no guardaría consistencia con la descalificación que el TC ha efectuado respecto del despido ad nutum ("la extinción

23 Sentencia recaída en el expediente N° 4040-2004-AA/TC seguido por Sonia Consuelo Muñante Vargas contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A.; Sentencia publicada el 11 de febrero de 2006, recaída en el expediente N° 0543-2005-PA/TC seguido por Benito Sabino Condori Manchaca contra la Municipalidad Provincial de Mocho; Sentencia recaída en el expediente N° 1485-2005-PA/TC seguido por Jorge Mariano Bazán Blas contra la Empresa Sedachimbote S.A.; Sentencia recaída en el expediente N° 7486-2005-PA/TC seguido por Wilser Auber Delgado Vásquez contra la Empresa de Servicios Postales del Perú S.A.

unilateral del contrato de trabajo se basa única y exclusivamente en la voluntad del empleador y por consiguiente carece de efecto legal")²⁴.

Ciertamente, no propugnamos que el cese del personal de dirección y confianza deba estar sustentado en falta grave. Es claro que nos encontramos ante personal respecto del cual el principio protector propio del Derecho del Trabajo no opera con la misma intensidad. Evidenciamos, simplemente, que para este personal, al igual que para el resto de trabajadores, la LPCL admite el despido incausado sancionando la ilicitud de la medida con el pago de la indemnización correspondiente al despido arbitrario, siendo por ello que la LPCL no contempla una forma particular de cesar al personal directivo o de confianza. De ahí que la descalificación como inconstitucionales de los despidos incausados, en la tesis del TC, resiente la lógica de sus propias sentencias, al admitir este tipo de despidos respecto del personal de dirección y confianza, en particular, si se tiene en cuenta que la pérdida de confianza no corresponde a una causal prevista en la ley.

Lo expuesto, pues, nos permite reafirmar los efectos, no previstos, que puede tener una indebida sentencia manipulativa normativa, que sustituye al legislador y crea un sin número de consecuencias que terminan por afectar la previsibilidad de la actuación jurisdiccional.

1.4 Conclusiones

1.4.1 El principio de causalidad resulta fundamental en la regulación de la extinción del contrato de trabajo por la iniciativa del empleador. Sin embargo, ello es materia de la configuración que adopte la norma infraconstitucional;

1.4.2 La fórmula adoptada por el artículo 27° de la Constitución, que consagra la adecuada protección contra el despido arbitrario, es una de carácter abierto que permite al legislador establecer los supuestos en los cuales corresponderá que el despido ilícito sea reparado mediante una indemnización o declarado ineficaz mediante una reposición;

1.4.3 La LPCL prevé el pago de una indemnización tanto para el despido incausado como para el injustificado;

1.4.4 Ni el artículo 27° de la Constitución ni el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme al cual debe interpretarse el

24 Fundamento 15 de la Sentencia del 13/03/2003 (Llanos Huasco con Telefónica).

precepto constitucional, establecen que en algún supuesto de despido sólo corresponde que la ilicitud de la medida sea reparada mediante la reposición.

1.4.5 Carece de consistencia el razonamiento del TC en el sentido que el despido incausado determine la readmisión y no así el despido injustificado cuando la causa no ha sido demostrada en juicio. Ello confirma que, en uno y otro caso, la indemnización resulta un mecanismo acorde con la Constitución y válido para reparar ambos supuestos de despido ilícito.

II. REMUNERACIONES DEVENGADAS O INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA REPOSICIÓN LOGRADA VÍA PROCESO DE AMPARO

2.1 Consideraciones preliminares

Como ya se ha señalado, el TC ha establecido que la protección adecuada contra el despido arbitrario que consagra el artículo 27° de la Constitución no sólo debe limitarse a una eficacia resarcitoria mediante el pago de una indemnización tasada, sino que, en la medida que el despido resulte lesivo de derechos fundamentales, debe darse la opción al trabajador para que pueda elegir, excluyentemente, porque la protección adecuada contra su despido tenga eficacia restitutoria.

Ahora bien, en caso el trabajador obtenga su reposición en el empleo, vía el proceso de amparo, se genera la discusión sobre la procedencia del pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de la efectiva reposición en el empleo. Así, como quiera que el objeto del proceso de amparo consiste en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, surge la tesis que reponer las cosas al estado anterior implica no sólo la reposición, sino también el pago de las remuneraciones devengadas en atención a que el trabajador las hubiera percibido de no haber sido despedido arbitrariamente.

No obstante, para determinar la validez jurídica de dicha tesis, es necesario atender al contenido esencial del concepto remuneración y los supuestos en las que corresponde su abono.

2.2 La remuneración como contraprestación por el trabajo efectivamente prestado

El contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual una persona denominada trabajador se obliga a ejecutar personalmente una obra o a prestar un servicio a favor de otra, denominada empleador, bajo la dependencia de éste, a cambio del pago de una retribución denominada remuneración.

De acuerdo a ello, la remuneración, entendida como la retribución que el trabajador percibe por sus servicios, es uno de los elementos consustanciales del contrato de trabajo. Al respecto, Alonso Olea señala que un trabajo productivo y por cuenta ajena es necesariamente retribuido, siendo la remuneración la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que se le ceden²⁵.

Asimismo, López destaca que la prestación del trabajo subordinado y la remuneración están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como sinalagmática o de cambio, puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el intercambio de trabajo subordinado por una retribución o salario; y cada una de estas prestaciones funciona, por tanto, como contraprestación respecto de la otra²⁶.

En nuestra legislación, el artículo 6° de la LPCL establece que "constituye remuneración el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios", norma que concordada con el artículo 5° del mismo dispositivo²⁷ resulta consistente en atribuir a la remuneración el carácter de contraprestación por los servicios prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural.

Con base a lo expuesto, se puede concluir que la remuneración es el pago por el servicio personal y directo realizado por el trabajador a favor del empleador y por ende, ésta solamente se genera en tanto exista una prestación cierta, real o efectiva de los servicios; y no cuando tal prestación sea ficta, imaginaria, querida o deseada pero no cumplida. Es decir, el carácter sinalagmático de la remuneración se expresa en la regla: "hay remuneración si hay prestación efectiva de servicios".

Sin embargo, la regla admite excepciones, en tanto medie acuerdo de partes o surja del mandato de norma imperativa que las establezca. Ello sucede por

25 ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. 11 Edición Universidad de Madrid. Madrid, 1989. p. 34.

26 LOPEZ, Justo. El Salario. En "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social". Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997. p. 446.

27 El artículo 5° de la LPCL señala: "Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural".

ejemplo en el caso de enfermedad²⁸, permiso por lactancia²⁹, descanso vacacional³⁰, descanso semanal³¹, descanso en días feriados³², licencia sindical³³ y para el caso de reposición por efecto de un despido declarado nulo³⁴.

Dichas excepciones no pueden ser aplicadas por analogía a otros supuestos conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, ("La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."). Por tanto, si no ha habido prestación efectiva de servicios, y la razón de ello no se encuentra expresamente prevista en la ley como una excepción a la regla, entonces no se genera el derecho ni la obligación al pago de remuneraciones.

2.3 Pago de remuneraciones devengadas en los casos de nulidad de despido

Dentro del grupo de excepciones a la regla en referencia ("hay remuneración si hay prestación efectiva de servicios"), se encuentran lo dispuesto por el artículo 40° de la LPCL, que regula los efectos de la nulidad de despido: "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

28 El artículo 12° literal a.3) de la Ley N° 26790 establece: "El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos."

29 El artículo único de la Ley 27403 establece lo siguiente: "Precísase que la hora diaria de permiso por lactancia materna, a que se refiere el numeral 1.1 del Artículo 1° de la Ley N° 27240, se considera como efectivamente laborada para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente".

30 Los artículos 10° y 15° del Decreto Legislativo N° 713 establecen, respectivamente, que "El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios" y que "La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando ...".

31 El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 713 establece que "La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio será equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados".

32 El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 713 señala: "Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en esta Ley, así como en los que se determinen por dispositivo legal específico".

33 El artículo 32° de la LRCT señala que "A falta de convención, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable. El tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos y licencias remuneradas, destinados a facilitar las actividades sindicales se entenderán trabajados para todos los efectos legales hasta el límite establecido en la convención colectiva".

34 El artículo 40° del TUO de la LPCL señala 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".

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.”

A diferencia de los efectos del despido arbitrario, el único supuesto de extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empleador que legalmente genera el derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir es el despido nulo, el cual se produce cuando el empleador incurre en alguna de las causales previstas taxativamente en el artículo 29° de la LPCL³⁵; y en el artículo 6° de la Ley 26626 relativo a la discriminación por ser portador de VIH/SIDA.

