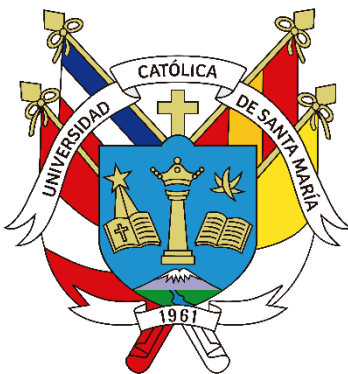


Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



**¿EL DESPIDO ARBITRARIO COMO HECHO GENERADOR DE DAÑOS MORALES?
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CORRIENTE JURISPRUDENCIAL EN BOGA.**

Tesis presentada por la bachiller:

Vega Osorio, María del Carmen Grisel

para optar el Grado Académico de Maestro
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Asesor:

Dr. Paredes Bedregal, Emmel Benito

Arequipa – Perú

2023

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 04 de Diciembre del 2022

Dictamen: 006427-C-EPG-2022

Visto el borrador del expediente 006427, presentado por:

2017008882 - VEGA OSORIO MARIA DEL CARMEN GRISEL

Titulado:

**¿EL DESPIDO ARBITRARIO COMO HECHO GENERADOR DE DAÑOS MORALES? ANÁLISIS
CRÍTICO DE LA CORRIENTE JURISPRUDENCIAL EN BOGA**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**2597 - MATOS ZEGARRA MAURICIO
DICTAMINADOR**



**6201 - RUBIO ZEVALLOS RUFO ISAAC
DICTAMINADOR**



**6918 - PIZARRO DELGADO JESSICA ALEXANDRA
DICTAMINADOR**



DEDICATORIA:

*A mis padres Carmen y Nemecio
Quienes con su cariño y apoyo han trabajado
arduamente conmigo en conseguir todos los objetivos
que me he trazado en la vida.*

*A mis amigas Mary, Helen, Karla y Alexandra.
Quienes con su apoyo constante me impulsaron
a dar este gran paso y poder conseguir mi título*

*A toda mi familia.
Que siempre están conmigo alentándome a
conseguir mis metas.*

*Y sobre todo a Dios.
Quien guía mis pasos y no me deja caminar en
este mundo en la oscuridad.*

AGRADECIMIENTO:

A mi Asesor Dr. Benito Paredes, quien desde el principio de este camino me apoyo y con su guía y conocimientos y me ayudo a mejorar como profesional.

A mis profesores de la maestría, quienes supieron guiarme y aumentar mis conocimientos en esta hermosa rama del derecho que tanto me apasiona.

Al Club Internacional de Arequipa, en donde con la experiencia lograda allí pude vivir de primera mano el problema que dio lugar a este Proyecto.

RESUMEN

La presente investigación responde a la necesidad de replantear los actuales criterios jurisprudenciales sobre el resarcimiento del daño moral como consecuencia automática de un despido arbitrario.

En efecto, la corriente jurisprudencial en boga sobre la materia considera que un despido arbitrario podría dar lugar al resarcimiento del daño moral por el solo hecho de haberse producido el despido, pese a que el propio artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) declara expresamente que en este tipo de casos lo único que corresponde es el pago de una indemnización la cual sirve para reparar cualquier daño que se le haya podido causar al trabajador con motivo de este hecho.

Si bien se conoce que el derecho laboral tiene matices especiales que generan un rol tuitivo de la judicatura sobre el trabajador, también es cierto que una interpretación amplia del tema podría dar lugar a múltiples inconvenientes para los empleadores en la medida que se encarecen los costos asociados al contrato del trabajador y su salida de la empresa. Por esa razón, las reglas sobre las cuales se va a resolver una controversia de este tipo deben ser precisas y previsibles a fin de mitigar la incertidumbre jurídica en los empleadores que deben tomar la decisión de prescindir o no de un determinado trabajador sin expresión de causa.

La indemnización tarifada que contempla la norma laboral puede coexistir con el resarcimiento del daño moral siempre que se asuma que el despido por sí mismo no es un supuesto de daños resarcibles, sino que, la forma en la que se despide al trabajador sí sería motivo suficiente para alegar una eventual vulneración de los derechos de la personalidad y de esa manera exigir el pago de un resarcimiento por daño moral, así como la indemnización que sí se paga por el solo hecho de despedir.

PALABRAS CLAVE

Despido arbitrario, indemnización, resarcimiento, daño moral y compensación.

ABSTRACT

The present research responds to the need to rethink the current jurisprudential criteria on the compensation of moral damages as an automatic consequence of an arbitrary dismissal.

In fact, the current jurisprudence on this matter considers that an arbitrary dismissal could motivate the compensation of moral damages for the mere fact of having been dismissed, despite the fact that Article 34 of the Sole Ordered Text of the Law of Labor Productivity and Competitiveness (LPCL) expressly states that in this type of cases the only thing that corresponds is the payment of compensation which serves to repair any damage that may have been caused to the worker as a result of this fact.

Although it is known that labor law has special characteristics that generate a protective role of the judiciary over the worker, it is also true that a broad interpretation of the subject could give rise to multiple disadvantages for employers to the extent that the costs associated with the worker's contract and his departure from the company are increased. For this reason, the rules on which a controversy of this type is to be resolved must be precise and predictable in order to mitigate the legal uncertainty for employers who must make the decision of whether or not to terminate the employment of a particular employee without cause.

The compensation contemplated in the labor law can coexist with the compensation for moral damages as long as it is assumed that the dismissal itself is not a case of compensable damages, but that the way in which the worker is dismissed would be sufficient reason to allege a possible violation of the rights of the personality and thus demand the payment of compensation for moral damages, as well as the compensation that is paid for the mere fact of dismissal.

KEYWORDS

Arbitrary dismissal, indemnity, indemnification, moral damages and compensation.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

Introducción	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1 Naturaleza jurídica del despido arbitrario.....	6
1.1.1 La prueba en el despido arbitrario	16
1.1.2. La tutela al trabajador en el derecho peruano ante un despido arbitrario compro- bado.....	20
1.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil	21
1.2.1. El daño resarcible como requisito indispensable de la responsabilidad civil.....	24
1.2.1.1 Desarrollo histórico de la noción jurídica de daño.....	24
1.2.1.2 Noción jurídica del daño.....	32
1.2.1.3 El daño en el ordenamiento jurídico peruano.....	35
1.2.2 La prueba en el daño moral y su presunción.....	38
1.3. El daño moral en el derecho laboral.....	43
1.3.1 La Indemnización y resarcimiento como conceptos independientes entre sí...	44

CAPÍTULO II

2. METODOLOGÍA

2.1 Técnicas, instrumentos y materiales de verificación.....	49
2.2 Campo de verificación	51
2.2.1 Ubicación espacial	51
2.2.1 Ubicación temporal.....	51
2.3 Unidades de estudio	52
2.4 Estrategia de recolección de datos	52
2.4.1 Investigación bibliográfica	52

CAPÍTULO III

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1	El despido arbitrario en el ordenamiento jurídico peruano y comparado.....	53
3.2	El despido arbitrario en la jurisprudencia peruana	69
3.3	El despido arbitrario como supuesto de tutela indemnizatoria y la acreditación del daño moral para legitimar la tutela resarcitoria.....	95
	Conclusiones.....	105
	Recomendaciones.....	106
	Referencias	107



➤ **INTRODUCCIÓN**

La presente investigación responde a la necesidad de replantear los actuales criterios jurisprudenciales sobre el resarcimiento del daño moral como consecuencia de un despido arbitrario.

En efecto, la corriente jurisprudencial en boga sobre la materia considera que un despido arbitrario podría dar lugar al resarcimiento del daño moral, pese a que el propio artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) declara expresamente que en este tipo de casos lo único que corresponde es el pago de una indemnización la cual sirve para reparar cualquier daño que se le haya podido causar al trabajador con motivo de este hecho.

Si bien concordamos con el hecho de que el derecho laboral tiene matices especiales que generan un rol tuitivo de la judicatura sobre el trabajador, también consideramos que una interpretación amplia del tema podría dar lugar a múltiples inconvenientes para los empleadores. Por esa razón, las reglas sobre las cuales se va a resolver una controversia de este tipo deben ser precisas y previsibles a fin de mitigar la incertidumbre jurídica en los empleadores que deben tomar la decisión de prescindir o no de un determinado trabajador sin expresión de causa.

Los juzgados laborales actualmente han marcado una corriente jurisprudencial que se inclina por aceptar pretensiones de resarcimiento de daño moral producto del despido arbitrario del trabajador. En efecto, este criterio ha quedado plasmado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en la ciudad de Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019, en donde los jueces en mayoría adoptaron el siguiente acuerdo plenario:

“En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o **arbitrario declarados judicialmente como tales**; el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, [...], salvo los

casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral [...]”. (El énfasis es agregado). (2019).

Frente a este hecho, consideramos pertinente desarrollar la naturaleza jurídica del despido arbitrario y el funcionamiento del juicio de responsabilidad civil, así como abordar el daño moral como daño resarcible a fin de verificar si, efectivamente, el despido arbitrario puede ser un hecho generador de este tipo de daño, máxime si se tiene en cuenta que la propia norma dispone que en estos casos lo único que corresponde es el pago de una indemnización tarifada como único supuesto compensatorio.

La institución del daño moral como daño resarcible despierta gran polémica en el ámbito jurídico por su carácter *in re ipsa*, sin embargo, ello no significa que este criterio sea el “cajón de sastre” que permita legitimar el pago de cualquier requerimiento de un justiciable. En cualquier caso, el daño, incluso el moral, debe ser probado. Por tal motivo, resulta trascendente para efectos de guardar un orden lógico y racional en nuestro sistema jurídico precisar cómo es que funciona este daño resarcible y cómo es que este responde a un juicio de responsabilidad civil previo que no es ajeno a ningún ámbito en el que se evalúen daños.

En efecto, la armonía conceptual y el orden de las instituciones jurídicas es una necesidad en nuestro ámbito jurídico porque ello genera predictibilidad en los justiciables. No obstante, con la tendencia en boga sobre el resarcimiento del daño moral producto de los despidos arbitrarios los empleadores se encuentran a merced de las pretensiones de los trabajadores de los cuales se ha prescindido y a quienes se le ha pagado conforme a ley su indemnización.

Evidentemente, una situación en la que el empleador se verá forzado no solo a pagar la indemnización tarifada en la ley, sino que, además, el resarcimiento del daño moral

producto de un despido arbitrario, tiene menores incentivos para contratar formalmente a su personal porque en caso deba prescindir de este tendrá que asumir costos no previstos en la ley.

En tal sentido, la investigación del tema será de suma importancia pues contribuirá desde el enfoque jurídico, social y económico al estudio de la responsabilidad en clave funcional a partir de lo expresado en los pronunciamientos jurisprudenciales, precisando las categorías jurídicas del daño moral y el despido arbitrario.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la investigación resulta trascendental en el derecho peruano porque promueve el análisis de la jurisprudencia laboral de forma integral con las instituciones del derecho civil, tales como el daño resarcible, el resarcimiento y la indemnización, buscando en todo momento esclarecer si la corriente jurisprudencial actual es la más idónea, no solo respecto del análisis jurídico, sino también desde una perspectiva que busca velar por los intereses del trabajador.

En ese orden de ideas, la presente investigación busca desarrollar un estudio dogmático, comparado, exegético y funcional respecto a la problemática vinculada al resarcimiento del daño moral con motivo de los despidos arbitrarios. Dogmático porque se requiere conceptualizar el tema en cuestión para conocer las instituciones vinculadas al tema, comparado porque a través de la comparación sincrónica se pretende conocer distintas realidades en ordenamientos jurídicos foráneos para que de esa manera podamos entender mejor nuestra problemática interna, exegético porque estudiaremos la normativa vigente sobre la materia y funcional porque analizaremos la casuística que recoge esta tendencia.

Desde una perspectiva civil se busca precisar conceptos y aplicarlos en el ámbito laboral a fin de cuestionar la corriente jurisprudencial en boga sobre la materia que tiende a resarcir el daño moral producto de la existencia de un despido arbitrario, llegando incluso a presumir la existencia de este tipo de daño por el solo hecho de verificar la ocurrencia del despido.

Conforme a lo expuesto anteriormente, este trabajo se compone de tres capítulos bajo el siguiente esquema: En el primero se aborda el marco teórico de la investigación en la que se ha delineado las ideas sobre las instituciones jurídicas vinculadas a la problemática tales como el juicio de responsabilidad civil, el daño o el despido arbitrario. En el segundo hemos abordado el aspecto metodológico de la tesis y en el tercero hemos contrastado los resultados de la investigación a fin de arribar a determinadas conclusiones que nos permitan corroborar la hipótesis que nos hemos propuesto.

➤ **HIPÓTESIS**

Dado que:

Los juzgados laborales actualmente han marcado una corriente jurisprudencial que se inclina por aceptar pretensiones de resarcimiento de daño moral producto del despido arbitrario del trabajador. Criterio que ha quedado plasmado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en la ciudad de Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019, y siendo que el despido arbitrario vulneraría el derecho al trabajo y el daño moral comprende la vulneración de derechos fundamentales como el honor, la dignidad u otro derecho personal.

Es probable que:

Comprobar el despido arbitrario no presupone determinar la existencia del daño moral al trabajador afectado con el despido, máxime cuando la norma ya prevé el pago de una indemnización por despido arbitrario de carácter compensatoria.

➤ **OBJETIVOS**

Objetivo general

- Demostrar que el despido arbitrario activa la tutea indemnizatoria y acreditado el daño moral legítima la tutela resarcitoria.
-

Objetivos específicos

- Analizar el despido arbitrario en el ordenamiento jurídico peruano y comparado.
- Evaluar el despido arbitrario en la jurisprudencia peruana.



CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1 Naturaleza jurídica del despido arbitrario

De acuerdo con lo regulado en los artículos 3, 43 y 44 de la Constitución Política de 1993, hemos tomado el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Este modelo político no es un mero fraseo, sino que, se trata de una denominación con un contenido que vincula jurídicamente al Estado y a la comunidad. En los albores de la democracia el Estado liberal suponía un contexto en el que se ponía énfasis en la libertad del ciudadano para hacer frente al todopoderoso Estado. Posteriormente, surgió la idea de un estado social de derecho en el que no solo el ciudadano tiene libertad para desarrollar su vida, sino que, el estado garantiza valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos, a través del reconocimiento de la Constitución como norma fundamental suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, puesto que, el estado no se encuentra alejado de ella, sino que, tiene el deber de cumplirla y defenderla. Sobre este modelo político César Landa apunta lo siguiente:

De este modo, el Estado Social y Democrático de Derecho debe ser entendido como un modelo en el que no sólo se busca limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino también promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona⁵, con absoluto respeto a su dignidad, la cual dirige y orienta, positiva y negativamente, la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. (2014, p. 220).

En ese orden de ideas, nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho garantiza la defensa del ser humano y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme se ha regulado en el artículo 1 de la Constitución Política de 1993. En efecto, la dignidad humana es la base sobre la cual se construye

todo el sistema jurídico y de la que surgen los demás derechos fundamentales que regula nuestra constitución.

A partir de estas ideas sobre el estado y la dignidad humana surgen una serie de derechos fundamentales, sin los cuales la vida en sociedad sería inviable, en tanto son el conjunto de facultades e instituciones que, en distintas circunstancias, ordenan la convivencia pacífica en el territorio y aseguran el respeto entre conciudadanos por los derechos de sus semejantes.

En ese orden de ideas, uno de los derechos fundamentales por excelencia dentro de la categoría de derechos sociales es el denominado derecho al trabajo. Por tal motivo, de forma previa a entrar en el análisis de la naturaleza jurídica del despido arbitrario, es necesario evaluar el contenido esencial de este derecho. Para tal efecto, debemos tener en cuenta que este derecho parte de la premisa de que no estamos propiamente ante una relación civil en la que existen sujetos que se vinculan en una situación simétrica de poderes. Esto se debe a que en los hechos, la relación de trabajo supone la existencia de dos parte contrapuesta materialmente desiguales en la medida que uno tiene poder económico y el otro no. Por tal motivo, no le falta razón al profesor Neves cuando sostiene que:

La autonomía privada individual puede, por consiguiente, constituir el vínculo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo: fijando beneficios mínimos en favor del trabajador, que por autonomía privada pueden incrementarse pero no reducirse. Constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del Derecho del Trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tuitiva del Estado en esta área. (2016, p. 6).

El derecho al trabajo es una garantía regulada en nuestra carta magna e instrumentos de derechos humanos a nivel internacional a los que el Perú se encuentra adscrito. Así tenemos que el artículo 22° de la Constitución de 1993 establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (1993). Asimismo, el Artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que:

Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho (1976).

Asimismo, la jurisprudencia también ha desarrollado ampliamente el derecho al trabajo; bien conocida es la sentencia del Tribunal Constitucional (2001) sobre el despido de los trabajadores de Telefónica del Perú donde se expresa lo siguiente:

"El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo(...). El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa". (Expediente N° 1124-2001-AA/TC).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional consagra la protección del empleo, permitiéndose el despido únicamente cuando exista una causa justa. Esta lógica también encuentra respaldo en lo regulado en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando

declara la protección de la estabilidad de los trabajadores y que, en caso se produzca un despido sin justificación, el trabajador despedido tendrá el derecho a una indemnización o a la reincorporación en su empleo u otra que establezca la legislación nacional (1976). En este punto resulta relevante traer a colación lo expuesto por Fernando García cuando señala que:

Por su parte, en la doctrina nacional, NEVES MUJICA planteaba recientemente que el derecho al trabajo tiene un doble contenido: "facilitar el acceso a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen". En el primer sentido, el derecho del trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo" derecho que califica de preceptividad diferida, mientras que el segundo alude a la conservación del empleo, coincidiendo "parcialmente con la doctrina de la estabilidad en el trabajo: la prohibición del despido arbitrario" que califica de preceptividad inmediata y, por tanto, susceptible de protección constitucional. (2002, p. 250).

En efecto, el derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos en una sociedad y constituye -indefectiblemente- un aspecto intrínseco a la dignidad humana, puesto que, toda persona tiene derecho a trabajar para poder generar los recursos que le permitan vivir dignamente. En tal sentido, se debe tener en cuenta que, históricamente, los Derechos Humanos en el trabajo tienen su origen como derechos sociales en la Constitución Mexicana de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar de 1919, luego de un denodado proceso de lucha por la consolidación y reconocimiento social de este derecho durante la época de la revolución industrial.

Sobre el derecho al trabajo, se debe tener en cuenta que este contempla tres aspectos esenciales: 1) la libertad para ejercer cualquier profesión de forma lícita y sin injerencia de alguna autoridad pública; 2) el derecho a tener un trabajo, que suponga el asumir obligaciones positivas para el Estado, a fin de fomentar un ambiente idóneo para la generación del empleo de los ciudadanos; 3) dignidad, toda vez que el ejercicio del

trabajo debe cumplir con un mínimo de condiciones justas en las que el trabajador puede desenvolver sus capacidades.

El trabajo, como actividad social, no solo supone una ventaja para quien lo ejerce, sino que, representa un motor económico en la economía de una nación. De ahí la necesidad de que el trabajo se desenvuelva sobre el manto protector de los derechos humanos, pues sólo a través de esa consigna el trabajador encontrará las condiciones adecuadas para generar sus ingresos y al mismo tiempo impulsar la economía de la sociedad.

Precisamente, dada la relevancia del derecho al trabajo, distintos instrumentos internacionales de derechos humanos velan por una adecuada tutela de este en cada uno de los estados adscritos. Así por ejemplo tenemos la Observación General No. 18, el cual define al derecho al trabajo como un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo porque engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. Ello no significa que el trabajo debe entenderse como un derecho absoluto en el que el empleador se encuentra a merced de la voluntad del trabajador, sino, que este sea digno y respete los derechos fundamentales de las personas y se le brinde al trabajador las condiciones de seguridad laboral y remuneración acorde al mercado. En tal sentido, debemos tener en cuenta que dicho instrumento internacional enseña que el ejercicio del derecho a laborar exige por parte de la sociedad garantizar los siguientes elementos interdependientes y esenciales:

- **Disponibilidad.** Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- **Accesibilidad.** El acceso al trabajo reviste tres dimensiones: no discriminación, accesibilidad física y acceso a la información. La discriminación en el acceso al trabajo y la continuidad del trabajo está prohibida.

Los Estados deben asegurar una razonable adaptación para que los espacios de trabajo sean accesibles, en particular para las personas con discapacidades físicas. Todas las personas tienen el derecho a buscar, obtener e impartir información sobre oportunidades de empleo.

- **Aceptabilidad y calidad.** El derecho al trabajo presenta varios componentes interrelacionados, incluyendo el derecho a aceptar libremente empleo, condiciones laborales justas y seguras, en especial condiciones laborales seguras y el derecho a constituir sindicatos. (2005).

Tomando como base lo expuesto anteriormente, en esta materia se aplica el principio rector de que los derechos al trabajo son derechos progresivos y en constante expansión, que contienen un conjunto de garantías constitucionales tales como el derecho a la estabilidad en el empleo, que significa que el trabajador debe gozar de su permanencia en el trabajo, para surtir su seguridad personal y laboral, que le permite trabajar con dignidad y tranquilidad, en la inteligencia de que solamente puede ser separado del mismo por una causa justa debidamente regulada en el reglamento interno del centro de labores o en la norma pertinente.

Ahora bien, debemos señalar que lo que establece actualmente nuestra norma laboral respecto al despido arbitrario, lo podremos encontrar en lo regulado en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que dispone a la letra lo siguiente:

“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.” (1997).

Asimismo, el Artículo 34 del citado decreto, establece:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38. (1997).

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico el despido arbitrario se sanciona con una indemnización a favor del trabajador, tal y como lo regula el Artículo 27° de nuestra Constitución de 1993: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (1993).

En tal sentido, el despido arbitrario se configura como aquel tipo de despido en el que se rompe el vínculo laboral por decisión unilateral del empleador y sin que exista causa justificada para ello. Por tal motivo, la normativa que regula estos supuestos destaca el hecho de que existe despido arbitrario cuando no se ha expresado causa alguna que justifique la decisión o que habiéndose alegado la existencia de alguna presunta causa, esta no se pueda demostrar en juicio cuando el trabajador cuestione el hecho. Hay que tener en cuenta que, doctrinalmente, el despido se caracteriza por ser un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que para nuestro ordenamiento legal el despido arbitrario se configura en dos posibles escenarios: el primero que tiene que ver con el hecho de que se despide al trabajador por no haberse expresado causa o sin causa alguna; y el segundo, cuando se despide al trabajador sin poderse demostrar la causa invocada en el juicio o proceso judicial. Sobre este punto Fernando García comenta lo siguiente:

Esta disposición contiene dos supuestos de despido arbitrario que dan lugar al pago de la indemnización: (i) aquél en el que no se expresa causa; y, (ii) aquél en el que no se puede demostrar la causa en juicio. La distinción entre ambos supuestos es trascendente, puesto que en el primer caso se trata de un despido *ad nutum*², basado en la libre voluntad del empleador, mientras que en el segundo se invoca una causa que no es demostrada en juicio, lo que presupone que la causa se encuentre enmarcada en la ley y que ésta no pueda acreditarse por falta de probanza. (2002, pp. 247-248).

