



El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO

Año XXVI / N° 1050

Viernes 4 de agosto de 2017



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia de la República

V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

En la ciudad de Lima, el día 19 de octubre de 2016, se reunieron los Jueces Supremos Integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera y Segunda Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para la realización de la audiencia pública del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. La sesión se llevó a cabo en el Auditorio del Edificio Carlos Zavala Loayza, sito en el Jirón Manuel Cuadros 182, de esta ciudad con los siguientes Jueces Supremos: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Javier Arévalo Vela, Héctor Lama More, Elina Hemilce Chumpitaz Rivera, Ricardo Guillermo Vinatea Medina, Eduardo Raymundo Ricardo Yrivarren Fallaque, Isabel Cristina Torres Vega, Elizabeth Roxana Margaret Mac Rae Thays, Juan Chaves Zapater, Silvia Consuelo Rueda Fernández, Omar Toledo Toribio, Carlos Giovanni Arias Lazarte, Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana y Víctor Raúl Malca Guaylupo. Asimismo, con la participación de los expertos en Derecho Laboral y Previsional, señores Javier Neves Mujica, Luis Manuel Vinatea Recoba, Fernando Elías Mantero, Adolfo Ciudad Reynaud, Elmer Arce Ortiz y Ramón Huapaya Tapia, en calidad de *amicus curiae*.

Los señores coordinadores del Pleno, Jueces Supremos Dr. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza y Dr. Javier Arévalo Vela, luego de constatar la asistencia de los magistrados convocados, declararon instalada la sesión del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional; asimismo señalaron como mecanismo de trabajo: 1) Presentación de los temas sometidos al Pleno; 2) Formulación del punto, o puntos, de debate; 3) Debate; 4) Votación y 5) Acuerdo.

Luego de los debates, se tomaron los siguientes acuerdos; dejando constancia del voto en minoría de los Señores Jueces Supremos Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Omar Toledo Toribio y Carlos Giovanni Arias Lazarte respecto del acuerdo de indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado.

I. NORMA APLICABLE RESPECTO DE LA NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS.

El Pleno acordó por unanimidad:

Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son las siguientes:

Los artículos 63º a 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

El artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo 57º de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63º de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 28449.

El Pleno acordó por unanimidad:

Se interpreta que el artículo 3º de la Ley 28449 al establecer que "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", ordena

que cada pensión máxima mensual sea equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento en que se realiza el pago efectivo de cada monto pensionario.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

III. INDEMNIZACIÓN Y REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LOS CASOS DE DESPIDO FRAUDULENTO Y DESPIDO INCAUSADO.

El Pleno acordó por mayoría:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

Ss.

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

EL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI, SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA, SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL OMAR TOLEDO TORIBIO Y SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL CARLOS GIOVANNI ARIAS LAZARTE ES EL SIGUIENTE:

En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

I. NORMA APLICABLE RESPECTO DE LA NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS.

1.1. Planteamiento

Existe incertidumbre respecto a cuáles son las causales de nulidad que pueden ser aplicadas respecto de los laudos arbitrales económicos en materia laboral, en tanto existen tres normas que se refieren a dichas causales de manera algo desordenada.

Por un lado, tenemos el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUOLRCT), aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 011-92-TR. Por otro lado está la "Ley General de Arbitraje" emitida mediante Decreto Legislativo N° 1071.

La aplicabilidad de cada una de estas tres normas y, por ende, de las diversas causales que ellas regulan, es la materia que este Pleno Jurisdiccional debe resolver, pues como ha quedado dicho esta confluencia de normas legales, genera problemas de elección de la norma aplicable tanto por la materia, por el rango y por la especialidad, lo que lleva a plantear algunas preguntas.

1.2. ¿Cuáles son las normas aplicables para determinar las causales de nulidad de un laudo arbitral económico en materia laboral?

1.2.1. Los artículos 63° a 66° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

La norma especial que regula las causales de nulidad de laudo arbitral económico en materia laboral es el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUOLRCT).

Efectivamente, el artículo 66° del TUOLRCT establece que el Laudo Arbitral es impugnabile por razones de nulidad y por establecer menores derechos a los reconocidos por ley a favor de los trabajadores.

Artículo 66.- El laudo, cualquiera sea la modalidad del órgano arbitral, es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes. Es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los casos siguientes: a) Por razón de nulidad. b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores. La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente.

Entre los artículos 63° y 65° de la propia norma se establecen requisitos referidos al sometimiento a arbitraje, a la competencia del órgano arbitral y al contenido del laudo. Por la trascendencia y tipificación legal de dichos requisitos su inobservancia debe ser sancionada con la nulidad del laudo arbitral respectivo.