De ello surge que la invalidación de un despido vía un proceso de amparo no corresponde a alguno de los supuestos calificados como despido nulo por la ley; y, por tanto, la consecuencia prevista en el artículo 40° de la LPCL, que reconoce el pago de remuneraciones devengadas únicamente en el caso de haberse ordenado la reposición derivada de una demanda de nulidad de despido, no podría aplicarse al caso de las reposiciones derivadas de una demanda de acción de amparo.

Tampoco se podría sostener válidamente una aplicación analógica del artículo 40° de la LPCL pues, como hemos señalado, aquel constituye una excepción al sinalagma; y, de acuerdo al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que establece excepciones no se puede aplicar por analogía.

Siendo así, se puede concluir que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que reconozca el derecho a percibir las remuneraciones devengadas entre la fecha de cese y la de reposición derivada de una acción de amparo, pues durante ese lapso no medió prestación efectiva de servicios.

2.4 La no procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio vinculante del TC

La jurisprudencia reiterada y uniforme del TC, adoptada en Sala Plena, ha sentado como principio de observancia obligatoria para todos los órganos

³⁵ Es nulo el despido por los siguientes motivos: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidatos o representantes de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure a través de actos de violencia, grave indisciplina, injuria o agravio al empleador; d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; y, 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.

jurisdiccionales de la República y en todo tipo de procesos³⁶, que la reposición derivada de una acción de amparo no genera el derecho al pago de remuneraciones devengadas por cuanto no se cumple con la regla en referencia, esto es, que al no haber existido prestación efectiva de servicios no se ha generado el derecho a percibir remuneración; y, porque esa situación no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento como una excepción a la regla³⁷.

Así, en la sentencia recaída en el expediente N° 1450-2001-AA/TC (Julio Trujillo Meza vs. Universidad Nacional Mayor de San Marcos), publicada el 1° de marzo de 2003, el TC en sesión de Pleno Jurisdiccional, estableció, inequívocamente, que carecen de base legal las pretensiones sobre reconocimiento de haberes por un trabajo no realizado. Para tal efecto el TC señaló expresamente en su fundamento primero que:

“... ”

a) mediante jurisprudencia uniforme y reiterada, el Tribunal ha dejado plenamente establecido que las remuneraciones de todo trabajador representan una contraprestación por las labores efectivamente realizadas; b) si bien las sentencias constitucionales que ordenan la reincorporación de un trabajador indebidamente cesado pueden eventualmente, y según el caso, disponer la cuantificación del período no laborado para efectos pensionables, ello no supone ningún reconocimiento remunerativo por un trabajo que nunca se realizó; c) aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasiona un perjuicio durante todo el período que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado. Sin embargo, la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales; d) por consiguiente y aunque debe

³⁶ La Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, señala: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

³⁷ Sentencias recaídas en: Exp. 2412-2004-AA/TC, Exp. 1996-2003-AA/TC, Exp. 901-2002-AA/TC, Exp. 849-2002-AA/TC, Exp. 1450-2001-AA/TC y Exp. 275-2001-AA/TC.

entenderse que a cualquier trabajador indebidamente cesado le asiste el derecho de reclamar indemnización por el daño del cual fué objeto, queda claro que la pretensión sobre reconocimiento de haberes por un trabajo no realizado, resulta, por lo menos para casos como el presente, totalmente infundada.”

La posición adoptada en el pronunciamiento citado ha sido reiterada por el TC hasta la actualidad en causas similares a las que fue objeto de dicho proceso. Así, tenemos la sentencia del TC recaída en el expediente N° 849-2002-AA/TC (Rosana Torres Vega vs. Ministerio de Justicia), publicada el 24 de junio de 2003, en cuyo segundo fundamento se señala que:

“De otro lado, conforme lo ha establecido este Tribunal, no cabe en estos casos disponer el pago de remuneraciones devengadas, por cuanto ellas corresponden a un periodo no trabajado en el cual, por lo tanto, no hubo contraprestación; consecuentemente, tal solicitud posee naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, debiendo quedar a salvo el derecho respectivo, el mismo que no puede ejercitarse en esta vía sumaria”.

Similar criterio contiene la sentencia del TC recaída en el expediente N° 275-2001-AA/TC (Oscar Molina Ventocilla y otro vs. Municipalidad Metropolitana de Lima), publicada el 16 de abril de 2004, en cuyo noveno fundamento se establece que:

“Con relación al pago de las remuneraciones dejadas de percibir por los recurrentes, es criterio de este Tribunal que dicho pago, durante el tiempo que duró su cese, no procede, por cuanto las remuneraciones son una contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderles, por concepto del daño irrogado por la injusta separación”

Finalmente, la sentencia del TC recaída en el expediente N° 1996-2003-AA/TC (Wilfredo Crisanto Gómez vs. Municipalidad de Sullana) publicada el 4 de febrero de 2004, en cuyo cuarto fundamento se precisa que:

“En cuanto al extremo referente al pago de las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo que duró el cese, este Tribunal ha establecido que ello

no procede, por cuanto la remuneración es la contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle”.

En estas sentencias el TC confirma la relación sinalagmática entre la prestación efectiva de servicios y el derecho a percibir remuneración, reiterando que en la medida que durante el tiempo que duró el cese no hubo una prestación efectiva de labores, no se ha producido el derecho a percibir remuneración alguna.

Empero, es claro que el cese, invalidado vía un proceso de amparo, podría haber causado perjuicio al trabajador y por ende convertirlo en acreedor de un eventual daño moral, daño emergente o, principalmente, lucro cesante, entre otros; pero, como sostiene el TC, ello no implica el derecho a percibir remuneraciones devengadas por el tiempo que duró el cese, sino, en todo caso, a una indemnización por daños y perjuicios. Es por ello que el TC rechaza la pretensión de pago de remuneraciones devengadas por el período correspondiente al cese, pero deja a salvo el derecho del trabajador a demandar el pago de la indemnización en la vía correspondiente, donde deberá probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal.

Esta posición también ha sido recogida en la sentencia de fecha 31 de enero de 2001, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del TC (señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano³⁸) contra el Estado peruano, en la cual se reconoció el derecho a una indemnización a favor de los magistrados destituidos, y no el pago de remuneraciones por un trabajo que nunca se realizó.

Si bien en el quinto punto resolutivo de la sentencia de la Corte Interamericana dispone que el Estado peruano debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que de conformidad con su legislación correspondan a los referidos magistrados, la Corte también señala que ello debe efectuarse de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de dicha sentencia. En éstos se precisa que los montos correspondientes a los salarios caídos, en ese caso en concreto, constituían un factor a tomar en cuenta en el cálculo de la indemnización que les correspondía a los accionantes y no así el reconocimiento de pago de remuneraciones por un trabajo no

38 Estos ex magistrados actuaron como vocales en el Exp. N° 275-2001-AA/TC antes citado, reconociendo precisamente la improcedencia del pago de remuneraciones cuando no ha existido prestación efectiva de labores.

realizado. Es decir, el quinto punto resolutivo de la sentencia no reconoce el derecho a los sueldos caídos, sino a una indemnización que podría contener los sueldos caídos, siempre que el trabajador demuestre la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil, como son daño cierto, factor de atribución, conducta antijurídica, entre otros. Así, los mencionados párrafos 121 y 128 señalan:

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

(...)

128. Para dar cumplimiento a la presente Sentencia, el Estado deberá pagar, en un plazo de seis meses a partir de su notificación, las indemnizaciones establecidas a favor de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Al hacer efectivas las indemnizaciones otorgadas en la presente Sentencia, el Estado deberá pagar los montos relativos al valor actual de los salarios que se dejó de percibir en el correspondiente periodo (salarios caídos)...”

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana no reconoce el derecho a remuneraciones devengadas, sino que, en ese caso en concreto, ha estimado que los demandantes tenían derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios, la cual incluía, en la calidad de lucro cesante, los salarios caídos.

De acuerdo a los criterios del TC y de la Corte Interamericana, el hecho que un trabajador sea repuesto en su centro de labores en virtud de una acción de

amparo, no genera, pues, derecho a percibir remuneraciones devengadas o sueldos caídos, ya que durante el tiempo que duró el cese no hubo prestación efectiva de servicios. Así, y en todo caso, a lo que se tendría derecho es a una indemnización por los daños que se pudieran haber ocasionado, para lo cual deberá probarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

2.5 La procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema

A pesar del carácter vinculante del criterio del TC relativo a la improcedencia del pago de remuneraciones dejadas de percibir ante la invalidación del despido vía proceso de amparo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema viene emitiendo casaciones en las que reconoce el pago de remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duró el cese invalidado vía un proceso de amparo³⁹.