Como se ha visto anteriormente, cuando se despide a un trabajador de forma arbitraria este tiene derecho al pago de una indemnización -en teoría- como única reparación por el daño sufrido, por un monto equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

Se debe tener en cuenta que, por un lado, la normatividad establece un plazo de caducidad de 30 días calendario de producido el hecho para presentar acciones judiciales por concepto de indemnización por despido arbitrario, por otro, se debe tener en cuenta que, tanto los plenos jurisdiccionales, como la propia jurisprudencia se inclina por aceptar que este plazo debe considerarse en días hábiles, puesto que, estos son los días que funciona el Poder Judicial.

En igual sentido, se debe tener en cuenta que la indemnización por despido arbitrario tiene que pagarse dentro de las 48 horas de producido el cese, caso contrario, se devengarán los intereses legales al valor más alto fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Por esta razón, frente a un eventual cuestionamiento sobre la legitimidad del despido, quien tiene la carga de probar la existencia de causa justa es el empleador porque sólo él puede demostrar la razón que lo condujo a tomar la decisión de desvincular al trabajador. Debemos mencionar que el despido se caracteriza por ostentar un carácter

unilateral, por ser recepticio en la medida que se le debe comunicar la decisión al trabajador y es extintivo porque una vez declarada la voluntad del empleador de disolver el vínculo contractual, este surte efectos de forma inmediata.

En nuestro medio se ha desarrollado abundante jurisprudencia sobre el tema del despido, siendo que, ha sido este formante jurídico el que se ha encargado de delimitar los contornos de los tipos de despido a partir de la regulación vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos que el Tribunal Constitucional ha emitido sendos pronunciamientos que se han convertido en precedentes vinculantes en la materia, tales como los casos 1124 – 2001 – AA/TC; el 976 – 2001 – AA/TC y el 0206 – 2005 – PA/TC. A partir de estas decisiones podemos concluir que existen diferentes tipos de despidos, entre los cuales podemos resaltar los siguientes:

- ✓ El despido Incausado o Ad Nutum: Se trata del despido que se lleva a cabo cuando el trabajador es despedido o desvinculado sin que se atribuya justificación alguna, expresión de causa o motivación. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional considera también que este tipo de despido debe denominarse Ad Nutum (sin causa). En ese orden de ideas, adviértase que se trata de una figura en la que se requiere la falta de expresión de causa en el despido o la inexistencia de causa.
- ✓ El despido Fraudulento: Se trata de la terminación del vínculo laboral a partir de una reacción perversa, abusiva o desleal del empleador, puesto que, este crea prueba fraudulenta o simulada para aparentar un sustento que permita prescindir ilegítimamente de los servicios de su empleado.
- ✓ El despido Represalia: En este caso nos encontramos ante un supuesto en el que el despido se produce como consecuencia de una conducta del trabajador en actos que le podrían resultar incómodos al trabajador, sea porque propicia agrupaciones para levantar una voz de protesta, por haber participado en algún procedimiento o proceso contra el empleador o porque simplemente ha ido en

contra de sus intereses y de esta manera se actúo contra el trabajador para hacerle sentir el rechazo de su actuar, es decir, una venganza de la empresa contra las actitudes del trabajador.

- ✓ El despido por Vulneración de Derechos Fundamentales: Este despido se produce como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental o constitucional del trabajador, pese a no haber sido regulado de forma expresa en el reglamento interno como causal de despido. (2005).

En tal sentido, si bien se protege la estabilidad laboral del trabajador frente a la arbitrariedad del empleador, también es cierto que el despido arbitrario no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que, frente a su comisión se sanciona la conducta a través de la imposición del pago de una indemnización. Esto se debe a que, bajo la legislación vigente, hemos adoptado un modelo de estabilidad relativa en la que el empleador se encuentra legitimado para dar por concluido el vínculo laboral sin expresión de causa, siempre que eso suponga el pago de la indemnización debida. Sobre este punto, comenta el profesor Carlos Blancas en el siguiente sentido:

El Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Fomento del Empleo” (LFE), vigente desde diciembre de 1991, marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de “mínima protección” ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta. La LFE, dictada todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en virtud de la delegación de facultades legislativas efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción del “acceso masivo al trabajo”, pero sujeta a la directiva expresa de respetar “las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores”, no llegó, por ello, a plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo. (2022, p. 127)

De lo referido anteriormente podemos concluir que la norma sí permite el despido de un trabajador, sin embargo esta solo podrá realizarse sin que ello implique sanción alguna si se trata de un caso en el que exista una causa justa, la cual se encuentra desarrollada en la norma pertinente, caso contrario el empleador que incurra en un despido arbitrario o incausado deberá pagar una indemnización.

1.1.1. La prueba en el despido arbitrario

El derecho al debido proceso como derecho continente dentro de las garantías que ofrece la constitución contempla el derecho a la prueba como derecho subjetivo inherente a las partes para sustentar sus pretensiones a partir de una actividad probatoria necesaria para la defensa de sus intereses. El derecho a probar y ofrecer pruebas está íntimamente vinculado con el derecho a la defensa, puesto que, solo así los sujetos de derecho podrán alcanzar una efectiva tutela de derechos en el marco de un debido proceso. Por tal motivo, no le falta razón a la profesora Ariano cuando señala que el derecho a la prueba no es otra cosa más que el derecho de defenderse probando (2003, p. 177).

En igual sentido, Carlos Moreno señala sobre el contenido del derecho a la prueba lo siguiente:

- Ofrecer todos los medios probatorios que considere necesarios para su defensa;
- Obtener la admisión de los medios probatorios ofrecidos, o, en caso contrario, que se emita una resolución motivada en la que se explique el motivo por el que se excluyen determinados medios probatorios;
- Que los medios probatorios admitidos sean actuados en el proceso, de requerirlo; y
- La valoración de los medios probatorios por el juez al momento de sentenciar. (2020, s/p).

La prueba es un derecho complejo y de suma relevancia en cualquier tipo de proceso. Esto se debe a que el derecho a probar no se limita a ofrecer pruebas, sino que estas puedan ser actuadas y valoradas por el magistrado. En tal sentido, cualquier vulneración del derecho de prueba supone una inevitable vulneración del debido proceso. Sobre este punto es importante mencionar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre este derecho en uniforme criterio señalando que el derecho a la prueba goza de protección constitucional y forma parte del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (Sentencia N° 00010-2002-AI/TC).

En efecto, el derecho a la prueba forma parte del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que, sin ella las partes no se encontrarían en condiciones de demostrar su posición dentro de la controversia y, por ende, se verían imposibilitadas de alcanzar una efectiva tutela de sus derechos. Por esa razón, no le falta razón al Tribunal Constitucional (2007) cuando en la Sentencia N° 1014-2007-PHC/TC, definió el derecho a la prueba como:

Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos.

Ahora bien, hemos dicho que el derecho a la prueba tiene rango constitucional y que este debe ser ejercido con todas las garantías para permitir que las partes tengan la posibilidad de alcanzar una tutela objetiva de sus derechos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la probanza de un hecho dentro de un proceso judicial no es una obligación para las partes, sino que, se trata de una carga dentro del proceso.

En efecto, la denominada “carga de la prueba” no es técnicamente una obligación como se concebía en el Derecho Romano, sino que, se trata de una situación jurídica en la que la parte quien la ostenta debe realizar un determinado acto para satisfacer su propio interés. Por tanto, la parte que alega un hecho no tiene la obligación de probarlo porque ello no se realiza en interés de un tercero, sino para su propio interés. Las actuaciones de las partes en el proceso solo responden a su voluntad de realizar o no determinada actividad y nunca le es exigible determinada actuación porque el único interés que se podría ver afectado con su inacción es la suya. Es decir, si una de las partes alega un hecho y no tiene intención de esforzarse en probarlo, debe atenerse a las consecuencias de su inacción.

Si la probanza de un hecho fuese una obligación, habría una conducta debida que sería exigible por un tercero, no obstante, cuando hablamos de pruebas el incumplimiento de una carga no trae como consecuencia la realización forzada del acto incumplido, simplemente el juez se limita a declarar que existe insuficiencia probatoria y no ampara la pretensión o, podría suceder que, bajo la teoría de la comunidad de la prueba o la actuación de pruebas de oficio, se logre verificar la razonabilidad de la postura de la contraparte.

En el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil la carga de la prueba se encuentra regulada en el artículo 196° de la siguiente manera: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos” (1993). La carga de la prueba como situación jurídica procesal en la que se actúa para satisfacer un propio interés es la regla de cualquier acto probatorio en el proceso. Por tal motivo, concordamos con la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema cuando declaró lo siguiente en la Casación N°805-2015/Lima:

Sétimo: Por el principio de la carga de la prueba, regulado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de probar recae sobre el que pretenda acreditar un determinado hecho. Este precepto normativo tiene directa implicancia con la pretensión que una de las partes proponga en un determinado escenario, pues de no ser asumido por esta traerá como consecuencia la desestimación de la pretensión que aquélla persigue alcanzar (2015).

Ahora bien, pese a que la regla en la probanza de un hecho es que quien lo alega tiene la carga de probarlo, en el caso de ciertos supuestos en donde se asume que existe una parte en situación de desventaja por la asimetría de poderes entre estas, el legislador ha previsto una regla denominada reversión de la carga de la prueba, que supone que una de las partes solo alega el hecho, en tanto que la otra, si quiere contradecirlo deberá demostrar que no es así, caso contrario, se asume que lo dicho por su contraparte es procesalmente verídico. Esto es lo que sucede en el proceso laboral, específicamente con el tema del despido.

En efecto, cuando abordamos el estudio del despido en el proceso, una primera nota característica es el hecho de que la carga de probar la causa justa del despido la tiene el empleador. Así lo ha regulado el artículo 22 del Decreto Supremo N° 003-97-TR cuando dispone que:

Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido. (1997).

En ese orden de ideas, advertimos que la estabilidad laboral se tutela para evitar que las personas sean maltratadas en el ámbito laboral, teniendo en cuenta que el trabajo

es la forma como una persona obtiene el sustento de su supervivencia, este derecho debe contar con la máxima protección frente a las arbitrariedades. Sin embargo, como contrapunto, el empleador tampoco puede estar obligado a tener personas ineficientes o que simplemente son malos elementos en la organización. Por esa razón el ordenamiento jurídico ha previsto que despedir sin expresión de causa tiene un costo y solo aquel empleador que asume ese costo podría recurrir a la figura del despido arbitrario.

De cualquier otra manera, siempre tendrá que recurrir a un procedimiento de despido ordinario en el que debe alegar la existencia de una causa justa que motivó el quiebre de la relación laboral, siendo que, si el despido es controvertido en un proceso, será el empleador y no el trabajador quien deberá acreditar la validez de la decisión porque de cualquier otra manera el trabajador puede satisfacer su pretensión con su mera declaración.

1.1.2. La tutela al trabajador en el derecho peruano ante un despido arbitrario comprobado

En nuestro ordenamiento jurídico el Decreto Supremo N° 003-97-TR prevé en su Artículo 38 lo siguiente:

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba. (1997).

Al amparo de esta norma la Corte Suprema (2017) ha declarado lo siguiente en la casación laboral 17160-2017 TACNA, desarrollando ampliamente la tutela del trabajador frente al despido:

Bajo esa línea de análisis, este Colegiado estima que a la Sala Superior ha interpretado erróneamente los alcances del artículo 25° inciso a) y d) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, debido a que en su fundamentación ha concluido que se configura la falta grave sin embargo considera necesario la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

Al respecto, se debe precisar que el presente proceso versa sobre despido fraudulento, la misma que tiene como efecto jurídico la “reposición” en el caso de ser estimada la demanda en todos sus extremos. Sin embargo, la Sala Superior ha errado en su análisis al tener en consideración el despido como “fraudulento arbitrario”, lo que conlleva a un craso error, porque concluye como arbitrario el despido y ordena su reposición a pesar que la consecuencia jurídica para ese tipo de despido es la indemnización establecida en el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N°728, ley de Productividad y Competitividad, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema consideró que el sentido correcto del artículo 25 inciso a) y d) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, es que para la determinación de la gravedad y de la falta cometida por el trabajador se deberá evaluar cada supuesto de despido de forma objetiva. Por tal motivo, hace falta que el empleador acredite que el despido ha tenido una causa debidamente preestablecida en el ordenamiento interno de la empresa. Por tanto, si es que esta causa no se logra acreditar, lo que corresponde es el pago de la indemnización que contempla la ley, mas no la reposición porque este remedio no responde a una conducta como la del despido arbitrario, sino a la del despido nulo.

1.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil

Ahora bien, para aproximarnos al tema del despido arbitrario como supuesto generador de daño moral, debemos resaltar que todo caso de responsabilidad civil requiere un análisis causal y de responsabilidad propiamente denominado juicio de responsabilidad civil.

El juicio materia de análisis no debe ser confundido con el proceso judicial en el que se discute la existencia de un daño resarcible, sino debe ser comprendida como un análisis del llamado hecho generador del daño y de una serie de requisitos que justifiquen trasladar el costo de un interés lesionado hacia otra esfera jurídica. . Ciertamente, concebir una institución jurídica tan compleja como la responsabilidad civil de manera sistemática, estructural y con elementos determinados otorga nitidez conceptual, efectos pedagógicos y facilidad en su aplicación, pues “permite dar certeza al Derecho al registrar la presencia conjunta y la ausencia de dichos elementos, y por lo tanto, calificar una hipótesis en términos del ilícito, a la cual le corresponde la aplicación de las reglas

En efecto para activar la tutela resarcitoria se requiere de un análisis *ex post facto* a través de la verificación de dos momentos o etapas:

Un primer momento en el que se analiza quién es el sujeto implicado materialmente. Para tal efecto, se requiere de un análisis fáctico en donde se evalúe el daño como resultado de la conducta antijurídica para determinar si éste es resarcible a la luz de lo regulado en el ordenamiento jurídico. Luego, debe identificarse el hecho generador que provocó el daño, es decir, la conducta que provocó esta situación de menoscabo en la víctima. Finalmente se debe determinar si existe una relación de causalidad entre ambos eventos. Concluido este primer momento del análisis estaremos en condiciones de conocer quién es el causante del daño.

Un segundo momento en el juicio de responsabilidad civil se produce una vez que conocemos al causante del daño. Así las cosas, luego de haber individualizado al causante del daño, el juez o árbitro deberá trasladar su análisis a un segundo momento en el que buscará determinar si quien causó el daño es responsable civilmente del mismo a través de un análisis de imputabilidad. Eso último supone que el juzgador debe decidir acerca del criterio de imputación sobre el cual se determinará la responsabilidad del imputado, es decir, si su conducta califica como un acto doloso o culposos; o, si califica como un acto riesgoso o peligroso. En tal sentido, es recién en este segundo momento del análisis en el que el juzgador o árbitro determinan al sujeto que deberá asumir el costo del daño provocado ilegalmente en la víctima. En este plano dejamos de hablar de un causante del daño para referirnos al responsable civil.

En ese orden de ideas, cualquier caso en el que se pretenda determinar la responsabilidad civil de un sujeto requiere de un análisis causal y otro de imputabilidad. Es a partir de este análisis que concluimos que los elementos de la responsabilidad civil son los siguientes: i) el daño, ii) la causalidad y iii) el criterio de imputación.

Si bien en el siguiente apartado nos detendremos sobre el daño por ser un aspecto trascendente en el tema de la presente investigación, por lo pronto nos interesa mencionar que este primer elemento supone por parte del juez o árbitro la constatación material de un determinado hecho, es decir, el menoscabo de un interés jurídicamente relevante en la víctima.

El segundo elemento es la causalidad, la cual se configura como el vínculo existente entre el hecho que materialmente generó el menoscabo en el interés legítimamente tutelable de la víctima y el daño propiamente dicho. Entre el hecho generador y el daño propiamente dicho existe un vínculo indisoluble que nos conlleva a ubicar al causante de esta situación. Esta vinculación entre el llamado daño evento y daño consecuencia es lo que nos lleva al segundo elemento denominado causalidad, puesto que, esta nos permite afirmar que el hecho generador fue la que provocó el daño. Así

las cosas, advertimos que en este primer momento del análisis el daño es consecuencia del hecho que lo produjo.

En el segundo momento del análisis del juicio de responsabilidad civil evaluamos si el causante del daño puede ser denominado responsable del mismo, puesto que, dada la conducta cometida existen razones suficientes como para trasladar el costo del daño sufrido por la víctima a la persona que ha sido declarada responsable. Así las cosas, advertimos que el criterio de imputación como tercer elemento del juicio de responsabilidad civil se configura como el justificativo teórico que legitima el traslado económico del daño a una esfera jurídica distinta. En este punto, siguiendo a Eduardo Buendía consideramos que existen dos tipos de responsables a partir de un análisis según las reglas del juicio de responsabilidad civil:

- a) Responsabilidad por hecho propio: donde coincide la calidad de causante con la calidad de responsable.
- b) Responsabilidad por hecho ajeno o indirecta: bajo un criterio de justicia, es más justo que un sujeto distinto del causante asuma los costes. (2016, s.p.)

Este juicio requiere comprobar la existencia de todos los elementos de la responsabilidad civil en el hecho dañoso, caso contrario, ante la ausencia de alguno no habría fundamento para exigir el pago de un resarcimiento a una persona en favor de otra.

1.2.1 El daño resarcible como requisito indispensable de la responsabilidad civil

1.2.1.1 Desarrollo histórico de la noción jurídica de daño

Luego de haber precisado cuál es el proceso intelectual que debe seguir un juez o árbitro al momento de analizar un caso de responsabilidad civil, consideramos pertinente detenernos en el análisis del daño resarcible a fin de verificar cómo es que la sola alegación de la existencia de un daño no es suficiente para que este sea trasladado hacia una esfera patrimonial distinta.

En efecto, qué duda cabe acerca del daño como piedra angular en el desarrollo histórico de la institución de la responsabilidad civil en el derecho privado. Definitivamente, el daño se configura como un elemento *sine qua non* hablaríamos de resarcimiento. El daño, junto con la causalidad y los criterios de imputación, deben concurrir para que el causante de un daño puede ser denominado responsable civilmente.

En efecto, el daño resarcible se erige como el foco que ilumina el sistema de responsabilidad civil debido a que la obligación resarcitoria surge ante la existencia de un determinado daño. Sin la producción de un daño no cabría hacer referencia a la responsabilidad civil y esta materia quedaría sin contenido.

A partir de una revisión histórica de las fuentes jurídicas hemos tomado conocimiento de que en los albores de la sociedad, el ser humano se valió de la venganza como mecanismo de solución de controversias. Normalmente, quien generaba un daño a otra persona, lo tenía que pagar con creces, no solo con su patrimonio, sino con su integridad e incluso con su propia vida. Como bien apunta Jason Taliadoros:

Los casos de sanciones impuestas por ley que representan el pago a la víctima de un múltiplo de la pérdida real sufrida han existido en las culturas antiguas pre-occidentales durante miles de años. Los relatos académicos de la historia de los *punitive damages* comienzan con el Código Babilónico de Hammurabi de 1772 a. C., uno de los escritos descifrados más antiguos de gran extensión en el mundo. En el Código de Hammurabi, los *punitive damages*, en el sentido de daños por múltiples del bien dañado, eran pagaderos por delitos, como el robo de ganado (de un templo, treinta veces; de un hombre libre, diez veces), [...]. Del mismo modo, según la Ley hitita de 1400 a. C., quien hubiese robado un "gran" toro o caballo tenía que indemnizar al propietario restituyendo el bien con un múltiplo del mismo (*multiple damages*) (quince toros). El Código hindú de Manu en 200 a. C., en casos de perjurio, robo y evasión de derechos pagaderos sobre bienes, también requería una restitución con un múltiplo del

bien (*multiple damages*). Del mismo modo, existe evidencia de que la antigua ley griega proporcionó el pago de daños por múltiplos del bien, al igual que la ley de Ptolomeo en Egipto. (2016, pp. 278-279).

En efecto, históricamente se conoce que existían reglas como las del Código de Hammurabi, conocida como “ley del talión” (“ojo por ojo, diente por diente”) o las leyes de Moisés de los hebreos que relata la biblia e incluso en la Ley de las XII Tablas romana; las cuales admitían la justicia por propia mano como reflejo de la venganza de la víctima frente a su victimario. Como bien apunta el profesor León, en las XII Tablas (siglo V a.C.), se establecía, por ejemplo, que el talión era la sanción aplicable en caso de *membrum ruptum*, es decir, de lesiones que alteran gravemente la funcionalidad de alguna parte del cuerpo de la víctima (2017, p. 170).

Si bien no pretendemos elaborar un tratado sobre la evolución histórica del daño resarcible, consideramos que sí resulta pertinente con miras al desarrollo de la presente tesis -cuanto menos- referir algunas ideas acerca de los inicios de esta figura jurídica a fin de comprenderla y aplicarla en el contexto actual. En ese orden de ideas, en los siguientes párrafos procederemos a realizar una breve descripción de los principales acontecimientos históricos que marcaron el devenir de la noción jurídica de daño resarcible.

Al igual que en muchas materias del derecho privado, en la responsabilidad civil resulta mandatorio hacer referencia al derecho romano como antecedente de lo que se conoce en la actualidad como daño resarcible. Al respecto, el profesor De Trazegnies manifiesta lo siguiente sobre la idea de daño en el derecho romano:

[...] el Derecho Romano nos suministra un análisis invaluable que permite aclarar nuestros propios puntos de vista modernos. Esto no significa que el Derecho romano sea el “verdadero derecho” subyacente bajo el derecho moderno, al cual hay que acudir como quien viene a beber en la fuente virginal aquellas aguas que han sido contaminadas río abajo por lo bárbaros y los in-

civiles. El derecho romano no es la esencia platónica del derecho y no podemos encontrar en él la respuesta fundamental a todas nuestras inquietudes. Pero es el resultado de la reflexión de hombres inteligentes, con una profunda mentalidad jurídica (...) sin contacto con la realidad, desarrollaron un método y un estilo de análisis que aún nos puede servir como vía magna para recorrer los problemas de nuestro tiempo. (2005, pp. 94-95).

