LA REPOSICIÓN Y LA NATURALEZA DE LOS CONCEPTOS DEVENGADOS: ¿REMUNERATIVOS O INDEMNIZATORIOS?

Carolina FERNÁNDEZ HUAYTA (*)

RESUMEN EJECUTIVO

Un tema que genera una serie de discusiones doctrinales, y que también tiene consecuencias prácticas, es el referido a la naturaleza de los montos que se entregan al trabajador al ser repuesto luego de que su despido fue calificado judicialmente como nulo, incausado o fraudulento. En opinión de la autora, estos conceptos devengados poseen una naturaleza remunerativa, debido a que de forma arbitraria se privó al trabajador de la posibilidad de ejecutar sus funciones conforme a lo pactado en el contrato.

PALABRAS CLAVE

Reposición / Remuneraciones devengadas / Indemnización / Principio de continuidad

Recibido : *23/03/2017*
Aprobado : *06/04/2017*

Introducción

El artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral tipifica el pago de las remuneraciones devengadas como una medida accesoria a la demanda de nulidad de despido cual fuese declarada fundada, de la literalidad de la norma no se advierte la exclusión a otros tipos de despidos distintos al nulo, nos referimos a aquellos creados jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, el despido incausado y el fraudulento. La razón subyace en que estos despidos, al igual que el despido nulo, también estarían contenidos de ilegalidad.

En este sentido, cabe la siguiente interrogante, ¿el pago de los devengados dispuestos como medida accesoria junto con la reposición en los despidos distintos al despido nulo, también adquiere la misma naturaleza remunerativa atribuida a los devengados otorgados ante este último?

Es menester precisar que la interpretación de la norma debe orientarse a la tutela de los derechos laborales del trabajador, en orientación al principio *in dubio pro operario*, el atribuir que no existió trabajo efectivo y por ende negar el carácter remunerativo de dicho concepto significaría afirmar que existió el término de la relación laboral produciéndose el menoscabo a dichos derechos.

I. La reposición en el Perú

La reposición es una medida destinada a extinguir los efectos lesivos como consecuencia de la configuración de un despido ilegal. Esta decisión se encuentra contenida

(*) Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Especialista en Legislación y Relaciones Laborales por la UPC. Con estudios de maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la PUCP.

en un pronunciamiento emitido por la autoridad judicial o el Tribunal Constitucional en los procesos de amparo. Esta figura no solo se agota en el buscar la restitución del vínculo laboral cual fuere "suspendido", sino en el pago de las remuneraciones devengadas por el periodo durante el cual el trabajador no percibió remuneración alguna, medida accesoria dispuesta junto con la orden de reposición.

Elmer Arce define esta figura en dos fases, tal como lo menciona en el siguiente texto, "comporta dos fases diferenciadas: una primera de carácter instrumental destinada a eliminar los efectos materiales del despido ilegal y una segunda de carácter continuativo que exige del empleador la continuación leal de la relación laboral reanudada"(1).

La reposición **no solo busca la eliminación de los efectos del despido** sin causa justa, sino, además, **la afirmación del carácter continuado de la relación laboral**, constituyendo una manifestación del ejercicio del principio de continuidad donde las relaciones laborales tendrán permanencia en el tiempo a pesar de los posibles sucesos o eventos que puedan suscitarse durante el transcurso de la misma, evitando el término de dicho vínculo.

Esta figura se ubica en nuestro ordenamiento jurídico laboral como consecuencia de la configuración de uno de los supuestos de despido nulo establecidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Sin embargo, no solo es dispuesto en las demandas de reposición, sino ante los despidos fraudulentos e incausados.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral adopta taxativamente el pago de los devengados ante la reposición por despido nulo, por otra parte, esta norma no excluye el otorgamiento de este concepto ante una reposición por despido incausado o fraudulento tal como lo precisan en la actualidad algunas sentencias de la Corte Suprema.

II. Las remuneraciones devengadas

En España recibe la denominación de los salarios caídos, esta figura corresponde a aquellos ingresos que no fueron percibidos por el trabajador durante el periodo en el cual fue excluido de la empresa, siendo su otorgamiento supeditado a la reconstitución del vínculo de trabajo como consecuencia del pronunciamiento que dispone la reposición del trabajador al puesto que venía ocupando antes del despido.