Así, en la Casación N° 1586-2004, de fecha 7 de noviembre de 2005, emitida en el proceso seguido por Hilda Mercedes Pachas Crisóstomo contra Telefónica del Perú S.A.A., la Corte Suprema señaló:

“Octavo: Que, como aparece la decisión de la accionada de reincorporar a la accionante fue adoptada en cumplimiento de lo resuelto en la acción de amparo interpuesta para cuestionar su cese por lo que efectivamente el lapso transcurrido entre el cese y su reposición debe examinarse a partir de los alcances y efectos del artículo primero de la Ley número veintitrés mil quinientos seis -bajo la cual se tramitó dicha acción- que señala que el objeto de la acción de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Noveno: Que, es bajo este contexto que se debe analizar la pretensión de pago de remuneraciones y beneficios devengados que

39 Casación N° 1586-2004-LIMA y Casación N° 496-2005-LIMA.

reclama la demandante por todo el período que duró su cese indebido, pues al haberse restituido su derecho conculcado y repuestas las cosas al estado anterior del cese, significa que se ha restablecido para todos los efectos automáticamente la relación laboral entre las partes, dado que el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el despido mismo, en consecuencia el lapso que la demandante estuvo fuera del empleo debe reconocerse como tiempo de servicios efectivamente prestados a la emplazada con el correspondiente pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir.

Décimo: Que, razonar en contrario significaría desconocer los efectos y alcances del principio de continuidad — aplicable a estos autos por permisión del inciso ocho del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado — en virtud al cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso puedan alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral pese a que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como es el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si ésta nunca se hubiera interrumpido, determina no solo el derecho del trabajador a ser reincorporado al empleo sino también a que se le reconozca todos aquellos derechos con contenido económico cuyo goce le hubiese correspondido durante el período 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 sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación.

Undécimo: Que, en doctrina el lapso en el cual el trabajador ha permanecido fuera del empleo por decisión unilateral e injustificada del empleador se conoce como plazo de "suspensión imperfecta del contrato de trabajo" regulado por el último párrafo del artículo once de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que establecen

que se suspende, también, de modo imperfecto el contrato de trabajo cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Duodécimo: Que, de este modo y teniendo en cuenta que el artículo cuarenta de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido al no establecer distinción o restricción de ninguna clase, en cuyo caso ha prescrito que sólo en dicho caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro del régimen de la actividad privada; debe concluirse que la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador del régimen laboral de la actividad privada, el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir, en tanto que vía una sentencia de acción de amparo también se puede lograr los mismos efectos para el trabajador partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez por lo que jurídicamente debe reputarse que no se produjo.

Décimo Tercero: Que, tal conclusión resulta acorde con el marco constitucional que delimita el artículo primero de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres que señala que la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo del Estado, motivo por el cual debe éste tutelar y respetar derechos elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar, al trabajador la percepción de sus remuneraciones, los cuales tienen contenido y carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia de acuerdo a lo previsto en el artículo veinticuatro de la misma Carta Magna, por lo tanto debe razonablemente entenderse que no hay obligación de pago por trabajos no realizados siempre y cuando la omisión laboral sea atribuible al trabajador y no cuando provenga de la decisión unilateral e injustificada del empleador como lo acontecido en el caso sub exámine en que el cese injustificado de la accionante se produce a consecuencia de la decisión unilateral de su principal.

Décimo Quinto: Que, si bien es cierto los órganos de instancia han desestimado la demanda sosteniendo además que el Tribunal

Constitucional vía amparo ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, empero debe tenerse presente que tratándose de un proceso de cognición el cual está dotado de una etapa probatoria en que las partes pueden demostrar con amplitud los hechos expuestos en la postulación, este proceso resultaría adecuado para reclamar y discutir dicho petitorio en la vía judicial, lo cual resulta congruente con el derecho de acceso a la justicia que forma parte del contenido esencial del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva por lo que derivar la pretensión a otro proceso significaría atentar contra el citado principio.

RESOLUCIÓN:

Declararon FUNDADO el recurso de casación (...); en consecuencia DISPUSIERON que la emplazada cumpla con abonar a favor de la demandante las remuneraciones y beneficios devengados desde la fecha de su despido hasta su efectiva reposición en el trabajo así como efectuar el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios correspondiente observando las directivas contenidas en este pronunciamiento y de acuerdo a la liquidación que efectúe el Juez en ejecución de sentencia; más intereses, costas y costos (...)"

Cabe puntualizar los argumentos de la Corte Suprema en el fallo glosado para ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir entre la fecha de cese del trabajador y la fecha de su reposición en el empleo en mérito a una sentencia dictada en un proceso de amparo:

- a) El objeto de las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. En los casos de cese indebido de un trabajador, significa restablecer, para todos los efectos, la relación laboral entre las partes, es decir, que ello no sólo involucra la reposición en el empleo, sino que se extiende a restituciones de naturaleza económica vinculadas al pago de los derechos y beneficios dejados de percibir durante el periodo que duró el cese;
- b) Que de no ser así habría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores;

- c) Que el lapso de tiempo que el trabajador permaneció fuera del empleo configuraría una suspensión imperfecta del contrato de trabajo;
- d) Que el artículo 40° de la LPCL no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido, por lo que debe concluirse que ese derecho también se genera frente a una sentencia de acción de amparo que invalide el despido, lo que resultaría acorde con el marco constitucional;
- e) Que si bien el TC ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, ello no impediría que el trabajador pueda demandar el pago de remuneraciones devengadas pues el proceso laboral es un proceso de cognición dotado de una etapa probatoria en la que las partes pueden demostrar los hechos expuestos en los actos postulatorios; y,
- f) Que debe reconocerse el pago de las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir por todo el periodo que se extendió el cese indebido, con excepción de aquellos conceptos cuyo otorgamiento esté condicionado expresamente a la asistencia real y efectiva a sus labores.

2.6 Precisiones a los argumentos expuestos por la Corte Suprema

Primero, corresponde efectivamente al objeto de las acciones de garantía reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; y, específicamente en el caso de despido, ello se produce con la reposición del trabajador en su empleo⁴⁰, mas no con el otorgamiento de prestaciones que en realidad no existieron.

El reponer las cosas al estado anterior implica la declaración de invalidez del despido y la nulidad de actos posteriores a éste que sean consecuencia directa de dicho despido. Cabe preguntarse, ¿cuáles son estos actos que también resultan siendo nulos y cuya "restitución" apareja el pago de remuneraciones devengadas? Entendemos que ninguno, desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En efecto, si lo que se pretende es reparar las consecuencias económicas del despido, entonces, nos encontramos en el campo de la indemnización, y no en el de la restitución. Dicho en otros términos, la pretensión de pago de

40 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de marzo de 2003, Exp. N° 976-2001-AA/TC.

remuneraciones devengadas no busca otra cosa que reconocer una compensación al demandante por el tiempo transcurrido entre su cese y su reposición. Con ello, al ordenarse su pago, lo que se está otorgando, aunque no se diga, es una indemnización, con lo cual se está modificando la pretensión restitutoria que fue objeto del proceso de amparo. Así, la sentencia de la justicia laboral ordinaria que ordena el pago de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición expedida en un proceso de amparo afecta, en esencia, el principio de congruencia en cuanto le atribuye a la sentencia constitucional un efecto del que dicho mandato carece.

Segundo, el hecho que no se conceda el pago de remuneraciones por un periodo no laborado como consecuencia de un despido invalidado no constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores. El mismo TC ha previsto que el despido podría haber generado perjuicio al trabajador y por eso deja a salvo su derecho a reclamar una eventual indemnización en la vía correspondiente. Es decir, si el trabajador repuesto vía amparo, es acreedor a una reparación por daños y perjuicios que pueden haberse generado como son, entre otros, el daño moral, el daño emergente, y el lucro cesante, éste justamente comprendería las remuneraciones que ciertamente dejó de percibir como consecuencia de su despido.

Tercero, el lapso de tiempo que el trabajador permaneció fuera del empleo no configura una suspensión imperfecta del contrato de trabajo. Las causales de suspensión del contrato de trabajo se encuentran establecidas en el artículo 11° de la LPCL, el cual no contempla como tal al despido invalidado vía proceso de amparo.

Cuarto, entendemos que el artículo 40° de la LPCL, cuando señala "al declarar fundada la demanda de nulidad de despido", sólo podría referirse a la acción de nulidad de despido por las causales expresamente señaladas en el artículo 29° del mismo cuerpo normativo. Nuestro ordenamiento legal sólo prevé una forma para que se declare nulo un despido, y ésta es cuando se acredita la configuración de alguna de las causales previstas en el mencionado artículo 29°. Dado que la invalidación de un despido vía un proceso de amparo no es una de ellas, no se le podría extender la consecuencia del pago de remuneraciones devengadas previsto en el artículo 40° de la LPCL, máxime si el propio TC diferencia el despido nulo a que se refieren los artículos 29° y 40° de la LPCL, del despido invalidado vía un proceso de amparo.