Si nos remontamos a los antecedentes históricos del derecho romano germánico que rige actualmente nuestro ordenamiento jurídico se podrá advertir que los juristas romanos no conocieron un sistema abierto de responsabilidad civil porque se concibieron reglas específicas frente a distintos supuestos ideados en una base normativa determinada. En los albores del derecho romano se empleaba el método casuístico privilegiando la solución sobre el problema. Sobre el particular, debemos mencionar lo que indica la profesora francesa Geneviève Viney:

En lo que concierne particularmente a los atentados a la persona (*injuriae*), si la Ley de las XII Tablas no preveía en efecto sino “ablación de un miembro”, la “fractura de un hueso” y las “violencias ligeras”, el pretor creó rápidamente nuevas acciones dirigidas prácticamente a los diferentes tipos de daños corporales y aun a ciertos atentados contra el honor, contra la reputación [...]. En lo que concierne a los atentados al patrimonio (*damni*), la evolución fue análoga [...]. Pero el texto más conocido en la materia fue ciertamente la *Lex Aquilia*, que data aproximadamente del año 250 a.C. Esta ley organizó la represión y la indemnización de un gran número de actos consistentes en atentados al patrimonio ajeno [...]. En fin, se vio aparecer, en las Institutas de Justiniano, acciones llamadas *quasi ex delicto* porque estaban destinadas a reprimir, como si se tratara de delitos, ciertos hechos dañinos que no habían sido previstos en textos anteriores. (2007, p. 28).

Como se puede apreciar de la cita expuesta anteriormente, en el desarrollo de la noción de daño en el derecho romano predominaba el sistema de tipicidad en donde se

establecía un remedio frente a cada supuesto y era a través de este que se hacía valer un derecho. En ese orden de ideas, advertimos que en los inicios del derecho romano la posibilidad de alegar el respeto de un determinado derecho dependía de la preexistencia de un remedio jurídico que legitime una acción frente a la vulneración para protegerse. Sobre este punto el profesor Renzo Saavedra comenta lo siguiente:

En los sistemas jurídicos adscritos al *Civil Law* el equivalente funcional al término “remedio” es (o era) tutela. Con esta palabra se describía a las estructuras o fórmulas jurídicas a través de las cuales un individuo (o un conjunto de ellos) protegía sus derechos subjetivos (o sus intereses jurídicamente relevantes) de una agresión o infracción (la tutela resarcitoria, restitutoria, etc.). [...]

El lenguaje de los remedios que acojo se limitará a abordar las reacciones frente a la lesión de un interés jurídicamente relevante por parte de un individuo, quien será calificado como el responsable o como el infractor de cierta titularidad. Todo lo dicho acredita el juicio negativo respecto de las conductas desplegadas por un sujeto específico y en esa medida el remedio se intersecta *latu sensu* con la antijuridicidad. (2014, p. 114 y 118)

Sobre el particular cabe anotar que, los apuntes expuestos anteriormente son importantes para entender el sistema de tipicidad bajo el que se regía el derecho romano. Esto significa que para la tutela de un derecho debía existir un remedio que legitime su protección y prevea cuál es el resultado frente a una determinado acción.

Ahora bien, luego de haber efectuado la acotación correspondiente sobre el tema de los remedios y la tipicidad que regía en el derecho romano, haciendo énfasis en el valor del aforismo “si hay un remedio hay un derecho” (*ubi remedium ibi ius*), retomamos el análisis de lo que significó el daño resarcible en Roma. Para tal efecto, creemos conveniente mencionar que un antecedente histórico clave para efectos de la comprensión del presente trabajo es la *lex aquilia* que data del siglo III a.c., aproximadamente.

La *lex aquilia* es un antecedente fundamental para comprender la responsabilidad civil en el sistema romano germánico, puesto que, la lógica de esta norma ha sido recogida en Italia, Francia, España y en la mayoría de países de Latinoamérica; tanto es así que en estos ordenamientos se sigue hablando de “responsabilidad aquiliana” cuando se hace referencia a la responsabilidad extracontractual. Esta norma ha sido el punto común de inicio en los principales ordenamientos jurídicos en boga acerca de lo que hoy se entiende por daño inmaterial o moral. Sobre la *lex aquilia* el profesor Leysser León comenta lo siguiente:

La Lex Aquilia se componía de tres capítulos. En el primero de ellos, se regulaba que el que hubiere matado iniuria al esclavo o a la esclava de otro, a un cuadrúpedo o a una res, tenía que ser condenado a pagar al dueño el precio mayor que lo perdido tuvo en el año de la muerte. Podía pretenderse el doble de dicha suma, contra el que se negaba a pagar. En el segundo, se contemplaba el daño al acreedor principal (stipulator) cometido por el acreedor secundario (adstipulator) que declara formal y fraudulentamente haber recibido el pago del crédito (acceptilatio). En el tercero, se trataba del detrimento, que, sin llegar a destruir físicamente las cosas ajenas –incluidos los esclavos y el ganado–, hacen que el valor de estos disminuya. (2017, p. 174).

La relevancia de una norma como la Lex Aquilia tiene que ver con el hecho de que antes de su promulgación no existía un remedio que legitime una acción por daños inmateriales, puesto que, no se había asimilado la idea de que el estado de ánimo era susceptible de sufrir un menoscabo que sea digno de tutela. En tal sentido, y dado el sistema de tipicidad que se manejaba en el derecho romano antes de esta norma solo se resarcían daños materiales, siendo que el resarcimiento de las afecciones morales era inconcebible. Al respecto, debemos mencionar la descripción que realiza Fritz Schuls sobre esta norma:

- a) Si el capítulo tercero se refería únicamente a cosas animadas, el último se extendió también a las inanimadas (Gayo, 3.217). Además los juristas adoptaron el término *rumoree* como equivalente a corromper (deteriorar), así que ahora todo perjuicio causado por destrucción o daño de una cosa, caía bajo el imperio de esta ley (Gayo, 3217) (...).
- b) El primer capítulo trata de *iniuria occidere*, y el tercer capítulo de *urere, frangere, rumpere e iniuria*. Los juristas toman la palabra *iniuria* no únicamente en la acepción de “ilegítimo, contrario a derecho”, sino como un concepto que implica culpa. Exigieron en el caso referido por ambos capítulos, que el daño fuese causado voluntariamente (dolo) o por negligencia (culpa).
- c) Por lo que respecta al valor de la cosa dañada, los juristas estimaron como valor básico, el que la cosa tuviere para todo posible dueño, no el que tuviese para el dueño actual [...]. (1960, pp. 562-563).

La *Lex Aquilia*, del siglo III a. C., trajo consigo cambios sumamente importantes en la idea de responsabilidad civil que se manejaba para la época. En efecto, a partir de esta norma: i) La sanción se aplicaba a quien actuaba contrariando el derecho vigente sin que exista algún hecho que legitime su actuación, ii) el resarcimiento solo se imponía si se determinaba que la generación del daño se producía como consecuencia de una conducta dolosa; y, iii) la regulación del remedio denominado *iniuria* fue otro gran aporte de la normativa materia de comentario porque a través de este remedio se buscaba tutelar derechos no vinculados con el patrimonio sino el carácter abstracto de un interés legítimamente tutelable como la salud, el bienestar emocional, entre otros; fue este remedio el que dio lugar a que en la actualidad conozcamos la figura del daño moral. Sobre este último punto Schuls apunta que la *iniuria* se erige como el antecedente histórico de lo que hoy se conoce como afectación del honor:

El término *iniuria* en su sentido amplio, comprende todo acto antijurídico. En la acepción usada por la *lex aquilia*, implica culpa. En la rúbrica *edictal iniuriis*, significa ofensa inferida voluntariamente a la personalidad humana. Aquí nos ocupamos de la *iniuria* en la acepción con que se la emplea en la rúbrica

edictal. La clásica *actio iniuriam* fue una acción honoraria, pero genéticamente esta acción, tiene su origen en las Doce Tablas y por esta razón, Gayo se ocupa de ella al tratar de las *obligationes ex delicto*. (1960, p. 567).

En ese orden de ideas advertimos que el término *iniuria* se configuraba como un remedio frente a una vulneración de carácter físico o moral que afecte el honor de la persona misma o de las que se encontraban ligados a ella. Por tal motivo, no cabe la menor duda de que la expedición de la *Lex Aquilia* significó un avance tremendo en el campo de la responsabilidad civil porque le abrió las puertas al resarcimiento de los daños de naturaleza no material.

Posteriormente, con la expedición del Código de Justiniano se difundió una reinterpretación de la *Lex Aquilia* en el sentido que para su procedencia se debía verificar la concurrencia de seis elementos constitutivos a saber: “a) Conducta; b) Evento de daño; c) Violación del derecho ajeno; d) Ausencia de causas de justificación; e) Relación de causalidad, y f) Dolo o culpa [...]”. (Schipani 2007, p. 268).

En ese orden de ideas, hemos podido advertir que en el derecho romano la responsabilidad civil buscaba sancionar antes que compensar, puesto que, la idea de pena privada se encontraba muy arraigada dentro de la filosofía de los legisladores de la época. En efecto, dentro del desarrollo histórico del derecho romano, desde la *Lex Aquilia*, hasta el Digesto, el meollo del asunto era la forma de sancionar al victimario imponiéndole el pago de una determinada pena porque se asumía que la sanción implicaba por sí misma la idea de persuasión al que dañó para no volver a hacerlo y a la sociedad de que ese tipo de conductas se encontraban vetadas.

Precisamente, dada la relevancia de la sanción y prevención en el derecho romano al resarcir un daño, resultaba trascendental la evaluación de la reprochabilidad de la conducta del causante del daño para la estimación de la pena, entendida como la sanción que recaía sobre el responsable, mas no en los términos que actualmente se le atribuyen en función de las ideas del derecho penal.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que, ni en el derecho romano, ni hoy, la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil ha sido un atributo exclusivo de la responsabilidad penal, aun cuando se utilice un término tan familiarizado con esta rama del derecho desde tiempos remotos, como lo es la pena.

Debemos tener en cuenta que en Roma la distinción entre responsabilidad civil y penal no fue advertida con nitidez porque desde los tiempos de las XII Tablas se tenía la idea de que existían “delitos privados” y “delitos públicos”. Esto es explicado por la jurista francesa Geneviève Viney en los siguientes términos: “(...) Pero la sola diferencia entre ellas consistía en que la víctima de un delito privado tenía el derecho de propiciar la represión, mientras que para los delitos públicos esta prerrogativa estaba reservada a los representantes de la autoridad estatal” (2007, p. 145).

Esta distinción planteada por la profesora francesa es la que nos permitirá sostener más adelante que: i) si se quiere utilizar una sanción en cualquier ámbito del derecho privado se requiere la acreditación de un menoscabo a un interés legítimamente tutelable; y, ii) si se comprueba la existencia de un daño resarcible causada como consecuencia de una conducta socialmente reprochable se puede recurrir a la función punitiva con la finalidad de sancionar y prevenir conductas de ese tipo.

1.2.1.2 Noción jurídica del daño

Tomando como base este breve recuento acerca del daño en el derecho romano, diremos entonces que, el daño como institución jurídica es la base sobre la cual se forma la teoría de la responsabilidad civil.

En vista de que los conceptos en el derecho no son caprichos de los juristas sino una necesidad para una adecuada comprensión de las instituciones jurídicas, debemos mencionar que toda discusión sobre responsabilidad civil tiene su origen en la verificación de la existencia de un daño resarcible.

Ahora bien, sostenemos, al igual que la doctrina mayoritaria que no toda lesión o menoscabo de un interés legítimamente tutelable representa un daño resarcible. En efecto, para corroborar esta idea nos remitimos a los postulados del jurista italiano Adriano de Cupis:

Apareciendo como hecho jurídico, el daño no pierde su propia esencia física; pero a ésta, se añade la jurídica. Dos elementos contribuyen ahora a integrar su estructura: Uno.-El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación-aspecto dinámico-como en su subsistencia-aspecto estático). Dos.- El elemento formal, que proviene de la norma jurídica. (1975, p. 82).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, desde una perspectiva coloquial podríamos sostener que el daño es cualquier afectación de un interés patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona, sin embargo, la sola existencia del daño no supone que este tenga que ser resarcido por el presunto victimario, sino que quien alega haberlo sufrido debe probar fáctica y jurídicamente que este daño es resarcible, es decir, es digno de tutela jurídica. Sobre este punto el profesor Juan Espinoza manifiesta que:

El daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido [...]. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). (2011, p. 246)

En cuanto a la noción jurídica de daño, debemos mencionar que doctrina italiana identifica dos perspectivas de análisis: i) aquella que intenta identificar el tipo de consecuencias perjudiciales que se asumen como relevantes; y, ii) aquella que se concentra en la dicotomía generada entre el acontecimiento y las reglas o principios dispuestos para la protección del interés lesionado. Si nos detenemos en la primera perspectiva entenderemos el daño como la alteración negativa de una determinada situación jurídica, si analizamos la segunda, el daño se concibe como la lesión de un derecho o interés protegido. (Salvi, Cesare 2001, pp. 285-286). En concordancia con lo expuesto anteriormente, advertimos que, de acuerdo con lo expuesto por Le Tourneau, el daño presenta las siguientes características:

El perjuicio reparable debería ser directo, actual, legítimo y cierto. El carácter directo se refiere en realidad al nexo de causalidad. La exigencia de la actualidad del perjuicio (a menudo afirmada) es errónea: el perjuicio futuro es indemnizable. Así mismo, la acción no puede ser rechazada bajo pretexto de que el interés es ilegítimo: el perjuicio es un hecho bruto que se aprecia fuera de toda consideración moral (...) y de todo juicio de valor sobre la situación anterior a su nacimiento, salvo tal vez si se invoca para ello el principio de coherencia. Queda la certeza del perjuicio. La evolución marcante aquí es la generalización de la probabilidad, incluso la irrupción de la posibilidad al rango de las condiciones suficientes de la existencia del perjuicio reparable. La noción de perjuicio cierto es relativa: basta que sea muy probable. (2004, pp. 66-67).

Sobre las características del daño, en nuestro país el profesor Gastón Fernández señala que el daño debe poseer 4 aspectos esenciales para que este sea calificado como un supuesto de resarcibilidad: i) certeza, ii) subsistencia, iii) especialidad e iv) injusticia del daño. (2017, p. 34).

La certeza del daño tiene que ver con la prueba del hecho, es decir, la verificación de la existencia del menoscabo. No nos referimos propiamente a la cuantía del daño sino

únicamente a la comprobación de que en la realidad ha sucedido. El daño como tal debe ser consecuencia lógico-jurídico del hecho alegado como generador de este.

La subsistencia del daño tiene que ver con el hecho de que al momento de efectuar el requerimiento de tutela resarcitoria, el daño debe mantenerse en la situación de desventaja para la víctima, es decir, que no debe haber sido reparado, caso contrario, no tendría sentido imponer el pago de un resarcimiento. En este punto es importante anotar que la tutela resarcitoria le ofrece al perjudicado la posibilidad de solicitar la reparación por equivalente, que supone el pago del monto exacto en el que se ha visto reducido el interés de la víctima; o la reparación in natura o reparación en forma específica, la cual supone la reintegración de lo que efectivamente se ha perdido como consecuencia del daño provocado en la esfera jurídica de la víctima.

En cuanto a la especialidad del daño, esta tiene que ver con el hecho de que se debe afectar un interés legítimamente tutelado. No toda afectación que subjetivamente pueda haber sufrido una presunta víctima es susceptible de tutela desde la perspectiva jurídica. Por tal motivo, se exige que la afectación se produzca a un bien jurídicamente digno de tutela.

1.2.1.3 El daño en el ordenamiento jurídico peruano

De forma previa a evaluar cómo es que se regula el daño en el ordenamiento jurídico peruano, consideramos oportuno hacer referencia a lo que la doctrina comparada ha desarrollado sobre la forma en la que se concibe el daño. En el sistema alemán se distingue entre daño patrimonial y no patrimonial. Como bien apunta el profesor Leysser León este sistema contiene una regulación en la que expresamente se trabaja sobre la base del patrimonio, siendo que, lo no patrimonial solo podría ser resarcido de manera residual si es que existe una norma que así lo permite:

La distinción consta en el BGB, donde originalmente se hacía referencia explícita a los daños no patrimoniales en los § 253, 847, 1er. párrafo, y 1300.

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse compensación (*Entschädigung*) en dinero, si el daño inferido es no patrimonial”.

“§ 847. En caso de lesión al cuerpo o a la salud, y también en caso de privación de la libertad, el perjudicado puede reclamar una compensación equitativa en dinero, incluso por el daño que no sea daño patrimonial. [...]”; en cuanto al § 847, su texto ha sido recientemente fusionado con el del § 253, conforme al *Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (la Segunda Ley modificatoria de las disposiciones en materia de resarcimiento), del 19 de julio del 2002, en vigor desde el 1 de agosto del 2002. En consecuencia, la nueva norma reza como sigue:

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse una compensación en dinero (*Entschädigung in Geld*), si el daño inferido es no patrimonial.

En caso de que se debiera una indemnización (*Schadensersatz*) a causa de un daño por causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, se puede reclamar una compensación razonable en dinero (*eine billige Entschädigung in Geld*) aun por el daño no patrimonial”. (2017, p. 360).

Esta sistemática fue replicada por el derecho italiano al contempla en el artículo 185, 2º párrafo, del Código Penal italiano de 1930 que: “todo delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable cuanto a las personas que, de acuerdo con las normas del derecho civil, deben responder por los hechos del culpable”. A partir de la norma penal, en el artículo 2059 del *Codice Civile* de 1942 se contempló que: “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley”.

En el sistema francés, la denominación fue distinta. Se optó por una clasificación en torno al carácter tangible o no del daño y por eso se hace referencia al daño material e inmaterial (moral). Como bien apunta el profesor Leysser León sobre este punto:

La clasificación francesa tradicional, que por cierto ha sido objeto de importantes actualizaciones y reformas, se mantiene vigente en nuestro país, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con esta perspectiva, son daños “materiales” aquellos que, por afectar la propiedad, los ingresos o las proyecciones económicas verosímiles o probables del damnificado, son cuantificables de manera directa.

[...]

El daño moral es entonces aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas. (2016, p. 59 y 63).

En el caso francés, legisladores visionarios de la libertad y de la igualdad entre ciudadanos buscaron evocar en su código civil un sistema *numerus apertus* respecto del daño resarcible porque se asumía que cualquier menoscabo en la esfera jurídica de otra persona era suficiente para que se produzca la obligación de repararlo. Así lo concibe el artículo 1240 del Code Civil de 1804: “Cualquier acción humana que cause un daño a otra persona obligará a aquel por cuya culpa se hubiese producido a reparar dicho daño. (*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*).” Esta lógica difiere de lo que sucedía en el caso alemán, en donde la idea de daño se erigió sobre la base de la figura del patrimonio.

Ahora bien, más allá de esta discusión dogmática sobre la denominación de los tipos de daño en el derecho comparado, en nuestro ordenamiento jurídico se ha tomado partida por seguir el criterio de sistematización francés porque la tipología de daños no contempla una referencia al patrimonio propiamente dicho. En tal sentido, nosotros vamos a considerar que los daños resarcibles en nuestro ordenamiento son los siguientes: dentro de la categoría del daño material tenemos al daño emergente y al

lucro cesante, en tanto que, en la categoría de daño inmaterial contamos con el daño moral en sentido amplio y el daño moral en sentido estricto.

1.2.2 La prueba en el daño moral y su estimación

Para efectos de nuestra investigación no nos resulta de suma relevancia ahondar en el tema del daño material porque no forma parte de la problemática que se pretende analizar en el presente trabajo, por tal motivo, nos resulta suficiente mencionar que el daño emergente es la pérdida monetaria o financiera de un determinado sujeto de derecho o el deterioro o pérdida que sufre alguno de sus bienes siempre que este sea contablemente determinable porque de cualquier otra manera entraría en el plano inmaterial al que nos referiremos en el siguiente párrafo. Por su parte, el lucro cesante, viene a ser la imposibilidad de obtener una ganancia, renta, utilidad o rédito futuro y cierto.

Ahora bien, sobre el daño moral se erigen escenarios que suelen generar confusión entre los operadores jurídicos dado su carácter intangible. Sin perjuicio de ahondar sobre este punto, debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el daño moral puede ser: i) El daño moral puro o en sentido estricto, llamado también daño moral “subjetivo”, el cual supone el sufrimiento temporal del estado de ánimo producto del evento dañoso. Sobre este punto, la profesora Visintini declara que: “El daño inmaterial llamado “Daño moral soggetivo” se configura cuando se produce la alteración del estado de ánimo del dañado producto de la ofensa recibida. Sólo este tipo de daño moral subjetivo no parece ser evaluado en términos monetarios con el fin de justificar la restricción del resarcimiento en los casos previstos por la ley”. (1999, p.6); y ii) El daño moral en sentido amplio que supone la vulneración de algún derecho de la personalidad, entiéndase la vulneración del derecho al honor, la salud, a la integridad física o mental, al bienestar, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En efecto, confirmamos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el daño resarcible puede ser material o inmaterial. Por tal motivo, y para efectos de nuestra investigación, nos interesa abordar el concepto de daño moral como daño resarcible dentro de un ordenamiento jurídico. Para tal efecto, nos remitimos a lo postulado por el profesor Leysser León:

El daño moral es entonces aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas. Con apego a su historia en el mundo de la responsabilidad civil, el daño moral puede ser considerado como una categoría capaz de comprender, con vistas a la fijación de un resarcimiento, los siguientes conceptos: a) El daño moral puro o en sentido estricto (en Italia se le denomina daño moral “subjetivo”) que consiste en el padecimiento anímico y temporal subsiguiente al evento dañoso. b) El daño moral en sentido amplio que consiste en la violación de derechos de la personalidad. (León, 2016, pp. 63-64).

El daño moral ha sido materia de múltiples y profundos debates, puesto que, en nuestro ordenamiento jurídico se confunde el carácter *in re ipsa* de esta tipología de daño con la necesidad de probar su existencia. Se asume erróneamente que el daño moral no requiere prueba y solo basta la comprobación de un determinado hecho para que ese sea susceptible de entrega. Así por ejemplo en el fundamento décimo sexto de la Casación Laboral N° 5423-2014-Lima la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima declaró lo siguiente:

Décimo sexto.- Conforme a lo expuesto, resulta pertinente señalar que todo despido injustificado, trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto de una manera u otra, deja de percibir remuneraciones y queda en el desamparo económico; más aún en un país como el nuestro donde los puestos de trabajo son escasos.