En tal sentido, las omisiones de los requisitos a los que se refieren los artículos 63°, 64° y 65° del TUOLRCT, constituyen las razones de nulidad a las que se refiere el artículo 66° de la propia norma.

Siendo esta la norma especial, que se refiere a la materia específica de arbitraje laboral económico, las razones de nulidad que ella regula son aplicables a los laudos laborales económicos.

1.2.2. El artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El artículo 65° del TUOLRCT, que regula las razones de nulidad del laudo arbitral laboral, referidas a su contenido, nos remite al artículo 56° de la propia norma en los siguientes términos:

Artículo 65.- El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas. Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56. (Resaltado nuestros).

A su vez, el artículo 56° del TUOLRCT establece:

Artículo 56.- En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada, practicará la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico - financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región. Asimismo estudiará, en general, los hechos y circunstancias implícitos en la negociación. La Oficina especializada podrá contar con el asesoramiento del Ministerio de Economía y Finanzas, la Comisión Nacional Supervisor de Empresas y Valores (CONASEV) y de otras instituciones cuando la naturaleza o importancia del caso lo requiera. El dictamen correspondiente, debidamente fundamentado y emitido sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentarán las empresas y de las investigaciones que se practiquen será puesto en conocimiento de las partes para que puedan formular su observación.

En tal sentido, si el laudo se emite sin que exista el dictamen correspondiente, en el supuesto que manda la norma, entonces dicho laudo incurrir en una causal de nulidad, ya que, como hemos explicado, el artículo 65° establece las razones de nulidad referidas al contenido de laudo.

Esta causal de nulidad es ratificada por el artículo 57° del Reglamento de la Ley Relaciones Colectivas, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR, que establece:

*Artículo 57.- El laudo del árbitro o del Tribunal Arbitral en su caso, deberán recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, no pudiendo establecer una solución distinta de las propuestas por las partes ni combinar los planteamientos de una y otra. Empero, cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, **en concordancia con el Artículo 65 de la Ley**, el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en que consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla.*

Para emitir laudo se tendrá presentes las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56 de la Ley, tal como lo ordena el artículo 65 de la misma. El laudo ordenará el pago de las costas y honorarios que corresponda al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral en su caso, en los términos fijados en el compromiso arbitral. **(Resaltado nuestros).**

No es el Reglamento el que establece la causal de nulidad, sino la Ley en su artículo 65°, vía remisión a su artículo 56°, pero el Reglamento ratifica las exigencias que establecen ambos artículos, de manera genérica y específica, respectivamente. Por ende no hay ciertamente ningún problema de jerarquía normativa porque el Reglamento no crea causales de nulidad y es coherente con la Ley.

1.2.3. Artículo 63° de la Ley General Arbitraje

La "Ley General de Arbitraje", Decreto Legislativo N° 1071, regula en su artículo 63° supuestos específicos de nulidad del laudo arbitral. Esta es la norma general respecto de los laudos arbitrales económicos en materia laboral, y por tanto su aplicación solamente es supletoria, allí donde la norma especial guarde silencio.

La Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, también es aplicable para regular las causales de nulidad de un laudo arbitral económico en materia laboral, de manera supletoria.

Así lo establece el artículo 1° inciso 1° del Decreto Legislativo N° 1071

"El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte, o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria". (Resaltado nuestro).

Sin embargo, no basta el silencio de la norma especial, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para aplicar esta cláusula de supletoriedad. Es necesario, además que el supuesto de nulidad regulado en la norma general, Ley General de Arbitraje, sea compatible con la materia laboral económica que es decidida en el laudo.

Este Pleno Jurisdiccional, determinará cuáles de las causales de nulidad de laudo arbitral reguladas por el artículo 63° de la Ley General de Arbitraje, son aplicables al laudo arbitral laboral económico, a fin de unificar criterios al respecto.

El artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, establece:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Los supuestos que no se encuentran subsumidos en las causales de nulidad que regula la Ley Especial, y, que son compatibles de manera genérica con los laudos arbitrales económicos en materia laboral, son lo que regulan los literales b y d del inciso 1 del artículo 63° de la Ley General de Arbitraje, con las especificaciones establecidas en los incisos siguientes del mismo artículo.

En tal sentido, las causales de nulidad aplicables son:

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

1.3. Acuerdo Plenario

Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son las siguientes:

Los artículos 63º a 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

El artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo 57º de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63º de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 28449.

2.1. Planteamiento

El artículo 3º de la Ley 28449 establece: "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión".

Las dos interpretaciones que recaen sobre esta norma son las siguientes:

1.- En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", "pago" se refiere al "otorgamiento" de la pensión, de manera que la UIT vigente al momento de dicho otorgamiento es la UIT histórica y es la que debe aplicarse de manera permanente por todo el tiempo que se deban pagar las prestaciones mensuales máximas.