Quinto, el TC ha desestimado las pretensiones de pago de remuneraciones devengadas no sólo por el hecho que el proceso de amparo carece de etapa

probatoria, sino porque expresamente ha reconocido que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. Por ello, es en la medida que durante el cese no ha mediado prestación de labores, que no procede el abono de remuneraciones. Es decir, no se trata, en rigor, de las características del proceso y de la existencia o carencia de una amplia etapa probatoria, sino de que, jurídicamente, no se ha generado el derecho a percibir remuneraciones devengadas por el tiempo que duró el cese invalidado vía proceso de amparo porque no existió prestación de servicios. Ello no impide que el trabajador demande el pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido, pero recurriendo a la vía correspondiente, donde deberá probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal.

Sexto, entendemos que la Corte Suprema incurre en incongruencia al ordenar el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir, con excepción de aquellos conceptos que esté condicionado expresamente a la asistencia real y efectiva a sus labores. Como lo ha señalado el TC, y se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en atención al carácter sinalagmático del contrato de trabajo, toda remuneración está condicionada a la prestación efectiva de labores, con excepción de los supuestos expresamente previstos en la ley, dentro de los cuales no se encuentra la invalidación del despido vía un proceso de amparo.

Con base a lo expuesto, no puede obviarse que si el ordenamiento legal confiere al TC la calidad de órgano de control de la Constitución e intérprete supremo de la misma y en tal virtud le concede a sus sentencias el carácter de vinculantes, no cabe que la Corte Suprema adopte una postura diferente en materia de interpretación de derechos constitucionales.

2.7 Conclusiones

2.7.1 Conforme a lo establecido en el artículo 6° de la LPCL, y al principio de observancia obligatoria dictado por el TC, la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. En ese sentido, el derecho a percibirla solamente se genera en tanto exista una prestación cierta, real o efectiva de los servicios;

2.7.2 El sinalagma propio del contrato de trabajo presenta excepciones conforme las cuales se reconoce el derecho a percibir remuneraciones a pesar de

no existir prestación efectiva de servicios. Sin embargo, dichas excepciones deben responder al acuerdo de partes o al mandato de norma imperativa que expresamente las establezca;

2.7.3 Un despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo: (i) no genera la suspensión imperfecta de labores, en razón que el artículo 11° de la LPCL señala taxativamente las situaciones en las que se genera la mencionada suspensión, siendo que el despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo no corresponde a una de ellas; y, (ii) tampoco genera los efectos del despido nulo previsto en los artículos 29° y 40° de la LPCL, pues, dicha situación no configura alguna de las causales legalmente previstas como despido nulo; y, (iii) porque el TC ha establecido que el despido invalidado vía proceso de amparo no genera el pago de remuneraciones devengadas, sino únicamente la reposición en el empleo;

2.7.4 No se podrían aplicar por analogía las consecuencias previstas en el artículo 40° de la LPCL (pago de remuneraciones devengadas) al despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo, pues la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía;

2.7.5 El despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo no genera el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo que duró el cese. Eventualmente, existirá derecho al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que el cese indebido habría generado, para lo cual se tendrá que acudir a la vía correspondiente y probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal; y,

2.7.6 Al desconocer el carácter vinculante de las sentencias del TC en esta materia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema genera incertidumbre en los justiciables.

III. HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES

3.1 Consideraciones preliminares

El principio de igualdad, en su manifestación de igualdad ante la ley, se ha encontrado consagrado en los textos constitucionales desde los albores de la República, y no obstante ello, las cartas fundamentales que nos han regido han reconocido situaciones de diferencias entre las personas. A modo de ejemplo, las Constituciones de 1856, 1960 y 1867, que consagraban el derecho a la igualdad

ante la ley, no reconocían, sin embargo, el derecho de sufragio a las mujeres⁴¹.

La Constitución de 1993 (artículo 2°, inciso 2), al igual que su predecesora, recogió el derecho a la igualdad ante la ley, a la vez que amplió la aplicación del mandato de no discriminación a una lista abierta de categorías de personas, mediante la cláusula final "o de cualquiera otra índole".

Así, la igualdad (inicialmente configurada en su vertiente de igualdad ante la ley, y luego ampliada a la de igualdad de trato y/o de oportunidades) ha sido tradicionalmente concebida más como una norma programática, aspiración que el Estado debe garantizar en tanto sea posible, y no como un imperativo jurídico. Es de esta forma, que surge el mandato de no discriminación con el objeto de dotar de mayor eficacia a la protección de la igualdad, a través de la proscripción de la arbitrariedad en la administración de las diferencias.

En el ámbito laboral, la Constitución vigente (artículo 26°, inciso 1), consagró el respeto de la igualdad de oportunidades, sin discriminación. Con base a dicho precepto, se vienen interponiendo acciones, tanto ante la justicia laboral como constitucional, que reclaman el respeto del derecho a la igualdad de remuneraciones. Las respuestas obtenidas en dichas jurisdicciones han sido diversas en atención al distinto contenido que ese derecho confiere la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia laboral.

41 La Constitución Política de 1823 (los artículos 23° y 193°, inciso 9) consagraba la garantía inviolable de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. Tal garantía también se hallaba recogida expresamente en el artículo 142° de la Constitución de 1826, en el artículo 149° de la Constitución de 1828, en el artículo 158° de la Constitución de 1834 y en el artículo 160° de la Constitución de 1839. A pesar de tal consagración constitucional, todavía subsistía la esclavitud para quienes habían tenido dicha condición en forma previa a la Declaración de Independencia, pues sólo se hallaba abolida para todos los que nacían con posterioridad a ella dentro del territorio de la República. Para evitar el reconocimiento de dicho derecho a quienes conservaban la situación de esclavitud, fue suficiente excluirles la condición de peruanos e, incluso, de ciudadanos. Recién con la Constitución de 1856, promulgada durante el gobierno de Ramón Castilla, quedó abolida la esclavitud de modo general y de manera definitiva, al consagrarse, en el artículo 17°, que "Nadie es esclavo en la República".

Ahora bien, la garantía de la igualdad ante la ley continuó reconocida en la Constitución de 1856 (artículo 31°), en la Constitución de 1860 (artículo 32°), en la Constitución de 1867 (artículo 30°), y en la Constitución de 1920 (artículo 17°). A pesar de la consagración de la igualdad ante la ley en todos los textos constitucionales hasta ahora reseñados, dicha garantía no alcanzaba a las mujeres, quienes no eran consideradas ciudadanas, por lo que carecían, por ejemplo, del derecho de sufragio. En virtud del artículo 86° de la Constitución de 1920, las mujeres -sin ser reconocidas todavía como ciudadanas- gozaban del derecho de sufragio únicamente para las elecciones municipales, siempre que fueran mayores de edad, que se hallasen casadas o que lo hubieran estado, o que fueran madres de familia, aunque no hubieran alcanzado la mayoría de edad.

Fue recién con la modificación a la Constitución de 1920, introducida por la Ley N° 12391, de 5 de setiembre de 1955, que se concedió la ciudadanía a la mujer y, con ello, el derecho de sufragio, aunque con el requisito -también aplicable a los varones- de que supieran leer y escribir. De ese modo, la mujer sufraga por primera vez en el Perú en 1956.

La Constitución de 1979 consagró el derecho a la igualdad ante la ley, e incorporó el mandato de no discriminación, para determinadas categorías de personas sujetas a especial protección. Asimismo, reconoció el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en las relaciones de trabajo.

3.2 El contenido del derecho a la igualdad y la homologación de remuneraciones

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por "homologación" la acción de equiparar o poner en relación de igualdad a dos situaciones. En ese sentido, la homologación de remuneraciones significará equiparar las remuneraciones que perciben dos o más trabajadores, con base a la vigencia del derecho a la igualdad y la no discriminación, recogidos en el artículo 26º, inciso 1, de la Constitución Política, así como en los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Téngase presente que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios Internacionales de la OIT sobre la materia, ratificados por el Perú, consagran el principio de pago igual o el principio de pago igual por trabajo de igual valor.

En efecto, el artículo 2º del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor), de 1951, dispone lo siguiente:

"Artículo 2.-

1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.
2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de:
 - a) la legislación nacional;
 - b) cualquier sistema para la fijación de remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
 - c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o,
 - d) la acción conjunta de estos diversos medios".

