



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

EL DAÑO MORAL POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS DESPIDOS INCONSTITUCIONALES

Ricardo CORRALES MELGAREJO^(*)

Rossina ACEVEDO ZÁRATE^()**

“Ley 199: Si vació el ojo de un esclavo de hombre libre o si rompió el hueso de un esclavo de hombre libre, pagará la mitad de su precio” Código de Hammurabi, año 1751 a. C.

RESUMEN EJECUTIVO

Los autores presentan las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el daño moral causado por el despido inconstitucional. Asimismo, analizan las vicisitudes y retos asumidos por los jueces y abogados laboristas para adecuar en la relación laboral este infortunio causado por la inejecución de la obligación del dador del trabajo. Por último, ofrecen una novedosa propuesta para la cuantificación estándar del precio del dolor con base en matrices y baremos.

► PALABRAS CLAVE

Despido inconstitucional / Responsabilidad contractual / Indemnización / daño moral

Recibido : 08/01/2017

Aprobado : 10/01/2017

Introducción

De los daños que ocasiona el despido inconstitucional, el también denominado *pretium doloris* es el que más ha causado discusión en el medio, tanto en su interpretación dogmática

y tratamiento procesal como en su liquidación dispar. A lo que se ha aunado cierta jurisprudencia contradictoria.

Ante ellos, es propósito de este artículo presentar el estado de la cuestión de dicha problemática sobre este infortunio, y los fundamentos que sustentan nuestra posición en su solución. En cuyo esfuerzo, proponemos a la comunidad jurídica, enfrentar la disyuntiva de seguir con la libre cuantificación prudencial del juez del **precio del consuelo**, o estandarizar su cuantificación.

Somos de la opinión que la indemnización tarifada del agravio moral es la mejor opción,

(*) Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Juez Superior y Presidente de la Sala Laboral Permanente de la Corte de Junín, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana Los Andes, en las redes sociales publica parte de sus sentencias, exposiciones y artículos, en la direcciones electrónicas siguientes: <<http://ricardocorrallesmelgarejo.blogspot.com/>> y, <<https://www.facebook.com/ricardo.corrales.35/notes/>>.

(**) Auxiliar Jurisdiccional de la Sala Laboral Permanente de Huancayo.

para unificar la jurisprudencia, facilitar la conciliación y reforzar la confianza de las partes de la relación laboral en el sistema de justicia gracias a la igualdad en sus decisiones judiciales.

Finalmente, por razones de espacio postergamos para un próximo número, nuestra opinión sobre el polémico criterio jurisprudencial adoptado en la Casación N° 699-2015-Lima.

I. Definición

Sobre esta institución civil, la Cas. Lab. N° 5423-2014-Lima⁽¹⁾ define que: “El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; (...) abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva”.

Por su parte, la Cas. N° 4393-2013-La Libertad, es ilustrativa al conceptualizar el daño moral, ya que cita a la mejor doctrina nacional. Veamos:

“El ‘daño moral’ (...) queda reducido ‘al dolor o sufrimiento experimentado por la persona’⁽²⁾. Es, por lo tanto, ‘un daño psíquico que no es de naturaleza patológica y, solo como está dicho, afecta el sentimiento, la esfera afectiva de la persona’⁽³⁾ (...), Lizardo Taboada, ha sostenido que ‘(P)or **daño moral** se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor y aflicción o sufrimiento en la víctima’⁽⁴⁾. Del mismo modo, Alex Plácido refiriéndose al ‘daño moral’ señala que ‘es una especie de los daños subjetivos y está referido a un daño psicossomático, que afecta la esfera psíquica del sujeto en su ámbito sentimental o afectivo. Es un daño emocional en cuanto

comporta dolor o sufrimiento’⁽⁵⁾. La opinión de Espinoza en este punto es de absoluta claridad. En efecto, al clasificar los daños mencionará que estos pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales y que esta comprende el ‘daño en la persona’, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como ‘el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.’. Padecidos por la víctima que tienen ‘el carácter de efímeros y (no) duraderos’⁽⁶⁾. Beltrán Pacheco, a su vez refiere que el daño moral “es aquel que afecta la esfera sentimental y de honorabilidad de un sujeto”⁽⁷⁾.

Sobre esto último, es evidente que el despido laboral inconstitucional lesiona el honor y buena reputación del trabajador, e implica el “deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y sociedad en general”⁽⁸⁾, ya que respecto al “derecho al honor y a la buena reputación, [se] protege tanto la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio; como el juicio valorativo, apreciación o percepción social que se tiene de la conducta o cualidades (personales, profesionales o morales) de una persona por

parte de las demás”⁽⁹⁾, la buena reputación tiene su fundamento en la dignidad de la persona⁽¹⁰⁾.