2.- En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", "pago" se refiere al cumplimiento mensual de la obligación ante el pensionista, de manera que la UIT vigente al momento de dicho cumplimiento, es la UIT vigente a dicha fecha, y por ende el monto máximo de la pensión recoge las variantes de la Unidad Impositiva Tributaria.

La interpretación que se elija, entre estas dos, respecto del artículo 3º de la Ley 28449 debe tomar en cuenta entonces el concepto de "pensión máxima" y la finalidad que ella cumple en el sistema previsional.

2.2. El supuesto reajuste pensionario

Existe un error jurídico cuando se afirma que, según el artículo 3º de la Ley 28449, el monto de pago de la pensión de jubilación se fija de forma inalterable al momento del reconocimiento de la pensión. Según esta posición, a partir de la fecha del otorgamiento de la pensión, las modificaciones de la Unidad Impositiva Tributaria no rigen, y por ende, no se puede determinar una reactualización de la pensión.

Desde ese punto de vista, toda petición que haga el pensionista referido al cálculo de su pensión debe entenderse como un reajuste pensionario, y por ende resulta infundado, pues el artículo 4º de la propia Ley 28449 establece que, por un lado, se encuentra prohibida la nivelación de pensiones, y por otro lado, restringida la eventual posibilidad de reajuste.

Dicha lectura de la norma se basa en una errónea concepción de la pensión máxima, según la cual una

pensión por ser máxima nunca puede ser elevada en su monto, más allá del que se calculó al momento de ser otorgada. El error de esta concepción radica en confundir "monto máximo" con "monto definitivo", pues ciertamente un monto pensionario puede ser el máximo permitido por ley, pero la propia norma puede programar un sistema de cálculo que recoge un referente de cálculo que aumente el monto de la pensión, como sucede con el artículo 3º de la Ley 28449.

2.3. La interpretación del artículo 3º de la Ley 28449

En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", la palabra "pago" se refiere al cumplimiento mensual de la obligación ante el pensionista, de manera que la UIT vigente al momento de dicho cumplimiento, es la UIT vigente a dicha fecha, y por ende el monto máximo de la pensión recoge las variantes de la Unidad Impositiva Tributaria.

La pensión es la prestación mensual que percibe su beneficiario. El obligado debe cumplir con su pago periódicamente, de manera que literalmente no existe manera de interpretar que el mandato legislativo se refiere al momento en el cual se reconoce el derecho a percibir una pensión, en tanto que dicho acto declarativo no es propiamente el pago.

Si bien es cierto denominamos comúnmente "otorgamiento" de pensión, al primer acto por el cual se determina que el pensionista cumple con los requisitos legales, no hay en él propiamente un acto de entrega, sino como ha quedado dicho, un acto declarativo de reconocimiento del derecho. Los actos de cumplimiento de la obligación periódica de dar un monto pensionario, ocurren posteriormente, cada vez que el pensionista recibe efectivamente su pensión en dinero.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente Nº 4933-2012-PC/TC, de 3 de octubre de 2013, en uno de los votos en mayoría que formaron resolución, estableció que el goce de la pensión de cesantía, en cada oportunidad de pago, debe estar acorde a lo equivalente a dos Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha.

2.4. Acuerdo Plenario

Se interpreta que el artículo 3º de la Ley 28449 al establecer que "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", ordena que cada pensión máxima mensual sea equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento en que se realiza el pago efectivo de cada monto pensionario.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

III. INDEMNIZACIÓN Y REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LOS CASOS DE DESPIDO FRAUDULENTO Y DESPIDO INCAUSADO.

3.1. Planteamiento

En el I Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, celebrado en mayo del año 2012, las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema acordaron que, en la vía laboral, se podía demandar la reposición tanto por despido fraudulento como por despido incausado, por ser una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.

Efectivamente, en sus fundamentos el referido Pleno estableció:

“Como se puede apreciar, con la nueva estructura procesal diseñada por la Ley 29497, existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia de despido incausado o fraudulento y se pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo”.

Posteriormente, la Jurisprudencia Nacional ha desarrollado posiciones diversas para determinar si el trabajador tiene derecho al pago de indemnización y al pago de remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado, y sobre la acumulación de las correspondientes pretensiones.

Asimismo, en caso que la pretensión de indemnización fuese fundada, se plantean variables respecto de los criterios para calcular la indemnización de daños y perjuicios en casos de despidos fraudulentos e incausados y nulos.

En tal sentido, este Pleno Jurisdiccional responde a cuatro preguntas:

¿Tiene el trabajador, que ha sufrido un despido incausado o fraudulento, derecho al pago de remuneraciones devengadas por el periodo no laborado?

¿Tiene el trabajador derecho al pago de una indemnización por los daños derivados de un despido incausado o fraudulento?