Repárese que la igualdad de remuneración a que alude el artículo 2º del Convenio N° 100 de la OIT es más una aspiración que una real exigencia, al punto que se limita a consagrar el rol "promotor" del Estado en la búsqueda de la

igualdad y, sólo a partir de la adaptación de métodos de fijación de tasas de remuneración (en caso que las hubiera), dispone la obligación estatal de garantizar la aplicación a todos los trabajadores, sin distinción de sexo, del principio de pago igual por trabajo de igual valor.

Téngase presente que no se pretende imponer una igualdad de manera aritmética, genérica y absoluta, pues, además de que los derechos fundamentales no son absolutos, como ya lo ha sostenido el propio TC⁴², imponer la igualdad, sin más, implicaría desconocer que entre los seres humanos y las circunstancias que los rigen existen diferencias objetivas. Para proteger la igualdad, el Derecho proscribiera la arbitrariedad -entiéndase, la no razonabilidad- en la adopción de medidas que impacten de modo distinto a unos respecto de otros. Sólo así se explica y justifica el surgimiento del mandato de no discriminación, conceptualizado como la manifestación más intensa del principio de igualdad, con carácter emancipatorio y reivindicativo, destinado a evitar la subsistencia en el tiempo de categorías tradicionalmente marginadas en la sociedad.

La primera definición del mandato de no discriminación contenida en un acuerdo internacional fue establecida siete años después de la adopción del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo; específicamente, en el artículo 1.1. del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo: "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

La definición de discriminación, en tanto mandato protector del derecho a la igualdad, contemplada en el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, presupone la existencia de un acto (la distinción, exclusión o preferencia), de un motivo (la raza, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social) y de un efecto (anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación).

En ese orden ideas, no toda distinción, exclusión o preferencia constituye un acto de discriminación, violatorio del derecho a la igualdad. Para que tal situación

42 A modo de ejemplo, en la sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449, (Expediente N° 050-2004-AI/TC, Exp. N° 051-2004-AI/TC, Exp. N° 004-2005-AI/TC, Exp. N° 007-2005-AI/TC, Exp. N° 009-2005-AI/TC), el Tribunal Constitucional señaló "Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su "contenido fundamental".

se produzca, es necesario que la distinción, exclusión o preferencia resulte arbitraria, afecte una categoría protegida por la Constitución o por los convenios internacionales, y tenga por efecto, sobre los trabajadores involucrados, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En consecuencia, no será suficiente la verificación de una simple diferencia en la remuneración que perciben dos trabajadores para concluir que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y se genere el derecho a que se homologuen sus remuneraciones. La discriminación sólo operará en la medida que la diferenciación obedezca a un acto ilegítimo del empleador, carente de justificación objetiva y razonable, y que no respete un mínimo de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados. Es decir, se configurará la discriminación salarial (interpretando sistemáticamente los Convenios N° 100 y N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo) cuando la diferencia en la remuneración percibida por dos trabajadores no está vinculada directamente con la naturaleza de la labor que se realiza, sino con el sexo, con el color de la piel, las convicciones políticas o religiosas o el origen nacional o social.

3.3 Las diferencias válidas y el acto discriminatorio conforme al criterio del TC

El TC ha desarrollado con particular detalle el contenido constitucional del derecho a la igualdad en la sentencia de fecha 5 de octubre de 2004, emitida en el expediente N° 1875-2004 AA/TC:

“El derecho a la igualdad.

4. Este Tribunal, en reiteradas ejecutorias (cf. STC 0261-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC, 0001/0003-2003-AI/TC) ha definido la orientación jurisprudencial en el tratamiento del derecho a la igualdad. Al respecto, se ha expuesto que la igualdad es un principio de derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

El derecho de igualdad ante la ley y la diferenciación por la naturaleza de las cosas.

5. Como ya lo ha señalado anteriormente este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. 0018-2003-AI, “[...] el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto este se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente”.

“El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.

Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando, ab initio, su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; por ende, luego de haber satisfecho dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. “[...] la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:

- a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- b) La acreditación de una finalidad específica.
- c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.
- e) La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue”.

Como se puede apreciar, el TC sostiene que el derecho a la igualdad no es absoluto, pues no todas las personas deben recibir un trato igual, sino sólo

cuando se haya verificado que se encuentran en condiciones idénticas. En ese sentido, no toda diferenciación está prohibida o supone discriminación. Es por ello que no todos los trabajadores que realicen una misma labor o que ocupen un mismo cargo tienen derecho a percibir la misma remuneración, sino sólo aquellos que, como señala la OIT, realicen un trabajo de "igual valor". En tal virtud, será necesario verificar la concurrencia de factores de igualdad propias del trabajador, tales como calificaciones, antigüedad o experiencia o circunstancias externas a éste como corresponde a las funciones realizadas, historia laboral, nivel de responsabilidad, productividad o eficiencia.

En ese sentido, la sola diferencia entre las remuneraciones de dos trabajadores que ocupen un cargo similar no supone un acto discriminatorio, y menos puede generar derecho a la homologación de remuneraciones. Antes bien, será necesario determinar si los trabajadores se encuentran en condiciones idénticas, y la inexistencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación.

3.4 La discriminación salarial por la mera diferencia de remuneraciones entre dos trabajadores que ocupan un mismo cargo conforme al criterio de la justicia laboral ordinaria

Contrariamente a lo sostenido por el TC, la justicia laboral ha emitido pronunciamientos en los que, sin analizar la concurrencia de factores de identidad en condiciones idénticas, ha ordenado la homologación o equiparación de remuneraciones. Así ha estimado que se configura violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación cuando dos trabajadores que ocupan un cargo con la misma denominación dentro de una empresa perciben una retribución distinta por sus labores. Es decir, con base a una mera referencia a la denominación del cargo y a un distinto monto las remuneraciones se concluye que habría configurado discriminación salarial.

Ese es el sentido de un pronunciamiento confirmativo de una sentencia de primera instancia que ordena la homologación de las remuneraciones del demandante con las percibidas por otro trabajador de la empresa, atendiendo únicamente a que ambos trabajadores ocupaban un cargo con la misma denominación y a que la empresa demandada no había observado el informe pericial actuado en el proceso en el que se sólo se comparaba el monto de las remuneraciones percibidas por ambos trabajadores.

La Sala Laboral no se detuvo a analizar si ambos trabajadores se encontraban en condiciones idénticas, esto es, si más allá de la designación de su cargo realizaban las mismas labores, con igual responsabilidad funcional o si ambos pertenecían a la misma área dentro de la empresa, o si tenían la misma fecha de ingreso e igual capacitación profesional o antigüedad⁴³.

En este orden de ideas, es claro que el pronunciamiento en referencia no se encuentra ajustado al contenido constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación desarrollado por el TC, según el cual sólo corresponderá la homologación de remuneraciones cuando se hubiera acreditado la existencia de condiciones idénticas, o, en términos de la OIT, cuando se hubiera acreditado la prestación de un trabajo de igual valor.

De esta forma, el criterio jurisprudencial bajo comentario desvirtúa el derecho a la igualdad y a la no discriminación para aproximarlos a una concepción absolutista de ese derecho, la cual apuntaría a equiparar situaciones que son disímiles entre sí, no obstante la existencia de factores que objetivamente justifican la diferenciación.

Más aún, semejante planteamiento resiente la posibilidad de que el empleador retribuya de manera diversa trabajo de distinto valor prestado por trabajadores que se desempeñan en la misma ocupación. Así, el igualitarismo absoluto aspira a que la remuneración sea la misma con prescindencia a la existencia de cualidades que diferencian la prestación laboral de unos trabajadores respecto de otros y en particular, de los resultados que se obtienen de dicha prestación. De esa forma, se desincentiva la mayor contracción hacia el cumplimiento de las labores o su mayor eficiencia. Repárese así que la discriminación proviene de la presencia de actos odiosos perpetrados por el empleador para distinguir entre las remuneraciones de los trabajadores. Distinto será el caso cuando el distingo proviene de hechos ajenos a la implementación de una conducta discriminatoria por parte de la empresa sino más bien son el resultado de políticas salariales que incentivan el desempeño o retribuyen en función de resultados.

Existirán también situaciones que determinan diferencias salariales entre trabajadores que desempeñan labores análogas que no implican, per se, una conducta discriminatoria del empleador. Es el caso de la realidad salarial que

⁴³ Exp. N° 3942-2005-REM seguido por Teodoro Ramírez Acapana contra Telefónica del Perú S.A.A., sobre homologación de remuneraciones. Resolución expedida por la Tercera Sala Laboral de Lima.

surge en empresas que han sido objeto de fusiones o reorganizaciones empresariales. Así trabajadores de distinta procedencia regidos por estructuras salariales propias en sus empresas de origen resultan incorporados en otra empresa que mantiene una estructura salarial distinta. En este supuesto, se habrán generado diferencias salariales entre trabajadores semejantes, pero ello no será fruto de una conducta discriminatoria por parte del empleador, sino el resultado de la fusión o reorganización empresarial. Por ello, en la medida que resulte factible la identificación de los factores que objetivamente expliquen la diferencia en la remuneración de unos y otros trabajadores, no resultará afectado el principio de igualdad y de no discriminación.

