

**Pontificia Universidad Católica del Perú  
Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**Remuneraciones devengadas: ¿Privilegio del despido nulo o consecuencia derivada de la reposición en el empleo reconocida a otros tipos de despido?<sup>1</sup>**

**Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**AUTOR**

María Fátima Benavides Maza

**ASESOR:**

Manuel Gonzalo De Lama Laura

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20100356

**2020**

---

<sup>1</sup> El presente trabajo académico ha sido elaborado sobre la base del Informe Jurídico sobre la Casación Laboral N° 2283-2017-LIMA, elaborado por la autora, María Fátima Benavides Maza, y presentado para optar por el título profesional de abogada.

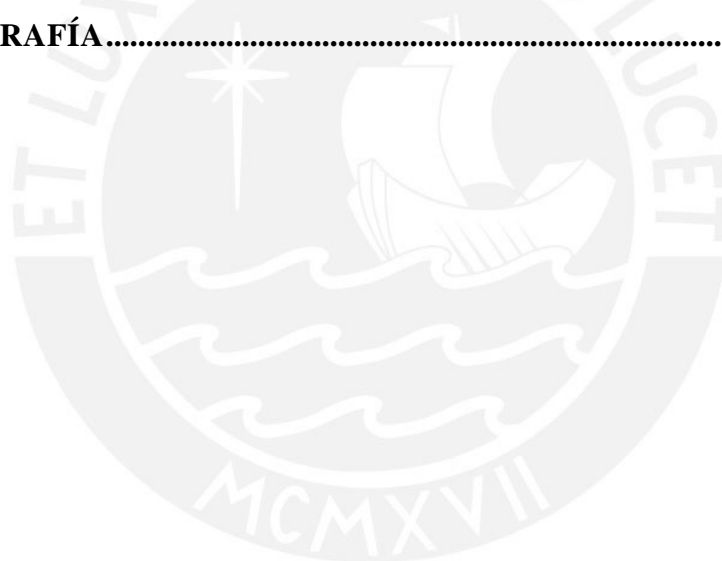
## RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad principal determinar si a los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos les corresponde el pago de remuneraciones devengadas, como ocurre en los supuestos de despido nulo; o si, por el contrario, es correcta la posición actual asumida por la Corte Suprema según la cual estos trabajadores solo tienen derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios (y al pago de daños punitivos), en sustitución a las remuneraciones devengadas. Luego de resumir el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que ha habido sobre este tema, en el presente trabajo académico se analiza en primer lugar la naturaleza y características del despido fraudulento e incausado, en contraposición al despido nulo, para identificar el contexto en que estas modalidades de despido son reconocidas y cuál es la tutela que se les brinda. Igualmente, teniendo en cuenta que en la actualidad se reconoce el otorgamiento de conceptos distintos, destinamos un capítulo a analizar las diferencias conceptuales entre las remuneraciones devengadas y la indemnización civil por daños y perjuicios, con la finalidad de demostrar que se trata de conceptos de naturaleza y características distintas. Finalmente, teniendo en cuenta estos antecedentes, el último capítulo explica por qué sí debería reconocerse el pago de remuneraciones devengadas –y no de una indemnización por daños y perjuicios y/o daños punitivos– a los trabajadores que sufran despidos incausados y/o fraudulentos.

*Palabras clave:* Remuneraciones devengadas, despido incausado, despido fraudulento, despido nulo, indemnización por daños y perjuicios.

## CONTENIDO

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>II. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>III. CARACTERÍSTICAS Y PROTECCIÓN DEL DESPIDO NULO Y DESPIDO INCAUSADO Y/O FRAUDULENTO .....</b>	<b>13</b>
<b>IV. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS .19</b>	
<b>V. ¿CORRESPONDE PAGAR REMUNERACIONES DEVENGADAS A LOS TRABAJADORES QUE SUFREN UN DESPIDO FRAUDULENTO O INCAUSADO?.....</b>	<b>27</b>
<b>VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL .....</b>	<b>32</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>34</b>



## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que nuestra legislación reconoce tres tipos de despidos antijurídicos (el despido nulo, arbitrario e indirecto), la jurisprudencia ha desarrollado otras tipologías de despido con características y protecciones especiales. Entre estos despidos se encuentran los despidos incausados y fraudulentos que, respectivamente, son aquellos en los que no se expresa una causa y en los que se despide mediante engaño.

Así, mientras que los artículos 34 y 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante “LPCL”) reconocen el derecho de los trabajadores que sufren despidos nulos a ser repuestos en su empleo y a recibir el pago de las remuneraciones que dejaron de percibir durante el período que no trabajaron como consecuencia de dicho despido (remuneraciones devengadas), no existe una regulación expresa sobre el particular para los despidos incausados y fraudulentos. Al ser despidos creados jurisprudencialmente, cuyas características específicas no están recogidas en ninguna ley, lo que existe para los trabajadores que sufren estas modalidades de despido son pronunciamientos repetidos que reconocen el derecho a ser repuestos en el empleo, pero posiciones contradictorias acerca del derecho de estos trabajadores a recibir el pago de remuneraciones devengadas u otra forma de reparación económica por su despido.

En virtud de lo anterior, surge la interrogante acerca de si corresponde o no otorgar el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores cuyos despidos sean calificados como incausados o fraudulentos. Esta pregunta, que ha sido abordada por la judicatura y la doctrina desde la creación de esta tipología de despidos, ha recibido respuestas distintas e incluso contradictorias. Si bien la Corte Suprema de Justicia la República (en adelante “Corte Suprema”) tiene actualmente un criterio definido (que no les corresponde el pago de remuneraciones devengadas, sino más bien una indemnización por daños y perjuicios y daños punitivos), esta postura no está exenta de críticas y cuestionamientos.

De hecho, en este artículo se busca comprobar la hipótesis de que sí corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos y/o incausados, a los cuales se les ha reconocido su reposición en el empleo, debido a los siguientes motivos:

- (i) La remuneración no solo compensa el trabajo efectivamente realizado, sino también la puesta a disposición del trabajador para el empleador. Teniendo ello en cuenta, en la medida que durante estos despidos los trabajadores habrían estado a disposición del empleador, sin poder prestar servicios únicamente por una decisión unilateral y antijurídica de este último, correspondería pagarles de todos modos la remuneración correspondiente.
- (ii) Incluso en el supuesto que el trabajador no haya estado a disposición efectiva del empleador (por ejemplo, por trabajar para un tercero), y considerando que existen quienes todavía alegan que la remuneración compensa solo el trabajo efectivo, corresponde hacer de todos modos una interpretación extensiva del artículo 40 de la LPCL, pues existe una semejanza sustancial entre los despidos fraudulentos e incausados (no regulados) y el despido nulo y su protección restitutoria; y, por tanto, corresponde aplicar la misma regla del pago de remuneraciones devengadas.

Para dichos propósitos, después de realizar un recuento sobre el estado de la cuestión, en el presente artículo se analizarán: (i) las características y protección del despido nulo y el despido incausado y/o fraudulento; (ii) la regulación y naturaleza de las remuneraciones devengadas en contraposición a la indemnización por daños y perjuicios; y, (iii) si corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos o incausados.

Como se puede ver, el objetivo principal de este artículo académico es determinar si corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores despedidos sin

causa o fraudulentamente. Para ello, de manera específica, analizaremos las similitudes y diferencias entre el despido nulo y el despido incausado y fraudulento; seguidamente buscaremos analizar cuál es el sustento para que los trabajadores que sufren despidos nulos reciban una protección económica y si ello también aplica a estos otros tipos de despido. Ello implicará analizar críticamente la postura actual asumida por la Corte Suprema y los Plenos Jurisdiccionales en materia laboral, y reflexionar de qué manera puede intervenir el Estado para aclarar esta situación.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Las remuneraciones devengadas se encuentran expresamente reguladas en el artículo 40 de la LPCL, cuyo texto data del año 1995 y dice así:

“Al declarar fundada **la demanda de nulidad de despido**, el juez ordenará el pago de **las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo**, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses” (énfasis agregado).