En igual sentido, en el noveno fundamento de la Casación Laboral 4977-2015-CALLAO, se indicó de forma expresa lo siguiente: “La prueba que acredita la existencia de daño para el caso en concreto, lo constituye básicamente el expediente donde queda establecido que el demandante fue despedido arbitrariamente”.

En ese sentido, debemos mencionar que los operadores jurídicos no deben perder de vista que, bajo cualquier escenario, la carga de la prueba del daño siempre le corresponde al sujeto que alega haberlo sufrido. Lo señalado anteriormente supone que, aun cuando el daño moral sea *in re ipsa* no basta alegarlo en el proceso como un mero hecho, sino que, para que se justifique el otorgamiento de un resarcimiento se debe probar su padecimiento a través de indicios razonables, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 276 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Peruano: “El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”.

La generación de indicios conducirá a su vez a la generación de presunciones que generen un grado de convicción suficiente al juez o árbitro, como para darle sentido a la institución. En efecto, estos indicios razonables generarán la convicción de que existe mérito suficiente para su concesión porque se aplicará la lógica de la presunción judicial contemplada en el artículo 277° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Peruano que reza de forma expresa lo siguiente: “Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial”. En ese orden de ideas, Juan Espinoza señala lo siguiente:

Por ello, no se puede estar de acuerdo con quien sostiene que cuando el titular de la pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral termina por ser *in re ipsa*, vale decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. Se afirma que, cuando

los pretendientes al resarcimiento del daño no patrimonial sean los sobrevivientes de la víctima, la prueba del dolor puede ser dada sólo indirectamente y a través de indicios. En efecto, si no hay certeza en los daños invocados, el juez no debería fijar indemnización alguna. (2015, pp. 199-200).

En efecto, el daño material o inmaterial siempre debe ser acreditado por quien alega haberlo sufrido, sea que nos encontremos ante mecanismos de prueba directos o indirecto porque en cualquier otro supuesto, un juez o árbitro no debería disponer el pago de un resarcimiento. En ese orden de ideas, si bien el daño moral tiene una naturaleza *in re ipsa*, la necesidad de pago de un resarcimiento por este concepto debe acreditarse con los medios de prueba pertinentes, razón por la cual la verificación del hecho no es suficiente para que el juez o árbitro imponga el pago. Al respecto, resulta interesante apreciar lo que señala Jorge Femenías sobre la prueba del daño moral:

Pero el yerro en que se incurre, al adoptar un concepto muy restrictivo de daño moral, es pretender que la prueba del mismo necesariamente debe producirse mediante medios probatorios directos. Ello importaría, “conducir a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba”. Muy por el contrario, resulta evidente que concebido el daño moral como *pretium doloris*, los medios más eficaces para la producción de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, serán aquellos de carácter indirecto, particularmente la prueba por presunciones o bien los peritajes de los expertos. Ahora, ello en ningún caso podrá permitir la arbitrariedad del sentenciador al punto de establecer una ficción de daño moral, al contrario, éste, para llevar a cabo el razonamiento lógico que importa la presunción como medio probatorio, deberá obtener por parte de la víctima, todos los antecedentes que le permitan deducir – y no suponer – la existencia efectiva del daño en cuestión. (2011, p. 37).

Ahora bien, el hecho de que se le exija al demandante la prueba del daño moral a través de indicios para generar la presunción judicial supone a su vez que aquellos juzgadores que evalúan este tipo de pretensiones eleven el estándar de motivación

para legitimar razonablemente el porqué del otorgamiento de un determinado resarcimiento. En tal sentido, un elevado estándar de prueba del daño moral requiere un elevado estándar de motivación por parte de la judicatura para legitimar el pago por un resarcimiento de daño moral y este no sea el mero reflejo de la alegación de un hecho. No obstante, nuestra realidad dista mucho de ese anhelo técnico y por ello nos encontramos de acuerdo con José Gabriel Rivera cuando señala que:

[...] en el Perú nosotros no tenemos la necesidad de debatir sobre la pertinencia o no de la indemnización del daño moral versión pretium doloris, pues nuestra ley lo autoriza. Tampoco pienso que tengamos problemas en reparar la lesión a los derechos de la personalidad. Por ejemplo, si revisamos algunas sentencias penales, se puede apreciar, por ejemplo, que nuestros jueces penales han concedido “reparaciones civiles” por daño moral mucho más amplias (o generosas) que los propios jueces civiles. Lo anecdótico de este hecho es que tanto los jueces penales como los jueces civiles para este tipo de daños nunca fundamentan la manera cómo se llega a determinar la suma concedida. (2016, p. 62).

En este contexto, debemos mencionar que todo daño requiere ser probado para que sea susceptible de resarcimiento. No cabe presumir la existencia de un daño, ni siquiera la del daño moral como concluyó el pleno jurisdiccional del 2019 en los casos en los que se acredita la existencia de despido arbitrario.

En efecto, la sola verificación de un determinado hecho, en este caso el despido arbitrario, no supone la existencia de un daño moral. Se requiere de un juicio de responsabilidad civil previo que permita verificar si efectivamente se ha producido algún daño resarcible. Nadie podría discutir que el despido es una situación desfavorable para el trabajador, puesto que, este pierde su fuente de ingreso y perjudica el sostenimiento de su familia, sin embargo, este hecho no es óbice para aceptar que el despido por sí mismo genera un daño moral, no solo porque la norma ha legitimado que se

produzcan este tipo de despidos, sino porque, además, cuando ello sucede el trabajador se hace acreedor a una indemnización que el propio ordenamiento le impone pagar al empleador.

1.3. El daño moral en el derecho laboral

En nuestro medio la judicatura laboral ha fijado un criterio jurisprudencial bastante cuestionable al haber indicado que el daño moral podría ser materia de presunción si a través del despido se hubiese vulnerado la dignidad del trabajador u otros derechos de la personalidad. Así lo ha establecido el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral llevada a cabo en la ciudad de Tacna el año 2019 se acordó que en aquellos casos en los que se discutan pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario, los cuales hayan sido declarados judicialmente como tales; el daño moral se presume si es que se hubiese vulnerado algún otro derecho fundamental como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad.

A partir de lo expuesto por la judicatura, debemos advertir que, suele haber confusión sobre la probanza del daño inmaterial porque el perjuicio causado suele no requerir ninguna acreditación adicional más que la del hecho generador porque a partir de allí se empiezan a estructurar los indicios suficientes como para asumir que se ha producido un padecimiento de este tipo.

No obstante, se debe tener en cuenta que el daño inmaterial siempre debe ser probado, mientras que el resarcimiento por la comisión de un daño de este tipo debe ser estimado por equidad analizando el contexto en el que se produjo y las particularidades que podrían servir para graduar el monto que se impondrá como pago. Para tal efecto, es necesario que la magistratura evalúe criterios como la reprochabilidad de la conducta o la reiterancia del sujeto activo para evaluar por equidad a cuánto debería ascender el resarcimiento.

1.3.1 La Indemnización y resarcimiento como conceptos independientes entre sí

Dentro de nuestro análisis sobre los daños que se podrían derivar de un despido arbitrario consideramos pertinente distinguir entre los distintos tipos de tutela jurídica que prevé el ordenamiento jurídico para los diferentes tipos de casos que podrían ser reclamados en el marco de un proceso laboral.

En efecto, cuando se hace referencia al despido arbitrario, lo que regula el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es que la indemnización que deberá pagar el empleador a favor del trabajador cubre cualquier daño derivado de este hecho. Así las cosas, se asumiría que el único monto al que tendría derecho el trabajador producto de un acto de este tipo sería la indemnización tarifada que contempla la propia norma.

Evidentemente, asumir una postura de este tipo podría limitar bastante la posibilidad de que un trabajador que haya visto vulnerado sus derechos fundamentales por su empleador, tales como el honor o la dignidad, recurran a la magistratura para hacer efectivo, no solo el pago de una indemnización preestablecida en la norma para hechos de este tipo, sino también el pago de un resarcimiento que abarca escenarios que la propia indemnización no llegaría a alcanzar.

En efecto, la tutela que se activa en un caso de despido arbitrario es la de carácter compensatorio a través del pago de una indemnización, no obstante, cuando nos encontramos a un mismo despido que acarrea consecuencias materiales e inmateriales para el trabajador, podría suceder que la indemnización no resulte ser suficiente o no permita abarcar conceptos más amplios como el daño moral. Sobre la distinción entre resarcimiento e indemnización apunta el profesor Leysser León en el siguiente sentido:

La distinción conceptual entre resarcimiento e indemnización u obligación legal de indemnizar, [...], ha confirmado su utilidad en la jurisprudencia de derecho laboral, donde la magistratura considera, aunque solo de manera implícita hasta el momento, que la terminación de la relación de trabajo por despido arbitrario es un hecho capaz de generar: (i) por un lado, la “indemnización” fijada y tarifada en la legislación especial (...); y (ii) un resarcimiento de daños conforme a la legislación civil ordinaria, o sea a los artículos 1321 y siguientes del Código Civil, porque se trataría, claramente, de un caso de responsabilidad “contractual”. (2006, pp. 63-64).

Así las cosas, indemnización y resarcimiento son dos conceptos que difieren totalmente el uno del otro porque tienen estructuras, funciones y consecuencias distintas, tal y como lo menciona Renzo Monroy, recogiendo las ideas de Hector Campos, en su tesis de licenciatura. (2015, p. 27).

Por un lado, advertimos que en cuanto al orden funcional ambos responden a fines distintos. En efecto, la indemnización nos conduce a la mitigación del indebido incremento del patrimonio de un determinado sujeto valiéndose indebidamente del patrimonio de otro. En un supuesto de este tipo, advertimos que se trata de una compensación que tiene por objeto satisfacer una estricta función reintegradora del patrimonio de uno respecto del otro. Por otro lado, el resarcimiento satisface una función de restauración del patrimonio de la víctima al tratar de reequilibrar la situación preexistente al daño entre ambos sujetos.

A partir de un análisis sobre la estructura de ambas figuras advertimos que la indemnización no responde como causa directa e inmediata al daño, en tanto que el resarcimiento que se paga responde única y exclusivamente a la preexistencia de un daño resarcible. En igual sentido, se debe tener en cuenta que la imposición del pago de una indemnización supone la preexistencia de una norma jurídica de carácter especial

que regule un supuesto de hecho que legitime la activación de la tutela indemnizatoria, mientras que el pago de un resarcimiento surge en virtud de la existencia de un daño resarcible que ha sido materia de un juicio de responsabilidad civil.

Bajo ese mismo enfoque, advertimos que la procedencia de ambas figuras difiere en cuanto la indemnización considera para su cálculo criterios de equidad que no necesariamente se vinculan con el valor del hecho que propició el pago de esta. En cambio, en el caso del resarcimiento, este es valorizado o estimado tomando en consideración qué criterios de imputación envuelven al presunto responsable del daño.

Finalmente, en el ámbito consecuencial, se distingue ambos conceptos porque la indemnización no toma en cuenta la magnitud del daño, sino que busca realizar la estimación a partir de estándares prefijados por ley, mientras que el resarcimiento tiende a compensar el valor del daño. Esta lógica es la que motiva a afirmar que cuando nos encontramos ante una indemnización solo hacemos referencia a una compensación por equivalente, en tanto que, cuando hacemos referencia al resarcimiento podemos recurrir a los mecanismo de resarcimiento por equivalente, así como el pago de una reintegración en forma específica.

En efecto, la doctrina se ha encargado de exponer las diferencias entre ambos conceptos y los supuestos normativos que contienen uno y otro criterio. Así las cosas, en el siguiente comentario del profesor Leysser León se puede advertir que en el ordenamiento peruano existen supuestos que regulan de forma específica las indemnizaciones que no tienen que ver en absoluto con la respuesta frente a un determinado daño resarcible:

Son, en el derecho peruano, obligaciones de indemnizar (y no resarcimiento), entre otras: a) La “indemnización justipreciada” en los procesos de expropiación bajo el Decreto Legislativo No. 119218. b) La indemnización por despido arbitrario que se contempla en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el D. S. No. 003-97-TR (art. 34° y 38°). c) La indemnización equitativa a cargo del incapaz de discernimiento (art. 1977° CC). d) La indemnización al cónyuge perjudicado por la

separación de hecho (art. 345-A° CC). e) La indemnización por ruptura de esponsales (art. 240° CC). (2016, pp. 37-38).

Asimismo, debemos considerar que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, también forma parte de los supuestos de indemnización, mas no de resarcimiento lo regulado respecto al enriquecimiento sin causa (1954 y 1955 del Código Civil), la indemnización por conjurar peligros actuales o inminentes (Artículo 959 del Código Civil) o la indemnización en los seguros particulares.

Sobre el particular, debemos destacar que en todos estos supuestos la persona que debe asumir el pago de una indemnización responde porque existe previamente una norma que así lo dispone frente a la ocurrencia de un determinado hecho. Por tal motivo, cuando nos encontramos frente a una indemnización no se realiza ningún juicio de responsabilidad civil en el que se analice un daño o algún criterio de imputación. Sobre este punto el profesor Gastón Fernández anota lo siguiente:

[...] parecería que la falta de discriminación de ambos conceptos tendría una explicación de pereza intelectual por parte de los operados jurídicos, quienes han preferido atribuirle una naturaleza polisémica al término indemnización: En el Perú el vocablo indemnización está asentado en su uso como expresión de la tutela resarcitoria (de allí la reconocida expresión “indemnización de daños y perjuicios”). Empero, resulta cierto también que al haberse incorporado el vocablo indemnización con un uso indistinto en la codificación civil peruana para cubrir diversas hipótesis de restitución diversas al resarcimiento, debe reconocerse como posible el sustento del significado polisémico de este término, transformándose en un vocablo de alcance general que cubre diversos supuestos restitutorios. (2015, pp. 402-403).

Conforme a lo expuesto anteriormente, advertimos que, por una lado, el resarcimiento tiene por objeto la reparación económica a cargo de un determinado sujeto a favor de otro que se encuentra en una determinada situación jurídica de desventaja a partir del daño que se le ha ocasionado. Por tal motivo, el resarcimiento siempre requiere la

realización de un juicio de responsabilidad civil que permita imputar la responsabilidad por un determinado hecho a un sujeto. Por otro lado, la indemnización se limita a ser una compensación económica que se establece en términos de equidad. Esta lógica es impuesta por el ordenamiento jurídico a una persona que ha materializado un supuesto de hecho y que, producto de ello, genera una obligación “indemnizatoria” a favor de otro sujeto.

Evidentemente, esta distinción conceptual entre ambos conceptos es la que nos permitirá justificar que un mismo hecho podría dar lugar a la activación de los dos tipos de tutela, tanto la indemnizatoria, como la resarcitoria. Conforme a lo expuesto anteriormente, concordamos con Renzo Dominguez cuando señala que:

[...] nosotros hemos tomado postura por la distinción entre resarcimiento e indemnización, porque solo a través de esta precisión conceptual se entendería una demanda en la que se planteen como pretensiones no excluyentes una acción de responsabilidad civil y una de enriquecimiento sin causa. Por tal motivo, no nos cabe duda de que el presupuesto para concebir la idea de tutela restitutoria y resarcitoria en una misma demanda es la distinción de estos conceptos. (2021, pp. 160-161).

Así las cosas, indemnización y resarcimiento son dos conceptos que difieren entre sí por donde se los estudie, sea en el plano estructural, funcional o consecuencial; y justamente ello es lo que nos legitima a analizar si un despido arbitrario que por ley genera la obligación de indemnizar, al mismo tiempo podría dar lugar válidamente a una acción de resarcimiento de daños.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA

2.1 Técnicas, instrumentos y materiales de verificación

En la presente investigación nos encontramos ante una tesis cualitativa no experimental en el ámbito jurídico, y se ha empleado el método dogmático, funcional, exegético y comparado.

Al respecto los métodos cualitativos hacen referencia al estudio del aspecto subjetivo e integral del sujeto social, a la dimensión personal del sujeto que indica cómo se concibe él y la perspectiva que guarda respecto a su vida social y cultural en general.

Bogdan y Taylor (2000) aportan un decálogo de lo que caracterizaría a la metodología cualitativa, comentando que la metodología cualitativa consiste en “...la investigación que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable” (p. 20).

Asimismo, el decálogo propone las siguientes características:

1. La investigación cualitativa es inductiva. Se crean conceptos a partir de datos y no a la inversa.
2. La investigación cualitativa es holística. Se concibe a los sujetos como una totalidad estudiados en su historia y su presente. No los reduce a simples variables.
3. La investigación cualitativa es sensible. Se considera que el investigador está implicado y tiene un efecto sobre los sujetos estudiados, por lo que interactúa de modo natural y no rígido o formal. Esta participación es considerada y explicitada en la interpretación de los datos.
4. La investigación cualitativa es comprensiva. Comprende a las personas dentro de su entorno y de ellas mismas, tratando de acercarse en lo más posible a ellas como una forma empática de trabajo.

5. La investigación cualitativa no tiene como meta ser neutral. El investigador trata de alejar sus concepciones de lo observado, actuando como si todo le pareciera nuevo y distinto.

6. La investigación cualitativa es abierta. Se cree que las distintas perspectivas son igualmente valiosas, tanto la del sujeto investigado como la del investigador. No se busca la “verdad” ni la “moralidad”, sino la comprensión de la perspectiva de los otros individuos.

7. La investigación cualitativa es humanista. Se piensa que cuando reducimos el lenguaje y el comportamiento de la gente a formulaciones estadísticas, descuidamos el nivel humano del sujeto social, en cuanto a lo personal de su sentir cotidiano. Se rescata el estudio de los conceptos vinculados a lo subjetivo como los de dolor, amor, fe, sufrimiento, esperanza, frustración, belleza, etc., entrando con ello al conocimiento de la vida interior de las personas, en cuanto a sus luchas, éxitos y fracasos en el mundo contradictorio que les rodea.

8. La investigación cualitativa es válida. Se cree que es válida porque se basa en la experiencia a partir de lo que reportan y hacen los sujetos estudiados, es decir, a partir de observarlos y escucharlos. El conocimiento es directo sin que medien conceptos, definiciones operacionales o escalas clasificatorias predeterminadas, que únicamente buscan la confiabilidad y reproducibilidad de los datos, más que determinar si los datos revelan o no el sentir real y directo de las personas. Por ello, no se busca la estandarización, porque se perdería de vista que al realizar esta actividad dejamos de lado el conocimiento de la vida interior de las personas. Además, se tiene claro que aun así “las evaluaciones cualitativas están siempre sujetas a los errores del juicio humano. No obstante, parecería que vale mucho más la pena una conjetura perspicaz acerca de lo esencial, que una medición precisa de lo que probablemente revele carecer de importancia”

9. La investigación cualitativa es abierta en su estudio a todos los escenarios y personas. Se parte del hecho de que en todos los escenarios sociales se puede encontrar procesos de tipo general y a la vez de tipo único.

10. La investigación cualitativa es un arte. Se asume que los métodos de este tipo no han sido muy refinados y estandarizados por los investigadores, como lo han hecho

con los métodos cuantitativos. En los primeros, el investigador es un artista por ser flexible en cuanto a la conducción y creación de sus métodos. “Los métodos sirven al investigador; nunca es el investigador el esclavo de un procedimiento o técnica” (Bogdan y Taylor 2000, p. 22-23).

Asimismo, respecto a la investigación no experimental, como señala Kerlinger en Metodología de la Investigación:

“La investigación no experimental o *ex-post-facto* es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones. De hecho, no hay condiciones o estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio. Los sujetos son observados en su ambiente natural, en su realidad.” (1979, p. 116)

En cuanto a las técnicas empleadas, se ha recurrido a la observación documental. Los instrumentos empleados han sido fichas bibliográficas físicas y digitales.

2.2 Campo de verificación

2.2.1 Ubicación espacial

Arequipa Perú.

2.2.2 Ubicación temporal

Se trata de una investigación que analiza aleatoriamente una serie de jurisprudencias en el marco de un proceso laboral de despido arbitrario, incluido el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en Tacna el 23 y 24 de mayo del 2019.

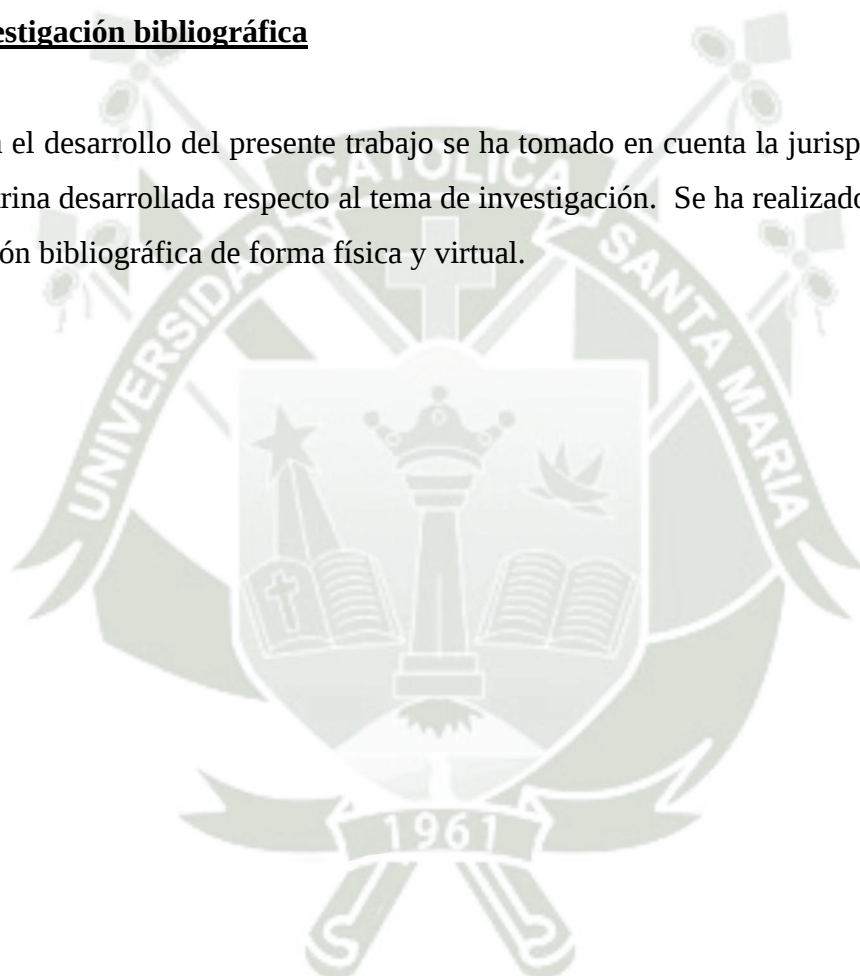
2.3 Unidades de estudio

Legislación nacional y comparada, así como distintos expedientes que contienen sentencias en casación vinculados a procesos de despido arbitrario expedidos por la Corte Suprema de Justicia.

2.4 **Estrategia de recolección de datos**

2.4.1 **Investigación bibliográfica**

Para el desarrollo del presente trabajo se ha tomado en cuenta la jurisprudencia y la doctrina desarrollada respecto al tema de investigación. Se ha realizado una investigación bibliográfica de forma física y virtual.



CAPÍTULO III RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 El despido arbitrario en el ordenamiento jurídico peruano y comparado

En nuestro ordenamiento jurídico el despido arbitrario se materializa bajo dos supuestos: el primero cuando se despide al trabajador sin expresión de causa y el segundo cuando se despide al trabajador sin que sea viable la posibilidad de demostrar la causa que legitimaría el despido en un proceso judicial.

Cuando se produce alguno de estos dos supuestos la norma laboral peruana establece que el trabajador tiene derecho a recibir una indemnización por concepto de despido arbitrario por parte de su empleador y que dicho monto sería el único concepto que recibiría como reparación por el daño sufrido. La indemnización tarifada que contempla nuestro ordenamiento jurídico es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

En ese orden de ideas, advertimos que el despido arbitrario se configura como un derecho potestativo del empleador de poner fin al vínculo laboral sin expresión de causa asumiendo como consecuencia de ello el pago de una indemnización a modo de compensación al trabajador por la decisión unilateral que ha tomado.

En efecto, el despido, en cualquiera de sus formas, es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido al trabajador o consultar si puede hacerlo o no; sino que en función de su criterio y de su poder de disposición lo realiza directamente. Por esta razón no se debe perder de vista que el despido es un acto recepticio, porque la producción de efectos respecto de la existencia de la relación laboral depende de la voluntad del empleador. En palabras de Jesús Miranda, el despido arbitrario debe entenderse como: “[...] el cese del vínculo laboral por iniciativa

del empleador sin que obedezca a una causa justa contemplada por la ley, la legislación protege contra el despido arbitrario sólo al trabajador que labora cuatro o más horas diarias para el mismo empleador”. (2019, p. 10).

En ese orden de ideas es importante resaltar que el despido es un acto unilateral del empleador en donde la voluntad de dicha parte de la relación contractual es eficaz independientemente de lo que el trabajador pueda considerar respecto de su decisión. Sobre este punto, César Ojeda comenta lo siguiente:

A lo mejor, este es el rasgo de mayor consideración y, al mismo tiempo, el más controvertido en el marco de una relación laboral, dado que el ejercicio de este poder, conferido principalmente por el elemento subordinación, si es arbitrario o ilegal -qué duda cabe- colisiona con principios y derechos que sirven de sustento al Estado Social de Derecho bajo el cual nos regimos. (2021, p.7).

El despido arbitrario supone la privación del trabajo a una persona porque implica el retiro de una determinada esfera social, una expulsión de un ambiente en el que podría realizar su forma de vida y que en función de ella desarrolla su personalidad y la de su familia. Es por esta razón que la figura del despido arbitrario incide significativamente en la sociedad porque con el despido el trabajador ve frustradas -al menos temporalmente- sus expectativas de realización personales y familiares.

Precisamente, debido a la relevancia del trabajo en un determinado ambiente social, para compensar esta asimetría de poderes lo que ha hecho el legislador es exigir mayores requisitos de forma y fondo para garantizar que la posibilidad de realización del trabajador no se vea frustrada por el mero arbitrio de su empleador, sino que, sea el propio trabajador con su conducta o las condiciones inusuales del mercado las que determinen la prescindencia de un empleado.

Lo señalado anteriormente tiene perfecta lógica jurídica porque ningún derecho es irrestricto y siempre son necesarios determinados límites a la discrecionalidad de una de las partes contractuales. Si la posibilidad de permanecer en un empleo dependiente única y exclusivamente de la voluntad del empleador sin limitación alguna se estaría legitimando un abuso dentro de una relación jurídica. Por esta razón, el hecho de imponer condiciones al despido o exigir el pago de una indemnización en caso esta se produzca evita que el empleador ejerza irrestrictamente su voluntad.

En efecto, lo que tutela el derecho laboral es la estabilidad laboral del trabajador para evitar que el empleador actúe por pura arbitrariedad. La formalización del despido reconduciéndolo a determinadas causales supone una garantía del empleado de que - a menos que él mismo se lo gane por su propia conducta- no sea despedido. La idea atrás de esta tutela del trabajador es evitar la legitimación del abuso de una de las partes en desmedro de otra.

En este contexto, el despido solo debería darse en un contexto de “justa causa” con lo cual, se asegura el mantenimiento del puesto de trabajado del empleado y, es por esta razón que, cuando se desea trastocar la estabilidad a la que tiene derecho el trabajador, el empleador debe compensar la vulneración del derecho a través de una indemnización. Sobre el particular, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que: “[...] la garantía de que los despidos no deben tener lugar basándose en causas discriminatorias, sino que deberán justificarse por motivos relacionados con la conducta del trabajador, su capacidad o facultad de llevar a cabo sus funciones, o por imperativos de la gestión de la empresa” (2002, p. 74).

Conforme a lo expuesto anteriormente, se debe tener en cuenta que el empleador se encuentra legitimado para restringir lícitamente el derecho a la estabilidad laboral de un trabajador en la medida que se presente alguna causa objetiva que legitime la decisión del empleador de prescindir de los servicios de un determinado empleado. Por tal motivo, la causa justa para la formalización del despido es una necesidad en cualquier ordenamiento jurídico porque solo así se genera el contrapeso suficiente entre

ambas partes de la relación contractual laboral. Sobre este punto, Baylos y Pérez comentan lo siguiente:

Pese a lo señalado en el párrafo precedente, esta preocupación por equilibrar la balanza en las relaciones de trabajo (poder del empleador vs. derechos del trabajador o libertad de empresa vs. derecho al trabajo) no siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento jurídico porque -desde una perspectiva histórica- no estábamos acostumbrados a concebir al despido como un acto de violencia privada, un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura. (2009, p. 49).

La llamada estabilidad laboral, la cual es el fundamento jurídico por el cual se impone el pago de una indemnización producto de un despido arbitrario, data en América Latina de unos 100 años aproximadamente a partir de la entrada en vigor de la Constitución de Querétaro de 1917 en donde se introdujo a nivel constitucional la declaración de distintos derechos de índole laboral tales como la estabilidad laboral, salario mínimo, sindicación, entre otros. Sobre el particular, consideramos conveniente referirnos al numeral XXII del literal a) del artículo 123 de la Constitución de Querétaro, en donde podremos advertir que la estabilidad laboral adquirió rango constitucional:

Artículo 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo. [...]

XXII.- El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte

del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad, cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él. [...]”.

(1917).

Este marco constitucional también fue acogido en Europa, primigeniamente en Alemania con la Constitución de Weimar de 1919, la cual incluyó diversos aspectos de índole social y económico, como los derechos laborales de sindicación, negociación colectiva, entre otros.

La estabilidad laboral es el presupuesto para el pago de una indemnización por despido arbitrario porque sin la preexistencia de este derecho sería totalmente válido despedir a un trabajador y el empleador no tendría por qué asumir algún pago si no se estarían vulnerando ningún tipo de derechos. Este derecho tiene por objeto limitar el ejercicio desmedido y abusivo del empleador de frustrar el proyecto de realización personal del trabajador en el momento menos esperado sin que exista consecuencia alguna para este producto de tal decisión.

En efecto, desde la constitucionalización del derecho a la estabilidad laboral el empleador ya no podía despedir a su mero arbitrario a un trabajador, sino que, debía recurrir a los procedimientos pertinentes, siempre en respeto al debido proceso, para que este pudiese despedir válidamente a alguien. A partir de la constitucionalización de la estabilidad laboral se generaron dos mecanismos para impedir el despido bajo la mera discrecionalidad del empleador. El primer mecanismo tiene que ver con la exigencia del cumplimiento de los términos contractuales bajo los que el trabajador fue contratado. Si el plazo de vigencia fue de un año, en principio, no tendría que disolver el vínculo de forma anticipada, a menos que exista una justa causa para ello. El segundo tiene que ver con el pago de una indemnización por un monto equivalente determinado por ley.

Ahora bien, en el Perú, no fue sino hasta la promulgación de la Ley n.º 4916, del 7 de febrero de 1924, que se empezaron a generar los primeros atisbos de protección laboral en el marco de una relación jurídica contractual laboral. Antes de la existencia de la referida norma, el empleador ejercía un poder irrestricto sobre el trabajador porque este se encontraba a su merced porque la posibilidad del despido siempre se encontraba latente. Esta situación de facto encontraba respaldo legal en lo normado en el artículo 46 de la Constitución Peruana de 1920, en donde no se hizo alusión a los derechos laborales de forma expresa, sino que de una forma genérica y ambigua:

Artículo 46.- La Nación garantiza la libertad de trabajo, pudiendo ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública. La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo (1920).

No fue sino hasta la constitución de 1933 que se optó en el artículo 44 por proscribir cualquier pacto de naturaleza contractual en el ámbito laboral que restrinja derechos civiles, políticos y sociales. Asimismo, se dispuso en el artículo 46 regular la indemnización por el tiempo de servicios prestados en caso se produzca un despido o un accidente laboral. Veamos lo que regulaban estas normas:

Artículo 44.- Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos o sociales.

Artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y las seguridades del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios por servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. (1933).

De lo expuesto anteriormente, no cabe la menor duda de que los constituyentes buscaron afianzar el derecho a la estabilidad laboral y evitar que el trabajo forzoso se convierta en una práctica permitida por el derecho. La idea de esta incipiente normativa laboral era equilibrar la asimetría de poderes entre empleador y trabajador. El trabajador, en su condición de ser humano debe ser tutelado con mecanismos jurídicos eficientes de tal manera de que el empleador no cuente con un poder irrestricto que legitime el abuso.

A partir de la regulación plasmada en la Constitución del 33, se advierte que hubo un cambio en el paradigma de la relación asimétrica de poderes en la relación jurídica laboral entre empleador y empleado porque se establecieron límites al poder del primero sobre el segundo bajo la premisa de que, en principio, por el solo hecho de ser un humano, ninguna clase de abuso merece tutela jurídica. Por tal motivo, esta normativa hizo énfasis en la protección de la estabilidad, a fin de evitar que el trabajador quede a merced de la voluntad del empleador y con ello se genere un perjuicio social, teniendo en cuenta que, normalmente, el salario de un trabajador significa a que vez la expectativa de progreso y sustento de una familia.

Con posterioridad a esta carta constitucional se han expedido un conjunto de normas que han ido en la línea de tutela de los derechos fundamentales del trabajador. Así tenemos la siguiente normativa sobre la tutela de la estabilidad y el cambio de paradigma del poder absoluto del empleador a la restricción sobre el despido como mecanismo al que se recurre solo vía causa justa o pago de indemnización que compense el acto unilateral.

Dentro de este recuento histórico, una de las primeras normas a las que debemos hacer referencia es al Decreto Ley N° 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970 por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. En virtud del literal a) del artículo 1 de la referida normativa, se requería lo siguiente: “Artículo 1.- Los trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas sometidos al régimen

correspondiente al de la actividad privada, solo podrán ser despedidos por las causas siguientes: a) Falta grave. [...]”. (1970).

Fue a partir de esta norma que se instauró la idea de que el despido solo debía producirse por alguna razón lo suficientemente merecedora de una sanción tan severa como lo es la pérdida del empleo. Es por ello que esta norma expresaba que solo una falta grave en el ejercicio de las funciones podría motivar el despido de un trabajador.

Es así que si esta causa justa denominada en esta norma como “falta grave” no existía, entonces la sanción del empleador denominada “despido” no era justificada, con lo cual, propiamente no existía un despido procedente en términos jurídicos. En tal sentido, si este despido no surtía efectos, el trabajador podría apelar a alguno de los siguientes remedios: (i) la reposición o (ii) el pago de tres meses de remuneraciones (artículo 3).

El 21 de marzo de 1978 otro gobierno de las Fuerzas Armadas expidió el Decreto Ley N° 22126, en el cual se estableció una serie de supuestos de hecho que -siguiendo la misma lógica que la norma descrita anteriormente- configuraban una falta grave y legitimaban un despido del trabajador por causa imputable a la conducta de este. Así por ejemplo, los artículos 4 y 6 de la referida norma contemplaba lo siguiente:

DE LAS FALTAS GRAVES DEL TRABAJADOR

Artículo 4°- Constituyen faltas graves que dan lugar a la despedida justificada e inmediata del trabajador, las siguientes:

- a. El incumplimiento injustificado de las obligaciones, la reiterada resistencia a las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo y de Seguridad Industrial, debidamente aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, que ocasionen daño o perjuicio o creen riesgo grave al empleador, a personas, a bienes o a la seguridad del centro de trabajo;

- b. La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de su labor, sea del volumen y/o calidad de producción, salvo los casos no atribuibles al trabajador [...]
- c. La utilización o disposición de los bienes del centro de trabajo o de los que se encuentren bajo su custodia [...]
- d. El uso o entrega a terceros de procedimientos de fabricación considerados secretos [...]

[...]

Artículo 6- El trabajador que estimare que la causal invocada para su despido es injustificada podrá recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo [...]

- a. La Autoridad Administrativa de Trabajo, ordenará la reposición del trabajador, si el empleador no probare la causal invocada en la carta de despedida [...]
- b. El Fuero Privativo de Trabajo ordenará el pago de una indemnización especial equivalente a doce remuneraciones mensuales, si el empleador no probare la causal invocada en la carta de despedida [...]. (1978).

La normativa referida anteriormente fue la que dio lugar a la regulación que asimiló la Constitución de 1979 en su artículo 48: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”. (1979).

Con la normativa constitucional que empoderó la situación de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral, el 4 de junio de 1986 se expidió la Ley N° 24514 en virtud de la cual se afianzó el tema de la causa justa como único motivo que permite un despido válido del trabajador. No obstante, desde nuestra perspectiva, esta norma también es trascendente porque precisó que el tema de la estabilidad laboral no podía ser alegada por todo trabajador de manera antojadiza. En efecto, esta norma precisó que la tutela de la estabilidad solo le asistía a aquellos trabajadores que laborasen más de 4 horas diarias para un solo empleador y para aquellos que hayan superado el periodo de prueba de 3 meses.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 1991 se expidió el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, en virtud del cual se afianzó el tema de la tutela del trabajador. Esta norma es relevante porque, además de mantener la línea de la causa justa como supuesto que legitima el despido de un trabajador, incorpora la idea de los denominados despidos nulos y arbitrarios.

Cabe mencionar que, la Ley de Fomento del Empleo entró en vigencia el 13 de noviembre de 1991. Posteriormente, esta norma fue modificada por la Ley N° 25513, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio de 1995. Asimismo, debemos tener en cuenta que la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 855, vigente desde el 4 octubre de 1996, dispuso la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados: “Ley de Formación y Promoción Laboral” y “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”. Actualmente, esta última norma es la que impera en nuestro sistema jurídico en cuanto a las relaciones laborales privadas a través del Texto Único Ordenado que se aprobó por medio del Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL).

Ahora bien, debemos resaltar que el despido arbitrario que es materia de nuestra investigación se encuentra regulado en el artículo 34 de la LPCL, el cual contempla la siguiente normativa:

Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38. (1997).

En ese sentido, advertimos que el artículo 38 al cual hace referencia la normativa base sobre el despido incausado mantiene la siguiente regulación:

«Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba». (1997).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, si nos basamos en la interpretación literal de la norma no cabría ningún tipo de resarcimiento adicional como consecuencia de dicha arbitrariedad, siempre que asumamos que indemnización y resarcimiento son conceptos idénticos. La norma en cuestión es enfática al señalar que si el despido es arbitrario el trabajador es acreedor de un pago por concepto de indemnización como única reparación por el daño sufrido. No obstante, como hemos indicado anteriormente, consideramos que este sentido de la norma restringiría desmedidamente los derechos del trabajador porque se encontrarían impedidos de reclamar eventuales daños de índole inmaterial.

Cabe añadir en este punto que fue esta norma la que inspiró al constituyente encargado de la nueva carta constitucional para que se plasmara en el artículo 27 de la Constitución Política de 1993 la siguiente regulación: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Como se puede advertir la norma actual efectúa una reserva de ley porque deriva la protección específica de la estabilidad a una norma especial, sin que ello signifique una desprotección del trabajador. Este tipo de tutela ha sido denominada por el Tribunal Constitucional (2001) en su sentencia recaída en el Exp. 976-2001-AA/TC como “Protección "reparadora”:

Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé,

una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

Ahora bien, luego de haber revisado los antecedentes de la regulación peruana, consideramos pertinente hacer referencia a la normativa comparada, a fin de verificar cómo es que en los países de la región se trata este tema.

Un primer caso de regulación del despido arbitrario lo encontramos en la norma colombiana. En efecto, el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano (1950) dispone lo siguiente sobre la materia:

ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA.

En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.
 1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, la normativa colombiana también tutela la estabilidad laboral a partir de un artículo que contempla la exigibilidad del pago de una indemnización si es que se resuelve el contrato sin causa justa. Asimismo, se debe tener en cuenta que esta norma declara expresamente que la indemnización contempla el lucro cesante y el daño emergente, sin embargo, a diferencia del caso peruano, no indica que esta es la única forma de reparación por el daño sufrido a partir de un despido arbitrario.

Por su parte, en el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo Chileno (2003), se regula el despido arbitrario de la siguiente forma:

Art. 168. El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que

éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;
- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

Al respecto, advertimos que la norma chilena contempla el pago de una indemnización como mecanismo de compensación tarifada sin hacer referencia a un único y exclusivo sistema compensatorio, menos aún, se advierte que la norma haga referencia a un sistema que compensa los daños derivados del despido porque no hace referencia a algún daño emergente o lucro cesante derivado del despido. En el sistema chileno, dependiendo de la infracción cometida por el empleador al despedir al trabajador la indemnización que deberá pagar irá aumentando en proporción a la falta cometida.

Por su parte, la Ley 20.744, Texto Ordenado por Decreto 390/1976, de la República Argentina dispone en su artículo 95 lo siguiente sobre el despido injustificado:

Art. 95. —Despido antes del vencimiento del plazo - Indemnización.

En los contratos a plazo fijo, el despido injustificado dispuesto antes del vencimiento del plazo, dará derecho al trabajador, además de las indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato en tales condiciones, a la de daños y perjuicios provenientes del derecho común, la que se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato [...]. (1976).

Esta regulación es bastante interesante porque contempla expresamente la posibilidad de reclamar una indemnización como mecanismo de compensación tarifada y la acción de resarcimiento que se encuentra vinculada a los daños que se podrían producir en el trabajador producto del acto de la rotura injustificada de la relación laboral, sin que ello signifique una exclusión entre ambos criterios. En esta norma podemos contemplar los alcances de la distinción entre resarcimiento e indemnización porque ambas puedes ser reclamadas sin que ello suponga una limitación entre mecanismos de tutela.

Por otro lado, el artículo 245 de dicho cuerpo normativo argentino dispone la denominada indemnización tarifada en caso se produzca un despido sin causa justa:

Art. 245. —Indemnización por antigüedad o despido.

En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento

del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. [...].
(1976).

Como se puede advertir de lo regulado en la legislación argentina, el despido acarrea una especie de sanción pecuniaria frente al acto de despido, podríamos asumir que bajo una idea de economía de mercado, se asume que el pago de la indemnización es el costo que debe asumir el empleador por despedir a su trabajador sin expresión de causa y esta es la lógica que revisten las legislaciones sudamericanas que hemos analizado hasta este punto.

En la legislación española el denominado despido arbitrario es conocido como despido improcedente. Este tipo de despido se produce cuando no se consigue demostrar el incumplimiento por parte del trabajador al momento de efectuar el despido o cuando el empresario ha ejecutado el despido sin seguir los procedimientos y/o formalidades que contempla la norma para este fin.

En tal sentido, un primer aspecto que destacamos de esta idea de improcedencia en el despido es que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, no cabe la posibilidad de despedir arbitrariamente y asumir un costo por tal acción, sino que, en España el pago de la indemnización se produce estrictamente como sanción frente a un acto que la ley no admite como posibilidad. En el Perú despedir tiene un costo y el empresario debe evaluar si es que lo asume o no, en tanto que en España existe estabilidad laboral y despedir sin justa causa no está permitido, aún cuando se desee pagar por tal acción. Por esta razón la indemnización se paga cuando ya se ha determinado que despedir al trabajador no procede. Sobre el particular, veamos lo que regula el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

Artículo 56. Despido improcedente.

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. (2015).

Como se puede advertir de la citada normativa, nos encontramos en un escenario en el que la posibilidad de despedir unilateralmente al trabajador no es permitida por la ley y, por ende, la indemnización solo entra a tallar cuando se ha declarado la improcedencia del despido.

3.2 **El despido arbitrario en la jurisprudencia peruana**

Luego de haber analizado la normativa nacional y comparada sobre el despido arbitrario, consideramos pertinente hacer una revisión de lo que entiende la jurisprudencia sobre el despido y las formas de indemnizarlo o resarcirlo; teniendo en cuenta que, desde nuestra perspectiva el despido no debería acarrear de forma automática asumir que se ha producido un daño moral en el trabajador. Para tal efecto, vamos a comentar un conjunto de pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales como marco de referencia de lo que se ha indicado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en la ciudad de Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019.

Un primer pronunciamiento que vamos a analizar es la Casación Laboral N° 17454-2017 del Santa de fecha 3 de diciembre de 2019, en el cual el señor Dany Elvis Rodríguez Manrique demandó a su ex empleadora la empresa Certificaciones del Perú Sociedad Anónima – CERPER por indemnización por despido arbitrario.

Se trata de un caso en el que el señor Rodríguez Manrique interpone demanda con el fin de que se declare la desnaturalización de los contratos eventuales e intermitentes suscritos con la demandada, así como el pago de una indemnización por despido arbitrario, en la suma de diez mil cuarenta y dos con 17/100 soles (S/ 10,042.17), más intereses legales, costas y costos del proceso.

En primera instancia se declaró infundada la demanda, puesto que, se consideró que el actor fue contratado para realizar labores de inspector exclusivamente vinculadas con el objeto del convenio celebrado entre la demandada y el Ministerio de la Producción; esto es desde la emisión de la Resolución Ministerial N° 338-2008-PRODUCE, según su contrato inicial y que se fueron prorrogando con adendas hasta su contrato final. En tal sentido, para el Juzgado se habría justificado la utilización de la modalidad contractual temporal intermitente, siendo la causa objetiva la celebración del convenio para la ejecución del Programa de Vigilancia y Control de la Pesca y Desembarque en el ámbito Marítimo, tal es así que en el marco del aludido programa tuvo periodos de inactividad en promedio de diez, quince y hasta veinte días en el mes, lo que denota la temporalidad o eventualidad de sus labores, fundamentalmente el carácter discontinuo de las mismas, determinando así que la contratación del actor resulte válida y revestida de eficacia legal.

En segunda instancia se confirmó la Sentencia de Primera Instancia, toda vez que, el colegiado consideró que respecto a la continuidad de labores, el actor tuvo periodos de inactividad en un promedio de quince días mensuales durante periodo de veda, por que no resultaba atendible lo peticionado.

El señor Rodríguez Manrique interpuso recurso extraordinario de casación mediante escrito de fecha 20 de junio de 2017, contra la sentencia de vista de fecha 6 de junio de 2017, siendo que dicho recurso fue declarado fundado y la Corte Suprema revocó la Sentencia apelada de fecha 4 de julio de 2016 reformándola declararon fundada la demanda; y, ORDENARON que la demandada abone a favor de la demandante la suma de diez mil cuarenta y dos con 17/100 soles (S/ 10,042.17).

Esto se debe a que el contrato no se suscribió acorde con lo regulado en el artículo 65 Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR para la validez de los contratos intermitentes, puesto que, la situación de intermitencia no había sido correctamente delimitada en el contrato de trabajo y, por tal motivo, no podría asumirse que el contrato con el demandante tenía esa naturaleza.

Otro pronunciamiento que vamos a analizar es la Casación Laboral N° 12854-2016 Moquegua de fecha 14 de noviembre de 2018, en el cual el señor Alex Wilfredo Montes Sosa demandó a su ex empleadora la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto. En efecto, se trata de un caso en el que el señor Montes Sosa interpone demanda con el fin de que el órgano jurisdiccional ordene a la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto el pago de la suma de ciento ocho mil seiscientos cuarenta y nueve con 67/100 soles (S/. 108,649.67) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por el tiempo que estuvo trabajando y luego fue cesado arbitrariamente, es decir, del uno de febrero de dos mil once al treinta de junio de dos mil trece, compensación económica que comprende: el lucro cesante y daño moral; con el reconocimiento de intereses legales y el pago de costas y costos del proceso.

En este punto podemos advertir cómo es que un caso de despido arbitrario genera una demanda de daños resarcibles, pese a que la norma limita la compensación a una indemnización tarifada.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda ordenando a la demandada cumpla con el pago por la suma de sesenta y ocho mil seiscientos noventa y seis con 36/100 soles (S/.68,696.36) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante, suma que representa las remuneraciones dejadas de percibir e infundado respecto al daño moral.

En segunda instancia se confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró fundada en parte la demanda, revocando la sentencia en el extremo que declaró infundada la demanda por lucro cesante por concepto de pago de la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones y escolaridad, reformándola declararon fundada; modificando la suma de abono en ochenta y ocho mil cuatrocientos diecinueve con 39/100 soles (S/.88,419.39). señalando como sustento principal de su decisión que para efecto de la restitución del daño alegado corresponde tomar como referencia para el cálculo de la indemnización la totalidad de los ingresos dejados de percibir por el demandante, llámese remuneraciones o beneficios sociales, conceptos que el actor habría percibido en forma regular si la demandada no habría puesto termino a la relación laboral en forma arbitraria.

Posteriormente, la empresa demandada interpuso recurso extraordinario de casación el 15 de julio de 2016 contra la sentencia de vista de fecha 1 de julio de 2016. En casación la Sala Suprema declaró fundado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, en consecuencia, casaron la Sentencia de Vista, y actuando en sede de instancia; REVOCARON la sentencia apelada en el extremo que ordena el pago de la suma de sesenta y ocho mil seiscientos noventa y seis con 36/100 soles (S/.68,696.36) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por concepto de lucro cesante; FIJARON la suma de pago por dicho concepto en cuarenta y ocho mil ochenta y dos con 00/100 soles (S/.48,082.00), y la confirmaron en lo demás que contiene.

Esto se debe a que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio del actor, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente. Asimismo, el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada.

Siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil (dispositivo que ha sido ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa. Dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello rechaza nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos.

Ahora veamos lo acontecido en la Casación Laboral N° 2126-2016 LA LIBERTAD de fecha 14 de agosto de 2018. En dicha jurisprudencia se aprecia que la señora Margarita Isabel del Carmen Santana Pinedo de Cuba demandó a su ex empleadora la empresa Colegio Sir Alexander Fleming S.A.C. pretendiendo que le pague una indemnización por incumplimiento de contrato de trabajo; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda, al considerar que la contratación habida entre las partes corresponde a una de naturaleza modal y, por ende, la indemnización por despido arbitrario debió ser pagada conforme al régimen de la contratación sujeta a modalidad.

En segunda instancia se revocó la Sentencia apelada, al considerar que se habría producido la desnaturalización de los contratos modales suscritos entre las partes, motivo por el cual se habría calculado correctamente la indemnización por despido arbitrario que le corresponde a la actora.

Posteriormente, la propia señora demandante interpuso recurso de casación el 30 de diciembre de 2015, contra la sentencia de vista de fecha 4 de diciembre de 2015, alegando que se habrían producido dos infracciones: i) Infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y ii) Aplicación indebida

de los artículos 4°, 385°, 5°, 35°, 63°, 72°, 73° y literal d) del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En esta etapa, la Corte Suprema declaró fundado el recurso, Casando la sentencia de vista, y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la Sentencia apelada de fecha veinte de febrero de dos mil quince, que corre en fojas ochenta y seis a ciento tres, que declara FUNDADA EN PARTE la demanda y ORDENARON que la entidad demandada cumpla con pagar a favor de la actora la suma de cincuenta y tres mil seiscientos setenta y nueve y 33/100 soles (S/53,679.33) por indemnización por despido arbitrario, con lo demás que contiene.

La Corte Suprema expuso que no se advirtió que el Colegiado Superior haya infraccionado el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que regula el debido proceso, toda vez que expresa los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la conclusión arribada, respecto de los extremos demandados, extremos que fueron objeto de impugnación por la demandante, habiéndose expuesto las razones suficientes, coherentes y que guardan conexión entre ellas, por ello, no es posible aducir una presunta infracción normativa respecto del dispositivo legal denunciado. Siendo así, la causal de orden procesal deviene en infundada. No obstante, la Sala Suprema advirtió que el Colegiado Superior ha aplicado de manera indebida los artículos 4%, 38% 63% y 72” del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues, resulta de aplicación el artículo 76° de la norma acotada, el cual prevé el supuesto de la indemnización tarifada para los contratos sujetos a modalidad, el cual es objeto de demanda.

Ahora veamos lo acontecido en la Casación Laboral N° 14839-2016 TACNA de fecha 14 de marzo de 2019. En dicha jurisprudencia se aprecia que el señor Richard Estrada Pacoricona demanda a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de Gregorio Albarracín Lanchipa pretendiendo que le pague una indemnización por

daños y perjuicios que comprende el daño emergente, lucro cesante y daño moral, al haber sido objeto por parte de la demandada de un despido incausado, solicitando además el pago de remuneraciones devengadas, vacaciones no gozadas y gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad; con el reconocimiento de intereses legales y costos del proceso.

En primera instancia el Juzgado declaró fundada en parte la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios. Por tal motivo, se ordenó a la entidad demandada pagar a favor del actor la suma de quince mil cuatrocientos treinta con 33/100 nuevos soles (S/.15,430.33), por concepto de lucro cesante, y la suma de mil doscientos con 00/100 nuevos soles (S/ 1,200.00) por concepto de daño moral; e infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios, lucro cesante, pago de remuneraciones devengadas, gratificaciones, vacaciones no gozadas, incrementos de remuneraciones al 3% por compensación, respecto al periodo dos de junio de dos mil diez al treinta y uno de julio de dos mil once. En segunda instancia la Sala Superior confirmó la sentencia apelada.

Posteriormente, la entidad interpuso recurso extraordinario de casación el 14 de julio de 2016. Sobre este medio impugnatorio la Sala Suprema declaró FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de Gregorio Albarracín Lanchipa, en consecuencia, NULA la Sentencia de Vista, e INSUBSISTENTE la Sentencia emitida en primera instancia; ORDENARON que el juez de la causa cumpla con emitir nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley, y observando las consideraciones que se desprenden la sentencia emitida por la Corte Suprema.

La Sala Suprema sostiene que el Colegiado Superior ha vinculado el pago del derecho reclamado y la forma de su cuantificación a la existencia de un mandato judicial (proceso de amparo), cuando debió analizar, si como consecuencia de la naturaleza restitutoria que emana de un proceso de amparo, correspondía disponer el pago de la indemnización reclamada teniendo como base de cuantificación la remuneración básica

dejada de percibir por el demandante, así como los otros conceptos que la integran por un periodo en que no hubo prestación efectiva de labores, más aún si se tiene en cuenta que la restitución es una figura totalmente distinta a la reparación o la indemnización; situación que evidencia que la decisión adoptada en la recurrida y en la sentencia de primera instancia carecen de una adecuada motivación.

En la Casación Laboral N° 15708-2019 Cajamarca de fecha 7 de julio de 2022 se aprecia que el señor Johnny Alex Mondragón Rebaza demanda al Ministerio de Agricultura y Riego pretendiendo que se le pague una indemnización por despido arbitrario e indemnización por daños y perjuicios por daño moral; más el pago de intereses legales, costas y costos del proceso.

En primera instancia el Juzgado declaró fundada en parte la demanda, amparando la indemnización por despido arbitrario, e infundada la indemnización por daño moral, al considerar que: i) los contratos de locación de servicios han cumplido con los tres elementos característicos de un contrato de trabajo como son: la prestación personal, remuneración y subordinación; por lo tanto, corresponde amparar su pretensión de indemnización por despido arbitrario, al demostrarse en el proceso que el cese de labores del demandante fue incausado; ii) No ampara el extremo de la indemnización por daño moral, al sostener que las pruebas ofrecidas por el demandante para acreditar dicho daño son insuficientes y no causan eficacia para acreditar una grave aflicción.

En segunda instancia se confirmó en parte la sentencia expedida en primera instancia y se revocó el extremo que declaró infundada la pretensión de indemnización por daño moral y reformándola la declaró fundada en parte y ordenó el pago de cinco mil con 00/100 soles (S/5,000.00).

Posteriormente, la entidad demandada interpuso recurso extraordinario de casación el 1 de febrero de 2019. Sobre este medio impugnatorio la Sala Suprema declaró fundado en parte el recurso de casación, casaron la sentencia de vista en el extremo que

ampara la indemnización por daño moral, actuando en sede de instancia, CONFIRMARON la Sentencia apelada de fecha 24 de julio de 2018, en cuanto declaró infundado dicho extremo; confirmando lo demás que contiene.

La Sala Suprema arribó a esa decisión porque indicó que resulta legalmente inviable disponer el pago de una indemnización adicional por daño moral, pues el artículo 34° del TUO de la Ley 728 es claro en establecer la indemnización tasada como única reparación por el daño sufrido; más aún si en este daño indemnizable tiene que acreditarse el nexo causal, sobre la base de los medios probatorios. Por tanto, el demandante no cumplió con su carga probatoria respecto del daño moral, ya que no se ha ofrecido pruebas suficientes que acrediten el detrimento en su esfera más íntima, tal cual es su teoría del caso.

Otro caso es la Casación Laboral N° 8960-2018-LIMA, la cual trata sobre el caso del Sindicato de Trabajadores Tributarios y Aduaneros – STTA en representación de Alick Miguel González Mujica quien interpuso la demanda de pago de indemnización por lucro cesante de S/124,260.03, el pago de indemnización por daño moral de S/50,000.00 y acumular el periodo vacacional trunco por ocasión del despido, con el tiempo de servicios prestado con posterioridad a su reposición. Sostiene que, fue despedido y que interponiendo demanda de amparo obtuvo la sentencia en el Expediente número 10777-2006-PA/TC, el cual declaró fundada la demanda interpuesta por un grupo de trabajadores incluido el actor, ordenando la reposición por despido incausado, habiendo sido reincorporado el dieciocho de mayo de dos mil nueve. Señala que, el daño moral se deriva de la pérdida, súbita e injustificada del trabajo, produciendo en el trabajador un sentimiento de temor y angustia, capaces de producirle, alteraciones emocionales y de afectar su equilibrio psíquico e incluso su salud física.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, ordena el pago de S/60,000.00 por concepto de lucro cesante y acumular el periodo vacacional trunco ocasionado por el despido arbitrario con el periodo posterior a la reposición

e infundada la demanda por indemnización por daño moral y remuneraciones devenidas. Argumenta que, los elementos de la responsabilidad civil se encuentran acreditados con el despido sufrido por el actor, conforme se corrobora de la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil siete, emitida en el Expediente número 10777-2006-PA/TC, donde se declaró fundada la demanda interpuesta por un grupo de trabajadores incluido el actor, ordenando la reposición por despido incausado. Sin embargo; refiere que el daño moral en la vía laboral debería tener sustento constitucional; es decir, su viabilidad debería depender de la afectación a derechos fundamentales reconocidos en la constitución. Este tipo de supuesto se presenta cuando el despido injustificado adicionalmente vulnera otros derechos de carácter fundamental ocasionando daños al trabajador afectado. Dentro del marco señalado, el actor fue cesado sin imputaciones que impidieran su reingreso a otras entidades privadas, más aún, se aprecia de la información de la declaración de renta, el actor estuvo prestando servicios para otras entidades del estado; siendo así, no se afectó su esfera moral y menos se encuentra acreditado.

En segunda instancia se revocó la sentencia apelada en los extremos que ampara la acumulación del récord vacacional y declaró infundada la indemnización por daño moral reformándola declararon infundada la acumulación del récord vacacional y fundada la indemnización por daño moral; en consecuencia, ordena el pago S/30,000.00 por lucro cesante y daño moral. Fundamenta su decisión; considerando los criterios asumidos tanto por el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en consonancia, con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha treinta y uno de enero de dos mil uno, la protección contra un despido lesivo de derechos fundamentales, no se agota en los efectos restitutorios, sino que debe dar lugar también al resarcimiento de los daños generados a consecuencia de un despido violatorio de derechos constitucionales. Respecto, al daño moral; considera que, el actor fue despedido indebidamente, sufriendo una vulneración del derecho al trabajo, lo cual revela que efectivamente se habría producido no solo una afectación patrimonial, sino además de sus sentimientos ya que, como trabajador dependiente, el empleo era su principal y única fuente de ingresos; y para efectos de fijar su monto, considera que

el actor tenía veintisiete años de edad al momento del cese por terminación de contrato de trabajo, asimismo tenía conocimiento en atención al contrato de que la relación de trabajo, estaba revestida de una formalidad la cual implicaba temporalidad, resultando previsible la terminación del vínculo laboral, aunque ello resultase la afectación de sus derechos constitucionales, consideraciones que determinan una indemnización por daño moral de S/5,000.00.

El demandante interpuso recurso extraordinario de casación alegando -entre otros aspectos- que, utiliza criterios errados para determinar el quantum del daño moral pues, la valoración equitativa se sustenta en la gravedad objetiva del menoscabo generado por el despido inconstitucional sufrido por el actor, careciendo de relevancia considerar que el actor conocía que iba ser cesado y desconoce la lesión de los sentimientos al ser despedido de un momento a otro, otorgando una suma irrisoria.

La Corte Suprema refiere que el demandante al solicitar el pago de la indemnización por concepto de daño moral, centra su posición argumentando que debido al cese arbitrario e irregular del cual fue objeto causó en su persona sufrimiento, por los años de servicio, aflicción por la pérdida de su trabajo. Sobre ello, se verifica que el demandante únicamente ha fundado sus argumentos relacionados al sufrimiento padecido, sin tener los elementos necesarios con los cuales se llegue a determinar si en realidad corresponde o no otorgarle el derecho peticionado, tomándose en cuenta que ha sido indemnizado por las instancias de mérito con una suma dineraria, máxime aun si no se ha acreditado un daño adicional al despido.

De esta forma; si bien el Colegiado Superior considera como criterio para establecer la cuantificación del daño moral las circunstancias particulares ocurridas en el caso concreto a pesar que no existe una debida acreditación del daño, no implica que los motivos considerados por el juzgador sean errados pues la propia norma le otorga la facultad de considerar elementos subjetivos para establecer la cuantificación del daño; por ende, es atendible que sean extraídos de las circunstancias del caso concreto siempre dentro de un parámetro de razonabilidad y pertinencia, lo cual no implica una

contravención al criterio de equidad establecido en el artículo 1332° del Código Civil. En mérito a lo expuesto, se concluye que el Colegiado Superior no ha incurrido en infracción normativa por interpretación errónea del artículo 1332° del Código Civil, por lo que la causal invocada deviene en infundada.

Otro caso es la Casación Laboral 30-2018-DEL SANTA, donde el demandante Segundo Julio Reyes Velásquez, solicita el pago de S/ 410,309.38 por indemnización por daños y perjuicios por los conceptos de lucro cesante, daño emergente y daño moral, más intereses legales, costas y costos del proceso.

En Primera Instancia se declaró infundada la demanda, al considerar que el actor no acreditó un daño adicional a la pérdida del empleo, basando su petición en el despido arbitrario que sufrió por parte de la demandada, por el cual fue indemnizado en virtud a otro proceso judicial; en consecuencia, al no haber demostrado un daño adicional, no se ha configurado el daño alegado.

En Segunda Instancia se confirma la sentencia, sosteniendo que la indemnización tarifada comprende los daños patrimoniales así como los extrapatrimoniales originados por el despido, asimismo, la indemnización peticionada por el actor, por daño moral, está comprendido por sentimientos de aflicción que ya se encuentran incluidos en la indemnización tarifada debidamente percibida, en relación al daño a la persona, al igual que al proyecto de vida y el daño emergente, ya fue cubierto con la indemnización tarifaria, que le fuera otorgado en el proceso judicial anterior.

El demandante interpone recurso extraordinario de casación donde se busca determinar si le corresponde o no al actor, la indemnización por daños y perjuicios por los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño a la persona y al proyecto de vida, por haber sufrido un despido arbitrario.

La Sala Suprema señala que la indemnización por despido arbitrario ha sido establecida por el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728,

Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, como única reparación por el despido arbitrario de la relación laboral. Por otro lado, se debe tener en cuenta que todo despido injustificado, trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto de una manera u otra, deja de percibir remuneraciones y queda en el desamparo económico. La sala considera que existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario y que además se otorga con un máximo de doce (12) remuneraciones; en tanto, la indemnización por el daño moral solicitado por el actor, no se encuentra comprendido dentro de la misma, al tener naturaleza jurídica distinta; esto es, aquella conducta que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador y la suma que se ordenase pagar no se encuentra encasillada o tarifada, hasta un monto determinado, sino que aquel, debe establecerse, conforme a lo dispuesto en el artículo 1332º del Código Civil; aspecto que debe ser analizado por el Colegiado Superior a efectos de evaluar, dentro del contexto anotado el daño moral, como consecuencia del despido arbitrario. Declarado fundado el recurso.

Otro caso para analizar es la casación N° 5008-2010-LIMA. Se trata de un caso en el que el señor Pompeyo Nicacio Gaspar Acco (en adelante Sr. Pompeyo) interpuso demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la empresa Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada y su apoderado, Wallace Edgar Aranibar Osorio, para que cumplan con pagarle por concepto de indemnización la suma de US\$ 25,000.00 por los daños y perjuicios causados como consecuencia del despido arbitrario del que fue objeto por parte de su empleadora.

El Sr. Pompeyo sostenía que en 1997 la empresa Hilados Andinos presentó ante la autoridad de trabajo una solicitud para proceder con el cese colectivo de sus trabajadores; sin embargo, tal pedido les fue negado por Resolución Directoral número 0497- TR/DRTPSL de fecha tres de febrero del año mil novecientos noventa y ocho,

por lo que el actor y los demás trabajadores debían reincorporarse a su centro de labores. No obstante, la empresa se negó a cumplir con la resolución administrativa. Sostenía el Sr. Pompeyo que el 11 de febrero de 1998 el efectivo policial Joel Fernando Zavala Carrillo, a solicitud del Gerente de la empresa, Sr. Wallace Edgar Aranibar Osorio, adulteró una constancia policial en la que se consignaba que los trabajadores no se hicieron presentes a laborar entre los días siete al once de febrero de 1998. Cabe señalar que este documento efectivamente fue adulterado, conforme quedó acreditado en el proceso penal seguido ante la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú, en la que se expidió sentencia condenando al Teniente de la Policía Nacional del Perú, Joel José Fernando Zavala Carrillo, como autor del delito contra la Fe Pública - Falsificación de documentos.

Evidentemente, lo que buscó hacer la empresa es legitimar el despido por una aparente causa justa (la falta injustificada por 4 días consecutivos) con la constancia policial, a fin de que el Juzgado Laboral no le otorgue los derechos que le correspondían al trabajador. Asimismo, se valieron de este documento para concluir una relación laboral de 14 años, con lo cual, se habría generado una severa afectación moral en él.

El juez de primera instancia declaró fundada en parte la demanda interpuesta por el Sr. Pompeyo, únicamente respecto del denunciado civil Joel Fernando Zavala Carrillo, y ordenó que este pague al demandante la suma de S/ 10,000.00, declarando infundada la demanda respecto de los codemandados Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada y Wallace Edgar Aranibar Osorio.

Posteriormente, se apeló la decisión argumentando que se habían producido vicios procesales. Ya en segunda instancia, la Sala Superior confirmó la sentencia apelada en cuanto declara fundada la demanda respecto de Joel Fernando Zavala Carrillo, pero revocó la decisión en el extremo que declaró infundada la demanda respecto de la empresa Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada, y reformándola ordenó que la citada empresa pague solidariamente con el denunciado civil el monto indemnizatorio

fijado, confirmándola en cuanto declara infundada la demanda respecto de Wallace Edgar Araníbar Osorio.

La empresa demandada interpuso recurso extraordinario de casación alegando -entre otros aspectos- que la sentencia de vista era incongruente porque no se había aportado prueba material del alegado nexos causal, en tanto la participación del referido code mandado en la adulteración de la citada denuncia no se acreditó a nivel policial ni en los presentes autos, no habiendo sido ponderada tal circunstancia por la Sala Superior al resolver el proceso porque no se podía sancionar a la empresa por un hecho que ellos no habían provocado. Asimismo, señalaron que la Sala Superior no habría indicado cómo es que la angustia, aflicción y sufrimiento que se habría causado al demandante fue corroborado en el proceso. En tal sentido, alegaban que no se había aportado prueba material ni indicio alguno sobre el daño moral, apreciándose únicamente que para la Sala Superior la pérdida de trabajo sería el fundamento del resarcimiento, sin que ello tenga la característica de prueba material del alegado daño moral.

Cabe mencionar que la empresa alegaba que el cese de la relación laboral se produjo por despido arbitrario del accionante, es decir, por una decisión del empleador de carácter inmotivado y no por efecto de la referida constancia policial, con lo cual, a lo único que tenía derecho el empleado era a recibir una indemnización tasada que no reconoce el daño moral, tal y como lo contempla el Decreto Supremo número 003-97- TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

La Corte Suprema dijo en este caso que el daño moral es una parte integrante del daño a la persona, sin embargo, es un daño de difícil probanza, pero cuya existencia no puede ser negada dependiendo de los alcances del daño y las esferas que afecte, sean de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos: en cuanto a

sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Aplicando esta lógica al caso, la Corte Suprema señaló que era evidente que la pérdida abrupta de un puesto de trabajo, que servía no solo como fuente de ingresos económicos para la subsistencia del trabajador sino además de su familia, había generado angustias y sufrimiento a quien lo padeció, más aún si se vio conducido a reclamar judicialmente sus derechos laborales a través de un proceso que duró aproximadamente nueve años. Para los magistrados supremos estos aspectos eran tangibles y evidentes que no podían ser soslayados en un análisis de responsabilidad civil.

Entonces, habiendo determinado que el despido por sí mismo es generador de daño moral, la Corte Suprema indicó que no debe confundirse el derecho al resarcimiento por el daño moral con el monto indemnizatorio que finalmente se asigne; por cuanto el artículo 1984 del Código Civil establece que el daño moral es indemnizado “considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”; en consecuencia, para efectos de establecer la magnitud y el menoscabo a que se refiere la norma, el juzgador debe valerse de todos los elementos de prueba, sucedáneos e indicios que le permitan evaluar este daño equitativamente. En consecuencia, encontrándose debidamente establecida la configuración del daño a consecuencia del despido que sufrió el demandante y cuya arbitrariedad pretendió ser desvirtuada por su empleadora con un documento manifiestamente adulterado, no se configura la falta de acreditación del daño moral que se alega en el recurso de casación, razón por la cual, esta fue declarada infundada.

Como se puede advertir de este primer caso, la Corte Suprema asume que el despido por sí mismo es un hecho generador de una aflicción susceptible de resarcimiento. Cabe señalar que no se exigió mayor probanza sobre el daño moral, sino que, solamente se tomó como referencia el despido y la situación de aflicción anímica que pudo haber padecido el trabajador para que se conceda un resarcimiento por daño moral.

Otro caso peruano bastante interesante para el análisis es la CASACIÓN N° 5721-2011-LIMA, en donde el señor David Prudencio Rosado Alayza (en adelante Sr. Rosado) interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Telefónica del Perú S.A.A., a fin de que se le abone la suma de S/. 800,000.00 (ochocientos mil con 00/100 nuevos soles), que comprende los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, como consecuencia del despido arbitrario del cual tomó conocimiento mediante la carta notarial de fecha 25 de junio de 2002, por la demandada. Asimismo, señala que también le asiste el derecho a que le paguen los intereses legales devengados desde la fecha en que se produjo el evento dañoso más las costas y costos del proceso.

El demandante sostiene que la decisión arbitraria de despido fue consecuencia de su afiliación al Sindicato de Empleados de la Empresa Telefónica, habiéndose despedido a más de quinientos trabajadores por esta razón. El citado sindicato interpuso acción de amparo ante el 64° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo que en segunda instancia la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró nulo dicho despido, disponiendo la reposición del recurrente el 4 de noviembre de 2004. No obstante, no se terminó de resolver el resarcimiento de las remuneraciones, beneficios económicos legales, convencionales y pensionarios acumulados durante el tiempo de servicios que le habría correspondido percibir en el periodo en el que no laboró para la entidad demandada. Asimismo, menciona que a causa del incumplimiento de sus obligaciones se produjo el protesto de determinados títulos valores y ha sido reportado como moroso en las centrales de riesgo de nuestro medio, habiendo quedado descalificado como sujeto de crédito.

En primera instancia el juzgado de origen expidió la sentencia de fecha 26 de julio del 2010 en la cual se declaró fundada en parte la demanda y ordenó que la demandada cumpla con pagar al demandante, por concepto de responsabilidad civil la suma de S/ 25,000.00 por lucro cesante y S/. 25,000.00 por daño moral, más el pago de los intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño, con costas y costos del pro-

ceso. La sentencia considera que en lo que respecta al daño emergente, no puede ampararse dicho concepto por no encontrarse fehacientemente sustentado. Respecto del lucro cesante, indica que el actor no ha acreditado de modo alguno que se encontrara impedido de realizar otras labores que le permitieran tener otro ingreso económico, aparte de su sueldo, por tanto, la liquidación de remuneraciones resulta solo referencial por lo que de conformidad con el artículo 1332 del Código Civil se fijó la indemnización en un monto prudencial y razonable de acuerdo con la realidad económica del medio. Acerca del daño extrapatrimonial, el Juzgado consideró que también debía cuantificarse de manera equitativa, pues este concepto resulta subjetivo y debe fijarse tomando en cuenta el equivalente al daño patrimonial.

Sobre el daño al proyecto de vida que alegaba haber sufrido el demandante, la Corte Suprema señaló que no se ha probado que el despido le haya impedido desarrollar alguna expectativa cierta e inminente, más allá de la angustia, máxime que, habiendo sido reincorporado al servicio activo, de alguna manera se le ha mitigado dicho menoscabo extrapatrimonial, no resultando amparable el daño al proyecto de vida.

Tanto la parte demandada como la demandante interpusieron recurso de apelación contra la sentencia. Por tal motivo, en segunda instancia asumió competencia la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Lima, la cual expidió la sentencia de vista de fecha 21 de julio de 2011, confirmando la sentencia apelada en cuanto declaró fundada en parte la demanda y la revocó solo respecto al *quántum* indemnizatorio, fijando las siguientes sumas: S/ 100,000.00 por concepto de lucro cesante y S/ 200,000.00 por concepto de daño moral; integrando la propia sentencia apelada en su parte resolutive, respecto a los conceptos de daño emergente y daño a la persona (proyecto de vida), los cuales se confirmaron como infundados.

Ahora bien, de la revisión de la sentencia de segunda instancia se advierte que el despido sin causa fue analizado y resuelto en el proceso de amparo, donde quedó establecida plenamente la ilicitud de la conducta de la demandada para continuar con el ejercicio de lo previsto en el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto

Legislativo número 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo número 003-97-TR, en aplicación de la sentencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente número 1124-2001- AA/TC. Respecto al nexo causal como también en lo que atañe al factor de atribución señala que la empresa recurrente procedió a despedir al actor poniendo término a la relación laboral en atención a una norma válida, estableciéndose entonces que llevó a cabo el despido de manera consciente y voluntaria, es decir de modo doloso. Agrega que se encuentra demostrado que existe responsabilidad civil extracontractual de parte de la demandada al haber actuado de forma antijurídica con el despido producido. Señala también que no se ha acreditado prueba sobre el daño emergente; en cambio, sobre el lucro cesante se tiene en cuenta la remuneración que se ha dejado de percibir, que sirve como punto de cálculo dado que no se están cancelando las remuneraciones. En esa perspectiva, la boleta de pago de fojas cuarenta y cuatro determina que el actor percibía mensualmente la suma de S/ 4,169.94 por concepto de sueldo y que ha dejado de percibir sus remuneraciones y demás beneficios por un lapso de veintiocho meses, además el hecho de que el demandante se encuentra repuesto en su centro de trabajo desde el 4 de noviembre de 20004, razón por la cual se considera equitativo un monto de indemnización por daño patrimonial ascendente a la suma de S/ 100,000.00.

En cuanto al daño moral la Sala Superior estimó que el monto determinado por el juez de primera instancia no es proporcional a las situaciones que atravesó el demandante por el despido y las ulteriores consecuencias de dicho acto ilícito, por lo que de conformidad con el artículo 1332 del Código Civil, consideró estimarlo en un monto acorde al daño en la suma de S/ 200,000.00.

La empresa apelante señaló que no existe daño alguno ya que al realizar el despido del demandante se limitó a aplicar lo dispuesto en el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97- TR. En virtud de dicha norma al trabajador no le corresponde ninguna suma adicional más que la compensación que contempla el artículo en cuestión. No obstante, esta alegación no fue suficiente como para que la Sala

Superior adopte un criterio distinto y, por ende, se rechazaron los términos expuestos por la empresa.

Posteriormente, contra la sentencia de segunda instancia Telefónica interpuso recurso extraordinario de casación alegando que se había aplicado de manera indebida el artículo 6 del Decreto Supremo número 003-97-TR, pues se ha tenido en cuenta para establecer la indemnización las remuneraciones del demandante, sin tener en cuenta que esta solo se percibe por servicios prestados. Sobre dicho punto Telefónica sostuvo que la afirmación de la Sala Superior era errada porque se había tomado como “referencia” para el cálculo indemnizatorio las remuneraciones dejadas de percibir, es decir, estas se han tenido en cuenta como dato para hacer la liquidación y en el entendido que siendo el lucro cesante algo que se ha dejado de percibir lo más correcto era tener un monto racional para desde allí fijar el *quántum* indemnizatorio, mas no el total de la remuneración mensual.

Sobre este punto, lo que señala la Corte Suprema es que el criterio expuesto por la Sala Superior es correcto debido a que cuando se expide una sentencia lo que realizan los jueces es un control intersubjetivo del pensar y de lograr un discurso narrativo coherente posible de contrastar y corroborar. Para la Sala Suprema la sentencia de vista cumplió con esos objetivos porque propiamente no hay infracción alguna a la norma laboral antes aludida, ni al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que regula la analogía, pues en este caso no se habría equiparado el concepto remuneraciones con el de indemnización, sino simplemente la ha tenido como referencia para establecer el monto del lucro cesante.

Por el mismo motivo, debe descartarse la infracción al artículo 34 del Decreto Supremo número 003-97- TR, en tanto que en el caso no se ha ventilado un proceso laboral sino uno de naturaleza civil. Siendo esto así la Sala Suprema considera que el monto otorgado como indemnización por lucro cesante, que corresponde a la suma de S/ 100,000.00 es uno que se encuentra ajustado a derecho.

En cuanto al daño moral, la Corte Suprema sostiene que la justificación realizada por la Corte Superior no es la más adecuada porque al momento de establecer el quantum indemnizatorio este consideró aspectos tales como el despido intempestivo o improvisado que repercutió en los sentimientos y emociones del demandante; la existencia de un proceso judicial con el fin de lograr su reposición en el trabajo; la inexistencia de ingresos económicos; el criterio de equidad y la capacidad económica del causante del daño. Estos criterios, a juicio de la Corte Suprema no eran los más apropiados porque la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante, dado que lo que se evalúa es el daño causado y la posibilidad de su reparación integral. En tal sentido, la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo, quien es el que sufre las perturbaciones de ánimo y los padecimientos afectivos. Tampoco se debe asumir que la equidad no es un concepto con el que a través de su sola invocación soluciona un inconveniente jurídico. Se debería explicar cuál es la corrección que se realiza de la ley, por qué debe hacerse esta y qué criterio es el que se va a utilizar, caso criterio la equidad queda sin contenido. En tal sentido, la Corte Suprema consideró que este ejercicio intelectual no fue realizado por la Sala Superior y, por ende, la indemnización que se ha fijado revestiría aspectos de carácter arbitrario.

Ahora bien, pese a que la Corte Suprema señaló que los criterios empleados por la Sala Superior no eran los más idóneos, indicaron que no cabía duda de que la conducta de la demandada menoscabó los sentimientos y generó aflicción al demandante. Sostenían ello porque se indicaba que constituye una máxima de experiencia que el despido genere en el individuo que pierde sus labores una etapa de desconcierto y de penuria que lo afecta. No obstante, en este caso el desconsuelo se habría mermado por el hecho de que a once días útiles del despido se emitió la Sentencia del Tribunal Constitucional, que indicaba una ruta a seguir, que es la que precisamente siguió el demandante, auxiliado por el Sindicato de Empleados, lo que supone una ayuda que debe ser también evaluada. Así las cosas, la Corte Suprema consideró que se había otorgado una indemnización excesiva por este tipo de daño, tanto por las razones

anotadas como porque la inexistencia de ingresos económicos es reparado en parte por la reparación por lucro cesante que se estaba entregando.

Bajo ese orden de ideas, la Corte Suprema fijó el monto de la indemnización por daño moral en la suma de S/ 50,000.00, la cual constituye una suma que representa la mitad de lo entregado por lucro cesante y que tiene en cuenta además de lo ya expuesto, las características vitales del demandante (persona de cuarenta y siete años cuando sucedieron los hechos) y su posibilidad de reponerse del ánimo mellado, más aún si el despido tampoco puede suponer que el individuo entre en un estado de postración que lo imposibilite a seguir su existencia.

Por estas consideraciones la Corte Suprema declaró infundado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la empresa demandada Telefónica del Perú S.A.A. en cuanto al monto indemnizatorio por lucro cesante y fundado respecto del monto impuesto por daño moral. En tal sentido, se dispuso revocar la sentencia de vista en ese extremo disponiendo que el monto indemnizatorio por concepto de daño moral sea de S/ 50,000.00.

Como se puede advertir, en este caso existen temas bastante relevantes para nuestro análisis. Un primer punto es el hecho de que se admite la idea de que frente a un despido arbitrario motivado por hechos que son protegidos constitucionalmente como la libertad sindical podrían dar lugar lógicamente a un resarcimiento por daño moral como reparación adicional y distinta a la indemnización tarifada que contempla la norma. Es decir, excepcionalmente podría entregarse una suma de dinero por este concepto de forma adicional si es que se logra acreditar que el despido supone la afectación de derechos fundamentales ligados a los derechos de la personalidad del ser humano.

No obstante, al igual que el primer caso que fue materia de análisis, aquí la Corte Suprema también asume que el despido es el hecho que habilita la posibilidad de

reclamar un resarcimiento adicionalmente a la indemnización tarifada, sea que la alegación de resarcimiento de vincule con el daño moral o material.

El tercer caso del ámbito nacional que analizaremos es el que motivó la expedición de la sentencia del 13 de octubre de 2014 por parte de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el expediente N° 03183-2010-0-1706-JR-CI-01. En este caso el demandante Jaime Alfaro Becerra postuló como pretensión que la demandada empresa AgribRANDS Purina Perú S.A., le pague S/ 350,000.00 como indemnización de daños y perjuicios que incluye el daño emergente (S/. 5,000) y el daño moral (S/ 350,000), causados producto del despido injustificado del cual afirmaba haber sido objeto por parte de su empleadora demandada.

En primera instancia, el Primer Juzgado Civil de Lambayeque declaró fundada en parte la demanda, ordenando que la demandada Empresa AgribRANDS Purina Perú S.A. pague al demandante Jaime Alfaro Becerra la suma de S/ 1,000.00 por concepto de daño moral; e infundada la demanda en el extremo referido a la indemnización por daño emergente, calculándose en ejecución de sentencia los intereses legales correspondientes.

Pese a que se descartó ampliamente la pretensión de daño moral planteada por el demandante, la parte demandada apeló la sentencia indicando que esta había sido emitida con clara violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales; que el Juzgado no había tomado en cuenta el hecho de que la reposición o indemnización por despido arbitrario constituyen los únicos mecanismos frente al despido arbitrario, y por ende, al habersele repuesto laboralmente se le habría reparado adecuadamente por todo concepto. Asimismo, en apelación de sentencia señaló que el demandante no había cumplido con acreditar el supuesto daño moral ocasionado, habiendo el juzgado basado su decisión únicamente en las afirmaciones del actor.

Por su parte, el demandante, Jaime Alfaro Becerra también interpuso recurso de apelación, pero solo en el extremo del monto fijado como indemnización por daño moral, solicitando que se revoque la decisión alegando que su pretensión reúne los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, y que la afectación moral sufrida se ha manifestado en el hecho de que al momento del despido dependía exclusivamente de sus remuneraciones por más de veinte años para subsistir. Asimismo, refiere que con motivo de su despido, fue objeto de burla y mofas por parte de personas de su entorno, lo cual había mellado su honor y el de su familia, habiendo tenido que trajinar para lograr su reposición laboral.

Ahora bien, al sustentar su postura, la Sala señaló que la protección frente al despido arbitrario constituye el desarrollo y configuración de lo regulado por el artículo 27 de la Constitución Política el cual considera en forma ineludible que el despido de todo trabajador efectuado en forma arbitraria es repulsivo al ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, la Sala sostenía que, si el juez había advertido la configuración del despido arbitrario, no debía sino reconocer la existencia de perjuicio irrogado con motivo de dicho agravio constitucional. Es decir, para la Sala, si ya se había determinado la existencia de la arbitrariedad del despido existía prueba suficiente de que existe un grado de certeza sobre la configuración de un hecho antijurídico generador del daño que se reclama indemnizar en la vía civil.

Asimismo, la Sala Superior señaló que, cuando se trata del daño moral, este hecho conllevaría a sostener que tal tópico resulta invalorable económicamente, pues no contienen un concreto valor pecuniario o patrimonial; sin embargo, corresponde fijar un monto que de alguna manera, indemnice la lesión afectiva sufrida por la víctima. En tal sentido, se advierte que la Sala Superior rechaza abiertamente la postura del juzgado de primera instancia calificando de “patética” la indemnización otorgada por el órgano de primera instancia y, por tal motivo, la incrementó a S/ 5,000.00.

Cabe mencionar que la Sala Superior indicó que este monto era el que se debía otorgar porque el despido se produjo de forma repentina dejando al demandante sin la fuente

de ingresos de sostenibilidad de su familia; que su trabajo lo venía desempeñando por un aproximado de veinte años y que generó en el entorno laboral una afrenta que menoscabó sus sentimientos, además, tuvo que desplegar actividades de atención a su proceso judicial a efectos de ser efectiva su reincorporación laboral definitiva; por lo que es menester disponer su resarcimiento por tratarse de un sufrimiento injusto.

Lo que señala la Sala Superior es que se debe incrementar el daño moral en este caso porque se trata de una afectación que no solo se produce en el trabajador, sino también en su familia cercana, con lo cual, para el otorgamiento de una indemnización por este tipo de daño no se requiere una actividad probatoria acuciosa porque sería manifiesta la aflicción del trabajador por haber laborado por casi dos décadas y de un momento a otro haberse quedado sin trabajo.

Como se puede advertir de lo expuesto por la Sala Superior, se asume nuevamente que el despido per se genera una aflicción moral susceptible de resarcimiento, sin evaluar el hecho de que la indemnización por despido arbitrario o la reposición, como sucedió en este caso, tendría que ser el único tipo compensatorio que se entregue. Con ello no se niega la posibilidad de que indemnización y resarcimiento concurren en un mismo hecho, sin embargo, consideramos que solo el padecimiento anímico producto del despido no debería dar lugar a un daño resarcible porque este ya estaría compensado con la indemnización tarifada, sino que, tendría que existir una conducta altamente reprochable del empresario para que se justifique un pago adicional.

Un cuarto caso que exponremos como referencia de lo que viene sucediendo en nuestra jurisprudencia es la casación N° 699-2015-Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en donde se planteó como materia jurídica de debate lo siguiente: “Que la materia jurídica en debate del presente proceso consiste en establecer si como consecuencia del despido arbitrario que sufriera el demandante por parte de su empleador se le deba indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados, los cuales comprenden el lucro cesante, daño emergente y daño moral”.

Luego de haber planteado el tema, en el fundamento sétimo de la sentencia la Corte Suprema declaró que el despido arbitrario supone un incumplimiento de obligaciones por parte del empleador al no respetar el contrato de trabajo. El despido arbitrario sería una conducta antijurídica y causa adecuada de un daño injusto e indemnizable.

Posteriormente, en el fundamento décimo segundo, la Sala Suprema declara que en un caso de despido arbitrario el trabajador despedido sufre dolor, angustia, aflicción física o espiritual por lo que resultaría amparable la pretensión de resarcimiento de daño moral. Esto se debería al hecho de que el despido mismo supondría un posible deterioro de la imagen del trabajador ante sus familiares, amigos y la sociedad en general.

Este criterio de resarcir el daño moral en los casos en los que se ha producido un despido arbitrario también ha sido recogido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en Tacna el 23 y 24 de mayo del 2019. En este pleno en el que participaron 94 jueces superiores de las 34 Cortes Superiores de Justicia se acordó por mayoría que en aquellos casos en los que se discutan pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario, los cuales hayan sido declarados judicialmente como tales; el daño moral se presume si es que se hubiese vulnerado algún otro derecho fundamental como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, pese a que el artículo 34 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR, contempla que, si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido; la jurisprudencia ha venido aceptando el pago de resarcimientos -mas indemnizaciones- por concepto de daño moral por el solo he-

cho de haberse producido el despido sin exigir la acreditación de los hechos reprochables que ameritarían el pago de un conceto al adicional que establece la norma en cuestión.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, como ya se ha dicho en capítulos precedentes, la indemnización que contempla el artículo 38 de la referida norma no tiene que ver en absoluto con un tema resarcitorio, sino estrictamente indemnizatorio. Por esa razón es que dicha norma establece una indemnización tarifada a modo de sanción civil por el hecho de haber ejecutado el despido sin seguir los lineamientos que la ley laboral contempla. Por tal motivo, si razonásemos en función de la norma, frente a un despido arbitrario solo cabría el pago de un equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

3.3 El despido arbitrario como supuesto de tutela indemnizatoria y la acreditación del daño moral para legitimar la tutela resarcitoria

Luego de haber analizado la regulación nacional y comparada del despido arbitrario, así como la tendencia jurisprudencial que se inclina por asumir que el despido arbitrario es un supuesto que permite presumir la existencia del daño moral, pese a lo que regula taxativamente el artículo 34 del D. S. No. 003-97-TR sobre indemnización tarifada como única posibilidad de reparación frente a un hecho de este tipo, en esta sección nos corresponde sustentar las razones por las cuales consideramos que el despido solo debería generar como regla general el pago de una indemnización y de forma excepcional un resarcimiento por daño moral si es que se acredita su existencia a partir de indicios suficientes y se expone cuál fue la conducta del empleador que conllevó al despido.

Para entender esta lógica, lo primero que nos preguntamos es: ¿qué aspectos quedarían compensados si solo tomamos como base la indemnización tarifada? Consideramos que bajo un planteamiento de este tipo podrían darse dos situaciones:

La primera de ellas plantearía un escenario en el que la indemnización tarifada contemplada en el artículo 34 del D. S. No. 003-97-TR sería un medio de tutela frente al despido arbitrario y, por ende, cubriría todo daño que se haya ocasionado a causa de dicho despido. Bajo este escenario y, partiendo de la premisa de que la norma se interpreta de manera literal, esta indemnización supondría la compensación por todo tipo de daño, es decir, no solo aquel daño de índole material, sino también el moral.

Si partimos de esta premisa, estaríamos aceptando que si el despido arbitrario hubiese sido causado en una situación degradante para el trabajador, al ser la indemnización el único mecanismo de compensación, el empleado no podría reclamar la vulneración de sus derechos al honor o su dignidad como ser humano. La indemnización bastaría para cubrir todos estos daños causados, no por el despido en sí mismo, sino por la forma en la cual se produjo el despido. El hecho generador no sería el despido sino la forma en la que se despidió. Si la indemnización tarifada cubriese todo tipo de daño por ser el único mecanismo de compensación, no interesa la forma en la que se produce el despido, puesto que, en cualquier escenario, la indemnización ya ha sido pre-fijada y no habría nada más por compensar. La indemnización en este supuesto sería el mecanismo de reparación integral que ha encontrado la norma para compensar el derecho a la estabilidad laboral del trabajador.

La segunda opción sería aceptar que la indemnización como mecanismo de compensación no resulta suficiente para alcanzar a resarcir daños morales en caso el despido arbitrario se haya producido en condiciones denigrantes o aberrantes para el trabajador por más que la norma regule que este es el único mecanismo compensatorio. Es decir, aceptaríamos la idea de que el artículo 34 materia de análisis solo cubriría aquel daño vinculado al derecho del trabajo, mas no los daños distintos a este. En este segundo escenario la indemnización presentaría una falencia que podría ser cubierta por la tutela resarcitoria.

Bajo esta segunda postura la posibilidad de indemnizar bajo los términos de los artículos 34 y 38 de la Ley Laboral y resarcir es perfectamente viable a partir de una

interpretación sistemática y constitucional de la normativa nacional. Lo anterior no significa que el despido per se sea una causal de resarcimiento por haberse generado daños morales, sino que, la forma cómo se produjo el despido arbitrario sí podría dar lugar a una afectación del estado anímico del trabajador causándolo severos traumas en su valoración de sí mismo y en la forma en la que la sociedad lo percibe como elemento de valor.

Ahora bien, si asumimos la primera postura, a partir de una aplicación irrestricta del artículo 34 de la Ley Laboral, nos encontramos en un escenario en el que el mecanismo de tutela indemnizatorio podría ser insuficiente para proteger ámbitos más amplios de vulneración producto de un despido arbitrario. Si bien la norma en cuestión no presenta una regulación flexible en cuanto a la extensión o interpretación de la misma al disponer expresamente que es el “único mecanismo” frente a los daños que se podrían causar como consecuencia del despido arbitrario, nos resulta razonable y prudente pensar en que el despido arbitrario, por su sola naturaleza abrupta, genera una alteración emocional en el trabajador, sin embargo, este solo hecho no podría dar lugar a la generación de un daño resarcible porque la misma norma dispone que el despido es un acto permitido en nuestro ordenamiento siempre que se cumpla con pagar la indemnización tarifada.

En ese sentido, la tutela resarcitoria solo tendría lugar en la medida que el despido sea un hecho lo suficientemente grave como para generar una alteración en la esfera jurídica interna del trabajador que justifique el pago de un resarcimiento por daño moral. Para esto, no hace falta solo que se acredite el despido arbitrario como tal, sino que, se demuestre que el despido se produjo en un contexto aberrante o traumático para el trabajador. No se resarciría el despido en sí, sino la forma en la que se despidió y cómo ello repercutió en el estado emocional del trabajador.

Cabe mencionar que el contexto histórico en el que se emitió la norma en cuestión tuvo que ver con el fomento de la inversión y la atracción de capitales en un país que se encontraba destruido económicamente. Esto generó la flexibilidad de los derechos

laborales y una regulación rígida en cuanto a los remedios resarcitorios de un hecho que, a priori, parecería ilícito dado el carácter tuitivo del derecho laboral.

En efecto, si nos remontamos a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 728 no vamos a encontrar mayor sustento sobre la lógica de la indemnización como único mecanismo de compensación, ni cómo es que se establece las 12 remuneraciones como el tope de la indemnización a pagar por parte del empleador al trabajador despedido. Es decir, si analizamos hoy en día esta norma, podríamos asegurar que el trabajador se encuentra frente a un potencial abuso del empleador en la medida que la indemnización tarifada podría no ser suficiente para cubrir todos los supuestos en los que se podría producir un despido.

No obstante, la realidad histórica nos dice que el legislador castigó la estabilidad laboral con la finalidad de generar un escenario más atractivo para la inversión. Hoy en día esto ya no es necesario y, por ende, nos permitimos aceptar que la indemnización no es suficiente y que se podrían abrir las puertas a la evaluación de un resarcimiento si es que el contexto amerita resarcir un daño moral derivado de la forma en la que se produjo el despido.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, hay que señalar que el marco normativo sobre el despido arbitrario se formuló en un contexto convulsionado en el que la necesidad de reactivación económica probablemente hizo que la estabilidad laboral se vea afectada. Por tal motivo, bajo la normativa peruana vigente el despido arbitrario es perfectamente aplicable si es que el empleador está dispuesto a asumir los costos de la indemnización tarifada. Digamos que dicha indemnización sería el costo por despedir.

En ese orden de ideas, debemos tener en cuenta que, si bien el mecanismo indemnizatorio busca, por un lado, desincentivar el despido arbitrario en un centro laboral debido a los costos que ello supone para el empleador, por el otro, la indemnización -strictu sensu- tendría que ser el mecanismo de tutela idóneo para compensar la lesión al derecho sobre la estabilidad laboral. Sin embargo, resultaría superficial aceptar que

el despido arbitrario en sí mismo no podría generarse en un contexto que suponga una afectación que sobrepase los alcances de la tutela que brinda el derecho a la estabilidad laboral.

En efecto, consideramos que el despido arbitrario podría significar una afectación mucho mayor de derechos si es que el despido arbitrario como tal no solo se vincula con lo intempestivo que resulta esta decisión, sino la forma en cómo se produce, si ha sido mediante situaciones desventajosas o denigrantes para el trabajador, por ejemplo. En un escenario así, el despido por sí mismo no es el que genera el daño al trabajador sino la forma en cómo se produjo y esto al final del día termina siendo el hecho generador que gatilla la posibilidad de alegar un resarcimiento por daño moral, prescindiendo de lo que se haya podido pagar como indemnización.

El despido arbitrario, propiamente, en el ordenamiento jurídico es un hecho que nos conduce a una situación desfavorable para el trabajador, pero que no termina de ser un hecho ilícito debido a que este es tolerado por nuestro ordenamiento jurídico. Despedir arbitrariamente en el Perú no está prohibido, denigrar al trabajador como consecuencia del despido sí. Por tal motivo, un mismo hecho (el despido) puede afectar varios derechos del trabajador en momentos distintos o ser el desencadenante para la concreción de perjuicios en agravio del trabajador.

Evidentemente, si la lógica de la indemnización tarifada es que el trabajador encuentre una compensación íntegra por el hecho de quedarse sin trabajo de un momento a otro, si los hechos que generan daño exceden los alcances del máximo que se podría pagar producto de este hecho, resulta perfectamente razonable recurrir de forma paralela a la tutela resarcitoria a fin de alcanzar de forma efectiva la tan ansiada reparación integral.

Desde una perspectiva funcional, no cabe la menor duda de que la tendencia en boga es el resarcimiento del daño moral frente a casos en los que se produce el despido arbitrario del trabajador, no obstante, este hecho no necesariamente se ajusta a los

estándares jurídicos idóneos, toda vez que, el despido arbitrario es un supuesto de terminación de vínculo laboral permitido por ley, el cual genera una indemnización como único supuesto de compensación frente a cualquier daño que se pudiese generar producto de este hecho. Si el despido arbitrario generase costos adicionales para el trabajador que no están previstos en la norma no tendría sentido la regulación actual ni recurrir a esta figura porque los costos que suponen una actividad de este tipo serían inciertos.

Por tal motivo, si bien nos encontramos de acuerdo con el hecho de que el despido arbitrario genera una indemnización tarifada y esta podría existir con la tutela resarcitoria cuando se genere un daño moral al trabajador, con lo que no estamos de acuerdo es con asumir que el despido por sí mismo es un hecho generador de daño moral, es decir, rechazamos los criterios jurisprudenciales que se inclinan por la presunción del daño moral o la verificación automática del daño por el solo hecho de haberse producido el despido, puesto que, el daño siempre se debe probar.

Ahora bien, el hecho de que el despido arbitrario sea una institución jurídica tolerada por el ordenamiento jurídico no dificulta el hecho de que se pueda generar daños porque, incluso en un escenario en el que el despido arbitrario sea un hecho lícito, los actos lícitos también pueden generar daños resarcibles.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas jurídicos como el alemán o el italiano, en el Perú la “antijuridicidad”, “ilicitud” o “injusticia” no ha sido considerada normativamente como atributo del comportamiento (modelo alemán) ni del daño (modelo italiano) para efectos del juicio de responsabilidad civil. El principal problema producto de este desconocimiento técnico es la falta de precisión en la aplicación de los remedios jurídicos, distintos al resarcimiento, como la “indemnización”, cuyo papel se desenvuelve en el campo de los llamados “actos lícitos dañosos”.

Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha advertido esta precisión y resulta una tendencia de la judicatura nacional leer en las distintas Resoluciones de los magistrados que efectúan su análisis en función al estudio de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil.

Se ha tratado de argumentar que la antijuridicidad recae en la violación del deber genérico de no causar daño a otro o en el solo hecho de generar riesgo o exponer al peligro el patrimonio o la integridad de otra persona. Si bien son intentos válidos de la doctrina por sustentar su posición, lo cierto es que el mero hecho de generar un daño no implica que *per se* el acto sea antijurídico (como en el caso del despido arbitrario). Esto se demuestra verificando que, en el ordenamiento peruano, bajo ciertos supuestos, el daño causado por un acto lícito es susceptible de tutela indemnizatoria. Por ejemplo, el caso del artículo 975° del Código Civil que ordena el pago de una indemnización en la proporción que corresponda al copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás copropietarios.

A partir de lo expuesto anteriormente, no cabe la menor duda de que el despido arbitrario solo da lugar a una indemnización tarifada a menos que el contexto en el que se ha producido el despido legitime el reclamo del resarcimiento de un daño moral producto de la afectación de la esfera emocional del sujeto producto de la forma en la que se produjo el despido.

Ahora bien, bajo es criterio, se nos podría cuestionar el hecho de que nuestra planteamiento contravendría lo expuesto en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en la ciudad de Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019, en donde los jueces en mayoría señalaron que el daño moral debía presumirse en los casos en los que el despido arbitrario haya generado afectaciones a los derechos de la personalidad del trabajador, debemos mencionar que:

i) Resulta contradictorio presumir la existencia de un daño sin demostrar cómo es que este daño se ha generado. Bajo la lógica del pleno, cómo sabríamos si hubo una vulneración del derecho al honor, la dignidad y/u otros si es que la carga de probarlo no es del trabajador. Evidentemente, el empleador no puede demostrar un hecho negativo, razón por la cual, una exposición de este tipo nos conllevaría al absurdo de considerar que el solo despido acarrea en todos los casos la generación de un daño moral resarcible para el trabajador.

ii) Debemos tener en cuenta que, desde una perspectiva -minoritaria- de la doctrina nacional, nos inclinamos por afirmar que ni los plenos jurisdiccionales, ni la jurisprudencia por sí misma es de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos debido a que estos no son fuente formal del derecho en el Perú.

i) Si bien la jurisprudencia no es fuente del derecho peruano, ello no quiere decir que el Juez, al interpretar y aplicar la Constitución y la ley, no pueda usarla para decidir. [...]. Asimismo, la jurisprudencia bien puede ser un factor persuasivo o auxiliar; o sea, una fuente *extraordinem*. Es más en los últimos años la jurisprudencia ha venido adquiriendo una importancia preponderante, no solo para saber que los litigantes empleen esas decisiones a fin de proporcionar un mayor peso a la argumentación con miras a ganar el caso.

ii) Al igual que se dijo respecto de la doctrina, es plenamente inconstitucional interpretar el texto del artículo III, 2, en el sentido de que la jurisprudencia sea una fuente de derecho (Procesal Civil) [...]. (Cavani, 2016, p. 52).

En ese orden de ideas, si bien existe una indefectible corriente jurisprudencial a favor del resarcimiento del daño moral en los casos en los que exista un despido arbitrario, eso no significa que desde nuestro rol académico aceptemos a ciegas este criterio y optemos por continuar con esta tendencia, pese a que, desde una perspectiva estrictamente jurídica y racional, no la consideramos acertada.

Luego de haber expuesto la normativa y jurisprudencia vinculada al tema materia de estudio y la relevancia de identificar los remedios jurídicos aplicables a cada caso, debemos tener en cuenta que, desde una perspectiva estrictamente formal, el resarcimiento de un daño moral producto de un despido arbitrario amparado en la ley por la sola producción del despido sin tomar en cuenta las condiciones en las que se produjo contraviene lo regulado en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97- TR, puesto que, extiende el ámbito normativo a la posibilidad de resarcir un daño en un escenario en el que el remedio indemnizatorio ya lo ha cubierto. Esto se debe a que dicha norma contempla como único supuesto de reparación a la indemnización tarifada contemplada en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo. En ese orden de ideas, concordamos con Puntriano cuando señala que:

De acuerdo con la técnica interpretativa de la norma jurídica, el primer método de aproximación al sentido de la misma es el literal, y en este caso la literalidad es clara, la indemnización por despido tarifada del artículo 38 del D.S. 003-97-TR constituye la única reparación ante un despido arbitrario. En nuestra opinión, la noción de despido arbitrario incluye al fraudulento, incausado y ahora al "inconstitucional". El despido calificado como nulo tiene su propio tratamiento en la legislación indicada. (2019, s/p).

Lo que es más grave a nuestro criterio es que, contrariamente a lo que se espera con una medida de este tipo, la posibilidad de que el trabajador pueda plantear una pretensión resarcitoria por daño moral por el solo hecho de haber sido despedido más allá de la indemnización a la que tiene derecho genera desincentivos en el mercado laboral para la formalización de los trabajadores. En efecto, cada vez que se sobreprotege al trabajador en sede judicial el costo de esa sobreprotección lo asume el propio trabajador con la reducción de la formalización porque el sistema laboral se encarece sin que la productividad aumente.

La no previsibilidad en esta materia desalienta a los empleadores a la formalización del empleo porque en caso deban prescindir del trabajador los costos se vuelven prohibitivos, no solo por el costo mismo del despido (el pago de una indemnización) sino que, además, se deben asumir los costos del proceso tales como aranceles, honorarios de abogados, dinero contingente que no puede ser invertido en tanto no haya una sentencia y demás costos asociados a un proceso judicial.



CONCLUSIONES

1.- En el ordenamiento jurídico nacional y comparado el despido arbitrario se configura como un derecho potestativo del empleador de poner fin al vínculo laboral sin expresión de causa asumiendo como consecuencia de ello el pago de una indemnización tasada y no cabría otro tipo de resarcimiento adicional.

2.- La tendencia jurisprudencial se inclina por asumir que el despido arbitrario es un supuesto que permite presumir la existencia del daño moral, pese a lo que regula taxativamente el artículo 34 del D. S. No. 003-97-TR sobre indemnización tarifada como única posibilidad de reparación frente a un hecho de este tipo.

3.- Si bien el despido arbitrario genera una indemnización tarifada, esta podría coexistir con la tutela resarcitoria de forma extraordinaria cuando se genere un daño moral al trabajador; sin embargo, no podemos asumir que el despido por sí mismo es un hecho generador de daño moral, es decir, rechazamos los criterios jurisprudenciales que se inclinan por la presunción del daño moral o la verificación automática del daño por el solo hecho de haberse producido el despido, puesto que, el daño siempre se debe probar de forma idónea.

RECOMENDACIONES

El presente trabajo de investigación busca proponer el enfoque de que el despido arbitrario es un derecho potestativo del empleador, que se encuentra restringido por el pago de la indemnización tasada; sin embargo, es posible excepcionalmente activar el resarcimiento por daños morales cuando ocurran circunstancias lesivas al trabajador que sean probadas de forma idónea en el proceso correspondiente; para ello es necesario promulgar un Código de Trabajo que permita actualizar a la realidad peruana la normativa laboral nacional, y que contenga este enfoque ya desarrollado en la normativa argentina en beneficio del trabajador, el empleador y la sociedad en general.



Referencias

- Ajani, G. y otros (2010). *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*. Universidad de Barcelona.
- Alpa, G. (2016). La responsabilidad civil. Parte General. Tomo I. Ediciones legales. Lima.
- Ariano, E. (2003). “Problemas del proceso civil”, Jurista editores, Lima.
- Azar, J. (2009). Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno. [Memoria para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile] http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-azar_j/pdfAmont/de-azar_j.pdf
- Blancas, C. (2022). El despido en el ordenamiento peruano: el estado de la cuestión. *Laborem* N° 13, pp. 119-155.
<https://www.sptdss.org.pe/laborem/laborem13/>
- Brun, P. (2015). Responsabilidad civil extracontractual. Instituto Pacífico.
- Campos, H. (2016). Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos. *Ius Et Veritas* 52.
- Cavani, R. (2016). *Comentario al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil*. Código Procesal Civil Comentado. Por los mejores especialistas. Tomo I. Gaceta Jurídica.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2006). Observación General N° 18.
<https://www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcb332,0.html>

De Cupis, A. (1975). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Segunda edición. Bosch.

De Trazegnies, F. (2005). *La responsabilidad extracontractual*. Volumen IV. Tomo II. Séptima edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dominguez, R. (2021). La tutela de los derechos de la personalidad. Análisis del caso Sheyla Rojas vs Magaly Medina desde la perspectiva de la tutela resarcitoria y restitutoria. *Actualidad Civil* N° 86, 133-171.

Espinoza, J. (2015). El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿in re ipsa? *Actualidad Civil* N° 7, 192-206.

Espinoza, J. (2011). *Derecho de la responsabilidad civil*. Sexta edición. Rhodas.

Femenías, J. (2011). “Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil”. *Derecho y humanidades* N° 17. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.

Fernández, G. (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs tutela resarcitoria*. Ara.

Fernández, G. (2015). Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. *Ius et Veritas*, 385-404.

Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? *Themis* (50), 237-272.

Fernández, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la

responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Ara, 233-277.

Fernández, G. y León, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Derecho PUCP* (58) <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15094>

García, F. (2002) El derecho al empleo y el despido arbitrario (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica).

Gabriel, J. (2016) “Daño moral: su tipología y cuantificación”. *Gaceta Civil & Procesal Civil* N° 32. *Gaceta Jurídica*. Lima.

Landa, C. (2014) El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *Themis* 65, pp. 219-241.

Le Tourneau, P. (2004) *La responsabilidad civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Legis. Bogotá.

León, L. (2017). *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Instituto Pacífico.

León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material Autoinstrutivo*. Academia de la Magistratura.

León, L. (2006). Derechos de la personalidad y medios de la comunicación. Aspectos de la protección de las situaciones jurídicas subjetivas en la sociedad de la información. [Tesi di Perfezionamento, Scuola S. Anna di Pisa]. https://www.academia.edu/713128/Leysser_Le%C3%B3n_Derechos_de_la_personalidad_y_medios_de_comunicaci%C3%B3n_Tesis_de_doctorado_2006

Ministerio del Trabajo. (2011). La regulación del despido en la legislación laboral y en las sentencias del Tribunal Constitucional. http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_9_1.html

Miranda, J. (2019). *Despido arbitrario*. [Trabajo de suficiencia para optar el título profesional de abogado]. Escuela de derecho de la Universidad San Pedro de Huacho. http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/14556/Tesis_62969.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Monroy, R. (2015). *La resurrección de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. Resarciendo daños a la institución de la responsabilidad civil a través de la diferenciación de remedios*. [Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad de San Martín de Porres] https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1438/monroy_prs.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Moreno, C. (2020). Consideraciones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil. <https://ius360.com/consideraciones-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en-el-proceso-civil-carlos-moreno/>

Neves, J. (2016). Introducción al derecho del trabajo. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1134/introduccionalderechotrabajoperu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ojeda, C. (2021). *Indemnizaciones adicionales reclamadas a causa de un despido arbitrario. Fundamentos acerca de su viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico*. [Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y la seguridad social. Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/19429>

Puntriano, C. (2019). Apuntes al plano jurisdiccional nacional laboral 2019. La reparación del daño moral derivado del despido. Jurídica-El Peruano.

https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2019/06/28/cesar_puntriano_el_peruana%20%281%29.pdf

Saavedra, R. (2014). Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual. Estrategia de precios v. estrategia de sanciones: Primera parte. *Themis* (66), 263-283. revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/12699/13252

Saavedra, R. (2014). ¿Dónde existe un remedio existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo “ubi remedium, ibi ius”. *Forseti* N° 2.

http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/12_SAAVEDRA.pdf

Salvi, C. (2001) “El daño”. Estudios sobre la responsabilidad civil. León, Leysser (compilador). Ara. Lima.

Schipani, S. (2007). “De la ley Aquilia a Digesto. Perspectivas sistemáticas del Derecho Romano y problemas de la responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 12-13, enero-diciembre. Universidad Externado de Colombia Bogotá. Colombia.

Schulz, F. (1960). *Derecho romano clásico*. Bosch, Barcelona, 1960.

Toyama, J. (2009). “El despido disciplinario en el Perú”. *Ius Et Veritas* (38).

Taliadoros, J. (2016). The Roots of *punitive damages* at Common Law: A Longer History. 64 *Clev. St. L. Rev.* 251, 2016, p. 278-279.

<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol64/iss2/8>

Viney, G. (2007). Tratado de Derecho Civil Introducción a la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

