

nuevas demandas que ingresen, se tramiten con las directivas e indicaciones señaladas para este tipo de procesos.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD YUPANQUI, Samuel, El Proceso Constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004.
- ALONSO OLEA, Manuel, Derecho Procesal del Trabajo, Décima Edición Revisada, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución Política de 1993. Análisis comparado.
- COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, Bs. As. 1988.
- DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Zavalía Editores, Bs. As. 1985.
- GÓMEZ VALDÉZ, Francisco, en El Contrato de Trabajo, parte general, Tomo I, Lima s/f, San Marcos.
- MONROY GÁLVEZ, Juan, Introducción al Proceso Civil. Tomo I, Temis – Estudio de Belaúnde Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan, Introducción al Proceso Laboral, Quinta Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid 2000.
- NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Ara Editores, Lima, 1997.
- NEVES MUJICA, Javier, en Diálogo con la Jurisprudencia, Especial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, N° 49, Año 8, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2002.
- PALACIOS PAREJA, Enrique, Excepción de incompetencia declarada fundada, en Jurídica N° 96, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano, martes 30 de mayo de 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Aee, Lima, 1997.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Segunda Edición Actualizada, Depalma, Bs. As.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Primera Edición, Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2004.

“EL CARÁCTER REMUNERATIVO DE LOS PAGOS RECIBIDOS CUANDO NO EXISTE PRESTACIÓN EFECTIVA DE SERVICIOS: EL CASO DE LOS DESPIDOS NULOS”

MÓNICA PIZARRO DIAZ*

Sumario

I. Presentación. II. Los posiciones en conflicto. 2.1. La posición del Tribunal Constitucional. 2.2. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR). III. La naturaleza de las remuneraciones dejadas de percibir. IV. Los alcances de la reparación a través del amparo. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

Con la utilización de la vía del amparo como mecanismo procesal de reparación frente al despido, reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia correspondiente al Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.A.)¹ y ratificada luego

* Abogada del Estudio González & Asociados. Profesora de Derecho Laboral de la Facultad de la PUCP.

1 “13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen “sustantivo” de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter “procesal”. Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.
b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (...)
b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. (el resaltado es nuestro)

de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0206-2005-PA/TC (César Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA Huacho S.A.)², se han generado posiciones disímiles con relación a los efectos accesorios a la sentencia, en las oportunidades en las cuales la demanda es declarada fundada.

Cuando un trabajador es despedido a través de un acto que constituye una lesión a un derecho fundamental, la protección que podrá obtener por medio del amparo será de tipo restitutorio, ordenándose su reposición en su puesto de trabajo. Es decir, a través del amparo se determinará la continuación del contrato de trabajo que pretendió interrumpirse con el acto lesivo. En estas circunstancias, la controversia surge alrededor de los efectos que la sentencia tendrá sobre el lapso de tiempo transcurrido entre el despido declarado inconstitucional y la reposición del trabajador. Al respecto, se ha cuestionado si el trabajador tiene derecho a percibir las remuneraciones y beneficios que se hubieran generado durante dicho período, o si tiene derecho a recibir una prestación sustitutoria (como una indemnización), o si no debe reconocérsele ningún tipo de compensación. Cuestiones alrededor de las cuales el Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República han mostrado posiciones contrarias.

En este marco, el presente trabajo tiene como propósito presentar un análisis crítico de las similitudes y diferencias que presentan las posiciones del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) en lo que respecta al derecho de los trabajadores a recibir algún un pago por efecto del tiempo transcurrido durante la tramitación del proceso de amparo en los casos de despidos que han sido declarados nulos en la vía constitucional. Ello con el propósito de contribuir a evidenciar las contradicciones existentes entre ambas y presentar una propuesta de solución que, considero, permitiría lograr una unidad de criterios que dote al sistema de una mayor predictibilidad y aplicar a los procesos judiciales, soluciones que resulten acordes a la naturaleza de las cosas.

2 "7. (...)los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados".

II. LOS POSICIONES EN CONFLICTO

2.1 La posición del Tribunal Constitucional

Pese a no existir un precedente vinculante sobre esta materia, desde hace varios años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra una posición consolidada con relación a las solicitudes de pago de remuneraciones devengadas presentadas por los trabajadores como pretensión accesorio en los procesos de amparo sobre impugnación de despido.