Como se puede ver, dicha norma se refiere únicamente a los supuestos de nulidad de despido; sin embargo, debe tenerse en cuenta también que al momento de su redacción, solo existía el despido nulo como despido protegido con la reposición en el empleo.

Sin embargo, en las últimas décadas ha habido un desarrollo jurisprudencial extenso, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en virtud de los cuales se han modificado las reglas de la estabilidad laboral y se han creado nuevos tipos de despidos a los cuales se les reconoce una tutela restitutoria (reposición en el empleo). Estos son principalmente los siguientes:

- (i) Despido incausado: Esta modalidad de despido fue analizada por primera vez en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, donde se

determinó que el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL vaciaba de contenido el contenido esencial del derecho al trabajo, debido a que permitía a los empleadores cesar a sus trabajadores sin causa (Tribunal Constitucional 2002: Fundamento jurídico 12). Posteriormente, fue desarrollada en la sentencia recaída en el Expediente N° 0976-2001-AA/TC, donde el Tribunal Constitucional precisó que se produce un 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” (2003: Fundamento jurídico 15).

- (ii) Despido fraudulento: En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional señala que se produce un despido fraudulento cuando “Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende de manera contraria a la verdad y 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 (...); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (...) o mediante la “fabricación de pruebas” (2003: Fundamento jurídico 15).

En virtud de lo anterior, está claro que el Tribunal Constitucional ha tipificado los despidos incausados y fraudulentos como especies del despido arbitrario que revisten de particular gravedad, con el objeto de reconocerles una tutela reforzada de reposición en el empleo, igual a la de los despidos nulos.

En estas circunstancias, surge la duda sobre si a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos e incausados les corresponde también el pago de remuneraciones devengadas o no. Esta cuestión ya ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia, aunque de manera oscilante y sin que exista una única posición aceptada pacíficamente.

Desde un principio, fue el Tribunal Constitucional quien abordó esta cuestión, adoptando una posición contraria al otorgamiento de remuneraciones devengadas para los casos de despido incausado y fraudulento. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1112-98-AA/TC, donde ordenó la reposición del trabajador demandante, concluyó que “la remuneración constituye una contraprestación por un servicio efectuado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el período laborado” (1999: Fundamento jurídico 9). Consecuentemente, bajo la teoría que la remuneración compensa el trabajo efectivo, el Tribunal Constitucional adoptó una posición en contra del otorgamiento de remuneraciones devengadas de un trabajador restituido, por no haber realizado trabajo efectivo entre su despido y su reposición.

Sin perjuicio de ello, con el tiempo, el Tribunal Constitucional varió parcialmente su postura pues, si bien “continúa declarando improcedentes las solicitudes de pago de remuneraciones devengadas porque no existió prestación efectiva de servicios, deja a salvo el derecho de los recurrentes a solicitar el pago de la indemnización que pudiera corresponder” (Pizarro 2006: 747). De esta manera, el Tribunal Constitucional estaría reconociendo que estos pagos tendrían una naturaleza indemnizatoria por oposición a una naturaleza remunerativa.

Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1450-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “(...) c) aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasiona 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.** Sin embargo, la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales” (énfasis agregado) (2002b: Fundamento jurídico 1 c).



Por su parte, la postura de la Corte Suprema ha sufrido variaciones significativas, pasando de reconocer el derecho al pago de remuneraciones devengadas para estos trabajadores, a negarlo y a considerar que en esos casos corresponde el pago de una indemnización en vez de remuneraciones devengadas. A continuación resumimos brevemente estos cambios de postura.

Desde aproximadamente el 2003, la Corte Suprema empezó a reconocer el pago de remuneraciones devengadas para los trabajadores cuyos despidos fueran anulados en sede constitucional, por considerar que en estos casos era como si el cese nunca hubiera ocurrido. Por ejemplo, en la Casación N° 1154-2001, la Corte Suprema señaló que, al reponerse al trabajador en su empleo, debía considerarse que la relación laboral no se interrumpió y que el tiempo transcurrido durante el cese tenía el mismo tratamiento que el tiempo previo al cese.

En la misma línea, mediante Casaciones N° 1458-2003-LIMA y 229-2005-LAMBAYEQUE, la Corte Suprema incluso estableció precedentes de observancia obligatoria reconociendo el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos mediante procesos de amparo, bajo el argumento de que la no prestación de servicios era atribuible al empleador, y no responsabilidad del trabajador.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los jueces supremos cambiaron su postura. Así, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral llevado a cabo los días 8 y 9 de mayo del 2014, los jueces acordaron por unanimidad que junto con las pretensiones de reposición en caso de despido incausado y/o fraudulento, se podían acumular otras pretensiones como la de indemnización por daños y perjuicios, que puede incluir el monto de las aportaciones no realizadas a los sistemas de seguridad social como consecuencia de un despido fraudulento (Poder Judicial 2014: Temas 3.3 y 3.4).

De forma complementaria, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, llevado a cabo el 19 de octubre del 2016, se acordó por mayoría que en los casos del despido incausado y/o fraudulento el trabajador tiene derecho a lo siguiente:

(...) 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** (...) 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 (énfasis agregado) (Poder Judicial 2017: Tema 3).

Este pleno aclara que los trabajadores que hayan sufrido despidos incausados y/o fraudulentos sí pueden solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios (y que incluso se les pagará un concepto por daños punitivos), en lugar del pago de remuneraciones devengadas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que ambos conceptos tienen una naturaleza jurídica distinta, pues mientras que la indemnización repara el daño ocasionado por el despido, requiere de la acreditación de la pérdida de ganancia, y no está afecta a contribuciones sociales, las remuneraciones devengadas tienen un carácter retributivo bajo la premisa de que el vínculo laboral no se extinguió y, como tal, corresponde su pago por el mero transcurso del tiempo y está afecto a impuestos y contribuciones como toda remuneración.

Por tanto, considerar que estos trabajadores tienen derecho a una indemnización por daños y perjuicios en lugar de remuneraciones devengadas supone reconocer su derecho a, entre otros, recibir un pago derivado por las ganancias perdidas (lucro cesante) y el equivalente a los aportes no realizados al sistema de pensiones (entregados como daños punitivos), pero sin que estos montos sean considerados en la base de cálculo de tributos y contribuciones.

Al respecto, debemos precisar que esta no fue una postura unánime, pues hubo 4 jueces que señalaron que “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” (Poder Judicial 2017: Tema 3).

Sin perjuicio de esta posición minoritaria, los jueces de la Corte Suprema han venido denegando el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos incausados y/o fraudulentos. Ello conllevó a que, mediante Casación Laboral N° 11302-2014-LIMA, la Corte Suprema establezca como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

*“Sólo es procedente ordenar el pago de remuneraciones dejadas de percibir en los casos de pretensiones por nulidad de despido previsto en el artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N°003-97-T R y las leyes especiales, Ley N° 26626, Ley N° 27050 y Ley N° 30287. **No pudiéndose ordenar dicho pago en los demás casos en que se reclama la reposición del empleo como son los de despido incausado y despido fraudulento por no preverlo así la ley.** En éstos últimos procesos el Juez dejará a salvo el derecho del accionante para hacerlo valer en la vía correspondiente mediante la acción de daños y perjuicios”* (énfasis agregado) (Poder Judicial 2016: Considerando quinto).