3.5 Conclusiones

3.5.1 El derecho a la homologación de remuneraciones tiene sustento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En esa medida, sólo será procedente la homologación cuando frente a situaciones idénticas, existiera alguna diferenciación que no se encuentra justificada objetivamente;

3.5.2 La sola diferencia de remuneraciones entre las remuneraciones de dos trabajadores que ocupan un cargo similar no supone per se un acto discriminatorio por parte del empleador. Antes bien, se deberá analizar si se está frente a situaciones idénticas; y,

3.5.3 Para determinar si estamos frente a situaciones idénticas o frente a trabajos de igual valor, será necesario verificar una serie de cualidades como las funciones y labores realizadas, el nivel de responsabilidad, la fecha de ingreso, la capacitación profesional, la eficiencia, entre otras, así como otros factores que expliquen objetivamente las diferencias remuneratorias.

IV. EL LÍMITE DE LAS OCHO HORAS Y LAS JORNADAS ACUMULATIVAS O ATÍPICAS

4.1 Consideraciones preliminares

La jornada máxima de ocho horas parte de un concepto de distribución del día en tres segmentos de ocho horas: uno destinado a las actividades productivas; otro a las recreativas y la vida familiar; y otro al descanso. Este

esquema resulta funcional al trabajador urbano, esto es, aquel que diariamente se desplaza entre su domicilio y su centro de trabajo.

Sin embargo, diversos tipos de actividades no se adecuan a dicho esquema, conforme corresponde a las labores que desarrollan centros de trabajo ubicados en locaciones remotas, en las cuales las dificultades de transporte o lo inhóspito de su ubicación determinan que los trabajadores permanezcan en su lugar de trabajo por un tiempo determinado e ininterrumpido al cabo del cual se trasladan a sus lugares de origen para gozar de un descanso que se extiende por varios días consecutivos. Análogo esquema opera respecto del personal embarcado, o que presta servicios en plataformas petroleras ubicadas en altamar o guías de turismo, entre otros ejemplos. Es claro que en estos casos no resulta factible que el trabajador retorne a su domicilio al término de la jornada diaria y de ahí que las jornadas que acumulan trabajo y descanso constituyan un mecanismo idóneo para asegurar la viabilidad de este tipo de actividades. En este mismo orden de ideas, es frecuente que la jornada diaria se extienda por más de ocho horas con el objeto de maximizar la permanencia del trabajador en su lugar de operaciones, de manera de que el tiempo trabajado permita una acumulación mayor de horas que favorezca su compensación mediante un mayor número de días de descanso. De otro modo, si la jornada se limitase a ocho horas, el trabajador estaría sujeto a períodos diarios de inactividad, en lugares inhospitalarios y alejados de sus familiares.

Con base a este raciocinio es que el artículo 25° de la Constitución prevé la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no supere las jornadas de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Sin embargo, mediante sentencia publicada el 9 de mayo de 2006, el TC estableció que la jornada de trabajo para los trabajadores mineros no debe exceder de ocho horas diarias. Más aún, señaló que en cualquier tipo de actividad laboral, no pueden superarse las ocho horas diarias o las cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas o de un período más corto y procedió a declarar incompatibles con el parámetro constitucional determinados artículos del Reglamento de la Ley General de Minería que regulan la jornada de trabajo⁴⁴.

Tales planteamientos causaron conmoción en la actividad minera porque implicaban desarticular la forma como se han estructurado buena parte de las operaciones mineras en el Perú.

44 Exp. N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Copper Corporation.

Afortunadamente, el TC fue permeable a las críticas que desde distintos sectores⁴⁵ mereció su sentencia y expidió una resolución aclaratoria⁴⁶ que, en rigor, varió sustancialmente los alcances de la sentencia original. Cabe acotar, que la resolución aclaratoria fue expedida con voto singular de un magistrado, lo que resulta sintomático de lo controversial que para algunas posiciones resulta esta problemática.

Por su parte, la justicia laboral ordinaria ha reconocido en un pronunciamiento que las jornadas atípicas de doce horas diarias no conculcan derechos laborales reconocidos en la Constitución y que no generan trabajo en sobretiempo ni compensación especial por la labor prestada en días domingos y feriados, en razón que resultan compensados con el otorgamiento de días continuos de descanso⁴⁷.

Resulta así relevante analizar el sustento legal de las jornadas acumulativas atípicas tanto en nuestro ordenamiento jurídico como las consideraciones que ha tenido en cuenta el TC para, primeramente, descalificar las jornadas mayores a ocho horas y luego admitirlas como válidas.

4.2 Las consideraciones del TC contenidas en su sentencia descalificadora de las jornadas mayores a ocho horas

El TC basó su sentencia en dos distintos tipos de consideraciones, unas de tipo técnico y otras de carácter jurídico. Respecto de las primeras, recurrió a un informe sobre las condiciones de trabajo en la minería del Perú". Si bien en un principio se estimó que el mismo reflejaba la posición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un análisis más exhaustivo del documento demuestra que se trata de una publicación de la OIT, pero no necesariamente avalada por ésta⁴⁸.

La sentencia consideró fidedignas para el conjunto de la minería peruana aseveraciones contenidas en dicho informe, tales como que la alimentación proporcionada a los trabajadores es deficitaria, o que éstos se encuentran

expuestos a elevados niveles de toxicidad y sujetos a significativos riesgos a la salud, derivados del trabajo en altura, lo que justificaría que la jornada diaria no exceda de ocho horas diarias.

No obstante, la sentencia del TC omitió considerar que, en términos generales, la gran y mediana minería operan en el país conforme a estándares internacionales sustentados en tecnología de punta y que desarrolla la explotación minera preferentemente a tajo abierto. De ahí que sus condiciones de trabajo resulten diametralmente distintas a las que prevalecen en la minería subterránea o de socavón. Ello implica, por ejemplo, que enfermedades profesionales tradicionales en la minería, como la silicosis o neumoconiosis, sean desconocidas en la explotación a tajo abierto. Asimismo, la alimentación que estas empresas proporcionan a su personal se encuentra usualmente sujeta a la supervisión de nutricionistas. Al mismo tiempo, el propio informe acotado señalaba que no está demostrado que el trabajo en altura sea un factor de riesgo a la salud para el trabajador minero, cuando éste, por su origen demográfico, es originario de zonas de altura^{49 50}.

En cuanto a las consideraciones jurídicas que avalan el fallo, el TC invocó un conjunto de preceptos constitucionales relativos al respeto a la dignidad de la persona: "el principio-derecho de la dignidad humana fundamenta por un lado, la configuración de nuestro parámetro constitucional, y por otro, es un principio a la luz del cual se resolverá el presente caso"⁵¹.

En lo relativo al derecho a la jornada de trabajo de ocho horas, indicó que "en el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4° del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo)". Agregó que "las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un período de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituyen una excepción que

45 A modo de ejemplo: FERRO, Víctor. Ocho Horas y Jornadas Atípicas en: Revista Perú Económico. Volumen XXIX N° 5, Mayo 2006, Lima, Perú. p. 17-19.

46 Resolución Aclaratoria publicada el 17 de junio de 2006.

47 Sentencia N° 36-2006 emitida en el Exp. 2004-0137-0-0601-JR-LA-01 expedida por el Juzgado Especializado Laboral de Cajamarca.

48 Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 145. Lima, Perú. 2002. El informe fue dirigido por Juan Carlos Hiba y tuvo como responsables a José De Echave Cáceres, Estela Ospina Salinas, con la colaboración de Philippe Denault, Jacinto Isidro Giraldo, Miguel Lévano Muñoz, Aruta Luján Gonzales, Fiorella Pino Luna, Hugo Villa Becerra y Jaime Consiglieri Flores. En la contracarátula del documento se indica lo siguiente: "... La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmadas incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione".

49 Ibidem. p. 78: "Velásquez, De Graff, Dempsey y Cruz manifiestan que tanto los nativos como los residentes permanentes de grandes alturas, pueden tener una mayor capacidad de difusión cuando se les compara con los residentes del nivel del mar... Esto también es corroborado por Dempsey, Cruz y Frisancho (que señalan que) la capacidad vital y el volumen pulmonar residual son mayores en los nativos de las tierras altas que los sujetos de altitudes menores".