El Tribunal considera que la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado. Por ende, al no existir prestación efectiva de servicios por parte del trabajador durante el período comprendido entre el despido y su reposición, no se generaría el derecho a percibir remuneraciones durante ese lapso de tiempo. No obstante, esta posición, que es mantenida por el Tribunal desde 1997³, ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo. Así, desde el año 2003 puede observarse que, si bien el TC continúa declarando improcedentes las solicitudes de pago de remuneraciones devengadas porque no existió prestación efectiva de servicios, deja a salvo el derecho de los recurrentes a solicitar el pago de la indemnización que pudiera corresponder⁴. Más aún, a partir del año siguiente, en algunos casos, el TC señala expresamente que el pago de remuneraciones dejadas de percibir tiene naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, por lo que debe solicitarse su abono en la vía correspondiente⁵.

Mención aparte merece en este punto la posición del Magistrado del TC, Manuel Aguirre Roca, quien desde el año 2002, sostuvo en numerosos votos singulares que, cuando se producía un despido nulo, el trabajador tenía derecho a cobrar las remuneraciones dejadas de percibir a título de remuneración y no de indemnización, conforme se observa de su voto singular emitido en la resolución del Expediente N° 652-2002-AA/TC: «no concuerdo con la tesis general en el sentido de que la remuneración representa, sólo y únicamente, una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, puesto que, entonces, no se explicarían ni las vacaciones, ni las licencias con goce de haber, ni su

3 Al respecto, puede verse la Resolución aclaratoria correspondiente al Expediente N° 619-96-AA/TC (03.07.1997) y, con más claridad, las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1112-98-AA/TC (21.01.1999) y N° 725-98-AA/TC (05.11.1999).

4 Al respecto, pueden verse las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 2130-2003-AA/TC y N° 2128-2003-AA/TC (ambas del 25.09.2003).

5 Al respecto, pueden verse las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1465-2002-AA/TC (21.07.2004) y N° 04229-2005-PA/TC (22.03.2006).

percepción en caso p. ej., de enfermedad. La remuneración mensual, en mi criterio, representa el cumplimiento del contrato en su parte correspondiente»

De lo anterior, somos de la opinión que la posición del Tribunal Constitucional con relación al tema que es objeto de análisis puede resumirse en dos puntos:

- (i) La remuneración es contraprestación por el trabajo efectivamente prestado, por tanto, no corresponde su pago cuando no existe prestación efectiva de servicios; y
- (ii) El pago de remuneraciones devengadas tiene naturaleza indemnizatoria.

2.2 La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR)

Por su parte, la Sala Constitucional y Social de la CSJR ha presentado a lo largo del tiempo criterios diversos con relación a las demandas de pago de remuneraciones devengadas interpuestas por personas que, luego de haber sido despedidas de su empleo, fueron repuestas en el mismo como consecuencia de acciones de amparo. En un primer momento la Corte denegó el pago de las remuneraciones devengadas conforme a los criterios expuestos en las sentencias recaídas en los expedientes CAS N° 1793-2000, CAS N° 155-2001 y CAS N° 052-2001. En estas resoluciones, la CSJR expuso un argumento similar al utilizado por el TC, indicando que la remuneración es la contraprestación por el servicio que presta y por ende, que en ausencia de este último no corresponde su pago, salvo en los supuestos de excepción específicamente previstos por la norma (vacaciones, licencia sindical, entre otros)⁶. Asimismo, en otros procesos, la Corte denegó el pago de remuneraciones devengadas indicando que éstas eran un beneficio concedido únicamente en los casos de despido nulo previstos en la Ley

6 "Noveno: Que, por tales consideraciones, el artículo mil trescientos sesentinueve del Código Civil referente a la naturaleza obligatoria de los contratos, el artículo mil trescientos sesentidós del Código Civil sobre la ejecución de los contratos según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, así como el artículo cinco del Título Preliminar del acotado Código sobre nulidad de acto jurídico constituyen normas de carácter general, cuyos principios se tiene en cuenta en la legislación laboral; sin embargo, en el caso de autos no pueden sustituir a las normas laborales, para determinar que el empleador está obligado a pagar remuneraciones por labores o trabajos no realizados, pues de conformidad con el artículo sexto del (...) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, define la remuneración como el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición, es decir que la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio; existiendo excepciones determinadas por la Ley como las vacaciones, suspensión perfecta de labores (sic), nulidad de despido, licencia con goce de haberes, siendo que en ninguno de los casos se encuentra la pretensión del demandante".

de Productividad y Competitividad Laboral, que no podía extenderse a los supuestos de nulidad de despido declarados a través de acciones de amparo⁷.