Es verdad, que el *eventus damni* en este tipo de daño afecta al trabajador también por violentar su concepción moral y axiológica, claro, siempre que sea socialmente aceptable y relevante. Al respecto, es ilustrativo citar a Fernández, a saber:

“Tratándose del llamado ‘daño moral’, lo que se agreden son los ‘principios’ morales a los que adhiere la persona. Todos poseemos una moral, una ética de comportamiento. Cuando se lesionan estos ‘principios’ la persona sufre un daño psíquico de carácter emocional, no patológico. Este daño produce consecuencias de esta naturaleza tales como indignación, rabia, rencor, angustia, sufrimiento. Es decir, que la agresión a los principios morales a los que adhiere la persona no los daña. Por el contrario, pueden robustecerse como consecuencia de su agresión o negación. La moral de cada uno no sufre sino que, a consecuencia de su agravio, quien sufre es la persona en el ámbito de su squismo, de sus sentimientos. Y como decimos, una agresión a nuestros

- (1) Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. Casación N° 5423-2014. Lima, 27 de abril de 2015.
- (2) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Daño Psíquico”. En: *Revista de Derecho Scribas*. Año II, N° 3, p. 115.
- (3) *Ibidem*, p. 127.
- (4) LEÓN HILARIO, Leysser. *Equívocos doctrinales sobre el daño moral*. 2ª edición, Jurista, Lima, 2007, pp. 294-296.
- (5) Derecho de Familia II. Curso a distancia a cargo de Alex Plácido Vicachagua. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 112. S/PAP/58, pp. 112-113.
- (6) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 6ª edición, Lima, 2011, pp. 248-249.
- (7) BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Separata S/PAP/086, pp. 43-45.
- (8) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Cas. N° 699-2015-LIMA, 30 de julio de 2016.
- (9) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El Caso Peruano”. En: *Libertad de Expresión y Democracia desde una perspectiva Latinoamericana*. Konrad Adenauer, Stiftung. Bs. As. 2002, p. 391.
- (10) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Cas. N° 1003-2014-LIMA, 2 de mayo de 2016.

principios generalmente trae como consecuencia su robustecimiento, su fortaleza”⁽¹¹⁾.

Recordemos, que el despido inconstitucional lesiona uno de los derechos fundamentales de la persona humana: el trabajo, a través del cual el hombre y la mujer se hacen buenos, despliegan sus facultades productivas y el pleno desarrollo de sus personalidades, además es **un medio de realización** (art. 22 de la Const.) de sus anhelos y es fuente vital del bienestar de la persona. A la sazón, vale citar la jurisprudencia argentina siguiente:

“3 (...) el ‘valor de la vida’ humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres (...)”. (...) “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁽¹²⁾ (sic).

A lo anterior, debemos agregar que la indemnización del daño moral es residual, al comprender además algún otro daño a los derechos

fundamentales de la personalidad a identificar según los valores constitucionales, pero de imposible estimación mediante prueba directa.

Además, el Estado de Derecho Constitucional y Social, al tutelar la *pretium doloris* en los despidos inconstitucionales, cumple varias funciones de la responsabilidad civil, según la doctrina italiana que nos trae Buendía⁽¹³⁾, como son la: **función preventiva, tal y como lo afirma Scognamiglio, pues su finalidad se encuentra en prevenir futuros eventos que lesionen la integridad del trabajador**⁽¹⁴⁾.

Vale decir, que es disuasiva, a fin de desincentivar en el mercado laboral tales atentados contra el derecho fundamental al trabajo, a la buena imagen y reputación, en suma a la dignidad del trabajador. Asimismo, cumple una **función (...) satisfactiva**⁽¹⁵⁾; con la advertencia que, la *taxatio* en metálico es imposible que repare el dolor ocasionado, dada su naturaleza inmaterial e inasible, empero, contribuirá en algo a mitigarlo, de ahí que la doctrina también lo denomine **el precio del consuelo**. Por ende: **el dinero no está destinado a eliminar el dolor o sufrimiento (...) es solo instrumental, representa un medio que permite a la víctima disipar, si es posible y en alguna medida, su dolor**⁽¹⁶⁾.

En tal sentido, corresponderá al juez, con valoración equitativa y prudencial, fijar el monto crematístico que ayudará a calmar el dolor u olvidar el recuerdo de despido inconstitucional sufrido, con base en los artículos 1322 y 1332 del Código Civil⁽¹⁷⁾ (CC).

Por último, atendiendo a que el daño moral y al proyecto de vida son manifestaciones del daño a la persona, cabe hacer la distinción, para cuyo efecto nos remitimos a la jurisprudencia que noticia Fernández, y que cumple tal cometido, veamos:

“La Corte Suprema del Perú, mediante Sentencia N° 1529-2007, del veintiséis de junio del 2007, se pronuncia, sobre la base de la tesis que venimos sosteniendo en la materia, sobre la naturaleza del llamado daño moral. Al efecto reconoce que el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a las personas por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión,

(11) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Motivensa, Editora Jurídica, Año 2009, p. 133.

(12) Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Caso Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley 9688*. Buenos Aires: 21 de Setiembre de 2004. Recuperado de <<http://miguelgoro.com.ar/wp-content/uploads/2014/12/AQUINO-FALLO.pdf>>.

(13) BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo. “De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. Mecanismos de medición del daño moral en las relaciones de trabajo y la equidad como criterio para cuantificar los daños”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 12, Gaceta Jurídica, junio, 2014, p. 170.