En los casos en los que corresponda el pago de una indemnización vinculada a un despido incausado o fraudulento ¿Cuáles deben ser los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización?

¿Se puede acumular a la pretensión de reposición por despido incausado o despido fraudulento una pretensión conexa de pago?

3.2. Sobre el derecho al pago de remuneraciones devengadas por periodo no laborado luego de un despido fraudulento o de un despido incausado.

El despido constituye una resolución unilateral del contrato de trabajo. En tal sentido el empleador con su acción de despido extingue el vínculo laboral, y por ende el trabajador se encuentra jurídicamente impedido de realizar labores efectivas, de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. El despido entonces, no es solamente un acto de hecho, sino que tiene trascendencia jurídica

para comprender la situación en la que quedan las partes de la extinta relación laboral.

No hay diferencia en los casos del despido incausado y del despido fraudulento en tanto ambos tipo de despido no tienen origen legal sino que son construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Es cierto que en ellos se advierte la afectación directa a derechos constitucionales, sin embargo de ello no se deriva la existencia de una ficción jurídica que determine el desarrollo de labor efectiva en el periodo que transcurre entre el despido y la reposición del trabajador.

Las ficciones jurídicas o las presunciones absolutas solo pueden ser predeterminadas por Ley. En el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40º del Decreto Supremo 003-97-TR.

Sin perjuicio de la vía procesal, en la que el Poder Judicial conozca un conflicto vinculado a un despido incausado o a un despido fraudulento, es evidente que el deber de reponer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho constitucional, se limita a la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, la cual se produce desde el mandato judicial en adelante.

La protección judicial de un derecho constitucional no implica, inclusive en el ámbito laboral, la construcción de ficciones jurídicas, no solo porque tal construcción corresponde a la Ley, sino porque la reparación judicial está diseñada para evitar que se continúe afectando el derecho en adelante. Para la agresión ya sufrida la respuesta jurídica pertinente es la indemnización.

Efectivamente, el empleador que agrede un derecho laboral de rango constitucional merece una sanción impuesta por el sistema jurídico, y esta consiste en la indemnización de todos los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido; en este caso, como consecuencia de un despido incausado o de un despido fraudulento.

La ausencia de pago de remuneraciones es un hecho evidente y por tanto un daño cierto, que podría ser calificado como lucro cesante, de manera que el monto de dichas remuneraciones pueda servir como un indicador de cálculo del monto de la indemnización, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos como consecuencia del despido.

3.3. Sobre el derecho al pago de indemnización de daños y perjuicios por despido fraudulento o por despido incausado.

El trabajador tiene derecho al pago de la indemnización de daños y perjuicios por despido fraudulento o por despido incausado. Será siempre el juez quien determine en sentencia cuáles son los daños y perjuicios probados y a cuánto asciende el monto de la indemnización.

En tal virtud, cabe reiterar que no existe limitación alguna para que el trabajador sea indemnizado por los daños y perjuicios que le haya causado un despido fraudulento o un despido incausado, no solo en cuanto a la violación de sus derechos constitucionales, sino, en general, a todo tipo de daño: daño emergente, lucro cesante y daño moral, que se encuentren debidamente acreditados.

3.4. Sobre los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización.

El juez debe considerar que en estos casos no existe una indemnización tasada legalmente como en el caso del despido arbitrario, y serán los medios probatorios

los que determinen la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según pretensión de la demanda.

Se reconoce que el trabajador es libre de utilizar la falta de pago de remuneraciones entre el despido y la reposición como uno de los criterios para sustentar su pretensión de indemnización.

Asimismo, resulta pertinente que el Juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos.

Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina¹.

Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el Juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes.

En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima².

En ese orden de ideas, no se aplicará los daños punitivos a todos los supuestos de despidos regulados en la ley o establecidos por la jurisprudencia, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador.

Como puede verse, los daños punitivos son siempre accesorios, es decir no tienen vida por sí mismos, requiriendo la presencia de un daño esencial o principal, y solo ameritara otorgar el daño punitivo en circunstancias propias de cada caso particular³.

Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales y tal como hemos señalado en forma accesoria al daño principal causado y reclamado.

En este caso, con la finalidad que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer un patrón objetivo para calcular el mismo. Así, se ha tomado en consideración como monto máximo por daños punitivos una suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.

Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que el criterio objetivo utilizado como patrón para el cálculo de los daños punitivos: el monto dejado de aportar por el trabajador a su sistema previsional, implique un reconocimiento al trabajador de derechos de carácter remunerativo, los mismos que no le corresponden para el caso del despido fraudulento y el despido incausado, tal como se ha señalado en los puntos precedentes.