Posteriormente, este criterio fue modificado, estimando la Corte que sí procedía el pago de remuneraciones en este tipo casos, aplicando analógicamente las normas referidas a la nulidad de despido previstas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como se expresa en la CAS N° 1154-2001 (Publicada el 28 de febrero de 2003)⁸, o simplemente equiparando los efectos del despido nulo declarado en la vía del amparo, a los del despido nulo declarado en la vía ordinaria laboral, como consta en la CAS N° 214-2002 (publicada el 30 de setiembre de 2003)⁹.

Inclusive, en su jurisprudencia más reciente, la Corte ha hecho expresa referencia a la posición del TC sobre esta materia, explicando las razones de su discrepancia, de la forma siguiente:

- 7 Así, en la CAS N° 2105-2000 LIMA, publicada el 01 de abril de 2002, se indicó:
"Octavo: Que, en este mismo sentido, la legislación de trabajo, vigente a la fecha de cese de la demandante, Ley de Fomento al Empleo, Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, ordenado en el Decreto Supremo número cero cero tres guión noventa y tres guión TR y modificado por la Ley número veintiséis mil quinientos trece, regula el pago de remuneraciones devengadas como un derecho accesorio a la nulidad de despido, esto es, cuando el cese unilateral tenga como motivación los supuestos expresamente establecidos en el artículo sesentinueve del citado Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento al Empleo, tramitado en un proceso de nulidad de despido.
Noveno: Que, en consecuencia no se puede pretender el pago de remuneraciones devengadas, sustentadas en la reposición derivada de una acción de garantía, prevista en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, en la cual el conflicto jurídico se centra en la amenaza o violación del derecho constitucional del trabajo, por lo que pretendiéndose su protección, una vez reconocido dicho derecho y constatada dicha trasgresión, se dispone se restablezca el vínculo laboral.
Décimo: Que, asimismo, disponer el pago de dichas remuneraciones, significaría atribuirle a dicha situación efectos que la propia legislación laboral no le otorga, razón por la cual no constituiría el caso de autos, una omisión de su regulación ni por ende sería necesario recurrir a la analogía".
- 8 "Octavo: Que, sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador al empleo, se restablece la relación laboral entre las partes, como si ésta nunca hubiese sido interrumpida, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido; en consecuencia, jurídicamente, el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, pues si no se le reconoce ningún atributo se estaría desnaturalizando los alcances del artículo primero de la Ley de Amparo y Habeas Corpus; (...)
Décimo: Que, el pago de remuneraciones devengadas por trabajo no realizado producto de una suspensión imperfecta está regulado por el artículo cuarenta del Decreto Supremo número cero cero tres - noventa y siete - TR, norma que establece en forma imperativa que el abono por el período no laborado debe efectuarse con deducción de los períodos de Inactividad procesal no imputables a las partes, debiendo aplicarse analógicamente al caso de autos para regular el pago de las remuneraciones devengadas en el sector público, a efecto de lograr una solución razonable de la presente controversia".
- 9 "Octavo: Que, conforme se advierte existe una coincidencia en los efectos de los pronunciamientos citados [el de nulidad de despido y el proceso de amparo] pues en ambos se da la reposición del actor en su puesto de trabajo, ya sea al declararse la nulidad del despido o la reposición de las cosas al estado anterior de haberse producido la violación del derecho, en efecto para ambos casos la consecuencia es que el cese jamás se habría producido. En tal virtud, el vínculo laboral en ambos casos ha quedado suspendido en forma perfecta (sic), siendo procedente el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir durante el tiempo que duró el cese. Es así 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 dejadas de percibir, pues conforme a lo expresado anteriormente los efectos de una sentencia de acción de amparo que declara fundada la demanda también puede lograr los mismos efectos para el trabajador, partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez no habiéndose producido".

“Décimo Quinto: Que, si bien el Tribunal Constitucional vía de acción de Amparo ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, (...) dicha tesis del Tribunal Constitucional no puede determinar el sentido de esta decisión ya que incluso este propio Órgano Jurisdiccional ha reconocido atributos pensionables y de antigüedad en el cargo al tiempo de servicios transcurrido entre el cese y la reincorporación al empleo (...) expresando incluso en la sentencia de fecha veintiuno de julio del dos mil cuatro expedida en el Expediente número cero ochocientos treinta y cuatro guión dos mil cuatro guión AA diagonal TC que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir en dicho lapso meren ser discutidas en la vía correspondiente aperturando de este modo la posibilidad que su pago se discuta en una acción distinta a la indemnizatoria como ha acontecido en el caso sub examine; cuanto más si los jueces pueden apartarse de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional siempre que motiven adecuadamente su resolución y con mayor razón si la problemática en cuestión no ha sido analizada por el referido Tribunal desde la óptica estrictamente laboral”¹⁰.

De lo anterior, somos de la opinión que la posición imperante actualmente en la Sala constitucional y Social de la CSJR sobre el pago de remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso de amparo, puede resumirse en los siguientes puntos:

- (i) Existen supuestos en los cuales corresponde el pago de remuneraciones aún cuando no exista una prestación efectiva de servicios.
- (ii) La legislación laboral no prevé que el único supuesto de despido nulo frente al cual procede el pago de remuneraciones devengadas sea aquel tramitado en la vía ordinaria.
- (iii) Al tener el amparo efectos restitutorios, sus efectos son los mismos a los de la nulidad de despido declarada en la vía laboral ordinaria, es decir, determinar que el cese nunca se produjo, siendo procedente el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

¹⁰ Casación Nº 1182-2005, publicada el 01 de agosto de 2006.

III. LA NATURALEZA DE LAS REMUNERACIONES DEJADAS DE PERCIBIR

De lo expuesto en los puntos anteriores, considero que el punto central que origina la diferencia entre la posición expuesta por el TC y la asumida por la Sala Constitucional y Social de la CSJR se encuentra en la naturaleza de las remuneraciones dejadas de percibir durante la tramitación del proceso de amparo. Así, mientras el TC ha indicado que, al no existir prestación efectiva de servicios, éstas tienen naturaleza indemnizatoria, la CSJR considera que éstas deben continuar calificándose como remuneraciones, aún cuando durante el período en cuestión no se haya desarrollado trabajo efectivo. En este sentido, lo primero que deberíamos preguntarnos es si ¿es posible percibir remuneraciones en ausencia de una prestación efectiva de servicios?. Pregunta cuya respuesta requiere analizar cuál es la prestación del trabajador frente a la cual la remuneración es contraprestación.

Al respecto, en la doctrina es posible hallar distintas teorías que, admitiendo el carácter contraprestativo de la remuneración, la contraponen a cuestiones diversas; estas teorías pueden ser clasificadas en tres grupos¹¹:

A. La remuneración como contraprestación al trabajo efectivo.

Esta teoría considera que la remuneración es la contraprestación del trabajo efectivamente realizado por el trabajador. Dentro de este esquema, el pago de la remuneración sólo es debido contra trabajo efectivamente prestado¹². Evidentemente, la posición del TC que venimos comentando se incluiría dentro de este grupo.

Ahora bien, esta posición tiene como inconveniente la dificultad de explicar el carácter remunerativo que los ordenamientos atribuyen a los pagos realizados al trabajador: (i) cuando no lleva a cabo una prestación de trabajo efectivo por culpa del empleador y (ii) cuando por norma legal o acuerdo individual o colectivo tiene derecho a suspender su prestación de servicios sin que se suspenda el pago de su remuneración (v. gr. vacaciones y feriados).

¹¹ Esta clasificación es propuesta por Amauri Mascaro Nascimento en: Lineamientos del concepto de salario, p. 56. En: AAVV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T.I. p. 55-78

¹² ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas. 16ta ed. 1998. p. 316 y 317.

Para dar solución a los problemas planteados por esta forma de entender la contraprestatividad de la remuneración, los defensores de estas teorías presentan los siguientes argumentos:

- La contraprestatividad de la remuneración es una regla a la que se le aplican numerosas excepciones¹³. Por tanto, los pagos recibidos por el trabajador cuando no lleva a cabo su prestación por culpa del empleador o porque una norma o acuerdo lo faculta a ello no serían otra cosa que excepciones a la regla de la contraprestatividad de la remuneración.
- El equilibrio entre contraprestación y prestación dentro del contrato de trabajo no es estricto, ya que se ve alterado por efecto del principio protector del Derecho del Trabajo¹⁴. Este argumento en realidad se asemeja mucho al anterior al presuponer que los pagos efectuados en ausencia de la prestación efectiva de trabajo son excepciones a la contraprestatividad (desequilibrios), con el agregado de que se atribuye el sustento de esas excepciones al principio protector.
- La remuneración tiene una doble naturaleza: parte de ella es la contraprestación al trabajo efectivamente realizado, mientras que por otro lado, es solo una obligación nacida de la relación de trabajo¹⁵.
- Para los supuestos en los cuales el trabajador no puede llevar a cabo su prestación por culpa del empleador, se sostiene que al no aceptar el ofrecimiento del trabajador para el cumplimiento de la prestación, el empleador incurre en mora; razón por la cual está obligado al pago de la remuneración sin poder exigir una prestación de trabajo equivalente en tiempo posterior¹⁶.

B. La remuneración como contraprestación a la disponibilidad del trabajador.

Habida cuenta que resulta frecuente que el empleador se vea obligado a efectuar pagos que son considerados comúnmente remunerativos sin que el trabajador desarrolle una prestación efectiva de servicios; un sector de la

13 Ibid. loc. cit.

14 KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma. 3ra ed. 1987. p. 79

15 DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. México: Porrúa. 1976. V. 2. p. 173.

16 Ibid. p. 94. En este mismo sentido, SALA FRANCO, Tomás (dir). Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch. 6ta ed. 1992. p. 697 y ss; y GAMILLSCHG, Franz. El que no trabaja no ha de comer. Contribución al sinalagma en el contrato de trabajo alemán. En: AA VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I. p. 401- 421.

doctrina¹⁷ sostiene que la remuneración constituye en realidad una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Esta posición permite atribuir carácter remunerativo a los pagos efectuados durante los períodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador pero no realiza una prestación efectiva de servicios porque éste: (i) se lo impide o (ii) no lleva a cabo los actos necesarios para el desarrollo de dicha prestación efectiva.

La adopción de esta noción de contraprestatividad deja aún sin respuesta la naturaleza de los pagos efectuados cuando no existe puesta a disposición por parte del trabajador. Esta circunstancia ha pretendido ser resuelta, de forma similar a lo ocurrido con la teoría anterior, señalando que la contraprestatividad (el sinalagma) no es estricta en el contrato de trabajo, sino que permite que en las circunstancias predeterminadas por la Ley, el empleador se encuentre obligado al pago de la remuneración aún sin contar con la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de sus trabajadores¹⁸.

C. La remuneración como contraprestación a la existencia del contrato de trabajo.

Finalmente, en un afán por resaltar el carácter omnicompreensivo del salario, algunos autores afirman que la remuneración se debe como "contraprestación" a la existencia del propio contrato de trabajo¹⁹, lo que permite atribuir carácter salarial a todos aquellos pagos percibidos por el trabajador por su condición de tal, independientemente de que existan o no, prestación efectiva de servicios o puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Un ejemplo de esta tendencia puede ser encontrado en la construcción elaborada por Rodríguez – Piñero, quien

17 Esta posición es defendida por ALMANSA PASTOR, J; quien la expone de la siguiente manera: «Tal concepción sitúa la correspondencia del salario, más allá que en el trabajo efectivo, en el fenómeno jurídico de la cesión de la disposición del trabajo por el trabajador al empresario, de tal manera que lo en verdad retribuido es la disposición por el empresario del trabajo cedido por el trabajador (...)». La ordenación legal del salario en España. p. 482. En: AA VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I. p. 463 – 484.

18 Esta tesis ha sido sostenida por V. Russomano, citado por Mascaro Nascimento. op. cit. p. 60.

19 Mascaro Nascimento. op. cit. p. 61. Adicionalmente, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en su sentencia del 9 de febrero de 1987 al señalar: «ha sido constante en nuestra legislación histórica el ensanchamiento del concepto de salario para comprender en él no sólo la retribución directa e indirecta de la prestación de servicios, sino también la totalidad de beneficios que el trabajador obtuviera como consecuencia del contrato laboral (...) el propio artículo 119 del Tratado CEE entiende la retribución como la constituida por el sueldo o salario y cualquier otra gratificación satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón del trabajo prestado, sino de la propia relación laboral». Citado por Matorras Díaz-Caneja, Ana. Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicable). Madrid: Mc Graw Hill. 1999. p. 289.

defiende la teoría de la remuneración como contraprestación a la función laboral²⁰.

Frente a las tres posibilidades expuestas, resulta necesario dilucidar cual de ellas brinda una explicación más satisfactoria a la interconexión existente entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes del contrato de trabajo. Con este propósito, debe recordarse que el objetivo es dar una respuesta razonable a la pregunta: ¿cuál es la prestación del trabajador respecto de la cual la remuneración es contraprestación?. En consecuencia, atendiendo a la naturaleza contraprestativa del contrato de trabajo, la respuesta sólo podrá ser aquella que se identifique como la prestación principal a cargo del trabajador. Atendiendo a este hecho, considero que la tercera teoría debe ser desestimada, toda vez que no parece posible sostener que la mera existencia del contrato de trabajo sea una prestación y, mucho menos, la prestación principal a cargo del trabajador.

En esta circunstancia, queda la posibilidad de que la prestación principal a cargo del trabajador sea: (i) la prestación efectiva de servicios, o (ii) la puesta a disposición de su fuerza de trabajo. Al respecto, considero que las especiales características del contrato de trabajo traen como consecuencia que deba entenderse que la prestación del trabajador se cumple con la puesta a disposición de su fuerza de trabajo²¹. Ello debido a que el trabajo objeto de protección por el Derecho Laboral es un trabajo desarrollado en relación de subordinación. Por tanto, el trabajador no cuenta con la posibilidad de prestar un trabajo efectivo si es que antes no ha recibido de su empleador las órdenes y las condiciones necesarias para la ejecución. En consecuencia, si se afirmara que la prestación principal a cargo del trabajador es la prestación efectiva de servicios, se estaría admitiendo que el cumplimiento por parte del trabajador se encuentra supeditado a la actuación del empleador, lo que resulta difícil de sustentar.

A ello habría que agregar que sostener que la prestación principal a cargo del trabajador es la prestación efectiva de servicios trae como consecuencia que se dificulte la atribución de naturaleza remunerativa a los pagos efectuados a favor del trabajador cuando él pone su fuerza a disposición pero el trabajo no se lleva a cabo por culpa del empleador. Así, según se ha señalado, para quienes consideran que la interconexión se presenta entre la remuneración y la

20 Referencia realizada por MOLERO MANGLANO, Carlos. Derecho Laboral. Madrid: Reus, 1980. p. 254.

21 Esta opinión es compartida por MELLÍJ, G., para quien «la prestación del trabajador (...) se cumple en tanto ponga su fuerza de trabajo a disposición del empleador, aunque éste no la utilice motu proprio (...)». Contrato de Trabajo. T. II. Buenos Aires: De Palma, 1981.

prestación efectiva de servicios, estos pagos son una excepción a la contraprestatividad del salario que puede o no tener su fundamentación en el principio protector, o son una consecuencia de la aplicación de la teoría civil de la mora del acreedor.

Sin embargo, en mi opinión, afirmar que la contraprestatividad es un elemento esencial del concepto de remuneración, pero admitir excepciones al mismo, es igual que decir que "la remuneración se otorga siempre como contraprestación a los servicios prestados por el trabajador, aunque también puede otorgarse por otras razones (como por ejemplo la existencia del principio protector)". Como es evidente, esta afirmación tendrá como efecto generar una contradicción interna en la definición.

Por su parte, en lo que se refiere a la aplicación de la figura de la mora del acreedor, debe advertirse que, conforme lo dispuesto por los artículos 1338° y 1339° del Código Civil²², ésta implica otorgar a los pagos efectuados en ausencia de la prestación de servicios por culpa del empleador naturaleza indemnizatoria. Consecuentemente, esta posición podría ser utilizada para sustentar la postura del TC, que atribuye a las remuneraciones dejadas de percibir durante el proceso de amparo tal naturaleza. Al respecto, la naturaleza indemnizatoria de los pagos efectuados al trabajador en ausencia de prestación efectiva de servicios ha sido sostenida por DE FERRARI al indicar que;

"cuando el trabajador recibe el salario sin prestar el servicio, no puede decirse que percibe un provecho indebido. En realidad, en tales casos el empleador indemniza la inactividad a que condena al trabajador cuyos servicios contrató, porque sabe que el obrero vive de su trabajo y que el salario es su único ingreso²³" (el resaltado es nuestro)

Sin embargo, en opinión del autor citado este pago otorgado a título de indemnización sí tendría carácter remunerativo, lo que no se condice con la definición que él mismo propone de la remuneración como "(...) el precio que se paga por la prestación efectiva del servicio o, simplemente, por el hecho de estar a la orden del empleador".

22 «Artículo 1338°.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

Artículo 1339°.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

23 Derecho del Trabajo. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 2da ed. 1969. p. 221.

Al respecto, considero que no es posible admitir que un pago tenga a su vez naturaleza remunerativa e indemnizatoria. Ello debido a que la remuneración es una de las prestaciones que se derivan de un contrato, mientras que el concepto de indemnización ha sido generado por la teoría de la responsabilidad civil para calificar a una de las formas en las cuales es posible reparar el daño causado por las conductas antijurídicas²⁴. Por tanto, resulta contradictorio sostener que el empleador puede pagar remuneraciones a título de indemnización.

A lo anterior habría que agregar que la figura de la mora del acreedor presupone que el deudor no puede cumplir con su prestación porque el acreedor no quiere recibirla y precisamente debe ser indemnizado porque al no haber ejecutado su prestación, no tiene derecho a recibir la contraprestación prevista. Por tanto, la figura de la mora del acreedor presupone que el trabajador cumpla, con su prestación únicamente con la realización efectiva del trabajo, lo que, según se ha visto, pondría en manos del poder de dirección del empleador el cumplimiento de la obligación del trabajador; resultando contraria a la lógica del Derecho del Trabajo.

Además, el atribuir a las remuneraciones devengadas carácter indemnizatorio implicaría importantes efectos prácticos. Así, debe tomarse en consideración que la percepción de remuneraciones acarrea para el trabajador otra serie de derechos y obligaciones. Por ejemplo, es de las remuneraciones de los trabajadores que se extraen los aportes que éstos realizan a favor del sistema de pensiones al cual se encuentren afiliados. En consecuencia, si las "remuneraciones devengadas" son en realidad una "indemnización" no debería efectuarse sobre ellas ningún tipo de descuento destinado al pago de aportes previsionales, lo que significará que, a la larga, el trabajador tendrá una menor protección por parte del sistema de pensiones, al haber realizado menos aportes. Por tanto, el no haber podido ejecutar efectivamente su prestación para el empleador, por culpa de este último, perjudicaría los derechos previsionales del trabajador, lo que carece de sentido.

Por lo expuesto, considero que no es correcto atribuir a las "remuneraciones dejadas de percibir" durante la tramitación del proceso de amparo, naturaleza indemnizatoria, debiendo ser éstas consideradas remuneraciones, en la medida que el trabajador ha cumplido con su prestación principal al poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador.

24 ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea. 1982. p. 181-182.

IV. LOS ALCANCES DE LA REPARACIÓN A TRAVÉS DEL AMPARO

Ahora bien, el hecho de que las "remuneraciones dejadas de percibir" durante la tramitación del proceso de amparo no tengan naturaleza indemnizatoria no resuelve el íntegro de los problemas que se presentan en esta materia. Por el contrario, partiendo de la calificación de estos pagos como remuneraciones, es necesario analizar si la reposición obtenida a través de un proceso de amparo da al trabajador derecho a recibirlas.

Sobre este punto, debe recordarse que, conforme a lo previsto por el artículo 55° del Código Procesal Constitucional, la sentencia que declara fundada la demanda de amparo incluye la "declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales". De allí que se señale que "la sentencia que otorga la protección al reclamante tiene el carácter de un fallo de nulidad"²⁵. Es decir, por efecto de la sentencia que declara fundada la demanda de amparo, el acto lesivo del derecho afectado es declarado nulo y, por ende, eliminado del ordenamiento, como si nunca hubiese existido²⁶.

Consecuentemente, si el despido calificado como inconstitucional nunca existió, deberá admitirse que durante todo el tiempo transcurrido entre el despido y la readmisión del trabajador el contrato de trabajo se mantuvo vigente.

En este sentido, en tanto el contrato estuvo vigente, el trabajador tendrá derecho a percibir las remuneraciones (y demás beneficios) que se generaron durante ese período, si cumplió con su prestación. Al respecto, deberá admitirse que si el trabajador no realizó trabajo efectivo durante ese período, fue porque el empleador decidió dar por concluido el contrato por un acto arbitrario y le impidió hacerlo. Por tanto, puede suponerse validamente que el trabajador puso su fuerza de trabajo a disposición, pero el empleador decidió no utilizarla. En consecuencia, si, según se ha visto, el trabajador cumple con su prestación, poniendo su fuerza de trabajo a disposición de su empleador, él habrá cumplido y tendrá derecho al pago de la remuneración

25 Héctor FIX-ZAMUDIO, citado por ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 185 - 186.

26 Así, se indica que: "el juez declara la nulidad del acto lesivo, lo que significa que para el caso concreto, inter partes, la eficacia de la sentencia que restablece el derecho se retrotrae en el tiempo. El acto lesivo no existió y, en consecuencia, de acuerdo a las circunstancias, el juez debe determinar la extensión y alcances de la nulidad declarada. En otras palabras, la forma en que el derecho habrá de ser reparado en ejecución de sentencia". MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 368.

correspondiente. Es decir, el pago de las "remuneraciones dejadas de percibir" es una consecuencia natural de la declaración de nulidad del despido.

Atendiendo a este hecho, es oportuno recordar aquí que el último párrafo del artículo 55° del Código Procesal Constitucional, establece que el Juez deberá establecer "los demás efectos de la sentencia para el caso concreto". Sobre esta base, considero que el Juez que conoce el proceso de amparo, una vez declarada la nulidad del despido, debería también ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, que son un efecto de esa declaratoria de nulidad.

Por lo expuesto, coincido con la reciente posición de la Sala Constitucional y Social de la CSJR, en el sentido que la declaración de nulidad de despido a través del amparo sí da derecho al trabajador a recibir las remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso. Sin embargo, considero que el pago de las mismas debería ser ordenado dentro del propio proceso de amparo, evitando al trabajador la carga de iniciar un nuevo proceso judicial, con la inversión de tiempo y dinero que esto implica.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I y II. 744 y 468 p.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. 598 p.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas. 16ta ed. 1998. 1190 p.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. México: Porrúa. 1976. V. 2. 802 p.
- DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma. 2da ed. 1969. 551 p.
- KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma. 3ra ed. 1987. 355 p.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ y Joaquín García Murcia. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos. 11ma ed. 2002. 942 p.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. Las percepciones extrasalariales (Estudios del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable). Madrid: Mc Graw Hill. 1999. 427 p.

- MEILIJ, Gustavo Raúl. Contrato de Trabajo. T. II. Buenos Aires: De Palma. 1981. 642 p.
- MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. 654 p.
- MOLERO MANGLANO, Carlos. Derecho Laboral. Madrid: Reus. 1980. 544 p.
- RIVAS, Daniel. La Subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999. 1999 p.
- SALA FRANCO, Tomás (dir). Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch. 6ta ed. 1992. 1046 p.
- ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea. 1982. 384 p.