Asimismo, Pasco Cosmópolis aborda el concepto de salarios caídos desde la segunda finalidad de dicha figura, la manifestación del principio de continuidad: "es valor entendido que el importe debe corresponder a lo que el trabajador habría normalmente percibido si no hubiera sido despedido, vale decir, no solo las remuneraciones ordinarias o comunes, sino las bonificaciones, premios, primas, etc., a más de los incrementos que en ese lapso hubieran devenido obligatorio"(2).

Por lo tanto, el trabajador tiene el derecho a percibir los salarios que normalmente hubieren sido percibidos, sin distinguir o excluir los aumentos, incrementos, los bonos, incentivos, o cualquier tipo de remuneración cual hubiere sido otorgada durante el periodo de trabajo en el cual no se encontraba prestando servicios a la empresa, por lo tanto, estos ingresos formarían parte del patrimonio del trabajador.

A partir de lo concluido por el profesor se explica el fin de las remuneraciones devengadas, el reestablecer la continuidad de la relación laboral y el restituir el vínculo de trabajo como si este no hubiere sido suspendido, lo cual se equipara a una protección legal accesoria.

III. Principio de continuidad

Jaime Zavala Costa define el principio de continuidad a través de las siguientes líneas "(…) se desprende que en virtud del principio de continuidad, se establece un vínculo duradero entre las partes que forman parte de la relación laboral; es decir, al celebrarse el contrato de trabajo, se presume que existe una vocación entre las partes involucradas en el sentido de que tal relación se conserve en el tiempo, por un periodo indeterminado o indefinido"(3).

Lo que manifiesta este principio es la perduración en el tiempo de la vigencia de la relación laboral, existiendo en caso de dudas, el resolverse a favor de la continuidad del contrato de trabajo. Por lo tanto, las remuneraciones devengados constituyen una manifestación de este principio a través de la perduración del vínculo contractual, por lo tanto, con la orden de reposición se reanuda el vínculo existiendo así una suspensión imperfecta de labores y por consiguiente el pago de las remuneraciones no percibidas. Con la reposición y el pago de los salarios caídos se reanuda el vínculo laboral, culminando la suspensión imperfecta.

(1) ARCE ORTIZ, Elmer. "La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido La construcción del Tribunal Constitucional". En: *Asesoría Laboral.* N° 149, Lima, 2003, pp. 9-17.

(2) PASCO COSMÓPOLIS Mario. *La extinción de la relación laboral: perspectiva Ibero-americana*, Editorial AELE, Lima, 1987, p. 256.

(3) ZALAVA COSTA, Jaime. "El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo". En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez.* Editorial Grijley, 2009, p. 344.

IV. ¿Cuál es la naturaleza de las remuneraciones devengadas?

Las remuneraciones devengadas como pretensión accesoria ante un despido incausado o fraudulento no se encuentran tipificadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no hay norma que regule expresamente el pago de los devengados en estas clases de despidos.

El otorgamiento de este concepto es adoptado y emitido a través los pronunciamientos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, los cuales otorgan el pago de los devengados en despidos distintos al nulo en vista de la evidente vulneración de los derechos fundamentales los cuales no pueden verse menoscabados ante una ausencia o vacío legal.

Sin embargo, este vacío legal no solo se determina en la dación de este concepto sino además en la naturaleza de las remuneraciones devengadas, nos referimos a si surge ante un escenario de suspensión imperfecta de labores o es que adquiere la naturaleza indemnizatoria.

Existen dos posiciones que intentan aclarar este panorama, la primera nos señala que las remuneraciones devengadas tienen la naturaleza de ser remuneración debido a que existiría una suspensión imperfecta de labores dada la reconstitución del vínculo y por ende la ausencia de extinción del vínculo laboral. La segunda posición afirma el carácter indemnizatorio dado que el pago de la remuneración está sujeto al trabajo efectivo y ante su ausencia no habría contraprestatividad, cuyo otorgamiento subyace no de una suspensión imperfecta de labores sino del término del vínculo laboral en virtud de la falta de trabajo. Asimismo, al no encontrarse tipificado no tendría la naturaleza remunerativa que si adquieren los devengados ante un despido nulo.