50 Ibidem. p. 45.

51 Fundamento 2.1 in fine.

deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo del que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En estos casos, será indispensable el pago de horas extras conforme a ley. Ello porque, sentido, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando existan normas internas más protectoras, éstas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección. Como ya se anotó, ése es el caso del artículo 4° del Convenio N° 1 de la OIT frente al cual el artículo 25° de la Constitución otorga una mayor protección al fijar la jornada semanal en cuarenta y ocho horas como máximo⁵².

El TC consideró, igualmente, que resultaba pertinente sustentar su pronunciamiento, entre otras consideraciones, en el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución.

En tal virtud, determinó con carácter vinculante que la jornada de los trabajadores mineros no puede ser mayor de ocho horas diarias y que respecto de cualquier tipo de actividad laboral, las jornadas atípicas no pueden superar ocho horas diarias ni cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas u otro más corto.

Así, y con base a lo expuesto, ordenó que la demandada restituya la jornada laboral de ocho horas diarias y declaró incompatibles con la Constitución los artículos 209° a 212° del Decreto Supremo N° 003-94-EM, Reglamento de diversos títulos del Texto único Ordenado de la Ley General de Minería, uno de los cuales, el artículo 212° preveía la jornada de doce horas.

Al margen de que el Decreto Supremo N° 003-94-EM había quedado derogado por el Decreto Supremo N° 046-2001-EM publicado el 26 de julio de 2001 y que por ende resultaba írrita que se establezca su incompatibilidad con determinados preceptos constitucionales, resulta relevante destacar cuál es el real alcance las jornadas acumulativas o atípicas y su compatibilidad con el texto constitucional.

4.3 La compatibilidad de las jornadas atípicas que superan las ocho horas diarias con el texto constitucional y el Convenio N° 1 de la OIT

El artículo 25° de la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT (el Convenio)

52 Fundamentos 16 y 17

coinciden en su consagración de los máximos previstos para la jornada diaria y semanal, no obstante que el texto constitucional fija los máximos en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, mientras que el Convenio en referencia prevé ambos límites como concurrentes. En rigor, el Convenio reconoce excepciones a dichos topes, conforme a los cuales resulta válido sobrepasarlos cuando el promedio de horas trabajadas para un período de tres semanas no los excedan, con cargo a que corresponda al trabajo efectuado por equipos.

En efecto, el artículo 25° de la Constitución establece lo siguiente:

“La jornada ordinaria es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo.”

Por su parte, el Convenio prevé que la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, salvo excepciones. El inciso c) de este dispositivo establece, a título de excepción, lo siguiente:

“... cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas o un período más corto no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.”

En tal virtud, como quiera que “el período correspondiente” a que alude el artículo 25° glosado no está definido en el precepto constitucional, debe recurrirse al Convenio para llenar el vacío, habida cuenta que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos que reconoce la Constitución se interpretan de conformidad con los acuerdos internacionales que sobre estas materias ha ratificado el Perú. Así, el período correspondiente debe interpretarse conforme al promedio de tres semanas referido en el Convenio y de esta forma, definir si un determinado régimen acumulativo de trabajo y descanso resulta compatible o no con el marco constitucional.

Para definir si se adecua o no al precepto constitucional citado, examinemos en el cuadro siguiente un ejemplo relativo a un régimen de trabajo de 4 x 4 (cuatro días de trabajo consecutivos seguido de 4 días de descanso igualmente consecutivos), en el que se labora 12 horas diarias (tope descalificado por la sentencia inicial del TC). Por razones de simplicidad, asumiremos que las 12

horas corresponden a la jornada efectiva de trabajo, no obstante que conforme a lo previsto por el artículo 7° de la Ley de Jornada de Trabajo el período de 45 minutos destinados al refrigerio no integra la jornada de trabajo.

TRABAJO	DESCANSO	DIAS DEL CICLO	HORAS TRABAJADAS
4	x	4	8
4	x	4	16
4	x	1(*)	21 (3 semanas)
			Total 144 horas

(*) Se indica 4 x 1 (y no 4 x 4) porque en esa oportunidad se completan 21 días, ó 3 semanas.

De esta forma, se evidencia que en 21 días (3 semanas) el total de horas trabajadas asciende a 144 horas, las que divididas entre 3 semanas arroja un promedio semanal de 48 horas, con lo cual se cumple con el máximo de la jornada semanal.

Resta por determinar si se cumple con el máximo de 8 horas de jornada diaria. Para este efecto, se efectúa la comparación de las 144 horas en referencia con el régimen convencional de 6 días de trabajo por 1 de descanso. De esta forma, si se dividen las 144 horas entre los 18 días de trabajo que existen en 3 semanas se obtiene un resultado de 8 horas diarias ($144 / 18 = 8$).

Con ello queda acreditado que una jornada de 4 x 4 y 12 horas diarias, en los términos expuestos, cumple en un promedio de 3 semanas, con la jornada máxima de 8 horas diarias y de 48 a la semana y que por ende resulta nítidamente adecuado al precepto constitucional. De ahí que el criterio del TC resultaba errado al pretender que una jornada mayor a 8 horas diarias resultaba contraria al texto constitucional.

4.4 La rectificación del criterio del TC mediante su resolución aclaratoria

Como ya se ha indicado, el pronunciamiento fue objeto de sendas críticas que, creemos, motivaron a que el Tribunal reevalúe su criterio y proceda a emitir una resolución aclaratoria que, en esencia, varió sustancialmente los planteamientos antes señalados. Así, el TC admitió que en cualquier tipo de actividades laborales, incluidas las mineras, las jornadas atípicas o acumulativas son compatibles con la Constitución si prevén que, en promedio, no superen las ocho horas diarias para un período de tres semanas u otro más corto. Agregó que la implantación de estas jornadas está sujeta a un test de protección de la jornada

máxima de trabajo para los trabajadores mineros que tome en cuenta si se trata de una mina subterránea o a tajo abierto o si el centro de trabajo cumple con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera; si otorga adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria; y, si otorga descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la ordinaria compatibles con el esfuerzo físico desplegado.

De esta forma, el TC evidenció permeabilidad y capacidad de rectificación, en particular, porque cumplió con aplicar el criterio contenido en el Convenio, concluyendo que es en un periodo de tres semanas que debe evaluarse el cumplimiento de los topes de jornada diaria y semanal. A su vez, descartó la generalización que había efectuado en su anterior pronunciamiento, en cuanto había estimado que toda la minería peruana se desenvuelve bajo las mismas condiciones, sin distinguir que existen operaciones mineras compatibles con los niveles de protección antes señalados.

El TC agregó también que el empleador debe otorgar tratamiento especial al trabajo nocturno, el mismo que debe ser de menor extensión que el trabajo nocturno. En este aspecto el TC se apoya en el inciso g) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra "la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos insalubres o nocturnos."

El voto singular del magistrado Gonzales Ojeda insistió en el planteamiento que el exceso de una jornada de ocho horas debía dar lugar al pago de sobretiempos, estimando que además que deben reconocer los beneficios salariales que comporta trabajar los domingos, así como el trabajo nocturno. Cuestiona así el test de protección a que alude el fallo en mayoría porque considera que permitirá la subsistencia de las jornadas acumulativas o atípicas.

Creemos que los planteamientos contenidos en el voto singular no se condicen con la interpretación constitucional del artículo 25° de la Constitución en concordancia con el Convenio y no podemos sino reconocer que haya prevalecido el criterio de la mayoría que, sanamente, supo reconocer la plena validez de los regímenes de trabajo y descanso estructurados con arreglo a lo previsto por la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú que regulan la materia.

4.5 Conclusiones

4.5.1 Las jornadas acumulativas o atípicas gozan de reconocimiento constitucional, siempre que no superen las ocho horas y cuarenta y ocho horas semanales en el período correspondiente;

4.5.2 El período correspondiente es el previsto en el inciso c) del artículo 2° del Convenio N° 1 de la OIT, que prevé un período de tres semanas para determinar si en promedio se observan los topes de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales; y,

4.5.3 Es saludable que el TC haya demostrado permeabilidad a las críticas formuladas y haya reevaluado su criterio, sin perjuicio que su resolución aclaratoria corresponde, en rigor, a una rectificación.

V. REFLEXIONES FINALES

Los cuatro tópicos tratados evidencian el complejo entramado que opera al interior de la administración de justicia, en donde se entrecruzan competencias y criterios no necesariamente pacíficos. De una parte, la justicia constitucional interpreta lo que estima corresponde a la plasmación de los valores contenidos en el texto constitucional. En esa búsqueda, no siempre las soluciones aportadas han resultado del todo afortunadas, no obstante que se constata un esfuerzo por decantar posiciones. Empero, los desbordes en que eventualmente incurren las sentencias del TC, han afectado instituciones básicas del ordenamiento laboral, conforme correspondió a la supuesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el despido incausado previsto en la LPCL o estuvo cerca de afectar seriamente a la minería, la actividad económica más relevante del país, al tachar de inconstitucionales las jornadas mayores a ocho horas que se aplican en los regímenes acumulativos de trabajo y descanso, situación que, afortunadamente, supo rectificar a tiempo.