Este criterio ha sido adoptado en sentencias más recientes, como por ejemplo en la Casación Laboral N° 2283-2017-LIMA, que estableció que en virtud al principio de legalidad y al precedente de observancia obligatoria antes citado, no corresponde aplicar las consecuencias de los despidos nulos a las reposiciones por despidos fraudulentos (Poder Judicial 2018: Considerando vigésimo cuarto). Consecuentemente, concluyó que el artículo 40 de la LPCL no podía interpretarse extensiva ni analógicamente al regular una excepción.

En resumen, se podría decir que la posición de la Corte Suprema –que actualmente resuelve como regla general las demandas de reposición por despidos incausados y fraudulentos en última instancia– está definida: denegar el pago de remuneraciones

devengadas por considerar que el artículo 40 de la LPCL establece una excepción aplicable únicamente a los despidos nulos y no a los despidos fraudulentos e incausados. Así, los jueces reconocen en estos casos el otorgamiento de indemnizaciones por daños y perjuicios; específicamente, indemnizaciones por lucro cesante y, hasta recientemente, daños punitivos.

Sin embargo, cuatro años después de llevarse a cabo el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima cuestionan el otorgamiento de daños punitivos. En efecto, en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia laboral y procesal laboral de Lima, llevado a cabo el 9 de octubre del 2020, tras preguntarse si corresponde admitir la aplicación de la figura denominada “daños punitivos” en los procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos incausados y fraudulentos, se concluyó lo siguiente:

No es posible legalmente implementar el reconocimiento de Daños Punitivos derivados de la indemnización por daños y perjuicios, sujetos a los despidos incausados y fraudulentos, pues se impone una modalidad de daños no solo ajeno a la regulación legal, sino que la constituye una nueva figura jurídica; por lo que la misma debió ser regulada por una norma expresa que determine sus alcances (Poder Judicial 2020: Tema N° 01).

De igual manera, en la doctrina se han desarrollado argumentos a favor y en contra del otorgamiento de remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos e incausados. En resumen, hemos logrado identificar las posiciones que a continuación detallamos:

- (i) Teoría de la ficción jurídica: Esta es la teoría que sostiene que no es posible reconocer como remuneraciones devengadas a los pagos recibidos durante el tiempo que no hubo prestación efectiva. Ello solo sería posible si hubiera una norma expresa que cree la ficción jurídica en el sentido de que la relación laboral nunca concluyó y hubo trabajo efectivo durante el tiempo que duró el despido, hasta la reposición del trabajador (como sucede para los supuestos de despido nulo con el artículo 40 de la LPCL).

- (ii) Teoría del acto ineficaz: Esta tesis sostiene que si se considera que el despido es ineficaz, entonces sus consecuencias (entre ellas, la falta de pago de las remuneraciones) tampoco deben surtir efectos y, por tanto, sí debería corresponder el pago de remuneraciones devengadas incluso para los trabajadores que sufren despidos incausados y/o fraudulentos.

Como bien lo resume Héctor Campos, esto supone reintegrar la situación de las partes a la situación previa a la realización del acto declarado ineficaz (2019: 210). Esta posición también la comparten otros autores, como por ejemplo Carlos Quispe, quien señala que si en vía judicial se declara que el despido fraudulento es nulo, por ser lesivo de derechos fundamentales, corresponde también aplicar las consecuencias derivadas de dicha nulidad, las cuales incluyen el pago de remuneraciones devengadas durante el período en que no se prestó servicios efectivamente (2006: 45).

- (iii) Teoría de la mora del acreedor: Esta tesis sostiene que cuando existe un despido incausado o fraudulento, la falta de prestación efectiva de servicios se debe a que el empleador se niega a recibirlos, y no a responsabilidad del trabajador.
- (iv) Teoría de la remuneración como compensación de la puesta a disposición del trabajador: Esta tesis ha sido propuesta por la abogada Mónica Pizarro y si bien su análisis se refiere a los despidos declarados como nulos en sede constitucional, sus conclusiones son absolutamente trasladables a los supuestos de despido incausado y fraudulento. La autora busca responder a esta interrogante mediante un análisis de la naturaleza de las remuneraciones, que la lleva a concluir que la remuneración compensa la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, en oposición a las tesis adoptadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema acerca de que la remuneración compensa el trabajo efectivamente realizado. Por tanto, según esta autora, “deberá admitirse que si el trabajador no realizó trabajo efectivo durante ese período fue porque el

empleador decidió dar por concluido el contrato por un acto arbitrario y le impidió hacerlo. Por tanto, puede suponerse válidamente que el trabajador puso su fuerza de trabajo a disposición, pero el empleador decidió no utilizarla. En consecuencia (...) habrá cumplido y tendrá derecho al pago de la remuneración correspondiente” (Pizarro 2006: 757). Según esta teoría, la remuneración es una contraprestación a la puesta a disposición de los trabajadores y, al igual que en los despidos nulos, en los casos de despido fraudulento e incausado también se da.

Habiendo resumido el desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre este tema, a continuación explicaremos con mayor detalle cuáles son las características y protección que se reconoce a favor de los despidos bajo análisis.

### **III. CARACTERÍSTICAS Y PROTECCIÓN DEL DESPIDO NULO Y DESPIDO INCAUSADO Y/O FRAUDULENTO**

Antes de entrar a resolver la pregunta principal, corresponde analizar las características del despido nulo y el despido incausado/fraudulento, a fin de identificar por qué el legislador le brindó una protección especial al despido nulo y determinar si entre estos tipos de despido existen diferencias que justifiquen proporcionar protecciones distintas. Por tanto, a continuación analizaremos de forma diferenciada al despido nulo de los despidos incausados y fraudulentos.

El despido nulo está expresamente regulado en el artículo 29 de la LPCL, como aquel despido que se basa en los motivos prohibidos enumerados taxativamente en la norma, tales como la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, la rerepresentación de los trabajadores, la presentación de una queja en contra del empleador, la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole, y el embarazo y la lactancia. Como se puede ver, se trata de un despido que, además de vulnerar el derecho al trabajo, lesiona otros

derechos constitucionales que se derivan de dicha lista taxativa, tales como la libertad sindical, la no discriminación, entre otros.

No debemos perder de vista que este tipo de despido se regula por primera vez en la Ley de Fomento de Empleo, aprobada por Decreto Legislativo N° 728 en 1991, en un contexto de flexibilización de la estabilidad laboral. De hecho, antes de la promulgación de esta norma, todos los trabajadores que sufrieran un despido sin causa o que no cumpla con la forma prevista en la ley tenían derecho a una estabilidad laboral absoluta. Sin embargo, a partir de esta norma, se diferencian dos tipos de despido, tal como lo advierte Carlos Blancas:

Esta figura [el despido nulo] es introducida en nuestra normativa laboral por la LFE [Ley de Fomento de Empleo], regulación ésta que, a su vez, supuso la flexibilización del sistema general de estabilidad absoluta y el consiguiente debilitamiento de los mecanismos de tutela restitutoria, anteriormente aplicales a todo despido carente de causa (injustificado) o de forma (improcedente). A partir de la Ley 26513, y actualmente bajo la vigencia de la LPCL, esa tendencia legislativa se consolida, descartándose la tutela restitutoria (reposición) para los despidos incausados o efectuados sin las formalidades establecidas por la ley, la cual queda reservada únicamente para aquellos despidos que sean declarados nulos.

(...) la reforma legislativa del régimen del despido ha configurado un modelo dual de protección contra el despido en el cual coexisten dos niveles de protección, diferenciados en función de la intensidad de tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico. El primero, corresponde al despido calificado como “arbitrario”, al cual se otorga una tutela “resarcitoria” que se traduce en el derecho del trabajador a ser indemnizado, sin que proceda su reposición o readmisión. El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela “restitutoria” que comporta el derecho del trabajador a la reposición en su trabajo (Blancas 2013: 355-356).

Como se puede ver, al relativizar la estabilidad laboral para la mayoría de despidos antijurídicos, el legislador reconoce una protección adicional a determinados casos de despido, por considerar que se trata de una modalidad de despido particularmente grave que atenta contra más de un derecho constitucionalmente protegido. En ese sentido, siendo un despido manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, se le otorga una protección máxima que comprende lo siguiente:

- (i) La reposición en el empleo: Según el artículo 34 de la LPCL, “En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo (...)”; y,
- (ii) El pago de las remuneraciones devengadas entre el despido nulo y la fecha de reposición efectiva: Según el artículo 40 de la LPCL, “Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo (...)”.

En contraposición al despido nulo, la misma Constitución y la LPCL se refieren al despido arbitrario, definido en el artículo 34 de la LPCL como aquel despido en el que no se expresa causa o no se puede demostrar esta en juicio. Según Toyama, “los supuestos que pueden estar contenidos son: i) un despido por una causal no prevista en las normas legales; ii) cuando no se cumplen con las formalidades establecidas (por ejemplo, para que proceda el despido este siempre debe ser comunicado por escrito); iii) cuando se imputa alguna causa pero judicialmente se demuestra que esta no existe o no era de tal magnitud que permitiera la configuración de una falta grave” (2015: 544). Salvo por los despidos nulo e indirecto, que están regulados de forma diferenciada en la LPCL, las normas positivas en el Perú no regulan otras modalidades de despido antijurídico o injustificado. Así las cosas, el despido arbitrario es una gran categoría que engloba distintas especies de despido (incausado, desproporcional, improcedente, entre otros).

Según el artículo 34 de la LPCL, los trabajadores que sufren un despido arbitrario tienen derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario como única reparación, cuya fórmula de cálculo está prevista en el artículo 38 de la misma norma. Como se puede ver, la reparación prevista legalmente para los despidos arbitrarios tiene una naturaleza exclusivamente resarcitoria.



Sin embargo, en las últimas décadas ha habido un desarrollo jurisprudencial extenso, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en virtud de los cuales se han modificado las reglas de la estabilidad laboral y se han creado nuevos tipos de despidos, entre los cuales se encuentran el despido incausado y el despido fraudulento. Estos despidos se definen de la siguiente manera:

- (i) Despido incausado: Como ya se explicó en la sección anterior, el Tribunal Constitucional señala que 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” (2003: Fundamento jurídico 15).

Considerando que el contenido esencial del derecho al trabajo comprende el derecho a no ser despedido salvo por causa justa, admitir la eficacia de los despidos incausados sería permitir el despido sin causa (conocido también como “ad nutum”). Además, este tipo de despido afecta de manera especialmente grave el derecho a la defensa de los trabajadores que son despedidos sin ninguna causa que lo justifique.

- (ii) Despido fraudulento: Nuevamente, repetimos que el Tribunal Constitucional ha determinado que se produce el despido fraudulento cuando:

Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende de manera contraria a la verdad y 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 (...); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (...) o mediante la “fabricación de pruebas” (2003: Fundamento jurídico 15).

De igual manera, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante que

el despido fraudulento es aquel en el que “se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente” (2005: Fundamento jurídico 8).

Como se puede ver, esta modalidad de despido es especialmente grave porque consiste en una decisión adoptada con ánimo perverso, auspiciada por el engaño, contraria a la verdad. Así, termina siendo también un despido sin una verdadera causa que, además, es impuesto en el ejercicio del abuso del derecho, proscrito en el artículo 103 de la Constitución.

De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional ha reconocido los despidos incausados y fraudulentos como especies diferenciadas del despido arbitrario que revisten de particular gravedad, con el objeto de reconocerle una tutela reforzada. Por tal motivo, se ha considerado que la indemnización como única reparación no es suficiente para proteger los derechos constitucionales de los trabajadores afectados con un despido incausado y/o fraudulento. Carlos Blancas señala que la base determinante de estos despidos es un motivo ilícito, siendo que estos despidos se usan “como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales” (2013: 492).

Por ello, a diferencia del único remedio resarcitorio previsto en la LPCL para los despidos arbitrarios, se reconoce jurisprudencialmente el derecho de los trabajadores que sufran un despido incausado o fraudulento a elegir entre la indemnización por despido arbitrario (tutela resarcitoria) o la reposición en el empleo (tutela restitutoria). Esto ha sido ampliamente reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, así como en los Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0976-2001-AA/TC se señala lo siguiente: “De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales 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)

La eficacia restitutoria que se le reconoce a estos derechos supone, al igual que en los despidos nulos, dejar sin efecto el acto lesivo de los derechos constitucionales y permitir la reposición en el empleo del trabajador, justamente por tratarse de despidos que también vulneran de forma intolerable otros derechos constitucionales adicionales al derecho al trabajo, tales como el derecho a la defensa, al debido procedimiento, y se ejercen mediante abuso de derecho.

Sin embargo, incluso reconociéndoles esta tutela restitutoria, la Corte Suprema actualmente le niega a los trabajadores que sufren despidos incausados o fraudulentos el pago de remuneraciones devengadas, a pesar de que esta protección económica es una consecuencia natural de la tutela restitutoria: al reponer las cosas al estado anterior y autorizar la reposición del trabajador, se está considerando que el acto inconstitucional nunca existió y, por tanto, sus consecuencias (la pérdida de remuneración) tampoco debería existir.

Por tanto, de forma preliminar, consideramos que no parece haber una justificación objetiva para que, a pesar de reconocer una reparación restitutoria a ambos tipos de despido, dada su gravedad, la Corte Suprema otorgue remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos nulos (al amparo del artículo 40 de la LPCL) y,

---

Despido nulo (...); b) Despido incausado (...); c) Despido fraudulento”; y seguidamente se precisa que esta protección reforzada contra el despido arbitrario aplica frente a “residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente la relación laboral”. Por tanto, queda claro que se trata de una protección reforzada frente a escenarios de despido claramente lesivos de derechos constitucionales de los trabajadores, y no una protección aplicable a todos los supuestos de despido (Tribunal Constitucional 2003: Fundamentos jurídicos 15 y 16).

<sup>3</sup> En el I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral se acordó respecto del tema 1, literal b), que bajo la Nueva Ley Procesal del Trabajo “Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de (...) despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión principal única” (Poder Judicial 2012: Tema 1, literal b). Igualmente, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, se acordó por unanimidad que bajo la Nueva Ley Procesal del Trabajo, “(...) el órgano competente para conocer una pretensión de reposición por (...) despido fraudulento es el juzgado Especializado de Trabajo (...)” (Poder Judicial 2014c: Tema 3, numeral 1). Como se puede ver, en ambos plenos se reconoció la protección reforzada instaurada originariamente por el Tribunal Constitucional para los casos de despido fraudulento, y se aclaró que los jueces ordinarios laborales eran competentes para resolver las demandas de reposición en el empleo por despidos fraudulentos.

en cambio, una indemnización por daños y perjuicios a los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos (bajo el argumento de que el artículo 40 de la LPCL no se refiere expresamente a estos tipos de despidos).

Habiendo dicho ello, es imprescindible analizar concretamente la naturaleza y características de las remuneraciones devengadas y de la indemnización por daños y perjuicios (específicamente, la indemnización por lucro cesante y los daños punitivos que actualmente se otorgan a los trabajadores que son despedidos sin causa o fraudulentamente), para luego determinar cuál debe ser reconocida a los trabajadores afectados por estas modalidades de despido.

#### **IV. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Hasta el momento hemos hecho referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales y a los fundamentos y características de la tutela reforzada reconocida a ciertas modalidades de despido. Sin embargo, a efectos de poder analizar si corresponde otorgar remuneraciones devengadas en los casos de despido incausado y fraudulento, o más bien una indemnización por daños y perjuicios, y daños punitivos, debemos primero identificar cómo se han regulado estos conceptos y cuál es la naturaleza que cada uno de ellos tiene.

Como ya adelantamos, las remuneraciones devengadas se encuentran expresamente recogidas en el artículo 40 de la LPCL. Si bien dicha norma no establece una definición de las remuneraciones devengadas, se refiere a estas como: “las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo [el despido]”. A decir de Mario Pasco Cosmópolis, citado por Fernández (2017: 49), las remuneraciones devengadas corresponden al importe 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., además de los incrementos que en ese lapso hubieran devenido obligatorio”.

Al respecto, hay autores que alegan que este pago se da como contraprestación a la puesta a disposición del trabajador durante el tiempo que está despedido (Neves 2018: 39 y Pizarro 2006: 757); quienes señalan que la retribución se debe pagar por considerar que, en atención al principio de continuidad, el contrato nunca concluyó y que durante el tiempo que duró el despido se suspendió de forma imperfecta la relación laboral (Fernández 2017: 49); quienes sostienen que el derecho ha creado una ficción jurídica para considerar que el trabajador siguió trabajando (bajo la teoría de que la remuneración retribuye únicamente el trabajo efectivo), entre otros. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que bajo cualquiera de estas teorías, las remuneraciones devengadas son un concepto propio del derecho laboral que se entrega de forma contraprestativa al trabajador, como si no hubiese sufrido el despido. Consecuentemente, este pago tiene una naturaleza remunerativa y, como tal, tiene las siguientes características:

- (i) Está afecto a los siguientes tributos y contribuciones:
  - a. Aportes pensionarios: Tratándose de un concepto remunerativo, este concepto está sujeto a los aportes pensionarios al Sistema Nacional de Pensiones (ONP) o Sistema Privado de Pensiones (AFP), según corresponda. Los aportes pensionarios están a cargo de los trabajadores; sin embargo, es el empleador quien debe descontarlos y pagarlos directamente a la entidad previsional que aplique. Como consecuencia de ello, los trabajadores que reciban remuneraciones devengadas recibirán un monto neto menor, pero tendrán esta protección desde el punto de vista de la seguridad social.
  - b. Contribuciones a Essalud: De igual manera, las remuneraciones devengadas están afectas a las contribuciones a Essalud y/o a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que correspondan, que deben ser asumidas y pagadas por el empleador. Esto quiere decir que, sobre el

monto que corresponda pagar a título de remuneraciones devengadas, el empleador debe pagar este aporte que otorgue cobertura en salud desde el punto de vista de la seguridad social.

- c. Impuesto a la renta de quinta categoría: Las remuneraciones devengadas son mayor renta para el trabajador y, por tanto, están gravadas con el impuesto a la renta de quinta categoría. El impuesto a la renta de quinta categoría está a cargo de los trabajadores; sin embargo, es el empleador quien debe descontarlo y pagarlo directamente a la autoridad tributaria. Por lo tanto, los trabajadores que reciban remuneraciones devengadas recibirán un monto neto menor luego de esta deducción.
- (ii) Tiene un impacto en el cálculo de beneficios sociales. Esto quiere decir que se debe tener en cuenta no solo la remuneración regular que le corresponde a los trabajadores, sino también los beneficios sociales que sean aplicables en función de dicha remuneración, incluyendo los aumentos salariales que hubieran sido aplicables en caso el trabajador hubiera continuado laborando.
- (iii) Tiene un carácter alimentario. Por ello, el numeral 6) del artículo 648 del Código Procesal Civil dispone que son inembargables las remuneraciones cuando no excedan de 5 Unidades de Referencia Procesal, y que el exceso es embargable hasta una tercera parte, salvo para garantizar obligaciones alimentarias, en cuyo caso se puede embargar la remuneración hasta en un 60%, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley. Esto quiere decir que las remuneraciones devengadas, en tanto remuneraciones, gozarán de esta misma naturaleza y protección.
- (iv) Tiene prioridad de pago. Al respecto, cabe recordar que el artículo 24 de la Constitución señala que “el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”. Ello también se debe a su carácter alimentario y a su relación con

el derecho a la vida y dignidad de las personas. Por lo tanto, teniendo una naturaleza remunerativa, las remuneraciones devengadas deberán pagarse de forma preferente en comparación a otras obligaciones del empleador.

Habiendo señalado brevemente sus principales características, cabe precisar que las remuneraciones devengadas se calculan únicamente en función del transcurso del tiempo entre el despido y la reposición del trabajador en su empleo, teniendo en cuenta las remuneraciones que el trabajador habría percibido de no haber sido despedido. Sin embargo, en ningún caso se requiere la probanza de algún daño o nexo entre dicho daño y el despido. Por lo tanto, basta con que se determine la nulidad del despido para que también corresponda el pago de las remuneraciones devengadas (al menos en el supuesto del despido nulo y, como analizaremos más adelante, también en los supuestos de despido fraudulento e incausado).

Habiendo ya analizado la naturaleza y principales características de las remuneraciones devengadas, corresponde hacer lo mismo con la indemnización por daños y perjuicios pagadera en caso de despidos antijurídicos, tal como la han venido otorgando los jueces laborales.

En primer lugar, debemos señalar que la indemnización por daños y perjuicios es un concepto propio del derecho civil –específicamente de la teoría de la responsabilidad civil–, que constituye una suma de dinero que se otorga para reparar el daño ocasionado por un hecho antijurídico. A pesar de que la indemnización por daños y perjuicios no ha sido expresamente recogida en las normas laborales, ni para definirla ni para excluirla del concepto de remuneración; por su definición esta no califica como remuneración, en la medida que no se entrega como contraprestación por los servicios del trabajador. A modo de referencia, podemos hacer mención a la indemnización por despido arbitrario, sobre la cual Jorge Toyama señala lo siguiente:

(...) 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 (2015: 607).

Teniendo en cuenta lo anterior, está claro que la indemnización por daños y perjuicios, que comprende el lucro cesante, daño emergente y daño moral, entre otros, no tiene una naturaleza remunerativa. Las consecuencias de dicha situación son las siguientes:

- (i) No está afecta a aportes pensionarios, contribuciones a Essalud ni impuesto a la renta de quinta categoría. Este concepto se entrega de forma neta a los trabajadores, sin ningún descuento que otorgue una protección social.
- (ii) No tiene un impacto en el cálculo de beneficios sociales. En tanto que es un pago resarcitorio y no remunerativo, no se considera en la base de cálculo de los beneficios sociales. Por tanto, no genera una obligación de pago de los beneficios sociales –como tales– generados durante el despido.
- (iii) No tiene ninguna protección debido a que, al no ser remuneración, no tiene ese carácter alimentario ni garantiza derechos fundamentales.

Habiendo dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que la forma de calcular una indemnización por daños y perjuicios derivada de un despido antijurídico requiere de una probanza y cuantificación distinta a la de las remuneraciones devengadas. Conforme a la teoría de la responsabilidad civil, el pago de una indemnización por daños y perjuicios exige necesariamente acreditar lo siguiente:

- (i) La existencia de un hecho ilícico o antijurídico. Si no hubiera tal antijuridicidad, entonces no podría haber responsabilidad civil. El hecho ilícito del tema bajo análisis sería el despido que no se encuentre justificado conforme a ley.



- (ii) La existencia de un daño debidamente acreditado. Además de haber un hecho antijurídico, es necesario que este hecho haya causado un daño para que pueda gatillarse la responsabilidad civil. Para ello, es necesario que el daño sea debidamente acreditado y cuantificado.
- (iii) Un nexo causal. Esto significa que debe haber una conexión causal entre la conducta de quien comete el hecho ilícito (en este caso, el empleador) y el daño sufrido por quien es víctima de dicha antijuridicidad; es decir, el daño debe ser el resultado o la consecuencia del hecho antijurídico. De no haber nexo causal, entonces no podría decirse que fue el hecho ilícito el que ocasionó el daño.
- (iv) La existencia de un factor de atribución. El factor de atribución consiste en los criterios de imputación de responsabilidad (culpa y dolo) que permiten determinar que una persona es responsable y debe indemnizar a quien le haya ocasionado un daño (culpa y el dolo).

Siendo ello así, el cálculo de una indemnización por daños y perjuicios no debería realizarse en función de las remuneraciones que percibía el trabajador y el mero transcurso del tiempo, sino que debe haber una probanza de los elementos antes mencionado y, además, una debida acreditación y cuantificación del daño sufrido. Esto ciertamente dependerá del daño que se alegue. Por ejemplo, se suele vincular – erróneamente– a las remuneraciones devengadas con la indemnización por lucro cesante. Sin embargo, a diferencia de las remuneraciones devengadas, “el lucro cesante, conceptualmente, no está constituido por el ingreso dejado de percibir; sino por el rédito o utilidad que, normalmente, ingresaría al patrimonio de la víctima, pero que como consecuencia del daño no se llegará a percibir” (Campos 2019: 211). Por tanto, como el mismo Héctor Campos señala (2019: 212), el lucro cesante no se calcula únicamente en función del ingreso esperado de los trabajadores durante el tiempo que estuvieron indebidamente despedidos, sino que a dichos ingresos debe restarse todos los gastos y costos en los que hubieran incurrido los trabajadores para

generar dicho ingreso (por ejemplo, gasolina, alimentación). Como se puede ver, los jueces que otorgan indemnizaciones por daños y perjuicios deberían hacer un análisis distinto del de las remuneraciones devengadas, aunque ello no significa que siempre lo hagan.

A continuación resumimos las principales características de cada concepto, detalladas anteriormente:

	<b>Remuneraciones devengadas</b>	<b>Indemnización por daños y perjuicios</b>
Origen	Concepto laboral.	Concepto civil (teoría de la responsabilidad civil).
Naturaleza	Contraprestativa/remunerativa.	Resarcitoria.
Objetivo	Retribuir al trabajador por el tiempo que duró el despido.	Reparar el daño ocasionado por el despido antijurídico.
Características	Están afectas a aportes previsionales, contribuciones a Essalud e impuesto a la renta de quinta categoría, y son base de cálculo de beneficios sociales.  Goza de una protección especial (límites de inembargabilidad y pago preferente) por su carácter alimentario.	No está afectada a tributos ni contribuciones de ningún tipo, ni impacta en la base de cálculo de beneficios sociales.  No goza de una protección especial.
Forma de cálculo	Remuneraciones que se habrían percibido si el trabajador no hubiera sido despedido, teniendo en cuenta únicamente el transcurso del tiempo entre el despido y la declaración de su nulidad. Incluye complementos y suplementos, aumentos y disposiciones convencionales que sean aplicables. No se requiere probanza adicional.	Cuantificación del daño, previa probanza de elementos necesarios para que se configure un supuesto de responsabilidad civil (hecho antijurídico, daño, nexo causal y factor de atribución). El daño debe ser acreditado. No basta únicamente el transcurso del tiempo entre el despido y la declaración de su nulidad.

Finalmente, cabe precisar que los daños punitivos a los que se refiere el V Pleno no están recogidos en la legislación ni en la jurisprudencia laboral peruana. Este concepto proviene del derecho anglosajón, donde los daños punitivos se imponen con el fin de sancionar y desincentivar que se incurra en el mismo hecho antijurídico. Sin embargo, el V Pleno no importa esa figura jurídica, sino que simplemente se refiere a ellos como un concepto adicional a la indemnización por daños y perjuicios, equivalente a los aportes pensionarios no realizados durante el tiempo que duró el despido. Esta no ha sido más que una creación de los jueces para “compensar” el hecho de que la indemnización por daños y perjuicios no está afecta a aportes pensionarios, conforme hemos explicado anteriormente; sin embargo, en los hechos, no es más que una indemnización adicional que carece de naturaleza remunerativa.

Teniendo en cuenta las diferencias entre estos conceptos, está claro que si se niegan las remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos incausados o fraudulentos, se crean diferencias respecto de los trabajadores que sufren despidos nulos, pues: (i) los trabajadores que sufren despidos incausados y/o fraudulentos no tienen la posibilidad de recibir un pago por el solo transcurso de tiempo; (ii) los trabajadores que sufren despidos incausados y/o fraudulentos no reciben una protección social (pensiones y salud) debido a que no se efectúan contribuciones sociales respecto de la indemnización por daños y perjuicios; y, (iii) puede que los trabajadores que reciben una indemnización por daños y perjuicios (en casos de despido incausado y/o fraudulento) terminen recibiendo montos mayores que los trabajadores que reciben remuneraciones devengadas en supuestos de nulidad de despido, debido a que reciben de forma adicional el concepto de daños punitivos y a que sus indemnizaciones por daños y perjuicios no están afectas a deducciones, mientras que las remuneraciones devengadas sí.

Teniendo en cuenta estas diferencias, corresponde analizar y definir si debería reconocerse el pago de remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos o incausados, o si existe una justificación para que estos reciban un concepto distinto indemnizatorio.

**V. ¿CORRESPONDE PAGAR REMUNERACIONES DEVENGADAS A LOS TRABAJADORES QUE SUFREN UN DESPIDO FRAUDULENTO O INCAUSADO?**

Teniendo en cuenta las características de los despidos incausados y fraudulentos frente al despido nulo, y de la indemnización por daños y perjuicios que se viene otorgando en estos supuestos, en lugar de las remuneraciones devengadas, corresponde determinar si los trabajadores que sufren estos tipos de despido (a los cuales se les ha reconocido una tutela restitutoria) les corresponde o no el pago de remuneraciones devengadas.

Como ya adelantamos, la única norma positivizada que regula el otorgamiento de remuneraciones devengadas es el artículo 40 de la LPCL, que dispone lo siguiente: “Al declarar fundada la demanda de **nulidad de despido**, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes (...)” (énfasis agregado).

A partir de una interpretación literal de dicha norma, y adoptando una teoría de que la remuneración compensa únicamente el trabajo efectivamente realizado, se ha adoptado la posición actual de la Corte Suprema (recogida en los Plenos Jurisdiccionales Laborales en materia laboral resumidos en el primer capítulo), según la cual solo los trabajadores que sufren un despido nulo tienen derecho al pago de este concepto, mientras que los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos solo tienen derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, consideramos que no existe una justificación válida para hacer dicha diferencia y otorgar conceptos con naturaleza distinta en los casos de despido nulo y en los supuestos de despido incausado y/o fraudulento. En nuestra opinión, también

corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos e incausados, a los cuales se les ha reconocido su reposición en el empleo por sus características que los hacen ser particularmente lesivos de derechos fundamentales, por los motivos que exponemos a continuación.

En primer lugar, a diferencia de la posición inicialmente asumida por el Tribunal Constitucional y por la misma Corte Suprema, consideramos que la remuneración no solo compensa el trabajo efectivamente realizado, sino también la puesta a disposición del trabajador para el empleador. Esta es una conclusión inevitable, teniendo en cuenta que una relación subordinada de trabajo supone que el empleador decida cuándo el trabajador realiza el trabajo efectivo y cuando no; no pudiendo depender el pago de la remuneración de la voluntad del empleador de otorgar trabajo efectivo. Al respecto, Mónica Pizarro señala que “si se afirmara que la prestación principal a cargo del trabajador es la prestación efectiva de servicios, se estaría admitiendo que el cumplimiento por parte del trabajador se encuentra supeditado a la actuación del empleador, lo que resulta difícil de sustentar” (2006a: 46).

Partiendo de la premisa que la remuneración retribuye la puesta a disposición del trabajador, y considerando que a los despidos incausados y fraudulentos se les ha reconocido una reparación restitutoria, que supone reconocer un vínculo laboral vigente durante dicho período, debemos entonces concluir que a los trabajadores despedidos de manera incausada y/o fraudulenta sí les corresponde el pago de remuneraciones devengadas, debido a que durante estos despidos los trabajadores habrían estado a disposición del empleador, sin poder prestar servicios únicamente por una decisión unilateral y antijurídica de este último. En este extremo, compartimos la posición de Mónica Pizarro, cuyo análisis fue hecho respecto de los despidos anulados en vía de amparo, pero cuyas conclusiones son plenamente aplicables también a los despidos incausados y fraudulentos:

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

En ese sentido, en tanto el contrato estuvo vigente, el trabajador tendrá derecho a recibir las remuneraciones (y demás beneficios) que se generaron durante ese período, si cumplió con su prestación. Al respecto, deberá admitirse que si el trabajador no realizó trabajo efectivo durante ese período, fue porque el empleador decidió dar por concluido el contrato por un acto arbitrario y le impidió hacerlo. Por tanto, puede suponerse válidamente que del trabajador puso su fuerza a disposición, pero el empleador decidió no utilizarla. En consecuencia, si, según se ha visto, el trabajador cumple con su prestación, poniendo su fuerza a disposición de su empleador, él habrá cumplido y tendrá derecho al pago de la remuneración correspondiente (2006b: 757-758).

Reconocer esta naturaleza contraprestativa a las “remuneraciones dejadas de percibir” supone, igualmente, que los trabajadores no puedan reclamar alternativamente este concepto como una indemnización por daños y perjuicios y/o daños punitivos pues, como ya explicamos, la indemnización civil tiene una naturaleza reparadora que no es contraprestativa, a diferencia de las remuneraciones devengadas. Esto aplica, especialmente, para el concepto de lucro cesante que, si bien no equivale a las remuneraciones devengadas, compensa la utilidad que no se percibe como consecuencia de un daño (Campos 2019: 211). Por tanto, bajo la premisa de que en los supuestos de despidos incausados y fraudulentos sí corresponde pagar remuneraciones devengadas, no habrá una menor ganancia que indemnizar a través del lucro cesante. Esto no quiere decir que los trabajadores despedidos incausada y fraudulentamente no puedan solicitar indemnizaciones por otros daños sufridos, sino que no deben poder escoger entre demandar el pago de remuneraciones devengadas y/o una indemnización por daños y perjuicios por las remuneraciones dejadas de percibir<sup>4</sup>, correspondiendo únicamente el pago de remuneraciones devengadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que, desde un análisis puro sobre la naturaleza de la remuneración, sí corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos, sin necesidad de que

---

<sup>4</sup> En virtud de ello, no estamos de acuerdo con los 4 jueces que, en desacuerdo con la posición mayoritaria adoptada en el V Pleno, señalaron que en los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento los trabajadores tienen derecho al pago de remuneraciones devengadas y/o a una indemnización por daños y perjuicios (Poder Judicial 2017: Tema 3), como si ambos conceptos pudieran ser intercambiados.

haya una norma expresa que regule el pago de este concepto. Sin perjuicio de ello, somos absolutamente conscientes de que esta el pago de la remuneración por la sola puesta a disposición no es una posición pacífica y que es justamente la falta de una norma expresa la que ha llevado a nuestros jueces a concluir que no corresponde pagar remuneraciones devengadas en estos tipos de despido. Por ello, a continuación analizaremos si correspondería pagar remuneraciones devengadas incluso en el supuesto que se considere que el trabajador no estuvo a disposición del empleador (por ejemplo, en caso que el trabajador haya trabajado para un tercero durante el tiempo que permaneció despedido), y considerando que existen quienes todavía alegan que la remuneración compensa solo el trabajo efectivo.

En nuestra opinión, incluso en este supuesto, sí corresponde otorgar el pago de remuneraciones devengadas, en virtud del artículo 40 de la LPCL, pues a pesar de que este se refiere únicamente al despido nulo, ya ha quedado acreditado que los despidos incausados y fraudulentos han sido considerados por nuestra jurisprudencia como igualmente lesivos de derechos fundamentales, al punto de otorgarles la misma tutela restitutoria tras declarar su ineficacia en vía judicial. Por tanto, existe una semejanza sustancial entre el despido nulo (que ha sido expresamente regulado) y el despido incausado y fraudulento (no regulado), que justifica realizar una interpretación extensiva del artículo 40 de la LPCL y reconocer no solo la misma eficacia restitutoria, sino también el pago de las remuneraciones devengadas.

Al respecto, consideramos que las remuneraciones devengadas son una consecuencia directa e inmediata derivada de la reposición en el empleo reconocida en todos estos supuestos de despido, debido a que la reposición supone justamente declarar la ineficacia del despido y, por tanto, también deberían ser ineficaces sus consecuencias; es decir, la falta de pago durante el tiempo que dura el despido incausado y fraudulento. En ese sentido, Carlos Quispe concluye que, “si (...) nos encontramos ante despidos declarados judicialmente como nulos, las consecuencias en lo que se refiere al pago de remuneraciones deberían ser idénticas” (2006:45). Al reconocerse una tutela restitutoria a los trabajadores que sufren despidos incausados y

fraudulentos, se está considerando que estos despidos son materialmente nulos y, por tanto, corresponde aplicar las consecuencias derivadas de dicha ineficacia, las cuales incluyen el pago de remuneraciones devengadas durante el período en que los trabajadores no prestaron servicios efectivamente.

Además, es importante tener en cuenta la pretensión de corrección desarrollada por Manuel Atienza (2006: 57), según la cual es necesario analizar las razones subyacentes de las normas desde una perspectiva pragmática, en la que se tenga en cuenta al derecho en función de su contexto. Por tanto, no cabe interpretar el artículo 40 de la LPCL de forma literal y restrictiva sin tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial posterior que ha creado nuevas categorías de despido asimilables al despido nulo. Teniendo en cuenta lo anterior, compartimos la posición de Manuel De Lama, acerca de que “resulta cuestionable que el artículo 40 (...) de la LPCL sea apreciado desde una interpretación literal y formalista, pues ello manifiesta un completo desconocimiento de que el derecho se encuentra en constante evolución. Además, tal interpretación redundaría en obviar su utilidad práctica y, sobre todo, en desconocer la eficacia de la tutela de derechos fundamentales” (2019: 379).

En virtud de lo anterior, una interpretación extensiva, teleológica y actualizada del artículo 40 de la LPCL, que tenga en cuenta la finalidad y el sustento del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, permite concluir que los trabajadores despedidos incausada y fraudulentamente también tienen derecho a las remuneraciones devengadas como consecuencia de dicho despido.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que no existe una justificación para otorgar conceptos distintos a los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos, en contraposición a los que sufren despidos nulos. Negar el derecho de los trabajadores repuestos tras un despido incausado o fraudulento al pago de remuneraciones devengadas restringe indebidamente su posibilidad de recibir un pago por el solo transcurso de tiempo desde su despido, y afecta la protección social de dichos trabajadores, pues no se efectúan contribuciones sociales respecto de la



indemnización por daños y perjuicios (Poder Judicial 2017: Voto en minoría del tema 3). Además, esta posición genera un trato desigual entre trabajadores que han sufrido despidos lesivos de derechos fundamentales, toda vez que “(...) las remuneraciones devengadas, a las que tienen derecho los primeros [despido nulo], tienen carácter salarial, por lo que su abono procede previa deducción de los descuentos legales correspondientes (tributarios y previsionales), mientras que las indemnizaciones no cuentan con dicha calidad, por lo que, los segundos [despido fraudulento o incausado], ciertamente, obtendrán sumas dinerarias más elevadas que los primeros” (De Lama 2019: 378). Finalmente, tampoco se justifica que los trabajadores que sufran despidos nulos gocen de las protecciones conferidas a las remuneraciones, mientras que los que sufren despidos incausados y fraudulento solo tengan derecho a una indemnización que no goza de la misma tutela.

Por tanto, en respuesta a la pregunta que atañe a este capítulo, consideramos que sí corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos incausados y fraudulentos. La posición actual adoptada por los jueces, según la cual no corresponde otorgar remuneraciones devengadas, restringe indebidamente el derecho de los trabajadores despedidos incausada y/o fraudulentamente a recibir el pago de sus remuneraciones devengadas, y crea desigualdades injustificadas entre los trabajadores que sufren este tipo de despido y los que sufren despidos nulos, conforme a la definición prevista en la LPCL.

## **VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL**

Por todo lo expuesto, ha quedado comprobada nuestra hipótesis inicial, según la cual sí corresponde pagar remuneraciones devengadas a los trabajadores que sufren despidos fraudulentos y/o incausados, a diferencia de cómo vienen resolviendo los jueces este tipo de pretensión.

Como hemos explicado, de forma posterior a la redacción de la LPCL, nuestra jurisprudencia ha reconocido otras categorías de despido a las cuales les ha conferido

la misma tutela restitutoria del despido nulo, por considerar que se trata de despidos igualmente lesivos de derechos fundamentales.

A pesar de ser supuestos de despido que tienen semejanzas sustanciales, los jueces actualmente consideran que a los trabajadores que sufren despidos incausados o fraudulentos les corresponde una indemnización por daños y perjuicios –y algunos de ellos, conforme a lo dispuesto en el V Pleno, consideran también que corresponde el otorgamiento de daños punitivos–, en sustitución a las remuneraciones devengadas. Ello, a pesar de que ambos conceptos tienen naturalezas y características totalmente distintas: (i) mientras que las remuneraciones devengadas tienen una naturaleza contraprestativa, están afectas a impuestos y contribuciones, son base de cálculo de beneficios sociales, gozan de una protección especial y se calculan en función de la remuneración que hubiera correspondido al trabajador por el solo transcurso del tiempo; (ii) la indemnización por daños y perjuicios tiene una naturaleza resarcitoria, no está afecta a tributos ni contribuciones ni integra la base de cálculo de beneficios, no goza de protecciones especiales, y requiere de una probanza de los requisitos propios de la responsabilidad civil.

Sin embargo, esta diferencia carece de sustento, debido a que la remuneración retribuye la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, y no únicamente el trabajo efectivo. Por tanto, al anularse el efecto de los despidos incausados y fraudulentos mediante el reconocimiento de una tutela restitutoria, debe considerarse que los trabajadores estuvieron a disposición del empleador durante el tiempo que duró el despido, sin poder prestar servicios únicamente por una decisión unilateral y antijurídica de este último. Bajo ese escenario, corresponderá pagarles las remuneraciones devengadas por el solo transcurso del tiempo desde sus despidos.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde de todos modos hacer una interpretación extensiva y actualizada del artículo 40 de la LPCL, pues según el desarrollo jurisprudencial posterior a la emisión de dicha norma, existe una semejanza sustancial entre los despidos incausados y fraudulentos (no regulados) y el despido nulo, e

incluso respecto de su protección restitutoria. Esta tutela restitutoria reconocida a estos tipos de despido debería acarrear necesariamente el pago de remuneraciones devengadas, debido a que el reconocimiento de la reposición en el empleo supone declarar la ineficacia y nulidad material de dichos despidos, con lo cual tampoco debería surtir efectos la falta de pago de remuneraciones derivada de ese despido anulado.

Por todo ello, consideramos que no existe una justificación para otorgar conceptos distintos, los cuales crean diferencias injustificadas. Consecuentemente, consideramos que las remuneraciones devengadas no son un privilegio del despido nulo, sino que deberían otorgarse también a otros supuestos de despido a los que se les haya reconocido una tutela restitutoria. En el presente trabajo académico nos hemos enfocado en los despidos incausados y fraudulentos, por ser estos los despidos clásicos reconocidos por la jurisprudencia como nuevas categorías de despido que suponen la reposición en el empleo, cuyas pretensiones se ventilan actualmente en la vía ordinaria. Sin embargo, estas mismas consecuencias podrían aplicar a otros supuestos de despidos lesivos de derechos fundamentales que generen la reposición en el empleo, previo análisis similar al que hemos efectuado en el presente documento.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

ATIENZA, Manuel

2006 *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.

BLANCAS, Carlos

2013 *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

CAMPOS, Héctor

2019 “Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los *punitive damages* y la desnaturalización del lucro cesante”. THEMIS: REVISTA DE DERECHO. Lima, Vol. 75, pp. 203-218.

DE LAMA, Manuel

2019 “Las decisiones y acuerdos jurisdiccionales frente a los principios y los fundamentos de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: algunas ideas para obtener su concordancia”. *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 373-385.

FERNÁNDEZ, Carolina

2017 “La reposición y la naturaleza de los conceptos devengados: ¿Remunerativos o indemnizatorios?” *Soluciones Laborales* 112. Lima, N° 112, año 10, pp. 48-53.

NEVES, Javier

2018 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PIZARRO, Mónica

2006a *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico Laboral*. Primera edición. Lima: Estudio González y asociados.

2006b “El carácter remunerativo de los pagos recibidos cuando no existe prestación efectiva de servicios: el caso de los despidos nulos”. *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima, pp. 745-759.

## PODER JUDICIAL

- 2020 II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia laboral y procesal laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, llevado a cabo el 9 de octubre del 2020.
- 2018 Casación Laboral N° 2283-2017-LIMA. Sentencia: 14 de noviembre del 2018.
- 2017 V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, llevado a cabo el 19 de octubre del 2016. Lima: 4 de agosto del 2017. Consulta: 20 de junio del 2020.  
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/v-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsio-separata-especial-v-pleno-jurisdiccional-supremo-laboral-y-previsional-1550981-1/>
- 2016 Casación Laboral N° 11302-2014-LIMA. Sentencia: 13 de julio del 2016.
- 2014 II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, llevado a cabo los días 8 y 9 de mayo del 2014. Lima: 4 de julio del 2014. Consulta: 27 de setiembre del 2020.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f9f0668044994eb49c71bc297173aa5c/Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+Materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>
- 2012 I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, llevado a cabo los días 4 y 14 de mayo del 2012. Lima: 17 de julio del 2012. Consulta: 18 de octubre del 2020.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1797b50041274631be03bf7bf7c8760a/I+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>

## QUISPE, Carlos

- 2006 “El pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición ordenada en un proceso de amparo”. *Foro jurídico*. Lima, año 3, número 6, pp. 41-45.

## TOYAMA, Jorge

2015 *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico.*  
Lima: Gaceta Jurídica.

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente N° 0206-2005-PA/TC. Sentencia: 28 de noviembre del 2005.  
Consulta: 17 de octubre del 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

2003 Expediente N° 976-2001-AA/TC. Sentencia: 13 de marzo del 2003. Consulta:  
25 de setiembre del 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>

2002b Expediente N° 1450-2001-AA/TC. Sentencia: 11 de setiembre del 2002.  
Consulta: 25 de setiembre del 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01450-2001-AA.pdf>

2002a Expediente N° 1124-2001-AA/TC. Sentencia: 11 de julio del 2002. Consulta:  
14 de noviembre del 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

1999 Expediente N° 1112-98-AA/TC. Sentencia: 21 de enero de 1999. Consulta: 25  
de setiembre del 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/01112-1998-AA.html>