1. La naturaleza remunerativa de las remuneraciones devengadas

La Constitución Política de 1993 ampara la protección constitucional del derecho a la remuneración, en virtud de que todo trabajo debe ser remunerado dado su carácter alimenticio, configurándose una relación sinalagmática entre la realización de trabajo y el pago de una remuneración. Es un derecho constitucional cuyo menoscabo encuentra sanción en la norma, existiendo supuestos donde se lesiona el mismo, por ejemplo, en el despido ilegal cesa la obligación de remunerar al trabajador debido a la configuración de un despido injusto. Ante dicho supuesto, la judicatura estableció la reposición como medida a restituir el vínculo laboral junto con una medida accesoria, la obligación del pago de remuneraciones devengadas.

Neves Mujica define a la remuneración partiendo de su carácter contraprestativo: "la remuneración tiene carácter contraprestativo, pero no se agota en este. En otras palabras, es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad"(4).

De lo expuesto, el profesor precisa que la remuneración no solo debe otorgarse por el trabajo efectivo realizado a favor del empleador, sino que su otorgamiento puede realizarse ante la ausencia de trabajo efectivo, la LPCL admite este supuesto.

En este sentido, Mónica Pizarro define a la remuneración como "la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, por con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo"(5).

Por consiguiente, la remuneración es el ingreso percibido por el trabajador por su fuerza de trabajo, prestado a favor del empleador bajo sus disposiciones y asimismo bajo sus órdenes, siendo un concepto de protección social al trabajador y asimismo a su familia.

Juan Gorelli Hernández precisa en el siguiente apartado que: "Entendemos que la naturaleza del ejecutado no es otra cosa sino salarios: al deber ser readmitido el trabajador mantiene sus derechos salariales"(6) además, "al ordenarse la readmisión del trabajador se considera en vigor su contrato de trabajo sin que el despido lo haya extinguido en ningún momento, por lo que debe pagarse el salario"(7).

En virtud de ello, Carlos Quispe precisa que: "Concluyéndose así que la objeción que se sustenta solamente en la naturaleza sinalagmática de la remuneración carecería del suficiente fundamento para desvirtuar el hecho que la reposición frente un despido judicialmente declarado nulo pueda comprender el pago de las remuneraciones devengadas"(8).

La remuneración y el trabajo abordados solo como una relación sinalagmática es una noción que en la actualidad no otorga suficientes

(4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del trabajo*. 2ª edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2012, p. 39.
(5) PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. González & Asociados Consultores Laborales, Lima, 2006, p. 210.
(6) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. "El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria". En: *Estudios de Derecho Laboral*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 137.
(7) Ibídem, p. 138.
(8) QUISPE MONTESINOS, Carlos Alberto. "El pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición ordenada en un proceso de amparo". En: *Foro jurídico*. Año 3, N° 6, diciembre 2006, Lima, p. 42.

fundamentos para sustentar el pago de los devengados ante la ausencia de prestación personal de servicios. Coincidimos con lo señalado por Carlos Quispe al indicar que el pago de los devengados ante una reposición en un despido nulo, realmente no tendría fundamento alguno si es que se determina que la remuneración solo parte de su naturaleza contraprestativa, asimismo, consideramos que dicha naturaleza retributiva no solo debe ser determinada por la judicatura en los supuestos de despido nulo, sino, además en aquellos despidos distintos al nulo, dado que la vulneración de los derechos fundamentales se evidencia en cualquier tipo de despido que lesiona los derechos de carácter constitucional.

El profesor Plá Rodríguez define la naturaleza remunerativa de este concepto señalando la necesidad de su otorgamiento al suprimir los efectos del despido ilegal, tal como lo menciona en las siguientes líneas: "(…) es una constante la conjunción del reintegro del trabajador y el pago de los salarios correspondientes al periodo que no se trabajó por obra de ese despido. Constituye la manera de borrar todos los efectos de esa terminación que no se considera justificada. Para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido, deben pagarse los salarios por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados"[9].