Sin embargo, ha cumplido un rol valioso al precisar, con rigor jurídico, la naturaleza indemnizatoria de la pretensión de pago de remuneraciones devengadas resultante de una reposición obtenida en un proceso de amparo. Así, no podemos sino llamar la atención de la postura adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que viene inobservando el

carácter vinculante de las sentencias del TC sobre esta materia. Al respecto, podremos disentir de los criterios del TC y cuestionar sus pronunciamientos, pero una vez expedidos con carácter vinculante deben ser observados por todos los órganos de administración de justicia. De otra forma, se lesiona la previsibilidad de la actuación de la jurisdicción y por ende la seguridad jurídica, condición indispensable para atraer inversión que contribuya al desarrollo del país.

En materia de homologación de remuneraciones, el TC ha evidenciado manejar criterios sólidos en lo que respecta a los principios aplicables a la no discriminación salarial, por lo que es de esperar que la justicia laboral ordinaria no ignore las líneas rectoras que en este campo vienen planteando las sentencias del TC y por ende, no prosperen pronunciamientos que apuntan a un igualitarismo irracional de los ingresos, no obstante la presencia de elementos objetivos que distinguen a unos trabajadores de otros.

Finalmente, confiamos en que prontamente los actores sociales llegarán a los consensos aún pendientes en la discusión del Anteproyecto de Ley General de Trabajo y se proceda a su promulgación, de manera que por primera vez en nuestra historia contemos con un ordenamiento laboral fruto del consenso social. Con ello, aspiramos a que la jurisprudencia, constitucional u ordinaria, no caerá en la tentación de introducir cambios trascendentales en la regulación de los derechos laborales, en particular, en temas que resultan consustanciales al equilibrio social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. 11 Edición Universidad de Madrid. Madrid, 1989
- Anteproyecto de Ley General de Trabajo cuya elaboración estuvo a cargo de los doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Mario Pasco, Alfredo Villavicencio y Víctor Ferro, bajo la coordinación del Dr. Adolfo Ciudad.
- Casación N° 800-2, publicada en el diario oficial el 2-11-04, en los seguidos por Carolina Gayoso Benavides contra el Poder Judicial.
- Casación N° 1586-2004-Lima de fecha 7 de noviembre de 2005 en los seguidos por Hilda Pachas Crisóstomo contra Telefónica del Perú S.A.A.
- Casación N° 496-2005-Lima de fecha 27 de setiembre de 2005 en los seguidos por Eduardo Araujo Peña contra Telefónica del Perú S.A.A.

- DIAZ REVORIO, Javier. La Interpretación Constitucional de la Ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra Editores S.R.L. Lima 2003.
- FERRO, Víctor. Ocho Horas y Jornadas Atípicas en: Revista Perú Económico. Volumen XXIX N° 5, Mayo 2006, Lima, Perú. p. 17-19
- GARCÍA TOMA, Víctor, en El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas-Interpretativas (Normativas). Conferencia dictada en Lima el 22/07/2005 en el 14° Desayuno de Trabajo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1977.
- LOPEZ, Justo. El Salario. En "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social". Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997.
- OIT. Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 145. Lima, Perú. 2002. El informe fue dirigido por Juan Carlos Hiba y tuvo como responsables a José De Echave Cáceres, Estela Ospina Salinas, con la colaboración de Philippe Denault, Jacinto Isidro Giraldo, Miguel Lévano Muñoz, Anita Luján Gonzales, Fiorella Pino Luna, Hugo Villa Becerra y Jaime Consigliieri Flores.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11/1981 de fecha 08/04/1981.
- Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, seguido por César Antonio Baylón Flores contra la Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A.
- Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y otro con Telefónica del Perú S.A.A.
- Sentencia de fecha 6 de mayo de 1998 recaída en el Exp. 1052-97-AA-TC en los seguidos por Teófilo Bendezú Tuncar contra la Universidad San Martín de Porres.
- Sentencia publicada el 25 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 2358-2005-PA/TC seguido por Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A.
- Sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005, recaída en el Expediente N° 4492-2004-AA/TC seguido por Aníbal Leonardo Salmón Vara contra la Corporación Peruana de Aeropuertos de Aviación S.A. (CORPAC S.A.).

- Sentencia publicada el 19 de mayo de 2005, recaída en el Expediente N° 4472-2004-AA/TC seguido por Rosa María Indacochea Villavicencio contra el Congreso de la República.
- Sentencia publicada el 19 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 146-2003-AA/TC seguido por Nelly Catia García Villa contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.
- Sentencia de fecha 28 de enero de 2005 recaída en el Expediente N° 4040-2004-AA/TC seguido por Sonia Consuelo Muñante Vargas contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A.
- Sentencia publicada el 11 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 0543-2005-PA/TC seguido por Benito Sabino Condori Manchaca contra la Municipalidad Provincial de Moho.
- Sentencia de fecha 17 de enero de 2006 recaída en el Expediente N° 1485-2005-PA/TC seguido por Jorge Mariano Bazán Blas contra la Empresa Sedachimbote S.A.
- Sentencia de fecha 17 de enero de 2006 recaída en el Expediente N° 7486-2005-PA/TC seguido por Wilser Auber Delgado Vásquez contra la Empresa de Servicios Postales del Perú S.A.
- Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC seguido por Eusebio Llanos Huasco con Telefónica del Perú S.A.A.
- Sentencia de fecha 26 de octubre de 2004 recaída en el Expediente 2412-2004-AA/TC seguido por Augusto D'Angelo Silva contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ascope.
- Sentencia de fecha 20 de enero de 2004 recaída en el Expediente 1996-2003-AA/TC seguido por Wilfredo Crisanto Gómez contra la Municipalidad Provincial de Sullana.
- Sentencia de fecha 2 de junio de 2003 recaída en el Expediente 901-2002-AA/TC seguido por Carlos Palomino Castro contra el Ministro del Interior.
- Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2002 recaída en el Expediente 849-2002-AA/TC seguido por Rosana Torres Vega contra el Estado.
- Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2002 recaída en el Expediente 1450-2001-AA/TC seguido por Julio Trujillo Meza contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Sentencia de fecha 30 de marzo de 2004 recaída en el Expediente 275-2001-AA/TC seguido por Oscar Molina Ventocilla y otros contra el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

- Sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449, (Exp. N° 050-2004-AI/TC, Exp. N° 051-2004-AI/TC, Exp. N° 004-2005-AI/TC, Exp. N° 007-2005-AI/TC, Exp. N° 009-2005-AI/TC).
- Sentencia de fecha 30 de enero de 2006 expedida por la Tercera Sala Laboral de Lima recaída en el Expediente N° 3942-2005-REM seguido por Teodoro Ramírez Acapana contra Telefónica del Perú S.A.A., sobre homologación de remuneraciones.
- Sentencia de fecha 11 de mayo de 2006 recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Copper Corporation y Resolución Aclaratoria de fecha 11 de mayo de 2006.
- Sentencia N° 36-2006 de fecha 25 de mayo de 2006 emitida en el Expediente 2004-0137-0-0601-JR-LA-01 expedida por el Juzgado Especializado Laboral de Cajamarca.
- ZAVALA COSTA, Jaime. El principio de continuidad en los procedimientos de ese o despido colectivo. En: Los Principio del Derechos del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004.

LA RELACION TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – PODER JUDICIAL: ¿ES PACIFICO EL CAMINO HACIA LA CONSTITUCIONALIZACION DE LA JUSTICIA LABORAL?

RICARDO HERRERA VÁSQUEZ*

Sumario

I. Introducción. II. Modelo “dual o paralelo” de justicia constitucional. 1. La “judicial review” o control difuso de constitucionalidad de las normas. 2. El control “kelseniano” o concentrado de constitucionalidad de las normas. 3. La supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial. III. Consecuencias de los desajustes del modelo de justicia constitucional. 1. El caso de la Bolsa de Trabajo Sindical. 2. El caso de la Ley de Reección Presidencial. 3. El incidente entre la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. IV. Propuestas de mejora del sistema de justicia constitucional. 1. El Proyecto de Reforma Constitucional del 2002, de la CERIAJUS y otras propuestas. 2. La consolidación del precedente vinculante. 3. ¿Y quién controla al contralor?

I. INTRODUCCION

Desde la Revolución Francesa, los jueces han tenido el monopolio de la resolución de conflictos durante centurias y, en particular, las Cortes Supremas

* Profesor de Derecho Laboral, Constitucional y Judicial en la Facultad de Derecho y Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP y Academia de la Magistratura. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados.