



CÉSAR  
PUNTRIANO ROSAS

Abogado y magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la PUCP. Docente en ESAN, PUCP y Universidad San Martín de Porres. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.



se hubieran afectados otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral. La cuantificación, se indica, deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y solo en ausencia de ellos podrá acudirse a una valoración equitativa por parte del juez.

Pasaremos a comentar el acuerdo en las líneas que siguen:

### I. Ampliación de supuestos de procedencia del pago de una indemnización por daño moral.

A estas alturas podemos sostener que la jurisprudencia ha consolidado su posición en favor al pago de una indemnización por daño moral en caso de despido, la diferencia, además de la carga probatoria, radica en que los jueces han ampliado los “tipos de despido” que habilitan al demandante a reclamar esta reparación extrapatrimonial. En efecto, el criterio judicial previo contemplaba este resarcimiento en caso de un despido incausado o fraudulento. El Pleno sostiene en cambio que procede en caso de un despido “inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarado judicialmente como tales”.

Lo primero que advertimos es que se han añadido las categorías de “despido inconstitucional” y “despido arbitrario”. Sobre la primera categoría, entendemos literalmente por despido inconstitucional a aquel despido contrario a la Constitución, es decir, aquellos en los que se vulnera el Derecho al Trabajo del trabajador objeto del mismo. Pero, acaso ¿esta noción genérica no comprende a los despidos

## APUNTES AL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL 2019

# La reparación del daño moral derivado del despido

incausados, fraudulentos y arbitrarios? O ¿con este nuevo “tipo de despido” se ha querido también incorporar a los despidos calificados como nulos por el ordenamiento vigente? Si fuese esto último nos parecería un exceso pues la legislación sobre nulidad de despido contempla como reparación, además de la reposición a las remuneraciones y beneficios no percibidos durante el lapso en que el tra-

bajador estuvo cesado. En cambio, si por “despido inconstitucional” se considera al cese unilateral que atenta contra otros derechos fundamentales del trabajador, además del Derecho al Trabajo, creemos que bien podría encontrarse comprendido en la categoría de despido incausado o fraudulento ya existentes, pues estas no se refieren al derecho afectado, que en todos

Como es de conocimiento general, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral se desarrolló en Tacna el 23 y 24 de mayo del presente año. En dicho Pleno participaron 94 jueces superiores de las 34 Cortes Superiores de Justicia.

Si bien los acuerdos del Pleno no son legalmente vinculantes (artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ) pues no se trata de un pleno casatorio (artículo 400 del Código Procesal Civil y 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo) ni tampoco de pronunciamientos emitidos al amparo del artículo 22 de la LOPJ, es altamente probable que las instancias inferiores se adhieran a estos. Es más, si algún juez de primera instancia se aparta, nos queda claro el sentido en que resolverá la Corte Superior.

Uno de los temas tratados en el Pleno es el relativo al otorgamiento de la indemnización por daño moral en caso de despido. La postura mayoritaria de los jueces sostiene que el daño moral no se presume. Su existencia deberá ser acreditada con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también



los casos será el Derecho al Trabajo u otro conexo, sino a la manera en que se ejecuta el despido. Un despido sin causa o con ánimo perverso puede afectar además el derecho al debido proceso, al honor, secreto de las comunicaciones, intimidad, etcétera.

En todo caso, discrepamos de la ampliación de la tipología de despidos mediante un Pleno Jurisdiccional.

Respecto al despido arbitrario, el Pleno atenta abiertamente contra la Ley, pues el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR considera que la única reparación contra este es la indemnización tarifada contemplada en el artículo 38 del mismo cuerpo legal. Esto sin perjuicio de nuestra tesis de que la indemnización tarifada debería ser la única reparación contra el despido. En efecto, la jurisprudencia viene señalando que, si el trabajador es despedido por la comisión de falta grave, habiendo el empleador seguido el procedimiento legalmente contemplado, cualquier cuestionamiento a la existencia de falta o proporcionalidad de ella se orienta a calificar el despido como arbitrario, siendo en dicho escenario la indemnización tarifada como única reparación. Con este criterio se abre la puerta a que se pretenda el resarcimiento por daño moral ante un despido arbitrario.

Adicionalmente, en este punto conviene señalar que los jueces han acordado que el despido debe ser calificado judicialmente como incausado, arbitrario, inconstitucional o fraudulento para que proceda el pago de la indemnización por daño moral. El demandante no puede pretender la indemnización sin la previa calificación judicial de su despido en una de las categorías mencionadas.

## II. Objeción al resarcimiento por daño moral.

No es acertado mantener esta reparación de manera adicional a la indemnización legal tarifada debido a lo siguiente:

▸ Contraviene la literalidad del artículo 34 de la LPCL, el cual dispone que, “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”. (subrayado nuestro).

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

▸ No existe metodología en la legislación para determinar cómo calcular la indemnización por daño moral. Esto genera gran inseguridad jurídica pues el monto queda a criterio del Juez. Situación poco conveniente, sin duda, por ello el legislador optó por una indemnización laboral tarifada.

▸ No se contempla un plazo dentro del cual el agraviado puede demandar a su ex empleador el pago de la indemnización por daño moral. Ante ello podría ocurrir que algún magistrado sostenga que el mismo es imprescriptible u otro que se aplica el plazo de diez años previsto en el Código Civil. Resulta excesivo que una

persona despedida pueda luego de casi 10 años demandar una indemnización por considerar que el despido fue arbitrario.

▸ Desalienta la formalización laboral, toda vez que vuelve más oneroso el sistema laboral en su conjunto al crear un costo laboral adicional en caso de un despido arbitrario.

▸ Desincentiva la contratación de personal indeterminado, llevando al empleador a recurrir a fórmulas de contratación temporal o a través de la intervención de terceros, lo cual precariza la mano de obra.

▸ Premia la inacción procesal. Derivado de lo anterior, aquellos ex trabajadores que no alcanzaron a demandar el pago de la indemnización legal por despido arbitrario, tendrán a esta pretensión de cobro de la indemnización por daño moral como un salvavidas activando innecesariamente al aparato judicial.

▸ Permite el enriquecimiento indebido del demandante, pues como se vio en la Casación No. 699-2015-LIMA, la Corte Suprema avaló el pago de la indemnización por daño moral al demandante aun cuando cobró aquella contemplada por el despido arbitrario.

▸ Inclusive se confunde a los propios demandantes pues la Casación No. 699-2015-LIMA confirmaría que la pretensión de pago de indemnización por daño moral derivada de un despido puede conocerse en la vía civil cuando lo propio es que ocurra en sede laboral.

Creemos que la indemnización por daños debería reservarse únicamente cuando el trabajador sea repuesto en un proceso de amparo o en uno ordinario distinto al de nulidad de despido y tenga que demandar de alguna manera el perjuicio económico generado por la falta de percepción de ganancias (lucro cesante) durante

el lapso en el que estuvo despedido. Si optó por la tutela resarcitoria derivada de la indemnización legal por despido arbitrario, no debería corresponderle pago adicional por dicho concepto.

## III. Avance en relación con Pleno anterior pues el daño moral no puede presumirse

Debemos reconocer que este acuerdo supone un avance respecto a la posición anterior adoptada en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo el 2018, pues el daño moral no puede ser presumido, quien lo invoca debe probar su existencia y su cuantía. Si se alega afectación al honor, dignidad u otros derechos de la personalidad para evitar la carga de probarlo, creemos que se deberá demostrar dicha afectación.

El profesor Felipe Osterling sostuvo con lucidez en uno de sus trabajos que “el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia (1)”.

Añade que, “los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen “capacidad” suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización”.

Entonces, es equivocado sostener que el daño moral se presume ante un despido, recordemos que el artículo 1331 que contempla la exigencia de la prueba de los daños, lo cual ha sido recogido en el artículo 23.3 literal c) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Sin embargo, el Pleno señala que en los casos en los que se vulnere otros derechos fundamentales con el despido como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral. Discrepamos de el acuerdo pues la pluriofensividad del despido no libera de la carga probatoria, al menos indiciaria al demandante de la existencia del daño moral. En este punto debería exigirse al demandante prueba de la vulneración de los otros derechos allí señalados, ojalá no sea una ventana para continuar presumiendo el daño moral.

Sobre la cuantificación, indica el Pleno, esta deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudirse a una valoración equitativa por parte del Juez. ¿Cuáles son los parámetros y criterios? Hubiese sido importante que los jueces fijen algunos para orientar a las instancias inferiores. ▮

[1] <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>