Asimismo, menciona que "para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido deben pagarse los 'salarios caídos' por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados, por consiguiente la naturaleza de las remuneraciones y de los beneficios devengados que se reclaman es propiamente retributiva y no así indemnizatoria, el sustento se encuentra en la finalidad de la reconstitución jurídica del vínculo laboral y las remuneraciones constituyen un elemento esencial de este último".

2. La naturaleza indemnizatoria de las remuneraciones devengados

Jorge Toyama Miyagusuku describe uno de los efectos negativos de considerar a las remuneraciones devengadas como indemnizaciones, dado que vulneraría los derechos remunerativos, pensionarios y todo aporte legal obligatorio realizado por el empleador , tal como lo detalla en las siguientes líneas "las indemnizaciones no califican como remuneración ya que no se entregan como contraprestación por los servicios prestados sino en calidad de compensación o reparación por el despido arbitrario o nulo del trabajador. Al no encontrarnos ante una remuneración, la indemnización no forma parte de la base sobre la cual se calculan los beneficios sociales y, además, no califica como remuneración computable para el cálculo de los tributos y aportes legales que inciden en la remuneración"[10].

Un punto que reviste gran importancia es el determinar cuáles son los efectos del atribuir la naturaleza remunerativa a los devengados, y es que al atribuir esta denominación es procedente la acumulación de los periodos no laborados y por consiguiente en el récord del tiempo de trabajo. Por lo tanto, configura parte de la remuneración computable a todo cálculo de pago de beneficios sociales a los cuales tendría derecho el trabajador y asimismo, al sumar los incrementos salariales cuales no fueron percibidos durante el tiempo en el que cual se encontró ausente.

Tal como lo precisa Jorge Toyama las indemnizaciones no configuran un ingreso remunerativo, se otorgan por los daños que fueron causados de forma ilegítima mas no por el trabajo. Al adjudicar la naturaleza indemnizatoria se estaría vulnerando el derecho a la remuneración, el derecho a la pensión y asimismo a la percepción de los aportes cuales fuere realizado por el empleador. Además del no ser considerado como remuneración computable para el cálculo de los beneficios sociales.

El pago de una indemnización por daños y perjuicios puede ser exigido conjuntamente con el pago de los salarios caídos de acreditarse el daño sufrido, por lo tanto, no correspondería afirmar la idea de que al indemnizar por lo no percibido (lucro cesante) se subsume el pago de lo no remunerado.

V. Jurisprudencia vinculante

El Tribunal Constitucional niega el carácter remunerativo de los devengados, atribuyendo exclusivamente la naturaleza indemnizatoria, tal como lo precisa en el considerando 2 del STC Exp. N° 1450-2001-AA/TC "aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasionaba un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado".

Asimismo, la STC Exp. N° 894-2002-AA/TC delimita lo siguiente: "No cabe en el caso de la reposición disponer el pago de las remuneraciones devengadas, por cuanto ellas corresponden a un periodo no trabajado en el cual, por lo tanto, no hubo

(9) PLÁ RODRÍGUEZ Américo. "La terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingreso de los trabajadores afectados". En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano.* 3ª edición, Jurista Editores, pp. 434-435.

(10) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú, Un enfoque teórico-práctico*. 1ª edición, Gaceta jurídica, Lima, 2015, p. 607.

contraprestación; consecuentemente, tal solicitud posee naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, debiendo quedar a salvo el derecho respectivo, el mismo que no puede ejercitarse en esta vía sumaria".

La STC Exp. N° 3720-2006-PA7TC precisa lo siguiente: "si un trabajador repuesto pretende que se le paguen las remuneraciones que dejo de percibir durante el tiempo que permaneció separado del cargo, debe tenerse en cuenta que las remuneraciones que se reclaman, tienen naturaleza indemnizatoria y no restitutoria, por lo que (que) se deja a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente y no en la de amparo".