Se establece un monto máximo, debido a la naturaleza sancionadora de los daños punitivos, cuyo objetivo no solo es sancionar al causante del daño, sino también disuadir a terceros de cometer los mismos actos contra sus trabajadores. Sustentándose la figura del daño punitivo en el caso peruano, por la misma naturaleza vejatoria del despido fraudulento y del despido incausado contra el trabajador.

Dado su carácter sancionador y monto predeterminado, los daños punitivos no necesitan ser demandados, pero al tener un carácter accesorio y no principal, si es necesario

que se le reconozca al demandante en forma previa un monto indemnizatorio por daño emergente, lucro cesante o daño moral.

3.5. Sobre la acumulación de pretensiones en los casos de despido fraudulento o por despido incausado.

El Primer Pleno Laboral de la Corte Suprema determinó que la pretensión de reposición por despido fraudulento o por despido incausado, en los procesos tramitados con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se debía tramitar en el proceso abreviado laboral cuando la pretensión se planteara como única de acuerdo con el artículo 2 inciso 2 de la Ley, de manera que dejó abierta la posibilidad de la acumulación de pretensiones.

En el caso de acumulación de pretensiones, que es perfectamente posible, debe transitarse el camino de la vía ordinaria laboral. En tal sentido, como desarrollo de los principios de economía y concentración procesales, es manifiesto que toda pretensión conexa de pago de indemnización por daños y perjuicios referida al despido fraudulento o al despido incausado se puede acumular a la pretensión de reposición por la comisión de uno de dichos despidos.

Como hemos expuesto en este Pleno, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización por los daños y perjuicios que le hubiere causado el despido incausado o el despido fraudulento, de manera que es procedente la acumulación de pago de indemnización a la pretensión de reposición, siempre que exista conexidad entre ellas por referirse al mismo conflicto provocado por un despido fraudulento o un despido incausado, y por ser ambas jurídicamente posibles, sin perjuicio de lo que el juez resuelva sobre el fondo de la materia.

3.6. Acuerdo Plenario en Mayoría

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de

¹ Flórez Fernández, José Gregorio, El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 146-182.

² García Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 211-229, ene. 2010. Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/88>.

³ Chang Hernández, Guillermo Andrés. Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el código civil peruano. Disponible en: <http://www.uss.edu.pe/uss/revistasvirtuales/ssias/ssias5/pdf/5.%20LA%20FUNCION%20DE%20LA%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL.docx>.

Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

Ss.

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI, SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA Y DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL OMAR TOLEDO TORIBIO

El voto del Señor Juez Supremo Titular Vicente Rodolfo Walde Jáuregui y del Señor Juez Supremo Provisional Omar Toledo Toribio es el siguiente:

1. La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 27 prevé que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo N° 728, ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR)⁴ en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

2. El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25 (despido por reacción o por represalia); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquiera otra índole; 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 (fuero de maternidad). A las causales antes citadas debe agregarse la dispuesta por la Ley N° 26626, referida al despido por ser portador del VIH-Sida.

3. Como es de advertirse, la norma establece taxativamente las causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser *numerus clausus*. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el

legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del Principio de Legalidad.

4. Por otro lado, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.

5. Finalmente el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

6. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL c/ Telefónica) ha señalado que:

“Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º (“República” “social”) y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución

⁴ La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional”.

7. De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela resarcitoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el despido incausado.

8. Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la sentencia recaída en el expediente N° 01124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la amparización de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, -que establecía el amparo alternativo-, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 días de marzo del 2003 en el expediente N° 00976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y, c) Despido fraudulento.

9. En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado despido nulo cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.; se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

Por otro lado, se produce el Despido incausado cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último, se configura el denominado Despido fraudulento, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. (Fundamento 15)⁵.

ACERCA DEL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS DE DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO.

10. El pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo que el otorgamiento de dichos sueldos caídos no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tanto más si como lo establece el artículo 87, in fine, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

11. La discusión que se suscita en la jurisprudencia laboral consiste en que si el trabajador afectado por un despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas, en los términos de lo previsto para el despido nulo en el artículo 40 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, o únicamente tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

NATURALEZA DEL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO FRAUDULENTO.

El despido incausado y el despido fraudulento no son sino manifestaciones de un despido lesivo de derechos constitucionales que trae como consecuencia la nulidad del acto y por lo tanto los efectos de la declaratoria de un despido incausado o fraudulento deben ser exactamente iguales al despido nulo.

Por otro lado, en los procesos de impugnación de despido incausado y fraudulento, es preciso contrastar la situación laboral que detentaba el trabajador antes y después del distracto, a efectos de determinar los alcances y extensión de la declaración judicial a través del cual se invalida el acto lesivo: **a) antes de ser cesado el trabajador tenía derecho a percibir todos los beneficios económicos legales y convencionales aplicables en su centro de trabajo, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan durante el tiempo de servicios; b) al cesar pierde absolutamente todo lo anterior.**

Sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador a su empleo se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes como si este nunca hubiese sido interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento es el acto mismo del despido; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, por ello corresponde al empleador asumir las consecuencias de su conducta lesiva dado que de no sancionarse este hecho implicaría 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, lo que constituiría un ejercicio abusivo del derecho proscrito por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y que nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo⁶.

RAZONES POR LAS QUE CONSIDERAMOS QUE EL TRABAJADOR REPUESTO POR DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO TIENE DERECHO AL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

Consideramos que el trabajador repuesto como consecuencia de haberse estimado una demanda de

⁵ Estos conceptos han sido desarrollados por el Juez Superior Ponente en el artículo titulado: “El despido fraudulento en la jurisprudencia” y publicado En la Revista RAE Jurisprudencia, tomo 19, enero 2010, págs. 401 a 410.

⁶ En relación a la remuneración como contraprestación a la existencia del contrato de trabajo la profesora Mónica Pizarro señala “conviniendo en que la prestación principal a cargo del trabajador es la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, damos por resuelto el problema de la naturaleza de los pagos efectuados a su favor en los casos en los cuales no existe prestación de servicios por culpa del empleador, los que pasaremos a considerar remunerativos”. En La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral. Lima, 2006, Estudio Gonzáles & Asociados, pág. 47.

despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios pudiendo acumular, en su caso, las citadas pretensiones a la demanda de reposición⁷.

Declarar que el trabajador sólo tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de un despido incausado o fraudulento haría inviable la posibilidad de que el trabajador pueda acumular su tiempo de servicios, sus beneficios sociales y la posibilidad de que el empleador, al ser condenado al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, tenga que efectuar las aportaciones de carácter previsional, aspectos que serían jurídicamente inviables solicitarlos vía indemnización por daños y perjuicios.

Por otro lado, se cuestiona que el pago de las remuneraciones devengadas en el despido incausado y fraudulento no tendría respaldo legal, a diferencia del caso de las remuneraciones devengadas por despido nulo. En relación a ello debemos indicar que precisamente el Pleno Jurisdiccional se caracteriza por establecer acuerdos que superan vacíos legislativos y que permiten solucionar aspectos controversiales a nivel de la jurisprudencia. Tal es el caso del acuerdo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral que estableció que, precisamente, las acciones de reposición por despido incausado o fraudulento están sujetas al plazo de caducidad de 30 días (Tema N°3), acuerdo que llenó un vacío legislativo pues el artículo 36 del TUO del Decreto Legislativo 728 no hace referencia en modo alguno al despido incausado y fraudulento, mutatis mutandi, el mismo razonamiento y justificación tendría equiparar los efectos del despido incausado y fraudulento a los efectos del despido nulo.

Finalmente, la justicia supranacional se ha referido al pago de los salarios caídos y otros beneficios sociales en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú, en la sentencia de fecha treinta y uno de enero del dos mil uno, en cuyo considerando ciento veintiuno ha señalado que: “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 (68), **La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso (69), 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” (sic). El subrayado es nuestro.

Por las consideraciones que anteceden mi voto es porque en los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas, sin perjuicio de que pueda solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios por los conceptos no cubiertos por las remuneraciones devengadas. Alternativamente, de considerarlo, el trabajador puede demandar exclusivamente por indemnización por daños y perjuicios. Ambas pretensiones pueden solicitarse acumulativamente en la demanda de reposición.

Por estas consideraciones, **nuestro VOTO ES PORQUE SE ACUERDE LO SIGUIENTE:**

En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al

pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

TOLEDO TORIBIO

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL CARLOS GIOVANNI ARIAS LAZARTE

El voto del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni Arias Lazarte es el siguiente:

1. El problema a dilucidar se orienta a determinar si el trabajador, que ha sufrido un despido incausado o fraudulento, tiene –o no– derecho al pago de remuneraciones devengadas por el periodo no laborado. O si en tales supuestos sólo tendría derecho al pago de una indemnización por los daños derivados del despido incausado o fraudulento, según sea el caso.

2. Sobre el particular corresponde precisar que si bien no hay norma expresa que autorice o disponga dicho pago de remuneraciones devengadas, sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley, y concordante con los principios del Derecho del Trabajo– corresponde precisar que el precepto del artículo 40º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), puede ser interpretado extensivamente a estos efectos, debido a que nos encontramos frente al mismo supuesto, es decir, la reposición, por lo que podemos aseverar que sí le corresponde al trabajador el pago por las remuneraciones dejadas de percibir, monto que comprende todos los beneficios económicos, legales y convencionales, así como los pensionarios que se hubiesen generado en el mencionado periodo de inactividad.

3. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 976-2001 AA/TC, Llanos Huasco, ha precisado lo siguiente:

a) Los **efectos restitutorios** (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: **Despido nulo, despido incausado y despido fraudulento.**

b) La protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27º de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

⁷ En el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2008 se adoptó por Mayoría la postura número tres que enuncia lo siguiente: “Las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas en uno de pago de beneficios sociales y/o en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Estas pretensiones pueden demandarse en forma acumulativa o en procesos independientes”.

c) Cual sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una “protección adecuada” contra el despido arbitrario, ésta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente “arbitrario”, es repulsivo al ordenamiento jurídico.

d) Por ello, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una “protección adecuada”, tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno.

e) La extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

f) La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos (incausados, fraudulentos y nulos), deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad de empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

g) En este singular caso, la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51º de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

h) Frente a tales actos la obligación de la jurisdicción debe ser **“disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce íntegro y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir”**.

4. En tal sentido, el artículo 40º de la LPCL, dispone que al declararse fundada la demanda de nulidad de despido: “el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses (...)”.

5. Ello ocurre así, porque dicho despido se sustenta en los supuestos establecidos en el artículo 29º de la LPCL, en tanto son despidos pluriofensivos, que afectan el derecho al trabajo y a otros derechos que han adquirido relevancia en el marco del desarrollo histórico y social de nuestro país. De la misma naturaleza participan los despidos lesivos: incausados y fraudulentos.

6. En efecto, el razonamiento del Tribunal Constitucional en la STC N° 976-2001 AA/TC, Llanos Huasco, conduce a considerar que los despidos lesivos, en tanto no son admitidos, tampoco debe tolerarse los efectos que ocasionen; tal como lo ha sancionado el artículo 40º de la LPCL.

7. En el despido nulo la LPCL aplica una triple sanción en caso se declare fundada la demanda de nulidad de despido, esto es, dispone la reposición del trabajador a sus labores habituales, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que duró el

despido y el depósito de la compensación por tiempo de servicios. Es decir, el modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico frente al despido lesivo de derechos fundamentales no contempla sólo una reincorporación del trabajador en su puesto de labores, sino que por el contrario, otorga una protección especial (o íntegra) ya que otorga una restitución en el sentido más amplio del término.

8. De desestimarse la petición de remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulentos e incausados bajo el argumento de que su abono se encuentra reservado sólo para cuando el trabajador impugne el despido mediante la acción de Nulidad de Despido prevista por el artículo 29º de la LPCL, conllevaría a que frente a hechos iguales (actos lesivos de derechos constitucionales) se estaría otorgando consecuencias jurídicas distintas. Dicha decisión importaría la inobservancia de lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil en virtud del cual el Juez está en la obligación de tener presente que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, asimismo, contravendría el principio de igualdad consagrada en el artículo 2.2 de la Norma fundamental que es la norma que mejor protege el derecho del trabajador en el caso planteado: “a igual razón, igual derecho”.

9. No debe soslayarse que mediante la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, en los casos de despidos incausados o fraudulentos, se restablece automáticamente el vínculo laboral como si éste nunca se hubiere interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha caído pronunciamiento es el acto mismo del despido, no se crea derecho nuevo alguno en favor del trabajador; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido durante el despido debe ser idéntico al transcurrido antes de él, toda vez que lo contrario significaría vaciar de contenido a la eficacia restitutoria, motivo por el cual la protección al derecho constitucional antes señalado debe efectuarse en toda su extensión, comprendiéndose dentro de él al abono de las remuneraciones devengadas, ya que la parte empleadora, en mérito a acto propio declarado judicialmente inconstitucional, no puede verse favorecida con el no pago de ellas, toda vez que ello conllevaría a que siga manteniendo esa actitud, que, además, tiene un efecto negativo frente a todos los otros empleadores del país.

10. Por ello corresponde al empleador asumir las consecuencias de su conducta lesiva dado que de no sancionarse este hecho implicaría una autorización tácita para que los empleadores despidan 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, u otros derechos colaterales derivados de la percepción de la remuneración⁸, lo que constituiría un ejercicio abusivo del derecho proscrito por el Título Preliminar del Código Civil y que nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo.

11. Resulta relevante señalar que en caso de acreditarse un despido fraudulento o incausado la falta de labor efectiva no obedeció a una decisión injustificada del trabajador, sino a la decisión inconstitucional del empleador de pretender romper el vínculo laboral.

⁸ CAS. N.º 1724-2004-LIMA.

12. Respecto a la naturaleza que tendrían las remuneraciones devengadas, DE FERRARI⁹, descarta un provecho indebido en su percepción por parte del trabajador, pues ello obedece a una decisión arbitraria del empleador. Así, señala: «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 ingreso».

