

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**LA PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL
CAUSADO EN LOS DESPIDOS INJUSTIFICADOS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR:

CAROLINA PONCE ULCO

ASESOR:

GUILLERMO MARTIN BOZA PRO

LIMA, PERÚ
NOVIEMBRE, 2019

DEDICATORIA

A mis queridos padres, mi agradecimiento por su invaluable y constante apoyo para el logro de mis metas. Y a Jorge, por su apoyo incondicional y motivación para ser cada día mejor.

Carolina Ponce



RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación surge del análisis crítico de la reciente jurisprudencia laboral peruana sobre determinación del daño moral en los despidos injustificados y la necesidad de acreditar su existencia para el otorgamiento de indemnizaciones por daños extra patrimoniales. El principal problema radica en que existe jurisprudencia contradictoria; algunas sentencias consideran que este tipo de daño debe presumirse por el solo hecho del despido injustificado, al afectar la dignidad del trabajador; otros fallos sostienen que deben acreditarse las afectaciones emocionales sufridas por el trabajador y su familia, así como el impacto negativo en su vida. Los objetivos de este trabajo de investigación son establecer qué tipo de perjuicios inmateriales pueden ser causados en un trabajador despedido de manera injustificada y cuáles merecen ser resarcidos, proponer parámetros legales para la determinación del daño moral y analizar los más recientes Plenos Laborales para determinar si son adecuadas o no las presunciones para el otorgamiento de indemnizaciones. En la investigación se plantea la discusión sobre la existencia de daños extra patrimoniales que pueden ser causados a los trabajadores que sufren despidos injustificados que ameritan una reparación pecuniaria; asimismo, se formula la posibilidad de su otorgamiento en virtud al derecho consagrado en el artículo 34 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral. La principal conclusión del estudio realizado, es que una adecuada medida ante el despido injustificado es el otorgamiento de una indemnización por daño moral en cuanto sea acreditado en el proceso laboral, como una protección adicional e independiente a la tarifada, entendida tal indemnización como una reparación integral a los daños extra patrimoniales sufridos por el trabajador despedido. En ese sentido, este trabajo de investigación busca ser un aporte doctrinario que sirva de herramienta de análisis para el tratamiento legal de los daños extra patrimoniales causados en los despidos injustificados.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO.....	1
INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 Tema y problema de investigación.....	4
1.2 Hipótesis.....	6
1.3 Objetivos.....	6
CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE.....	7
1.1 El despido injustificado y los daños extrapatrimoniales.....	7
1.1.1 Contenido del derecho al trabajo.....	7
1.1.2 La tipología de los despidos injustificados.....	9
1.1.3 La adecuada protección contra el despido injustificado.....	11
1.2 La responsabilidad por daños en el sistema jurídico peruano.....	14
1.2.1 Los daños extrapatrimoniales en el ordenamiento jurídico.....	14
1.2.2 Alcances sobre responsabilidad civil y tutela resarcitoria.....	15
2.-CAPITULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	20
2.1.- El daño moral en el despido injustificado.....	20
2.2.- Análisis del daño moral en la jurisprudencia casatoria laboral.....	21
2.2.1 Casación N°4385-2015-Huancavelica. El daño moral como afectación psíquica y violación de derechos fundamentales.....	21
2.2.2 Casación Laboral N° 139-2014-La Libertad. El daño moral es el daño psíquico y al proyecto de vida.....	23
2.2.3 Casación Laboral N° 5423-2014-Lima. Daño moral como la lesión a la dignidad, honor y reputación del trabajador.....	24
2.3.El daño moral en los plenos jurisdiccionales laborales.....	25
2.3.1 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2018, Chiclayo.....	25
2.3.2 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, Tacna.....	26
3.- CAPITULO 3: DISCUSION.....	28
3.1.- El daño moral en los despidos injustificados.....	28
3.2.-La dimensión del daño moral en material laboral.....	30
3.3.-Reflexiones sobre la dimensión del daño moral y su tratamiento judicial.....	31
3.4 Una interpretación propia del texto del artículo 34 de la LPCL.....	33
3.4.1 La naturaleza de los daños que cubre la indemnización tarifada.....	33
3.4.2 La indemnización por daños extra patrimoniales causados en el despido.....	35
3.4.3 El resarcimiento de los daños del trabajador despedido.....	36
3.4.4 El sustento jurídico para comprender el derecho a una reparación integral del trabajador que ha sufrido un despido injustificado.....	38
3.4.5 La reparación del despido arbitrario prevista artículo 34 de la LPCL no es la única para todo tipo de daños.....	39
3.4.6.El daño moral ocasionado por el despido injustificado y su resarcimiento.....	40
3.4.7.El equilibrio entre las partes y la eficacia reparadora.....	42

3.4.8Ejemplos de daño moral por despidos injustificados.....	43
3.4.9 El daño moral y el impacto económico en el mercado laboral.....	45
3.4.9.1Artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.-.....	45
3.4.9.2El impacto económico de la presunción de daño moral en despidos injustificados frente a la necesaria acreditación de su existencia.....	47
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52



INTRODUCCIÓN

1.1 Tema y problema de investigación

El trabajo es un medio de realización de la persona y el derecho al trabajo es un derecho fundamental que goza de protección constitucional, encontrándose a su vez consagrado en instrumentos normativos internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno, como mecanismos que garantizan la plena eficacia de los derechos laborales.

Actualmente, contamos con mecanismos legales para la adecuada protección contra el despido injustificado, entre los cuales encontramos; a elección del trabajador, la reposición al puesto de trabajo o la indemnización tarifada, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 38° del T.U.O. Del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante LPCL; para lo cual aquel, deberá recurrir a los tribunales peruanos para hacer valer sus derechos en la vía legal correspondiente.

La presente investigación se centra en el análisis y reflexión de los efectos jurídicos por los daños extra patrimoniales causados al trabajador como consecuencia de un despido injustificado. En concreto, se abordará la indemnización por daño moral en los despidos injustificados, desde una perspectiva jurisprudencial, a partir del análisis de sentencias, así como de los últimos Plenos Laborales, a partir de ello, se podrán apreciar los criterios y las posturas doctrinarias adoptadas para el otorgamiento de este tipo de indemnizaciones.

La problemática en torno a este tema es la imprecisión y la falta de claridad en la jurisprudencia laboral sobre el concepto de daño moral y cómo se viene interpretando su naturaleza; toda vez que para algunos tribunales debe presumirse su existencia, por el solo hecho del despido injustificado y, para otros no; por lo que en cada caso debería acreditarse las lesiones sufridas en la esfera emocional del trabajador despedido.

Ahora bien, en la jurisprudencia encontramos que se está asemejando al daño moral con una afectación puramente psíquica; que, para efectos de su determinación y para el otorgamiento de una indemnización adicional a la tarifada en el artículo 38 de la LPCL, está dando lugar a fallos contradictorios y Plenos Jurisdiccionales Laborales que fijan presunciones que resultan inadecuadas.

En vista de que no se ha adoptado una única noción de daño moral frente al despido injustificado, ni se han fijado los elementos para su configuración legal, encontramos

que en algunos casos se presume su existencia y, en otros, debe acreditarse previamente para el otorgamiento de una indemnización adicional a la tarifada.

Cabe señalar que consideramos que la indemnización tarifada del artículo 38° de la LPCL no sólo prevé la reparación de daños patrimoniales sino también los extra patrimoniales. Por tal motivo, en virtud a lo establecido en la legislación laboral, y tomando como base la jurisprudencia laboral, estimamos adecuado el otorgamiento de una indemnización por daño moral como una reparación integral al trabajador despedido, siempre que se acredite su existencia.

Ahora bien, encontramos dificultades para el tratamiento legal del daño moral de los trabajadores despedidos injustificadamente, porque no se ha desarrollado el tema de manera uniforme. Por citar un ejemplo, en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2017 se estableció la presunción de daño moral para los despidos fraudulentos e incausados; en tanto que, en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2019, se eliminó dicha presunción pero se mantuvo el reconocimiento a la afectación de derechos fundamentales y dignidad del trabajador.

Por ello, es necesario establecer qué tipo de perjuicios inmateriales pueden ser causados en un trabajador despedido injustificadamente y cuáles merecen ser resarcidos, además de los que han sido abordados en los Plenos Jurisdiccionales Laborales, como la afectación de los derechos fundamentales, al honor y a la buena reputación.

Así, la motivación de este trabajo es que a partir de un desarrollo integral del tema, desde la perspectiva del Derecho Laboral, Civil y Constitucional, se brinden herramientas de análisis que sirvan de aporte doctrinario para el estudio de la indemnización por daño moral como una adecuada tutela resarcitoria, adicional a la regulada expresamente en la LPCL, para los trabajadores despedidos de forma arbitraria.

El problema de la presente investigación gira en torno a la discusión sobre la determinación del daño moral por despido injustificado, su determinación como un efecto de la arbitrariedad sufrida por el trabajador y su acreditación para el otorgamiento de una indemnización adicional a la tarifada.

En vista de que existen Plenos Jurisdiccionales Laborales y fallos contradictorios de los tribunales laborales peruanos, de los que se desprenden diferentes formas de entender

el daño moral, no se han podido establecer parámetros uniformes sobre los aspectos de la persona humana que se lesionan con un despido injustificado.

Asimismo, un problema a tratar en esta investigación es la polémica que genera asumir que todo trabajador despedido sufre una lesión emocional, por el solo hecho del despido injustificado, lo que no necesariamente ocurre, por ello consideramos inadecuado establecer presunciones en esta materia.

1.2 Hipótesis

La hipótesis de este trabajo es que el solo hecho del despido injustificado no es razón suficiente para que se presuma el daño moral, por lo tanto, en cada caso, debe acreditarse la existencia del perjuicio sufrido por el trabajador despedido en su esfera extrapatrimonial, a fin de que resulte procedente el otorgamiento de una indemnización adicional a la tarifada prevista en la LPCL.

Así, es necesario que en los procesos judiciales los litigantes demuestren los perjuicios morales sufridos por el despido injustificado y es indispensable que los jueces laborales asuman una postura clara sobre la dimensión del daño moral, a fin de que exista un criterio uniforme sobre los aspectos que se lesionan en la persona ante un despido injusto.

El otorgamiento de una indemnización por daño moral será una adecuada protección contra el despido injustificado, siempre que se acredite su existencia y su eficacia sobre los daños extra patrimoniales, sufridos por el trabajador despedido, siendo plenamente resarcitoria. Así, una vez determinada la responsabilidad del empleador, la cuantificación de la indemnización deberá ser equitativa al impacto y la magnitud del daño sufrido en la persona del trabajador despedido.

1.3 Objetivos

1. Establecer la dimensión de los daños inmateriales que podría sufrir un trabajador despedido injustificadamente, que lo haga merecedor de una indemnización adicional a la prevista en la legislación laboral.
2. Proponer parámetros legales para la determinación del daño moral que sirvan de insumo para la doctrina jurídica.
3. Analizar los últimos Plenos Laborales 2019 para determinar si son adecuadas o no las presunciones para el otorgamiento de indemnizaciones.

CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE

1.1 El despido injustificado y los daños extrapatrimoniales

1.1.1 Contenido del derecho al trabajo

Conforme señala el profesor NEVES, en su libro de Introducción al Derecho del Trabajo, la noción de trabajo que desarrollamos en la presente investigación se refiere al que es productivo, realizado de forma personal, remunerado, prestado por cuenta ajena, y subordinado, el derecho al trabajo está protegido por el artículo 22° de la Constitución Política del Perú y en los convenios de la OIT ratificados por el Perú, sobre los derechos laborales por lo que se cuenta con mecanismos legales para garantizar su eficacia en el sistema jurídico peruano.

El Tribunal Constitucional en el (Exp. N° 008-2005-PI/TC, 2005) ha definido el trabajo como:

La aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, aras de producir un bien, generar un servicio. (Expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 18).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente en relación al trabajo:

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación (...). El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante él no solo se transforma la naturaleza adoptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre. (Expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 18).

Por otro lado, el contenido esencial del derecho al trabajo según el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo indicado en el fundamento 12 del (Exp. 1124-2001-AA/TC, 2002), implica dos aspectos; el de acceder a un puesto de trabajo, por un lado y, por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Esta interpretación la encontramos en una importante sentencia, según la cual, la protección al trabajo implica la proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Asimismo, de acuerdo a Bernales (1995), el derecho al trabajo cuenta con protección constitucional; en ese sentido, el artículo 22 de la Constitución Política del Perú, consagra el trabajo en una doble dimensión, como un deber y un derecho. El derecho al trabajo según este autor es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona, lo que le da una significación particular en relación al individuo con su entorno familiar y social. (citado por (Cuba, 2017, pág. 39).

En resumen, el trabajo es aquella actividad que permite que la persona subsista y además logre sus objetivos de vida, de forma honesta, honrada y productiva, aportando con ello a la economía del país, al sostenimiento y armonía de su familia, así como al funcionamiento de una sociedad ordenada.

Ahora bien, el trabajo en relación de dependencia, es decir, el desarrollado bajo el ejercicio de los poderes inherentes al empleador, de dirección, fiscalización y sanción, hace de esta asimetría de poder, particularmente vulnerable al trabajador, por ello el sistema jurídico peruano asume un rol protector o tuitivo, para equiparar la asimetría de poder entre ambas partes y así evitar arbitrariedades que lesionen los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador.

Como política de protección de los derechos laborales, apreciamos que no resulta suficiente contar con la legislación prevista en la LPCL, que permite la reposición en casos de despidos nulos o la indemnización tarifada, si el despido califica como arbitrario; sino que resulta necesaria una construcción jurisprudencial de una tutela resarcitoria adicional para el trabajador en los casos que se produzca un daño moral con ocasión del despido.

A decir de (Dolorier, Javier, 2013), el derecho a la estabilidad laboral previsto en el artículo 27 de la Carta Magna comprende: a) la estabilidad laboral de entrada, por la cual tiene preeminencia una contratación de duración indefinida ante una temporal, que se evidencia por la exigencia de requisitos legales a efecto de considerar una contratación como de naturaleza temporal y, b) la estabilidad laboral de salida o la prohibición del despido injustificado o arbitrario.

En ese sentido apreciamos, en cuanto a la relación entre el artículo 22 de la Constitución, en lo referente a la conservación del empleo, y el derecho a la estabilidad laboral de salida establecido en el artículo 27 sostiene que el primero tiene preceptividad inmediata y el segundo preceptividad aplazada. En esa misma línea señala (Obregón, 2016, pág. 201), que el derecho a la estabilidad laboral no se encuentra reconocido de manera explícita en el artículo 27 de la Constitución Política como si se encontraba

reconocido en su predecesora; sin embargo, hace mención a que el trabajador merece una adecuada protección frente al despido arbitrario; dejando al legislador infraconstitucional la responsabilidad de regular qué tipo de protección corresponde otorgarse ante el despido arbitrario.

Conforme a lo indicado, si bien mediante el artículo 27 de la Carta Magna, no existe reconocimiento expreso a la estabilidad laboral, a través de la legislación laboral, en específico a partir de los artículos 34 y 38 de la LPCL, se evidencia que existe una protección al derecho al trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política y a la estabilidad laboral de entrada y de salida, lo que implica, respecto a esta última la proscripción al despido arbitrario.

1.1.2 La tipología de los despidos injustificados

En consonancia con lo señalado por Obregón en el punto precedente, (Bernales, 2012, pág. 259), en relación al artículo 22 de la Constitución Política del Perú, que el otorgamiento jurídico al trabajo de deber y derecho cobra sentido cuando se considera la doble significación que tiene tanto para la sociedad como para el individuo y su entorno. En ese sentido: a) el trabajo es un derecho de conformidad al inciso 15 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho de las personas a trabajar libremente, b) el trabajo es un deber de las personas hacia la sociedad a efecto de lograr el progreso social y c) es un deber de la sociedad para con la persona, por tal motivo es responsabilidad del gobierno, de conformidad a los artículos 23 y 58 de la Constitución fomentar el empleo productivo.

Asimismo, de acuerdo a (Bernales, 2012, págs. 267-268), el artículo 27 con la Constitución de 1993 no hace mención literal a estabilidad laboral; no obstante, el trabajador queda protegido del despido arbitrario en dos aspectos: a) señalando vía legal, en qué casos el despido arbitrario no sería aceptable y b) otorgando al trabajador una compensación económica cuando el trabajador es despedido sin causa justa.

En ese sentido, el despido es el acto unilateral del empleador por el cual da término a la relación laboral existente y; de acuerdo a la LPCL debe estar basado en causas relacionadas con la capacidad del trabajador o su conducta. Ahora bien, el debido proceso en el despido supone: a) realizar el procedimiento de la imputación de cargos por escrito al trabajador, con las pruebas reales que sustentan el motivo del despido las cuales deberán estar previstas en el ordenamiento jurídico, b) que el trabajador deberá estar debidamente notificado, y c) darle la oportunidad al trabajador de presentar sus

descargos dentro del plazo de seis días calendario y d) una vez absueltos o no los cargos, el empleador cursará la carta de despido, en caso de que no considere satisfecho su requerimiento.

Los despidos injustificados, es decir, aquellos que no se ajustan a las causales previstas en la legislación laboral y en jurisprudencia vinculante, para extinguir unilateralmente el vínculo laboral, pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Despido nulo: Se encuentra previsto en el artículo 29 de la LPCL y se produce si la causa del despido se fundamenta en las siguientes situaciones: a) que el trabajador sea sindicalista, b) que se produzca la afiliación a un sindicato, c) que el trabajador participe en la presentación de una queja o en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, d) que el trabajador sea candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; e) discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; o cualquier otra índole; f) por embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto, en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba y es el empleador quien debe probar que el despido no se produjo por dichos motivos. En caso se configure este tipo de despido, se obliga al empleador a la reposición inmediata del trabajador a su puesto de trabajo o la indemnización del trabajador, a su elección. De conformidad a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el fundamento 15 del (Exp. N° 976-2001-AA), esta modalidad aparece de acuerdo al artículo 29° del D.L. N° 728 y ante la necesidad de dar protección a los derechos previstos en el artículo 2°, 26° y 28° de la Constitución.
- El despido fraudulento: Este tipo de despido ha sido reconocido por la jurisprudencia laboral, es el caso de lo resuelto en el fundamento 6 del (Exp. N° 2158-2006-PA/TC) al probarse que la parte empleadora fundamentó el despido en hechos inexistentes, significando un acto lesivo al derecho al trabajo y protección ante el despido arbitrario previstos en los artículos 22 y 27 de la Constitución Política; en efecto, este despido se caracteriza porque el empleador no obedece a la verdad en la imputación de la falta al trabajador, es decir media el engaño y malicia para desvincular al trabajador, quebrando con ello la buena fe laboral, y se produce a pesar de que se siga el procedimiento de despido pero es un hecho ilícito en tanto se han atribuido hechos inexistentes, falsos o imaginarios.

- Despido arbitrario: Es aquel proscrito mediante el artículo 34 de la LPCL, por el cual el empleador da por finalizado el vínculo laboral sin mediar causa justa o esta no puede ser probada en juicio.
- Despido incausado: En este tipo de despido se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que justifique la ruptura del vínculo laboral y se configura por la inexistencia de un motivo o justificación relacionada con la conducta o capacidad del trabajador. Este despido se da en infracción del artículo 22 de la LPCL. A decir de (Vitteri, 2014, pág. 152), es tratado por primera vez en el Exp. N° 1124-2001-TC y en distintas sentencias el Tribunal Constitucional sostiene, en relación al contenido esencial del artículo 22 de la Constitución Política que consta de dos aspectos, el derecho de acceso a trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

1.1.3 La adecuada protección contra el despido injustificado

El derecho al trabajo ha sido entendido no solo como aquel que nos garantiza acceder a un puesto de trabajo, sino también como el derecho a conservarlo y, por tanto, a que sólo se pueda despedirse a un trabajador por causa justa o razón objetiva, de ahí que, ante una arbitrariedad en la ruptura del vínculo laboral, el trabajador puede optar por la reposición al puesto de trabajo o una indemnización, dependiendo del tipo de despido.

Un hito jurisprudencial importante es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A, que marcó precedente para la adecuada protección contra el despido arbitrario, estableciendo la posibilidad de la reposición al puesto de trabajo, toda vez que consideró que la indemnización del artículo 38 de la LPCL, no era adecuada a la luz del contenido esencial del derecho al trabajo, y se estableció que solo procede el despido por causa justa, es decir, se confirmó la causalidad del despido descartando toda posibilidad de despido libre.

Desde entonces, los tribunales peruanos han impartido justicia otorgando cada vez una mayor protección a la defensa de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito laboral, y se ha materializado a través del otorgamiento de indemnizaciones adicionales a la prevista en las normas jurídicas. Así encontramos que los últimos cinco años existen diferentes pronunciamientos en casación en los que, frente a despidos

injustificados, se han otorgado indemnizaciones por el daño patrimonial causado a los trabajadores, como es el caso del lucro cesante y daño emergente.

Adicionalmente, los tribunales peruanos han otorgado indemnizaciones por el daño extra patrimonial causado a los trabajadores despedidos de forma injustificada, sea por un despido arbitrario, nulo, fraudulento e incausado, en razón de que se considera que existe una lesión a la esfera emocional de la persona, el cual debe ser reparado.

El problema, como lo hemos señalado anteriormente, es que existen pronunciamientos judiciales dispersos y contradictorios, sobre si se produce o no un daño moral por el solo hecho del despido y si debe probarse en función de los elementos de la responsabilidad civil para su determinación, y más complicado aún la cuantificación del daño, en opinión de (Gabriel, 2016, pág. 53), lo que no ha quedado claro hasta la fecha.

En nuestro ordenamiento jurídico, los despidos injustificados son aquellos que se producen por el hecho de la ruptura del vínculo laboral proveniente de la sola voluntad del empleador, basada en una causa prohibida, no probada, o inexistente, o también por una causa fraguada, es decir, inventada o fabricada maliciosamente y ánimo perverso contra el trabajador, para hacer viable su desvinculación.

La protección contra el despido, también la encontramos consagrada en el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT por el cual:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Los tribunales peruanos inspirados en normas internacionales y en la Constitución Política del Perú, vienen otorgando mayor protección a los trabajadores víctimas de despidos injustificados, ya que no sólo tienen la opción de solicitar su reposición como pretensión única en un proceso laboral abreviado, sino que en otros procesos por indemnizaciones pueden acumular las pretensiones de daño moral, lucro cesante y daño emergente.

Entre los tipos de despidos injustificados, encontramos el despido nulo y arbitrario, que están regulados en los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo 003-97-TR, TUO de la LPCL, y los despidos incausado y fraudulento que son producto de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional (Exp. 1124-2001-AA/TC, 2002) y (Exp. N°

628-2001-AA/TC, 2002), por lo que actualmente la adecuada protección contra el despido injustificado prevé la posibilidad para el trabajador despedido de optar por la reposición a su puesto de trabajo, o por una indemnización de acuerdo al artículo 38 de la LPCL.

Ahora bien, en cuanto a la protección contra el despido encontramos el artículo 27 de la Constitución que señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y este precepto constitucional nos remite al artículo 34 de la LPCL, según el cual:

“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (...)” (Decreto Supremo 003-97-TR; artículo 34).

Hasta el año 2001 la única reparación para el despido arbitrario era la indemnización tasada del artículo 38 de la LPCL, en virtud del cual un trabajador despedido sin causa relacionada con su capacidad o conducta tiene derecho a ser indemnizado con una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un tope de doce remuneraciones.

No obstante, como se señaló anteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, marcó un hito jurisprudencial en el tratamiento del despido arbitrario en nuestro ordenamiento jurídico, pues interpretó el derecho al trabajo, a luz de la Constitución Política del Perú, en el sentido de que un trabajador sólo puede ser despedido por causa justa. Caso contrario, tiene lugar a la reposición al puesto de trabajo.

Asimismo, de acuerdo con la posición de (Gamonal, 2000, pág. 71), el daño moral en el ámbito laboral, puede tener lugar antes, durante y después de la etapa contractual; sin embargo, la indemnización del daño moral por el fin del contrato de trabajo no ha sido abordada legalmente lo que no enerva su reconocimiento a nivel jurisprudencial; dado que las indemnizaciones laborales tarifadas, por el fin de contrato de trabajo a través de un despido injustificado, no comprenden el posible daño moral sufrido por el trabajador. Al generarse a través de un despido daño moral que merezca una indemnización, su tratamiento debe regirse por las reglas de la responsabilidad contractual en virtud a la vulneración al contenido ético-jurídico del contrato.

Conforme ha sido señalado, el derecho a la estabilidad laboral previsto en el artículo 27 de la Carta Magna comprende la estabilidad laboral de salida o la prohibición del despido injustificado o arbitrario, al señalar que se otorga una adecuada protección contra el despido arbitrario; sin embargo no establece de qué manera se reparará el despido, ello ha sido establecido a través de las medidas previstas en los artículos 34 y 38 de la LPCL y desarrollado a nivel jurisprudencial, según las cuales en algunos casos corresponderá la protección a la estabilidad de manera absoluta (con la reposición) o de manera relativa (con el otorgamiento de una indemnización). Tal nivel de protección no resulta incompatible con el reconocimiento adicional de los daños extrapatrimoniales que haya sufrido el trabajador con motivo del despido, a través del otorgamiento de una indemnización por daño moral sufrido ante un despido incausado

1.2 La responsabilidad por daños en el sistema jurídico peruano

1.2.1 Los daños extrapatrimoniales en el ordenamiento jurídico

En términos generales la responsabilidad civil es la sanción jurídica que se impone a la conducta de un sujeto que ha causado un daño a otro y consiste en la reparación del perjuicio ocasionado. De acuerdo al autor Juan Espinoza, una definición unitaria de este concepto la enmarca como la tutela civil de derechos contra los daños sufridos por una persona, que nace por la ruptura de un equilibrio que da lugar a un juicio de responsabilidad según el cual: “el costo de un daño se transfiere del sujeto que lo ha sufrido, a otro sujeto, a través de la imputación al segundo de una obligación, la cual tiene como contenido el resarcimiento del daño”. (Espinoza, 2005, pág. 41).

El resarcimiento de los daños a decir de (León, 2004, pág. 6) es un mecanismo de protección que prevé el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de una obligación asumida, que hace que los efectos de la violación de una situación jurídica o un interés jurídicamente protegido sean asumido por el sujeto que las produjo. Ahora bien, este precepto legal genérico lleva a la discusión doctrinaria sobre la pertinencia de la unificación de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, que están presentes en nuestro Código Civil peruano de 1984 en el primer caso, como inejecución de obligaciones y, en el segundo, como responsabilidad extracontractual.

En la doctrina civil, encontramos dos perspectivas para la unificación de la responsabilidad formuladas por este autor, la primera, la ontológica, según la cual no se justifica que se diferencien la responsabilidad derivada por la inejecución de obligaciones (contractual) y la que se origina por la lesión que causa un sujeto a otro,

sin que medie un vínculo contractual (extracontractual), privilegiando la unidad conceptual y funcional, toda vez que ante un evento dañoso, las funciones de la responsabilidad civil son las mismas en el incumplimiento y frente a los actos ilícitos. (León, 2004, pág. 11)

Asimismo, la segunda perspectiva es la pragmática, que sostiene (Espinoza, 2005, pág. 41), parte de que toda lesión causada a la persona tiene a un responsable quien debe indemnizar el daño causado es decir, se rige por sus efectos y no por el tipo de incumplimiento ya que basta con identificar al generador del hecho ilícito, si se configuran los elementos de la responsabilidad y la atribución del deber de reparación de la lesión sufrida por la persona.

Ahora bien, en la doctrina nacional encontramos diferentes posturas sobre si es pertinente o no la unificación de la responsabilidad civil de acuerdo a lo regulado en el Código Civil vigente, no obstante, para efectos de la presente investigación, no resulta relevante pues lo que nos atañe es su utilidad para resarcir daños de las personas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación laboral, es decir, de la ruptura del contrato de trabajo sin causa justificada.

Así, dejando de lado la discusión sobre si corresponde o no unificar la responsabilidad civil, que no es materia del presente trabajo, nos enfocamos en la tutela resarcitoria que prevé el ordenamiento para los daños ocasionados por incumplimiento de las obligaciones en una relación jurídica. Si bien el daño causado por un despido injustificado debería regirse por los mecanismos de tutela resarcitoria sin distinguir si es contractual o extracontractual, a la luz del Código Civil, encontramos que el daño moral está previsto en los artículos 1322° y 1984°. Ahora bien, debemos enfocar este tema en función de la atribución de responsabilidad al empleador por un despido injustificado, el hecho ilícito configurado de acuerdo al tipo de despido, y si se produce o no un daño extra patrimonial que amerite el pago de una indemnización al trabajador despedido.

1.2.2 Alcances sobre responsabilidad civil y tutela resarcitoria

En nuestro ordenamiento legal encontramos la tutela civil resarcitoria para daños patrimoniales, dentro de los cuales encontramos el daño emergente y el lucro cesante y también para los daños extra patrimoniales, como el daño a la persona y el daño moral.

Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en la tutela resarcitoria frente a los daños ocasionados por la lesión a los derechos de las personas en su esfera extra patrimonial, para lo cual nos basaremos en la postura del jurista Fernández Sessarego,

cuyo tratamiento de los daños extra patrimoniales causados a la persona se acerca más a los causados por un despido injustificado a los trabajadores, que los desarrollados por los demás juristas civilistas que centran su análisis de forma mayoritaria en el daño moral en función de eventos de otra naturaleza, como los derivados de actos de consumo, accidentes de tránsito, negligencias médicas, desastres causados por personas, incumplimiento de obras, la que causa la muerte de un familiar, entre otros.

De acuerdo a (Fernandez, 1998, págs. 1-2), en el Código Civil peruano de 1984 se regula el daño a la persona que es amplio y genérico y una de sus modalidades es el daño psíquico-emocional, que se asemeja al daño moral. Ahora bien, el autor esboza en la doctrina un nuevo concepto del daño a la persona partiendo de la premisa que el ser humano es una unidad psicósomática pasible de sufrir daños en diferentes aspectos de su vida, que alteran de tal forma el devenir de su existencia, surgiendo un nuevo tipo de lesión llamado “daño a la proyecto de vida”, con lo que deja de lado el daño moral como única afectación a la esfera extra patrimonial de la persona.

En el daño a la persona encontramos la afectación a la esfera biológica, al bienestar y salud integral que afecta la calidad de vida de la persona, así como a su libertad si es víctima de actos que vulneren el libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien dónde queda el daño moral para el citado autor, de alguna forma, se reduce a un tipo de daño a la persona que viene siendo asimilado por los jueces tanto civiles como laborales, como un daño psíquico, emocional o sentimental.

No debemos dejar de lado otras posturas que aportan a la discusión sobre lo que es el daño moral, para tal efecto, encontramos la posición doctrinaria de (Fernández, 2011, pág. 191), quien señala que existe una reclasificación de los daños en el Perú, en particular de los de naturaleza extra patrimonial, esbozando su clasificación, en daño a la persona, cuya regulación la encontramos en el artículo 1985 del Código civil peruano, que tiene inspiración de la doctrina jurídica italiana, que es una afectación a la esfera psicofísica de la persona comprendiendo dentro de ésta daños a la integridad personal, y los derechos de la personalidad, como la vida, el libre desarrollo de la personalidad, intimidad, salud.

El daño a la persona comprende la esfera psíquica del sujeto por lo que el daño moral sería un subtipo, previsto en los artículos 1322 y 1985 del Código Civil, con contornos especialmente señalados como el padecimiento y dolor espiritual con una característica fundamental que es la “afectación a faz interior del sujeto y tiene siempre naturaleza temporal” (Fernández, 2011, pág. 192)

Así, de acuerdo a este autor, y su visión civilista, el daño moral se caracteriza por el sufrimiento en la esfera psíquica del individuo y parte del supuesto de que las personas, por su naturaleza, superan los padecimientos por el instinto de supervivencia y pueden superar el dolor con el transcurso del tiempo, y este tipo de daño es resarcible y debemos atender a que el legislador peruano lo introdujo en el Código Civil con la finalidad de que en el ordenamiento jurídico peruano, las lesiones producidas a las personas sean indemnizadas, para lo cual deberán atribuirse consecuencias patrimoniales, es decir, cuantificar el dolor, lo que es casi imposible, no obstante, los jueces deberán esforzarse por asignar una indemnización equitativa por el daño sufrido.

Es importante tener certeza de la existencia del daño moral, es decir, que se acredite en el proceso judicial que se ha producido y es factible que en su contenido como fuero interno del sujeto dañado, se invoque la lesión del honor o la integridad de la persona. En este punto encontramos que los jueces laborales han adoptado parte de esta perspectiva de daño moral para establecer la presunción del último Pleno Jurisdiccional Laboral del presente año, que se presume daño moral donde hay afectación de los derechos de la personalidad de la persona, como es el honor, o en todo caso, de un derecho fundamental más amplio como la dignidad.

Así, encontramos las posiciones doctrinarias sobre daño moral que pueden servir para comprender su dimensión en el ámbito laboral; en ese sentido tenemos la noción del daño a la persona esbozada por el jurista Fernández Sessarego para quien se trata de un daño psicosomático o un daño al ejercicio de la libertad en cuanto al proyecto de vida; para este autor, en el ordenamiento jurídico peruano se debe reparar el daño emocional, mal denominado moral, que consiste en el dolor o el sufrimiento experimentado por la víctima, por cuanto tanto el daño emocional, como cualquier psicopatía- que es una enfermedad- que gravita en el devenir existencial del sujeto debe ser equitativamente valorada y liquidada dentro del concepto de daño a la salud o bienestar de la persona. (Fernandez, 1998, págs. 183-184).

Asimismo, según (Beltrán, 2016, págs. 13-17), el daño moral es el menoscabo a un interés tutelado que se presenta como una afectación a la esfera personal o patrimonial de un sujeto en razón de un comportamiento dañoso. Asimismo, para efectos de un resarcimiento, sólo se encuentra legitimado para reclamar una reparación del daño aquel que lo haya sufrido.

Por otro lado, para (León, 2003, pág. 9), el daño moral y el daño a la persona son distintos, mientras el daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que es

consecuencia de la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil, el daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico. Asimismo este autor señala que, en palabras de Renato Scognamiglio:

Deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso.

Así, existen herramientas en materia probatoria para que los jueces determinen si existe daño moral en el despido y estos son que se practiquen pericias psicológicas que determinen la existencia del daño emocional, que su causa fue el despido y la gravedad del mismo. Asimismo, si el empleador fue abusivo, que haya una inspección laboral que permita determinar si el trabajador estuvo expuesto a un ambiente tan nocivo, de mal clima laboral, que resultó enfermo en su salud mental.

Ahora bien, actualmente, existen diferentes casaciones laborales y no se han unificado criterios sobre si corresponde o no otorgar indemnizaciones por daño moral a los trabajadores despedidos, en el reciente Pleno Laboral y Procesal Laboral 2018 llevado a cabo en la ciudad de Chiclayo, se ha dispuesto entre las conclusiones plenarias que en un despido incausado o fraudulento se presume el daño moral en la medida que por su sola ocurrencia se ha ocasionado una afectación a los sentimientos del trabajador y a su esfera psíquica.

En relación a este aspecto, el autor chileno (Gamonal, 2000, pág. 9) manifiesta que la indemnización tarifada por término del contrato, no comprende el eventual daño moral que se puede provocar con el despido, sobre todo cuando estamos ante un despido injustificado o arbitrario. No obstante, se debe considerar que los efectos que puede desplegar para el trabajador una conducta antijurídica por parte del empleador, merecen ser reparados con independencia de la sanción que legalmente corresponde efectuar al despido injustificado, en razón a que la indemnización tarifada sanciona únicamente la falta de acreditación de la causal invocada por el empleador o el hecho que el empleador haya despedido al trabajador sin invocar causal alguna; esto es, habiendo infringido la ley laboral, y el contrato y a su cumplimiento de acuerdo a lo pactado.

Asimismo, para (Mangarelli & Castello, 1997, pág. 106) una reparación adicional a la tarifada sólo puede tener lugar en casos excepcionales y no ante cualquier despido, para tal efecto, los criterios con la finalidad de confirmar que la entidad del daño moral amerita su indemnización, son los siguientes:

- a) Motivos antijurídicos, espurios o persecutorios.
- b) Especial ánimo de lesionar al trabajador.
- c) Comportamiento antijurídico del empleador y vulnerando intereses tutelados por el derecho laboral.

Por tales consideraciones, nada obstaculiza que de manera paralela a la indemnización tarifada, en tanto se acredite alguna de las circunstancias causantes de daño moral al trabajador, se discuta en vía judicial una indemnización por este concepto.



CAPITULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1 El daño moral en el despido injustificado

La finalidad de este capítulo es esbozar los fundamentos de los jueces laborales para determinar la existencia de un daño moral por despido lesivo de derechos fundamentales, es decir, contrario a derecho que ha lesionado no solo el derecho a la estabilidad laboral sino otros derechos fundamentales que con el despido ocasionaron daños patrimoniales y extra patrimoniales al trabajador.

Desde la perspectiva civil, consideramos adecuado que el daño moral sea definido como la afectación a la esfera psíquica de la persona, pero consideramos que no debe ser tratado como un sinónimo del daño psicológico, como lo vienen haciendo los jueces laborales quienes supeditan su acreditación a una pericia psicológica, dejando de lado otros aspectos como los ya mencionados por los autores como Fernández Sessarego, que van más allá del daño emocional, incluyendo el daño biológico, a la integridad emocional y el bienestar. Es en otras palabras, un daño extra patrimonial que consiste en que el evento dañoso, (el despido injustificado) produce una afectación al trabajador de manera tal que se altera el normal desarrollo de su vida, y lo imposibilita de mantenerse en un estado de tranquilidad, pudiendo recaer en patologías como depresión y ansiedad, por la incertidumbre en lo sume el despido intempestivo e injustificado.

En este punto del análisis cabe preguntarse, qué características debe tener el despido injustificado para causar el daño moral en un trabajador, considero que la jurisprudencia revisada y de la experiencia como litigante, que es el maltrato del empleador materializado con acto de despido, sea incausado, fraudulento, nulo o arbitrario, y es más profunda e intensa la aflicción del trabajador despedido cuanto más identificado se sintió con su empleador, toda vez que el evento dañoso es la ruptura abrupta de una relación laboral, que se dio en una relación que nace de un desequilibrio de poderes, es decir, de la desigualdad económica.

De ahí que en algunos casos, como en un despido arbitrario en el que el trabajador es desvinculado abruptamente y no puede ingresar al centro laboral, donde estuvo laborando años, el dolor recae en la confianza quebrada, la desilusión sobre sus jefes, y el sentimiento de humillación frente a sus compañeros de trabajo y su familia.

Así, un despido injustificado, puede causar daños extra patrimoniales adicionales al daño moral, cuya relación sería de género a especie, y puede incluir no solo afectación

de la esfera emocional, sino el honor, la buena reputación, a la imagen y sobre todo afecta en algunos casos, el autoestima, pues el trabajador despedido injustamente es consciente que el empleador ha buscado deshacerse de él, y la indignación de verse desvinculado sin razón. De ahí que en una relación de subordinación, consideramos que el daño moral cobra una característica particular que es la afectación que produce la arbitrariedad proveniente de un superior jerárquico, y no de una relación donde las partes son iguales, sino donde hubo sujeción, es decir, subordinación.

2.2.- Análisis el daño moral en la jurisprudencia casatoria laboral.

En este apartado, tendremos oportunidad de reconocer cuáles fueron las posiciones esbozadas en la jurisprudencia casatoria laboral respecto al daño moral sufrido por el trabajador, los efectos producidos en la esfera personal y las consecuencias jurídicas ante el despido arbitrario que haya provocado daño moral.

2.2.1 Casación N° 4385-2015-Huancavelica. El daño moral como afectación psíquica y violación de derechos fundamentales.

En la (Casación 4385, 2015) -Huancavelica, de fecha 14 de octubre de 2016, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, que es un caso de un cese colectivo irregular, encontramos que los tribunales peruanos entienden que el daño moral de un trabajador despedido de forma injusta, no se produce por el solo hecho del despido, que aunque se afecte el ánimo del trabajador, no es elemento suficiente para su determinación, pues deberá a éste debe concurrir una vulneración de los derechos previstos en el artículo 23 de la (Constitución Política del Perú, 1993), conforme lo señalado en el fundamento décimo séptimo de la sentencia, basándose en que : “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

En la casación laboral que es materia de análisis, es esboza el concepto de daño moral en la relación laboral como un acto de arbitrariedad que tiene como resultado el menoscabo de derechos fundamentales, como al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador, como la imputación injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador. (Casación 4385,2015, fundamento 27).

Asimismo, en el fundamento noveno de la sentencia encontramos que la Sala Civil establece la función o en todo caso el rol que cumple la indemnización en un despido injusto: “La indemnización por despido cumple una función de resguardo -no de la integridad tutelada mediante las normas de la responsabilidad civil- sino de la estabilidad económica del trabajador, que ve roto su vínculo con el empleador, por una decisión arbitraria o nula” (Casación 4385-2015, fundamento 9).

En este fundamento, parece que se está dotando al daño moral de un contenido patrimonial parecido al de la indemnización tarifada, porque en la parte considerativa de la sentencia señalan que se produce por la afectación psíquica del trabajador, más la vulneración de algún derecho fundamental (daños extra patrimoniales), y señala que para ser resarcido y el trabajador pueda recuperar su estabilidad económica, requiere tener en cuenta los años de servicios que prestó el trabajador, lo que considero puede ser un elemento para su cuantificación, mas no para su determinación.

Vemos que en el caso que es materia de esta sentencia, los jueces supremos establecieron que para la existencia del daño moral, se debe acreditar una situación extraordinaria que haya alterado, significativamente y de forma negativa, la vida del trabajador despedido, al quien no le bastó el valor probatorio de la pericia psicológica, porque no se acreditó el nexo causal entre el despido y su aflicción. Es decir, dónde queda el menoscabo de la integridad psicológica que le causó el cese arbitrario, si supuestamente el daño moral incluye la afectación de ese derecho fundamental.

Asimismo, la teoría doctrinaria acogió el Colegiado es la del jurista argentino Ernesto Martorell, que es citado en el fundamento noveno de la sentencia casatoria, conforme lo siguiente:

De aquí la vinculación que el legislador establece entre el monto de la indemnización y los años efectivos de la labor prestada, así como la necesidad y lógica de adicionar a dicha suma, siempre que se cumplan las condiciones, de un resarcimiento por los daños causados por el conjunto de circunstancias probablemente lesivas de los derechos del trabajador, cuyo episodio final haya sido el despido. (Casación 4385-2015).

Asimismo agrega:

Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto porque implica dar por sentado que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador. (Casación 4385-2015).

En este punto es evidente que se no se presume que daño moral implica un daño psicológico, pero sí se señala que habrá este daño si se afectan derechos previstos en el artículo 23 de la Constitución que hace referencia a la dignidad del trabajador.

2.2.2 Casación Laboral N° 139-2014-La Libertad. El daño moral es el daño psíquico y al proyecto de vida.

Asimismo, encontramos otra casación laboral, publicada en el Diario oficial El Peruano el 30 de julio del 2015 en la que se señala:

Una vez que se acredita la existencia del despido injustificado, los hechos, derivados por el despido arbitrario, tienen que haber ocasionado una aflicción muy grave en el trabajador. Por ello, para acreditar la conexión entre despido y daño, el trabajador podrá usar pruebas directas o indirectas, como exámenes, testimonios, entre otros.

Así, si el daño moral es entendido como la configuración del estado emocional de angustia y frustración actual con incidencia en todos los planos de su vida personal, deberán concurrir los elementos de la responsabilidad civil, así como ocurre en sede civil, por qué sería diferente en el ámbito laboral.

El vacío existencial y la aflicción que causa al ser humano un evento dañoso, debe estar plenamente acreditada con la conducta antijurídica del empleador, cuando se produjo el despido.

Relación de causalidad.-

Así consideramos que debe probarse la relación de causalidad entre el despido y el daño moral alegado y precisar que el nexo causal consiste en el evento dañoso ocasionado por el acto de despido directamente relacionado con el daño sufrido en la autoestima del trabajador, y que la angustia de no tener trabajo es por es emotivo y no anterior. Así consideramos, que si un despido injustificado es una agresión a la persona por haberlo colocado en una situación de inoperancia, en oposición a su capacidad productiva, debe probarse que se ha generado dicho trastorno y que se ha truncado en su línea de carrera en la empresa que había escogido trabajar, y producto de ello, se ha afectado visiblemente su salud emocional y la estabilidad de su familia.

Factor de atribución de responsabilidad.-

En este punto, la Corte Suprema ha establecido mediante la (Casación Laboral N° 5423-2014-Lima, 2015), que un despido injustificado ocasiona daños a la persona no solo patrimoniales, como las remuneraciones dejadas de percibir, sino que la conducta dolosa del empleador le produce un sufrimiento al trabajador por la incertidumbre en que lo sume por la falta de empleo en el mercado.

La Antijuricidad o ilicitud de la conducta dañosa.-

En este elemento de la responsabilidad, la conducta maliciosa del empleador debe ser aquella que generó una afectación sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador, como es el caso de imputar a un trabajador la comisión de faltas graves que no se encuentran acreditadas, que colocan en duda el desempeño y la capacidad profesional del trabajador despedido, generándole desestabilización emocional y una gran afectación a su autoestima.

¿Es el daño moral igual al daño psicológico?

Según el (Ministerio Público, 2016), el daño psíquico es una dimensión del “daño a la persona” que comprende el daño moral y el daño al proyecto de vida.

El daño psíquico con el daño moral los diferencia una delgada línea conceptual, porque queda claro es un perjuicio sufrido por una persona directamente su esfera psíquica, y también es un agravio directo a dignidad, honor y buena reputación, que compromete su salud y estabilidad emocional que no le permite continuar con el libre desarrollo de su personalidad y su proyección de vida.

2.2.3 Casación Laboral N° 5423-2014-Lima. Daño moral como la lesión a la dignidad, honor y reputación del trabajador

En la (Casación Laboral N° 5423-2014-Lima, 2015), interpuesto en un proceso ordinario laboral de indemnización por daños y perjuicios, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que declaró fundado el recurso de referido al otorgamiento de una indemnización por daño moral derivado de la responsabilidad ante un despido arbitrario.

Un trabajador que impugna un despido arbitrario, puede solicitar una indemnización por daño moral, conjuntamente con la prevista en la legislación peruana, por despido arbitrario, es decir, adicionalmente a la referida en el artículo 34 de la LPCL sobre la base de cálculo para indemnizaciones por despido arbitrario; lo que tiene fundamento

en la reparación de los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa de los empleadores materializados en el acto de despido.

Así, en un despido cuya causa no ha sido acreditada, es decir, un despido ilícito que configura como arbitrario, no sólo da lugar a la indemnización de ley, sino que corresponde adicionalmente una reparación económica por daño moral, en tanto que la conducta maliciosa del empleador es aquella que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador.

En ese sentido, apreciamos, de acuerdo a lo señalado, en la Casación Laboral N° 4385-2015 que el daño moral de un trabajador despedido de forma injusta, no se produce por el solo hecho del despido, habrá daño moral siempre que se acredite una afectación psíquica y vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Concordamos con la Casación Laboral N° 139-2014 cuando señala que para el reconocimiento de una indemnización por daño moral a causa del despido, deberán concurrir los elementos de la responsabilidad civil; asimismo, según lo señalado en la Casación Laboral N° 5423-2004 un despido arbitrario, no sólo da lugar a la indemnización de ley, sino que corresponde adicionalmente una reparación económica por daño moral, pues la conducta maliciosa del empleador genera una afectación sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador.

2.3.-El daño moral en los plenos jurisdiccionales laborales.

De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Plenos Jurisdiccionales constituyen un mecanismo que permite el análisis de situaciones problemáticas que se encuentran relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional respecto de criterios disímiles en la interpretación de la norma ante casos similares

2.3.1 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2018, Chiclayo

En el (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral , 2018), ante la pregunta de si en caso de despido incausado y fraudulento debe presumirse la existencia del daño moral a causa del despido o es necesaria alguna prueba que lo acredite, en este Pleno se acordó por mayoría:

Sí debe presumirse el daño moral, pues el sólo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código Civil.

En este caso, si bien técnicamente el Pleno no es vinculante y los jueces aplican sus criterios de forma discrecional, discrepo de la posición mayoritaria de los jueces toda vez que el daño moral no debe presumirse de ninguna manera, sino acreditarse, además se desprende que el daño moral es sinónimo del daño psicológico, lo que también puede interpretarse como que es producto de una violencia del empleador hacia el trabajador, al momento del cese que afectó su esfera psíquica, es decir afectó su derecho a la integridad psicológica y bienestar.

Consideramos que no es adecuado que se presuma el daño moral mientras se siga planteando como daño psicológico, luego además sumarle un contenido de afectación emocional. Es decir mientras no se tenga claro el concepto y no se establezcan los parámetros para su determinación, no debiera entenderse como una adecuada protección contra el despido injustificado, adicional a la indemnización tarifada.

2.3.2 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, Tacna

El (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, 2019), se llevó a cabo en la ciudad de Tacna, los días 23 y 24 de mayo del presente año, asistieron noventa y cuatro jueces superiores y 34 Cortes Superiores de Justicia, de acuerdo a este último Pleno, el daño moral no se presume sino deberá acreditarse pero no deja de lado la presunción, pues acogiendo uno de los criterios de la jurisprudencia casatoria citada en el capítulo 3 de este trabajo, considera al daño moral como la afectación de derechos fundamentales como el honor, y aborda su cuantificación, de la siguiente manera:

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, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, 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; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, 2019)

En el Pleno, si bien se deja de lado la presunción por daño moral del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de 2018, ésta admite prueba en contrario, pero de qué manera, toda vez que se acredite una vulneración de derechos fundamentales como el honor, la dignidad, que consideramos que además de ser un derecho, es una norma-principio que sirve como un punto de partida para dotar de contenido a otros derechos, y es sustento de los demás derechos constitucionales, por lo que no se ha zanjado el tema, sino más bien ha establecido que la presunción admite prueba en contrario y ha abierto un abanico de posibilidades, porque señala “derechos de la personalidad”, cuáles son esos en el caso de los trabajadores, es decir, ante un despido injustificado qué derechos y cómo podrían lesionarse, así como se menciona y nuevamente regresando a la teoría del jurista Sessarego, el daño moral como un tipo de daño a la persona. Un círculo conceptual que no se cierra, que nos coloca en la incertidumbre sobre los futuros fallos, dejando de lado, la predictibilidad.



CAPITULO III: DISCUSIÓN

3.1 El daño moral en despidos injustificados

Habiendo diferenciado el daño moral del psicológico, y deslindado las interpretaciones y posturas adoptadas, tanto en la jurisprudencia casatoria laboral peruana citada como en los dos últimos Plenos Jurisdiccionales Laborales 2018 y 2019, analizaremos la relación causa efecto que habría entre un despido injustificado y el daño moral. Es decir, cómo así un despido injusto (sea arbitrario, incausado, fraudulento o nulo) tiene como consecuencia un daño extra patrimonial en el trabajador afectado que lo hace merecedor de una indemnización adicional a la tarifada.

Vemos que en la legislación laboral encontramos los artículos 34 y 38 de la LPCL se estipula la indemnización tarifada para los despidos arbitrarios como única reparación, no obstante, como ya lo hemos señalado, a través de la jurisprudencia laboral se ha reconocido a los trabajadores afectados por despido injustificados, el otorgamiento de una indemnización adicional por daño moral, por la afectación de su esfera emocional y la afectación de derechos fundamentales.

Asimismo, en la jurisprudencia laboral se ha construido más de un concepto sobre daño moral para los trabajadores despedidos y son aplicados sin uniformidad de criterios porque como se ha evidenciado del capítulo 3 de este trabajo, no hay una sola forma de enfocarlo, ni una sola doctrina adoptada y los Plenos Jurisdiccionales Laborales 2018 y 2019 no han servido para unificar los criterios sino para crear más confusión porque han establecido presunciones del daño moral en el despido injustificado y no lo han motivado; además existen imprecisiones porque se adopta más de una visión de daño a la persona.

Asimismo encontramos que se acogen otras posturas que incluyen al daño psíquico como un tipo de moral y finalmente le suman afectación de derechos fundamentales, entrando a un plano constitucional, lo que abre una puerta a muchas afectaciones de la persona humana, lo que puede ser un cajón de sastre donde también ingresaría, y por qué no, la integridad psicológica del artículo 2, inciso 1 de la (Constitución Política del Perú, 1993), entonces este daño moral para los despidos injustificados desarrollado por los jueces laborales peruanos parece encerrar más de un concepto y no desarrolla supuestos claros ni delimitados, que sean útiles para resolver de forma predecible casos similares a futuro.

Lo que hacen los jueces laborales de acuerdo al análisis de la jurisprudencia seleccionada es que para cada caso de un despido injusto, se extiende la dimensión del daño moral, se va dotando de mayor contenido sin dejar de lado el daño psíquico, haciéndolo más abierto, como el caso del último Pleno 2019 que si bien cierra la puerta en cuanto a que el daño moral no se presume sino que debe probarse, abre una ventana señalando que si se presumirá la existencia del daño moral, si se acredita la afectación a la dignidad de la persona y otros derechos, como el honor.

Respecto de la presunciones de los dos últimos Plenos Laborales Jurisdiccionales, cabe preguntarnos si admiten o no prueba en contrario. Por un lado, consideramos que todo daño debe estar acreditado, sea en materia civil o laboral, porque partimos de la premisa de que “Aquel que causa a un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”, conforme se señala en el Código Civil, de ahí que no debe presumirse el daño sino acreditarse a fin de determinarse su existencia, luego de probados los elementos de la responsabilidad civil y cuantificarse.

En ese sentido, consideramos que las presunciones de los Plenos Jurisdiccionales y de las casaciones laborales, admiten prueba en contrario, porque si no sería una arbitrariedad del juzgador y una violación a la tutela jurisdiccional efectiva de la parte demandada (empleador) que se asuma per sé que el acto de despido ha sido tan grave que amerita una indemnización adicional a la tarifada. Se estaría afectando además la esfera patrimonial del empleador si no hubiera daño, lo que no sería justo.

Consideramos que los procesos laborales sirven para la impartición de justicia y deben ser distributivos; en ese sentido, la indemnización por daño moral será una tutela adecuada contra el despido injustificado siempre que se haya acreditado la lesión a algún aspecto de la personalidad del trabajador, con lo que consideramos que con ello se le dará a cada quien, lo que por derecho le corresponde, un resarcimiento económico como desagravio a quien ha sufrido la arbitrariedad o un tipo de violencia de su empleador, y éste le corresponde la condena al pago de la suma ordenada por el juez, lo que es lógico y acorde con los principios consagrados en un Estado de Derecho que se basa en el respeto de la persona humana. En ese sentido, (Linares, 2012, pág. 77), manifiesta que el tema problemático en cuando a la falta de criterios para la cuantificación del daño moral es el relativo al quantum indemnizatorio, pues la fijación de la cuantía del daño moral lejos de obedecer a un quantum matemático depende del albedrío del juzgador.

Lo preocupante de la justicia peruana laboral con el último Pleno Laboral de 2019, es que se ha abierto una ventana más grande donde se pueden hacer encajar daño a la persona, al proyecto de vida, a la personalidad, a la integridad moral, psíquica, tranquilidad, bienestar físico y mental, entre otros que pueda considerarse una afectación a la dignidad; sea que se afecte uno o de forma conjunta, lo que no se especifica, dando lugar a que puedan aparecer fallos que extiendan aún más el alcance del daño moral en vez de delimitarse supuestos claros de lesión a los trabajadores despedidos.

3.2 La dimensión del daño moral en materia laboral

Sería útil y conveniente que un Pleno Laboral Nacional vinculante delimite la naturaleza de la indemnización tarifada en la legislación, que es un resarcimiento pecuniario que sirve para compensar la pérdida intempestiva del salario. No obstante, hasta ahora no contamos con un pronunciamiento que nos brinde esa herramienta legal y sea obligatoria para todos los jueces, abriendo la posibilidad del otorgamiento de más indemnizaciones.

Es indispensable comprender qué daños está resarciendo la indemnización tarifada, a nuestro entender es diferente de la que debe otorgarse por daño moral, porque la indemnización de la LPCL compensa la pérdida patrimonial que sufre el trabajador cuando es cesado de forma injusta, y de alguna forma lo compensa, sin embargo, este precepto normativo, acoge la solicitud de que empleador pague otros derechos, que para el caso sería, el del resarcimiento por daños extrapatrimoniales.

Por un lado, la dimensión del daño moral en el despido injustificado está aún en construcción y se relaciona directamente con la afectación de derechos fundamentales que, además del derecho al trabajo, están referidos a los derechos de la personalidad y su reparación es del daño causado en la esfera psíquica de la persona y en su vida privada.

Por otro lado, el daño moral en el despido injustificado es entendido como aquél que se produce automáticamente en la persona por la angustia y frustración causadas, así como por el vacío existencial, difícil de suplir o sustituir, y el estado de incertidumbre por la pérdida del empleo sin una justificación legal o contraria a Derecho.

3.3 Reflexiones sobre la dimensión del daño moral y su tratamiento judicial

Consideramos que el daño moral es un tipo de daño a la persona, conforme con la teoría del jurista Fernández Sessarego, ahora bien las definiciones sobre este tipo de lesión a la persona humana está desarrollada en función a incumplimientos contractuales o a las consecuencias derivadas de responsabilidad extracontractual en materia civil, a lo que cabe preguntarnos si podríamos partir de la misma premisa del daño que causa un sujeto cuya relación jurídica se da en igualdad de condiciones y otra que se parte de una desigualdad, como la relación laboral que se caracteriza por el desequilibrio de poderes entre las partes.

La característica esencial de una relación laboral y lo que la define, es la subordinación jurídica, por la cual el trabajador se encuentran sujeto a las órdenes de su empleador y la dinámica del contrato laboral es que el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo, y el empleador le da como contraprestación, una remuneración, entre otros beneficios. En este tipo de relación, la desigualdad económica entre el empleador y el trabajador hace que el sistema jurídico adopte medidas legales para equiparar la desigualdad y evitar el abuso del poder del empleador, como es el principio protector, entre otros de naturaleza sustantiva y procesal, que protegen a los trabajadores frente a las arbitrariedades que pudiera sufrir.

El despido es la ruptura de un contrato laboral unilateral, y cuando es injustificado, es ilegal, y este tipo de afectación genera daños en la persona, que pueden parecer obvios para algunos jueces como el sentimiento de aflicción por la pérdida del empleo y la sensación de incertidumbre, y para otros jueces, debe probarse que dicho perjuicio moral se ha generado por el despido, y finalmente, hay otros magistrados que rechazan el otorgamiento de una indemnización adicional a la tarifada porque consideran que la tarifada es la única reparación posible por cualquier daño sufrido por el trabajador despedido injustamente.

Para efectos del presente análisis, y teniendo a la vista Plenos Laborales que demuestran que no hay claridad sobre el concepto de daño moral que sufre el trabajador, debemos asumir una posición doctrinaria sobre el daño moral, por lo que adoptaremos el del daño a la persona del jurista Carlos Fernández Sessarego que es un concepto más amplio al daño moral.

En el proceso laboral, el trabajador deberá acreditar el daño moral sea con pruebas documentales, testigos, pericias o bien indicios, que demuestren aquellas lesiones que no son tangibles, como la pérdida de la chance de haber ascendido en su empleo, de haber obtenido reconocimientos, capacitaciones, viajes al extranjero, entre otros beneficios que no pudo obtener por el despido injustificado.

Un despido injusto puede acarrear más de un tipo de daño y deberá demostrarse en juicio y resarcirse para que exista una eficacia jurídica plena del derecho a ser despedido solo por causa justa. Ahora bien los jueces laborales deben aplicar los principios del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, por los cuales, el magistrado debe equilibrar los poderes entre las partes e impartir justicia sobre la base de los principios laborales y procesales, como el Debido Proceso, que facilitan un proceso célere y transparente.

Un trabajador en principio cuida su puesto de trabajo, no solo por el salario, sino porque transcurren años de su vida prestando servicios para un determinado empleador, lo que hace que se involucre emocionalmente con su trabajo. De ahí que un despido injustificado le produzca un impacto negativo en sus sentimientos y ese es el enfoque de los magistrados laboristas.

Para la jurisprudencia laboral, el daño moral que sufre un trabajador impacta en su dignidad y afecta su honor, así como se afecta su esfera psíquica de la persona, es decir, adoptan la teoría del daño a la persona de Fernández Sessarego y, adicionalmente con un enfoque constitucional, su configuración legal requiere una afectación de derechos fundamentales como la dignidad, el honor y la buena reputación.

De acuerdo a nuestra posición, no solo la jurisprudencia actual permite el otorgamiento de daño moral por despido injustificado, sino que en el artículo 34° de la LPCL se puede amparar este tipo de resarcimiento, toda vez que prevé que se paguen otros conceptos adicionales.

En este punto de análisis, encontramos el derecho a ser resarcido por daños extrapatrimoniales debidamente acreditados, lo que sería una salida para que el trabajador pueda ser reparado por cualquier tipo de daño sufrido, así no esté expresamente señalado, pues el sistema jurídico no debe tolerar arbitrariedades ni injusticias que menoscaben los derechos de las personas, conforme expondremos a continuación.

3.4 Una interpretación propia del texto del artículo 34 de la LPCL

3.4.1.- La naturaleza de los daños que cubre la indemnización tarifada

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que para la protección frente al despido arbitrario, la indemnización tarifada funciona como tutela resarcitoria en un sistema de protección de estabilidad laboral relativa, y su otorgamiento está previsto en el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, LPCL (Decreto Supremo N° 003-97-TR), que concordado con el artículo 38 del mismo cuerpo legal, con una sentencia fundada por despido arbitrario, los jueces laborales aplican esta fórmula legal de forma inmediata y su cuantificación está determinada mediante una operación aritmética, por lo que en la misma sentencia se sanciona al empleador vencido con el pago de la indemnización correspondiente.

Ahora bien, este artículo normativo ha sido redactado señalando de forma expresa que el pago de la indemnización prevista es la única reparación por el daño sufrido. Sin embargo, para efectos del análisis que desarrollaremos a continuación, cabe preguntarnos qué tipo de daños puede prever esta norma, es decir, qué tipo de daños puede ocasionar un despido y esa limitación de “única” a qué tipo de daño se refiere.

De una interpretación sistemática por comparación del artículo 34 con el artículo 38 de la LPCL, se puede inferir que se refiere a la cobertura de los daños patrimoniales sufridos por el trabajador despedido de forma arbitraria, ello en virtud de que se toma a la remuneración y el tiempo de servicios, como base para el cálculo, siendo la remuneración lo que el trabajador perdió al ser despedido.

Ahora bien, cuando el trabajador despedido de forma arbitraria opta por demandar el pago de una indemnización, y no por la reposición al puesto de trabajo, y gana el juicio:

¿Qué se está compensando con la indemnización tarifada?

Consideramos que lo que se está indemnizando únicamente es el perjuicio patrimonial sufrido que consiste en la expectativa económica del sueldo que esperaba percibir por unos años más, si permanecía en su puesto de trabajo y se vio truncado con un despido injusto.

En esta investigación no entraremos a analizar si es adecuado o no el tope de doce remuneraciones que reconocen como máximo ocho años de servicios prestados, o si no deben existir topes legales en este rubro, sino más bien ahondaremos en su

naturaleza y si es posible o no el otorgamiento de una reparación adicional a la establecida en este texto legal.

Partiendo de la clasificación de Osterling Parodi, los daños patrimoniales se clasifican en lucro cesante y daño emergente. En este punto del análisis, podríamos afirmar que fue la voluntad del legislador sancionar el despido arbitrario con el otorgamiento de una indemnización por el lucro cesante del trabajador que, en términos sencillos, es aquél perjuicio económico sufrido por la remuneración dejada de percibir por el hecho del despido, lo que es una consecuencia inmediata y lógica que no requiere probanza.

Sin tener en cuenta los últimos plenos jurisdiccionales laborales, y el reconocimiento de daños patrimoniales y no patrimoniales para los despidos incausados y fraudulentos, y en sí para cualquier despido injustificado (no habría un sustento jurídico para excluir un tipo de despido injusto), sólo de la lectura del artículo 34 de la LPCL encontramos que para el despido arbitrario, y siguiendo la línea de que se trata de daños patrimoniales, el daño emergente estaría también incluido en la reparación que otorga la indemnización tarifada.

¿Está cubierto el daño emergente si nos remitimos al artículo 38 del mismo cuerpo legal?

Particularmente, y a la luz de nuestra experiencia en litigios laborales, consideramos que el daño emergente no estaría incluido en la indemnización tarifada. La indemnización establecida en el artículo 38 de la LPCL se refiere sólo al lucro cesante del trabajador, pero más allá de esa apreciación y posición jurídica sobre el particular, consideramos que sí cabría su otorgamiento de una lectura sistemática por ubicación del mismo texto legal del artículo 34 que prevé la indemnización por despido arbitrario.

La posición jurídica que sostenemos en esta investigación sobre el daño emergente del trabajador, que es diferente en cada caso concreto, está referido a su comprensión como la pérdida patrimonial que aparece luego de ocurrido el despido, que no es la remuneración que debía percibir el trabajador, si no hubiera sido despedido, sino la pérdida la chance económica de haber mejorado su nivel de vida o al menos mantenerla.

En otras palabras, este tipo de indemnización cubre el empobrecimiento o desmedro en la calidad de vida del trabajador y su familia, es decir, la afectación de su vida económica en diferentes aspectos, por citar ejemplos, el cambio de domicilio (si no puede seguir pagando el alquiler de su casa o departamento).

Así como encontramos la contingencia de la ejecución de un crédito hipotecario por falta de pago (que pagaba con el sueldo), el remate de su vivienda, o el cambio de colegio de los hijos (si no puede seguir pagando las pensiones) el sobreendeudamiento para cubrir préstamos adquiridos mientras estuvo trabajando (que iba a cubrir con la expectativa del sueldo que le tocaba percibir) la situación insolvencia sobrevenida por la falta de pago de créditos que lo colocan con un perfil crediticio dudoso en las centrales de riesgo; entre otros perjuicios, que son generados por la pérdida intempestiva del empleo.

Ahora bien, habiendo establecido que los artículos 34 y el 38 de la LPCL se refieren a la cobertura de daños patrimoniales sufridos por el trabajador por un despido injusto, cabe preguntarnos si en realidad debemos entenderla necesariamente como la única reparación que puede percibir un trabajador, o si aplicando esta Ley, concordada con la Constitución Política del Perú, y otros instrumentos normativos nacionales y de naturaleza supra legal, es posible sustentar el resarcimiento de daños de otra naturaleza sufridos por un trabajador despedido injustamente.

A continuación, analizaremos el segundo párrafo del texto legal del artículo 34 de la LPCL a fin de sustentar que sí es posible otorgar una indemnización por daño moral, como daño extra patrimonial que puede ser ocasionado por el despido injusto, las manifestaciones de arbitrariedad del empleador, así como el impacto en la esfera de la vida de la personal del trabajador.

Del mismo modo, y no menos importante, determinaremos a quién corresponde la carga de la prueba para su acreditación, dejando de lado presunciones y, desde la perspectiva de una adecuada protección contra el despido arbitrario, enfocar este análisis como un aporte doctrinario para la protección de la estabilidad laboral relativa en el Perú.

3.4.2 La indemnización por daños extra patrimoniales causados en el despido

- De los derechos del trabajador.-

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 ésta 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. (El subrayado es nuestro).

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.

El artículo 27 de la Constitución Política del Perú, señala lo siguiente: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” , esta norma nos remite al artículo 34 de la LPCL, por lo que es un derecho del trabajador el resarcimiento de los daños sufridos por un despido injusto, lo que nace de la protección del derecho fundamental al trabajo, cuyo contenido esencial comprende además del derecho a acceder a un puesto de trabajo, a ser despedido solo por causa y la estabilidad laboral de salida, es decir, que su infracción da lugar a la reparación del daño, sea por la restitución del derecho, mediante la reposición al empleo, o el resarcimiento económico, por los daños y perjuicios económicos sufridos por el trabajador.

Ahora bien, de la sola lectura del segundo párrafo del artículo legal materia de análisis parece que no es posible incluir otro tipo de reparaciones, diferente a los previstos para los daños patrimoniales, pero si hacemos una lectura constitucional de este artículo nace la posibilidad de la indemnización por daños extra patrimoniales, como es el daño moral, que sufre un trabajador despedido de forma injusta, para lo cual seguiremos una secuencia lógica y ordenada para sustentar nuestra posición y precisar los alcances para su determinación.

3.4.3 El resarcimiento de los daños del trabajador despedido.-

La indemnización prevista para el despido arbitrario en el artículo 34 se encuentra dentro del título de “derechos del trabajador”, de ahí que podemos deducir que existe un derecho al resarcimiento de daños producidos por un despido injusto. Asimismo, la jurisprudencia casatoria laboral (citada en el capítulo precedente), la del Tribunal Constitucional, la doctrina y los Plenos Jurisdiccionales Laborales nos han permitido comprender que una adecuada protección contra los despidos injustificados implica sancionar la arbitrariedad de los empleadores con todos los recursos que cuenta el sistema jurídico peruano para su adecuada tutela legal restitutoria y resarcitoria.

Si bien con la Constitución Política de 1993 desapareció la estabilidad laboral absoluta, el sistema de estabilidad laboral relativa que se refiere a las indemnizaciones, también resulta eficaz para la reparación de los daños sufridos por el trabajador y siendo un derecho, es posible que solicitarlo en la vía judicial correspondiente, haciendo valer con

ello el derecho al trabajo, y reparando otros derechos fundamentales relacionados con la personalidad, que se han visto afectados de forma conexas.

Siguiendo los principios del Derecho Laboral establecidos en la Constitución Política del Perú, el Estado peruano asume un rol tutelar frente a cualquier arbitrariedad que menoscabe los derechos de los trabajadores, cualquiera sea su naturaleza, y conforme se ha comprometido con la ratificación e incorporación de los Convenios de la OIT sobre la protección del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, en nuestro ordenamiento jurídico se prefieren los contratos de duración indeterminada, y con ello deberá brindar una protección integral a los trabajadores para mantener su puesto de trabajo, es decir, se deberán establecer mecanismos legales para la protección de la estabilidad laboral de salida.

Respecto del resarcimiento, los diferentes tipos de reparaciones previstas en el sistema jurídico, frente a despidos injustos, no son incompatibles entre sí, siempre que se demuestren los daños en el proceso judicial. De ahí que es posible pedir por ejemplo la reposición en un despido fraudulento y, adicionalmente, acumular daños patrimoniales sufridos, o solicitar la indemnización tarifada por despido arbitrario y acumular el daño moral, y la lesión de otros derechos vinculados a la esfera patrimonial y no patrimonial que ha causado el hecho de un despido injusto.

Así, podemos afirmar que el derecho al resarcimiento de los daños del trabajador despedido de forma injusta se fundamenta en el respeto de su condición de persona y su dignidad, lo que la hace merecedora de la restitución de los derechos lesionados que, para efectos de un despido injusto, pueden ser el honor, la buena reputación, la integridad emocional, la intimidad, el bienestar y la tranquilidad. Cabe preguntarnos, si este tipo de derechos pueden ser realmente restituidos únicamente con una compensación económica o si debe haber otro tipo de reparación no pecuniaria que restablezca el derecho lesionado del trabajador.

Una adecuada protección contra el despido arbitrario lo encontramos en el artículo 2 inciso 3) y artículo 4 del Convenio 158 de la OIT (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador) que señala que sólo se podrá despedir por causas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, debidamente comprobadas y siguiendo las reglas del debido proceso. Asimismo, impone la obligación al Estado peruano de garantizar una adecuada protección contra el despido arbitrario que para efectos de esta investigación, lo extendemos a todo tipo de despido injustificado.

3.4.4 El sustento jurídico para comprender el derecho a una reparación integral del trabajador que ha sufrido un despido injustificado

En este punto del análisis cabe preguntarnos, con qué recursos contamos en nuestro sistema jurídico nacional para justificar que el derecho al trabajo merece una tutela integral que incluye una reparación por daño moral.

Consideramos que la Constitución Política del Perú nos brinda el sustento necesario y de una interpretación concordada entre los siguientes artículos podemos concluir que sí existe el derecho a la reparación integral de la lesión de un derecho que conlleva conjuntamente la afectación de otros derechos, en razón a que artículo 1 de la Constitución Política del Perú al señalar que la defensa de la persona humana y el respetar su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En este punto es pertinente citar los alcances del respeto a la dignidad y su relación con los derechos fundamentales de la persona humana, que desarrolló el Tribunal Constitucional en el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC, 2005), en el segundo fundamento de la citada sentencia en el que desarrolló que el concepto de derechos fundamentales, conforme a lo siguiente:

Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

La justificación de citar esta jurisprudencia constitucional es comprender que la dignidad es un principio que irradia, ilumina e inspira nuestro sistema jurídico y que los derechos fundamentales reconocidos a la persona deben protegerse en igual medida frente a cualquier arbitrariedad, en el plano de las relaciones laborales, pues conforme al artículo 22° de la Constitución, el trabajo es un deber y un derecho y medio de realización de la persona. De este precepto constitucional encontramos que el trabajo en base del bienestar social y un medio de realización de la persona, por lo que el evento del despido puede ocasionar un desmedro en el bienestar del trabajador no solo patrimonial, sino también extra patrimonial, que afecte otros derechos que son fundamentales, como la

integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, previsto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, el derecho al trabajo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y lo ha dotado de contenido estableciendo que incluye la estabilidad en el empleo, es decir, un trabajador solo podrá ser despedido por causa justa. En caso contrario, es decir, ante un despido injustificado (que no esté basado en causas relacionadas con su conducta o capacidad) podrá optar por la reposición o una indemnización, lo que constituye un límite al poder del empleador de extinguir la relación laboral de forma unilateral.

3.4.5 La reparación del despido arbitrario prevista artículo 34 de la LPCL no es la única para todo tipo de daños.

Continuando con la secuencia del acápite anterior, la reparación integral de los daños sufridos por el trabajador despedido de forma injusta, debe ser entendida como que este precepto legal no cierra la posibilidad de acumular una indemnización por daños no patrimoniales. Veamos, en el caso de los despidos incausados y fraudulentos que son de creación jurisprudencial, se le otorga la posibilidad al trabajador de optar por la reposición al puesto de trabajo y adicionalmente solicitar las indemnizaciones que tuvieran lugar.

En el caso del despido arbitrario, que tiene protección expresa en el artículo 34 de la LPCL, también cabría solicitar una indemnización adicional a la tarifada, porque el texto da la posibilidad de acumular el pedido de “otros derechos” y habiendo comprendido que la reparación de los daños sufridos por un despido injusto es un derecho del trabajador, el derecho a la reparación económica por daños no sólo se circunscribe a los daños patrimoniales sino también a los extra patrimoniales, como el daño moral.

Consideramos que no habría una justificación jurídica suficiente para privar a un trabajador despedido de la reparación de los daños de distinta naturaleza a los patrimoniales, ya que un evento como un despido injusto, como hecho infractor antijurídico, puede causar un daño en la persona que va más allá de su esfera patrimonial, afectando su esfera moral, es decir, su sentido de la realidad de tal forma que se distorsione su vida y no le permita realizarse plenamente lo que es finalmente, para lo que estaba trabajando, para mantenerse (motivaciones económicas) y lograr su fines como persona (motivaciones morales).

3.4.6 El daño moral ocasionado por el despido injustificado y su resarcimiento

Como señala (Arce, 1999), un despido particularmente abusivo, puede producir más de un daño en la persona del trabajador, además del derecho al trabajo, susceptible de ser reparado. Recordemos que las lesiones a los derechos de los trabajadores no solo puede darse al final de la relación sino durante ésta, cuando se afectan los llamados doctrinariamente “derechos inespecíficos laborales”, como la libertad de conciencia, la intimidad, la libertad de expresión, la objeción de conciencia, entre otros, que también son derechos fundamentales.

En ese sentido, puede darse el caso que un trabajador en una demanda acumule el pedido de una indemnización por lucro cesante, daño emergente, y si además ha sufrido una lesión de otros derechos que no recaen en su esfera patrimonial, como el honor o su autoestima, puede solicitar su reparación probando que ha existido daño moral y solicitar al juez que la cuantifique equitativamente, para aliviar su aflicción porque fácticamente es imposible volver al estado anterior a la afectación de un derecho inmaterial.

En este escenario, cabe preguntarnos cómo se puede reparar la imagen y concepto que el trabajador tuvo de sí mismo (autoestima) y el que los demás tuvieron de su persona como trabajador en su centro laboral, y si el dinero puede aliviar esa sensación de impotencia e injusticia del que fue víctima un trabajador al que le inventaron una causa para despedirlo, como ocurre en el despido fraudulento.

Consideramos que el dinero no repara en su totalidad los daños inmateriales pero si alivia y produce bienestar en la persona. La compensación pecuniaria sirve para menguar la aflicción causado por el hecho arbitrario y doloso, y le brindará confort y tranquilidad “material”.

Esta posición es particular y basada en la experiencia laboral en los tribunales peruanos, el daño moral no se agota con la afectación psíquica, es decir, no es un sinónimo del daño psicológico, pero si puede comprenderlo. Consideramos que frente a un despido injusto, el trabajador tiene derecho a la reparación integral por daño moral, por el sentido de la justicia y la tutela de la integridad moral de la persona.

Ahora bien, en qué consiste el daño moral del trabajador despedido injustamente. En este punto descartamos la crítica que el daño moral se solicita para inflar los petitorios en las demandas de indemnización por despidos. Lo que se afecta la dimensión moral

del trabajador, es el sentido de la justicia y la verdad, que son valores que el empleador ha infringido, lo que lo hace merecedor del resarcimiento. Es decir, lo que el trabajador despedido busca como fin último, en el proceso laboral, es que prevalezca la verdad y que el empleador infractor reciba un castigo.

De acuerdo a nuestra posición y experiencia en litigios, lo que busca el trabajador en el proceso laboral es que quede claro que fue despedido por la arbitrariedad de su ex empleador, y no por su falta de capacidad, o porque cometió alguna falta grave, porque no se portó a altura del puesto que ocupó, ente otros; y que no existió una razón ajustada a Derecho que justificara el despido.

Cabe señalar que las afecciones morales inherentes al ser humano van más allá del dinero, de ahí que consideramos que así no se obtenga la compensación económica que se solicitó en el petitorio de la demanda, cuyo otorgamiento es discrecional al juez, con el solo hecho de que se sancione al empleador, como culpable del perjuicio ocasionado en la vida del trabajador despedido, éste verá realizado su derecho. Es decir, existirá en el trabajador la tranquilidad de que los tribunales peruanos han cumplido con impartir justicia correctamente y la sensación de injusticia de haber perdido el empleo en el que trabajó diligentemente, y proyectó su crecimiento profesional, se verá atenuado.

Lamentablemente, la excesiva carga procesal de los tribunales peruanos hace que aún los procesos judiciales laborales sean lentos, no obstante, quienes luchan por la verdad esperan el tiempo que sea necesario obtener justicia, ya que la pérdida del empleo, en la mayoría de los casos afecta la economía y la tranquilidad del hogar. En ese escenario, es adecuado el otorgamiento de una indemnización por daño moral.

Así, consideramos que además de lo que se ha logrado con los fallos laborales sobre este tema y los Plenos Labores, la única reparación prevista en el ordenamiento normativo, no es la tarifada del artículo 38 de la LPCL, sino también se prevé en ella, el derecho al resarcimiento de los daños inmateriales, como el daño moral.

En el campo procesal, consideramos que los principios rectores de la Nueva Ley Procesal del Trabajo previstos en su título preliminar, son valiosas herramientas que comprometen a las partes a ajustarse a la verdad de los hechos. Así, tanto litigantes como abogados, como operadores del Derecho, estamos en el camino hacia una consolidación de una mayor protección de los derechos laborales.

Así esbozado este análisis parecería que podría justificarse una presunción del daño moral frente a un despido injusto, pero contrariamente a lo que podría desprenderse de estas líneas, consideramos que todo daño sufrido por una persona debe probarse, porque no es correcto presumir daños, ya que ello también sería recaer en un injusto para el empleador.

El sentido de la justicia no es inclinar la balanza hacia un solo lado, sino que se otorgue la reparación a un daño existente, de ahí que consideramos que no es adecuado que se haya presumido los daños en los plenos jurisdiccionales citados para el despido incausado y fraudulento.

En el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en Tacna de mayo de 2019, acordaron los magistrados que no se presume el daño moral salvo para los casos de violación de derechos fundamentales, como el honor, la buena reputación y la dignidad, lo que nos lleva a una profunda confusión y oscuridad conceptual, que en la práctica está haciendo que los jueces no adopten ninguno de estos criterios y simplemente no otorguen el daño moral a los trabajadores despedidos injustamente, por la falta de uniformidad en los fallos.

3.4.7 El equilibrio entre las partes y la eficacia reparadora

A la luz del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el equilibrio entre las partes (trabajador y empleador) se materializa con la impartición de la justicia laboral que declara fundada la demanda por despido, sea incausado, fraudulento, arbitrario o nulo, y luego de haberse acreditado los daños extrapatrimoniales, que son consecuencia directa e inequívoca del despido, así como haberse actuado y valorado las pruebas pertinentes en el marco de un Debido Proceso, se declare igualmente fundado el extremo de la indemnización por daño moral, cuya cuantificación deberá ser equitativa de acuerdo a su magnitud.

La eficacia reparadora de la indemnización por daño moral de un trabajador despedido injustificadamente varía de acuerdo a cada caso concreto y dependerá del grado de frustración de sus expectativas laborales. Entendiendo por esto un ascenso laboral, un aumento, un reconocimiento profesional, entre otros factores, que pudieran afectarle profundamente en su desarrollo personal.

De acuerdo a (Alonso, 1975), el otorgamiento de las indemnizaciones se justifica por la infracción al derecho a la estabilidad laboral del trabajador que lo protege frente a la ruptura intempestiva del vínculo por la sola voluntad del empleador, porque deja su vida

sumida en una permanente inquietud y dudas sobre la seguridad de sí mismo, que puede ser causada por los daños patrimoniales y extra patrimoniales. Para el autor, en el caso español, si la justicia demora el Estado sería solidariamente responsable con el empleador que cometió la falta y se pagaría la indemnización también por parte del Estado, porque la justicia que tarda ya no es tal.

En el Perú, conforme el jurista (Arce, 1999), los despidos que son declarados nulos por las causales del artículo 29 de la LPCL, son repudiables porque se afectan derechos fundamentales expresos, en los que también cabría el daño moral. Asimismo, en los casos de discriminación o de una persona que es considerada especialmente protegida por la Constitución Política del Perú.

Siguiendo con el análisis de este acápite, no todo agravio moral es reparado solamente con una compensación económica, por ejemplo, un trabajador deshonrado por discriminación puede exigir “una rectificación del empleador por escrito, un desagravio público que desmienta la supuesta falta imputada que no cometió y por la cual fue despedido injustamente, una publicación rectificatoria que sea un desagravio para el trabajador” lo que se acerca más a reparación integral del daño moral sufrido y que sea el mismo juez laboral el que, además de otorgar la compensación económica por daño moral, ordene al empleador actos reparatorios.

Citando nuevamente al jurista Fernández Sessarego, nuestro ordenamiento jurídico civil adopta el modelo amplio del daño a la persona y al proyecto de vida, siendo el daño moral un subtipo de daño extra patrimonial referido al ámbito espiritual de la persona que afecta el normal desarrollo de su vida.

Conforme con el profesor (Blancas, 2001), un trabajador merece la protección jurídica integral que el sistema judicial peruano pone a su disposición a fin de lograr la plena restitución de sus derechos ante un despido injusto, porque el derecho al trabajo es un derecho humano y su restitución plena también lo es. (Blancas, el Despido en el Derecho Laboral peruano).

3.4.8 Ejemplos de daño moral por despidos injustificados

Puede haber circunstancias en que el despido injustificado de un trabajador ocasione un daño profundo en la persona que vaya más allá de un perjuicio patrimonial o moral visible, que impacte de forma directa en su esfera psicológica, según los siguientes ejemplos:

- En un caso de hostilidad laboral, el trabajador puede optar por el despido indirecto, además de solicitar la indemnización tarifada por despido arbitrario, que cubre los daños patrimoniales sufridos, podríamos pensar razonablemente que el trabajador presentaría secuelas en su esfera psíquica, por lo que podría solicitar adicionalmente una indemnización por el daño moral ocasionado que ha sido consecuencia de los actos del empleador.

Como en todo proceso judicial, quien alega los hechos debe probarlos, por lo que el trabajador tendrá que demostrar con pruebas fehacientes como pericias psicológicas y testigos de los maltratos sufridos, sea que hayan sido cometidos por culpa o dolo, que están directamente relacionados con el daño emocional sufrido por el trabajador y ser de tal magnitud que alteró el normal desarrollo de su vida, para merecer tutela resarcitoria que repare integralmente a la persona en su estado de bienestar.

- Hostigamiento o acoso sexual, un trabajador, sea mujer o varón, que ha sido acosado (a) sexualmente por su jefe(a) inmediato y luego despedido sin una causa legal, podría estar afectado seriamente en su integridad sexual, su tranquilidad y bienestar psíquico, por lo que podría probar la afectación directa a su dignidad mediante pruebas o indicios que demuestren la incomodidad y angustia sufridos que lo haga merecedor(a) de una indemnización por daño moral.
- La falsa acusación de haber cometido un delito para imputarlo como falta grave como causal del despido. Este sería un caso de despido fraudulento, por ejemplo, que a un trabajador le imputen falsamente un delito y le inicien el procedimiento de despido por falta grave, con una prueba falsa que luego en el proceso judicial, y de haber soportado un juicio para hacer valer la verdad, quede en evidencia que la causal invocada para su despido fue inexistente. Por ejemplo, la imputación de robo de dinero, estafa, sobornos, defraudación, entre otros. En este caso el daño moral se hace visible, porque el trabajador se habría afectado en su derecho a la presunción de inocencia, en el honor y buena reputación, y habría sido objeto de un engaño del empleador; por lo que la indemnización por daño moral sería viable.
- La difamación del trabajador despedido, en este caso, se imputan al trabajador la comisión de faltas graves inexistentes para el despido, como el quebrantamiento de la buena fe laboral, maltratos al personal o faltas de respeto a sus superiores, incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo que no ha cometido, entre otros, que en el proceso judicial no se logran probar.

En estos casos el trabajador es deshonorado frente a sus compañeros de trabajo, familia y amigos, lo que claramente puede causar un impacto en sus emociones, y sobre todo, secuelas en su vida profesional por rumores o falsas referencias de sus ex empleadores que le pueden perjudicar en la búsqueda de un nuevo empleo. En estos casos, consideramos que también procedería otorgar indemnización por daño moral porque es consecuencia directa del despido injustificado.

- Asimismo, encontramos casos como despidos nulos, en los que cabría daño moral por la lesión de los derechos fundamentales, como la igualdad y no discriminación, los actos antisindicales, entre otros. Así como podríamos encontrarnos ante casos de trabajadores despedidos por el detrimento de su rendimiento laboral, no obstante éste desmedro de sus capacidades sea consecuencia directa de una enfermedad que ha adquirido en su centro laboral, por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo o salud ocupacional del empleador. Existen múltiples casos y ejemplos que se presentan en los tribunales, y en cada caso, deberá probarse la existencia del daño ocasionado por el empleador por el despido lesivo de derechos fundamentales.

3.4.9 El daño moral y el impacto económico en el mercado laboral.

3.4.9.1 Artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.-

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.

La necesidad de acreditar el daño moral se basa en que quien alega un daño, cualquiera sea su naturaleza, debe probarlo. Siguiendo la lógica de LPCL, el empleador que va a despedir a un trabajador debe acreditar la causa legal, es decir, probarle en el proceso de despido, respetando la garantías del Debido Proceso, entre los cuales está el de defensa y contradictorio, que está tomando una decisión basada en la comisión de una falta grave o que su capacidad no le permita desempeñar el cargo para el que ha sido contratado.

Así como el empleador debe acreditar la falta cometida por el trabajador para que el despido esté ajustado a Derecho, y al no cumplir con este requisito o no poder probar la causa en juicio, el despido es arbitrario y da lugar a la indemnización tarifada de forma inmediata, es lógico que se exija al trabajador que acredite los daños que alega que ha sufrido, tanto los patrimoniales, diferentes al lucro cesante, que consideramos está en la indemnización tarifada, como los extra patrimoniales, para el caso, el daño moral.

Como hemos explicado con ejemplos, hay casos en los que el daño afecta la vida del trabajador de tal manera que no le permite realizarse como persona, pero ello no siempre es así. Por eso es importante que se acrediten los daños sufridos en el proceso laboral y se sirvan de los medios probatorios previstos en las normas procesales.

No podemos afirmar que en todos los casos de despidos injustificados se produce daño moral, pues puede haber un daño patrimonial que le produce una ansiedad momentánea natural al trabajador por la incertidumbre de no percibir un sueldo, luego de ocurrido el despido, pero no ser tal que haya alterado su vida al extremo que no le permita desarrollarse plenamente.

Por ello, no debe presumirse el daño moral, porque no todos los casos son iguales y sería injusto otorgar indemnizaciones por afecciones psíquicas pasajeras o que no son tales, ni estandarizar los parámetros legales, porque cada caso concreto debe ser analizado cuidadosamente a fin alcanzar una eficacia reparadora. Por citar un ejemplo, en cuanto al tiempo de servicios, el daño moral sufrido por un trabajador que trabajó veinticinco años para una empresa o para el sector público, es diferente al de una persona que fue despedida a los dos años o seis meses de forma injustificada.

Así, cada caso deberá ser analizado de forma concreta y en función a la magnitud del daño ocasionado en la vida del trabajador y deberá resolverse de acuerdo a las circunstancias que dieron lugar al hecho y como éste ha ocasionado directa e inequívocamente un daño en el trabajador. Cabe señalar que no sólo nos referimos al profundo pesar en el espíritu de la persona, sino de una ofensa a su dignidad.

La utilidad del otorgamiento de una indemnización por daño moral es la reparación del daño inmaterial que causa la violación del derecho a ser despedido solo por causa justa y su función es restablecer el equilibrio que se quebró con el despido, lo que se materializa con la sanción a la arbitrariedad del empleador abusivo y tiene un efecto en la esfera moral y el sentimiento de justicia del trabajador.

3.4.9.2 El impacto económico de la presunción de daño moral en despidos injustificados frente a la necesaria acreditación de su existencia.-

Los Plenos Laborales y la jurisprudencia citados en este trabajo nos muestran el camino hacia la construcción de un sistema de justicia laboral eficaz que responde a una política jurisdiccional de fortalecimiento de los derechos laborales. Así, nos encontramos frente al reconocimiento del derecho a un resarcimiento económico por daño moral que es adicional a la indemnización tarifada para aumentar el bienestar de los trabajadores afectados por despidos injustificados.

Las decisiones que se adoptan en los tribunales informan al mercado de cómo se viene impartiendo la justicia y reconociendo los derechos de los agentes que lo conforman. Por ello, en materia laboral los jueces deben prever que sus fallos mantengan un equilibrio económico a fin de no encarecer las contrataciones formales. La razón es que la oferta laboral formal es menor a la demanda y puede producirse escasez de empleo si los empleadores se enfrentan a un sistema judicial que los sancionará con pagar indemnizaciones millonarias por daños extrapatrimoniales que no se acreditan y solo se presumen por el hecho de haberse producido un despido injustificado.

Veamos, de acuerdo al último Informe Técnico del comportamiento laboral del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) sobre el crecimiento del empleo informal en el Perú, señaló que entre abril de 2018 y marzo de 2019 unas 239 mil personas habían obtenido empleos informales, en contraste con 98 mil personas que obtuvieron un empleo formal. Es decir que las contrataciones informales van en aumento manteniéndose la formalidad en un 27,4% a nivel nacional, mientras que el empleo informal se ubica en 72,6% (Diario Gestión, 2019)

En el escenario peruano en que la informalidad laboral es alta, y a fin de que las indemnizaciones por daño moral no impacten negativamente en el mercado, planteamos que deban descartarse las presunciones de daños establecidos en los Plenos Laborales, porque aplicar una sanción por un daño que no ha sido acreditado, es decir inexistente, es tan injusto como el despido injustificado, siendo un enriquecimiento sin causa para el trabajador, y con ello se estaría generando una distorsión en el mercado laboral.

Si partimos de que los empleadores contratan personal para aumentar la productividad laboral en sus empresas que, en términos del economista Mankiw, es la cantidad producida de bienes y servicios por cada unidad de trabajo, los empleadores eficientes

cuidarán y capacitarán el capital humano que colabora con ellos para hacer más productivo su negocio (Mankiw, 2017). No obstante, en un mercado laboral cambiante y competitivo, hay un sector empresarial que no puede asumir los costos de contratación formal de trabajadores, y se les hace difícil cumplir con los pagos de las planillas y a ello se sumarán los costos de la salida de los trabajadores, que no solo será la indemnización tarifada, sino la de daño moral.

En ese escenario, no justificamos de forma alguna que se violen los derechos laborales ni que se cause un daño en la persona del trabajador despedido de forma injustificada y que quede sin sanción. No obstante, debemos estar atentos a los impactos económicos del otorgamiento de una indemnización por daño moral cuando no esté debidamente acreditada pues la aplicación de presunciones inadecuadas fijadas por los tribunales laborales, sería un injusto aprovechamiento económico de los empleadores.

Descartando de plano las presunciones de la existencia del daño moral en los despidos injustificados, el derecho reconocido por los tribunales laborales peruanos a los trabajadores despedidos injustificadamente a un resarcimiento económico adicional a la indemnización tarifada, y como se ha planteado que también puede ser de origen legal, por la interpretación propia del artículo 34 de la LPCL, puede ser positivo para efectos del desincentivo de este tipo de conductas arbitrarias.

Por otro lado, el otorgamiento de este tipo de indemnizaciones por daño moral también puede ser perjudicial para la contratación formal de trabajadores por el costo que deberán asumir los empleadores para la salida de sus trabajadores. Ahora bien, si se ha producido un daño a la persona y se han lesionado sus derechos fundamentales es válido el castigo al empleador y el resarcimiento de los daños para una eficacia plena del derecho a la estabilidad laboral.

Según nuestra posición, las presunciones de la existencia de daño moral en los despidos injustificados envían un mensaje erróneo al mercado laboral, y lejos de aumentar el bienestar de los trabajadores, tendrá como consecuencia el descontento de los empleadores que enfrentarán la incertidumbre de ser sancionados indebidamente con el otorgamiento de indemnizaciones por daños no causados en los trabajadores.

Así, el equilibrio entre los agentes del mercado laboral consiste en que no se cometan injusticias para trabajadores ni empleadores, y será un reto para la justicia laboral establecer criterios para una adecuada protección contra el despido injustificado, cuidando que no se produzcan efectos negativos en la oferta laboral, como la escasez de empleo formal, en el que el descontento sería para los trabajadores.

Finalmente, en nuestro sistema jurídico, en el que no basta con “pagar por un despido abusivo” en respeto de la dignidad de los trabajadores, los empleadores tomarán el aumento de las sanciones por despidos injustificados como un desincentivo para contratar colaboradores en planilla y no es esa la finalidad perseguida, sino un mayor reconocimiento de los derechos laborales.



CONCLUSIONES

1. El problema para la determinación del daño moral por despido injustificado es que no se ha adoptado un criterio uniforme en sede laboral, de ahí que existan fallos y Plenos Jurisdiccionales Laborales contradictorios.
2. El Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2018 presume la existencia del daño moral ante un despido injustificado y el Pleno Jurisdiccional Laboral del 2019 elimina la presunción de la existencia de daño moral, condicionando su otorgamiento a que se hayan lesionado derechos fundamentales, como el honor y la buena reputación, lo que hace que continúe la imprecisión y la dimensión del daño moral se extienda paulatinamente en la esfera extra patrimonial del trabajador despedido.
3. Para efectos de la tutela resarcitoria, como manifestación de una adecuada protección contra el despido injustificado, el otorgamiento de una indemnización por daño moral acreditado en el proceso laboral, aparece como una protección adicional a la tarifada que puede ser entendida como la reparación integral de los daños extra patrimoniales sufridos por el trabajador despedido de forma injustificada.
4. La indemnización por daño moral puede ser entendida como un derecho constitucional del trabajador a ser resarcido en el plano inmaterial que, conjuntamente con la indemnización tarifada que cubre los daños patrimoniales, merece protección a pesar de la dificultad en su determinación.
5. La constitucionalización del Derecho Laboral ha logrado que entendamos a la estabilidad laboral y a ser despedido solo por causa justa, como un derecho fundamental. Asimismo, la perspectiva constitucional, nos permite comprender que las consecuencias de un despido injustificado pueden recaer sobre el ejercicio de otros derechos inherentes al ser humano, que también deben ser resarcidos, lo que es un avance en la protección del derecho al trabajo y una forma de garantizar su vigencia, conforme se viene desarrollando a nivel jurisprudencial.
6. El panorama actual es que la única fuente del Derecho que reconoce expresamente el resarcimiento por daño moral a los trabajadores despedidos injustificadamente es la jurisprudencia, ya que en la legislación peruana contamos con la indemnización tarifada del artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, como única reparación por el daño sufrido por el trabajador despedido de forma arbitraria. Sin embargo, existen mecanismos e interpretaciones como los detallados en el capítulo cuatro de presente trabajo

que permiten hacer efectivo el derecho a conservar el puesto de trabajo y sancionar aquellos actos cometidos en infracción al derecho a ser despedido solo por causa justa.

7. Asimismo, no podemos dejar de lado los impactos económicos del otorgamiento de una indemnización por daño moral por despido injustificado en el mercado del empleo formal peruano. Por un lado, habría un impacto positivo que consiste en que el aumento de la sanción pecuniaria al empleador, que es castigado por su arbitrariedad, puede funcionar como un desincentivo para la comisión de este tipo de abusos contra los trabajadores y la adopción de medidas en los centros laborales para evitar los despidos injustificados, porque les puede significar el pago de importantes sumas de dinero por concepto de indemnizaciones.
8. Por otro lado, el otorgamiento por daño moral por despido injustificado también puede tener un impacto negativo en la contratación de personal. Siendo la demanda de empleo mayor a la oferta, la consecuencia sería la escasez del empleo formal, ya que la jurisprudencia y los Plenos laborales causarían una distorsión en el mercado laboral porque alertaría a los empleadores sobre una mayor dificultad para despedir trabajadores y éstos preferirán ahorrar costos desde la contratación de personal, predominando la informalidad.



BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M. (1975). *La estabilidad laboral en el Perú*.
- Arce, E. (1999). *La nulidad de los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Beltrán, J. (2016). *El daño en la responsabilidad civil: conceptualización, clasificación y cuantificación*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Blancas, C. (2001). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: ARA Editores.
- Cuba, L. (2017). *El despido arbitrario desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Diario Gestión. (Marzo de 2019). *INEI: Empleo informal en el país sigue creciendo más que el formal*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2019, de <https://gestion.pe/economia/inei-informal-pais-sigue-creciendo-formal-266936-noticia/>
- Dolorier, Javier. (2013). *Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica Tomo I.
- Espinoza, J. (2005). *Derecho de la Responsabilidad Civil, Consideraciones generales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Exp. N° 976-2001-AA (Tribunal Constitucional).
- Fernandez, C. (1998). *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*. Lima: Themis.
- Fernández, G. (2011). *La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En: Derecho Civil extra patrimonial y responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gabriel, J. (2016). El daño moral: su tipología y cuantificación. Una breve radiografía del Derecho Peruano y del Derecho Francés. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gamonal, S. (2000). *EL DAÑO MORAL POR TERMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo*. Santiago de Chile: EDITREM.
- León, L. (2003). *Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano*. Lima: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 23.
- León, L. (2004). *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Editora Normas Legales S.A.C.
- Linares, D. (2012). Buscándole Cinco Patas al Gato El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. *Derecho & Sociedad*, 77.
- Mangarelli, C., & Castello, A. (1997). Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada. *Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL*, 106.
- Mankiw, G. (2017). *Principios de Economía*. Cengage Learning Editores S.A.
- Ministerio Público. (11 de Setiembre de 2016). *Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses "Dr. Leonidas Avendaño Ureta"*. Obtenido de Guía de Valoración de Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional: https://issuu.com/comandanciaruralcanchispnp/docs/gu_a_de_valoraci_n_de_l_da_o_ps
- Obregón, T. (2016). Estabilidad laboral no es sinónimo de reposición. *Derecho & Sociedad* 46, 199-206.
- Vitteri, J. (2014). Tratamiento jurisprudencial del despido incausado. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA

- Exp. N° 976-2001-AA (Tribunal Constitucional 2001).
- Exp. 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2002).
- Exp. N° 628-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 10 de Julio de 2002).

Exp. N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).
Exp. N° 1417-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Julio de 2005).
Exp. N° 2158-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de Mayo de 2006).
Casación 4385, Fundamento 9 (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 2015).
Casación Laboral N° 5423-2014-Lima (Corte Suprema 30 de Noviembre de 2015).