Asimismo, la Casación Laboral N° 7893-2013-La Libertad menciona la posición actual de la Corte Suprema, la cual atribuye exclusivamente el pago de los devengados a los supuestos de despido nulo dada la norma que así lo establece, tal como se precisa en el siguiente párrafo "no se ha cumplido con analizar de manera conjunta los siguientes hechos relevantes: i) la extensión de los alcances de los artículos 11 y 40 del D.S. N° 03-97-TR, son normas que establecen excepciones ; es decir, se prevén como supuestos de pago de remuneraciones por periodos no laborados a aquellos considerados por nuestra legislación como periodos de suspensión imperfecta y además para los casos del despido nulo, y como tales en dicha condición de excepcionalidad no resultan aplicables por extensión interpretativa ni por analogía en otros supuestos en los que no medie autorización expresa, fundamentalmente porque el pago de los devengados única y excepcionalmente procede en el supuesto especifico previsto en la norma".

Dicho criterio es manifiesto además en la sentencia expedida en la Casación Laboral N° 3005-2014-Lima: "El ordenar el pago de remuneraciones devengadas por el periodo en que el trabajador no realizó labor efectiva se infringe los alcances del artículo 40 del D.S. N° 003-97-TR1, norma que circunscribe el pago de remuneraciones devengadas solo en los casos de despido nulo y como tal en dicha condición de excepcionalidad no resulta aplicable por extensión interpretativa ni por analogía a otros supuestos en los que no medie autorización expresa, fundamentalmente porque el pago de los devengados única y excepcionalmente procede en el supuesto de la norma".

Conclusiones

- El concepto de devengados adquiere naturaleza retributiva, deviene de la existencia de la reanudación del vínculo laboral, propio de la suspensión de la relación laboral a partir del cual existe el reconocimiento de lo no pagado como una remuneración dejada de percibir por culpa del empleador.

- El principio de legalidad no debe ser el sustento de un acto que lesione el derecho al trabajo, atribuir el pago de devengados solo a la nulidad de despido dada la tipificación normativa crearía una situación de indefensión, por lo tanto, creemos que este concepto debería ser superado.

- El atribuir la naturaleza indemnizatoria a las remuneraciones devengadas ante el despido nulo o cualquier otro tipo de despido implica un menoscabo de los derechos laborales del trabajador, dado que este concepto no formaría parte de la remuneración computable vulnerándose el pago de aportes realizado por el empleador, el derecho a la pensión y a la remuneración. Por ende, los devengados tienen naturaleza remunerativa, la percepción de una remuneración por el trabajo no realizado es un derecho otorgado con la reposición mas no una indemnización.

- Además, cabe precisar que el derecho al trabajo amparado por la Constitución Política del 1993 no está sujeto a ningún tipo de restricción alguna, por lo que, entendemos que el abono de remuneraciones devengadas es procedente ante la existencia de declaración de nulidad en el despido, en el despido incausado y también en el fraudulento. La lesión de los derechos constitucionales trae como consecuencia indubitable que se determine la declaración de nulidad a través de un proceso judicial, siendo la consecuencia declarar la invalidez del cese realizado y por lo tanto ordenar el pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia accesoria. Al establecer un fundamento contrario, se estaría desconociendo los derechos laborales recogidos en nuestra carta magna, si el supuesto que origina la nulidad del despido es la lesión de los derechos constitucionales, ¿por qué no atribuir los efectos a otros tipos de despidos si el supuesto es el mismo?

Referencias bibliográficas

- ARCE ORTIZ, Elmer. "La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido: La construcción del Tribunal Constitucional". En: *Asesoría Laboral*. N° 149, Lima, 2003.

- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. "El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria" .En: *Estudios de Derecho Laboral*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del trabajo*. 2ª edición, Pontificia

Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2012.

- PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. González & Asociados Consultores Laborales, Lima, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *La extinción de la relación laboral: Perspectiva Ibero-americana.* Editorial AELE, Lima, 1987.
- PLÁ RODRÍGUEZ Américo. "La terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados". En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. 3ª edición, Jurista Editores.
- QUISPE MONTESINOS, Carlos Alberto. "El pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición ordenada en un proceso de amparo". En: *Foro jurídico*. Año 3, N° 6, Lima, diciembre, 2006.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge El derecho individual del trabajo en el Perú, Un enfoque teórico-práctico. 1ª edición. Gaceta jurídica, Lima, 2015.
- ZALAVA COSTA, Jaime. "El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo". En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Editorial Grijley, 2009. ■