13. La reposición por nulidad no constituye una nueva relación laboral, en el marco de un nuevo contrato, sino se mantiene vigente la misma relación laboral que el despido no puede extinguir, por lo que todo el tiempo que duro el despido debe ser adecuadamente protegido.

14. En caso el demandante no haya solicitado el pago de remuneraciones devengadas en un proceso de despido incausado o fraudulento, en atención a lo señalado en el artículo 87º del Código Procesal Civil que establece que en caso la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se considerarán tácitamente integradas a la demanda. Por consiguiente, corresponderá al Juez laboral tener presente lo señalado en el acto de calificación de demanda y/o al saneamiento y fijación de los puntos controvertidos que serán objeto de la decisión.

15. De lo señalado anteriormente, el despido nulo es equiparado al despido incausado, como al fraudulento en su gravedad, efectos y consecuencias, todos ellos participan de la misma naturaleza se trata de despidos pluriofensivos, que afectan a un conjunto de derechos fundamentales, no solo de naturaleza laboral, que requieren protección no solo resarcitoria, sino también restitutoria, y que tal restitución deberá realizarse en el goce integral y en el ejercicio pleno del derecho amenazado o vulnerado.

16. Más aún, si la consecuencia para todas esas modalidades de despido lesivo (nulo, incausado y fraudulento) **es la pérdida de toda eficacia legal**, en razón que se derivan de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos, por tanto su nulidad es manifiesta dado que no podría admitirse que produzca algún efecto válido para el orden jurídico aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

17. Lo señalado precedentemente constituye el marco de protección que a través del proceso de amparo se brinda a los trabajadores frente al despido incausado o fraudulento. Protección que tuvo su origen en sede Constitucional, y no en la vía ordinaria sobre la base de la consideración de que el bien protegido a través de la nulidad de despido, despido incausado y fraudulento, no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. (STC N° 976-2002-AA/TC).

18. Sin embargo, en el I Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, celebrado en mayo del año 2012, las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema acordaron, que, en la vía laboral, se podía demandar la reposición tanto por despido fraudulento como por despido incausado, por ser una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.

19. Lo relevante es ahora señalar qué se entiende por vía igualmente satisfactoria, a fin de poder asumir una posición sobre el problema planteado. Para tal fin, es oportuno acudir al precedente vinculante establecido en la STC N° 2383-2013 AA/TC, en la que el Tribunal Constitucional establece criterios para determinar cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria¹⁰.

20. En efecto, en dicha sentencia se sostiene que la existencia de una vía ordinaria igualmente

satisfactoria no supone verificar, simplemente, si existen “otras vías judiciales” mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, **sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida.**

21. Consecuentemente, cuando la Corte Suprema acuerda que la jurisdicción ordinaria especializada – en materia laboral - es una vía igualmente satisfactoria que el amparo, es consciente que está reconociendo y comprometiéndose a brindar una tutela igual o más efectiva, idónea o útil que el amparo en materia de pretensiones derivadas de la reposición laboral por despidos incausados o fraudulentos.

22. Lo señalado en el fundamento que antecede nos obliga a entender que la vía especializada laboral no sólo puede limitarse a brindar tutela resarcitoria respecto de los derechos y/o beneficios laborales afectados por el despido incausado o fraudulento, sino que también debe brindar tutela restitutoria de tales derechos, cuando ello corresponda.

23. Tratándose de las remuneraciones dejadas de percibir, y demás beneficios que se derivan de su percepción, por razón de despido incausado o fraudulento, es evidente que una tutela jurisdiccional –que se reclama ser- igualmente satisfactoria que el amparo no podría dejar de atenderla (conocer, tramitar y resolver ese tipo de pretensiones). No es la jurisdicción la que deba restringir el derecho del trabajador a pretender el reconocimiento de un derecho, pues ni siquiera la ley podría disponer, en el marco del Estado Constitucional actual, que de los actos fraudulentos o incausados, el empleador pudiera obtener alguna ventaja, como sería el no pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

24. En tal sentido, la pretensión resarcitoria no puede sustituir –como regla- a la pretensión restitutoria de derechos, aun cuando en algún supuesto pudieran coincidir. Ambas tienen y atienden a tutelas distintas.

25. Por lo expuesto y atendiendo a la naturaleza del acuerdo si bien no sería necesario precisar la existencia – o no - de un cambio de criterio, no obstante, de ser necesario, sustento el voto en lo previsto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por estas consideraciones, **mi VOTO ES PORQUE SE ACUERDE LO SIGUIENTE:**

En los procesos de reposición por despido incausado o fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición.

Ss.

ARIAS LAZARTE

⁹ DE FERRARI, Francisco, Lecciones de Derecho del Trabajo, T. II, Montevideo: Facultad de Derecho, 1962, p.210.

¹⁰ Visto: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf>.