(14) SCOGNAMIGLIO, Renato. “Responsabilità civile E Danno”. Ob. cit., p. 429.

(15) SALVI, Cesare. *La responsabilità Civile*. 2ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 2005, p. 279.

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas Tendencias del Derecho de las Personas*. Universidad de Lima, 1990, p. 307.

(17) Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su manera de ser. El llamado daño moral no compromete la libertad del sujeto (...), es un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurrir del tiempo”⁽¹⁸⁾.

En resumen, el daño moral comprende los elementos siguientes:

1. Es una especie del género de daño a la persona.
2. Es inmaterial
3. Es impenetrable⁽¹⁹⁾.
4. Es residual.
5. Está limitado al aspecto emocional de repercusión psicosomática.
6. La afectación no es patológica.
7. Su duración es transitoria, tiende a disiparse con el paso del tiempo.

II. Probanza del daño moral

Con respecto a la acreditación en el proceso judicial de la *pretium doloris*, se presentan posturas doctrinarias y decisiones judiciales disímiles. Ávalos lo resume así: “Pero el problema actual (...) es la discusión sobre el denominado ‘daño moral implícito’. Y es que mucho se discute sobre si para otorgar una indemnización por daño moral el trabajador demandante únicamente debe acreditar que su cese fue injustificado, entendiéndose que implícitamente se deriva de este un daño moral, o, además, debe probar haber padecido de un perjuicio moral”⁽²⁰⁾.

Entonces, se presenta el debate sobre el tipo de prueba que acredita el daño moral en los despidos inconstitucionales. Para algunos, la prueba directa⁽²¹⁾ es necesaria, para otros, basta la prueba indirecta⁽²²⁾ o sucedáneos.

Los jueces que optan por la primera postura suelen pedir –de modo general e impreciso– que el actor presente pruebas directas que acrediten el daño moral –aparte del despido probado–. A tal punto, que exigen a los trabajadores presenten informes periciales que den cuenta de la interioridad subjetiva del actor, apreciamos: “f) (...) de la revisión de los medios probatorios (...) no ha aportado elementos (...) sobre el ‘sufrimiento, dolor, pena, angustia’, como puede ser con una evaluación médica o informe psicológico o psiquiátrico, u otros que causen convicción”⁽²³⁾. Esta postura sigue la Cas. Lab. N° 139-2014-La Libertad, a saber:

“Sétimo: iii) en todo caso, el actor podría acreditar la existencia de otros hechos ocurridos a causa del despido que implicara la producción de un sufrimiento o gran aflicción **adicional al que se desprende del acto de despido**

en sí mismo, que pudieran merecer una indemnización complementaria, iv) empero, en este caso, el demandante no ha presentado prueba directa o indirecta que evidencie la existencia de circunstancias producidas a causa del despido, que hayan implicado un sufrimiento adicional, que merezca resarcimiento (...)”⁽²⁴⁾.

Esta posición es respaldada por Ávalos al ser de la opinión que: “no existe daño implícito, sino que quien alega un daño moral...deberá probarlo para tener derecho a ser resarcido por ello”⁽²⁵⁾.

La segunda corriente jurisprudencial considera que son suficientes los sucedáneos probatorios para acreditar el daño moral, mejor aún si existe prueba directa pero no es *sine qua non*, tal como lo acordó el Pleno Jurisdiccional Civil de Lima del año 1997, al establecer: “Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones”⁽²⁶⁾.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema (CS), del mismo criterio es la Casación N° 4393-2013-La Libertad, veamos:

(18) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Motivensa, Lima, 2009, p. 133.

(19) Es imposible penetrar en el mundo interior de un ser humano para medir o cuantificar la magnitud de su dolor o sufrimiento que, por lo demás, varía de un ser a otro de acuerdo a su mayor o menor sensibilidad. (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit. p. 307).

(20) ÁVALOS JARA, Oxal. “La indemnización por despido arbitrario no cubre el íntegro de los daños ocasionados sino solo las contingencias económicas originadas por el cese. Sobre el tratamiento legal y jurisprudencial del despido en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 104, Gaceta Jurídica, agosto 2016, p. 35.

(21) Es el medio probatorio que surge de modo directo, espontáneo e instantáneo de la fuente de la prueba, y que el Juez toma conocimiento sin requerir mayor inferencia, gracias a la claridad de la información probatoria, y por si sola causa certeza y convicción en el juzgador.

(22) Llamada también prueba indiciaria o circunstancial, esto es, que un conjunto de indicios o hechos indicadores o bases probados directamente permiten al Juez mediante una inferencia mental concluir en la certeza que el hecho indicado o consecuencia, central en la controversia, se realizó. De este modo, un hecho desconocido, imposible de probar directamente, es posible probarlo indirectamente.

(23) Segunda Sala Mixta de Huancayo. Exp. N° 00888-2014-0-1501-JR-LA-02. Huancayo, 6 de julio de 2015.

(24) El destacado es nuestro.

(25) ÁVALOS JARA, Oxal. Ob. cit., p. 35.

(26) Descargado de: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/8PLENOCIV97_060607.pdf>.

“Sexto: (...) por consiguiente, esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que eso sea así no significa que el referido daño sea deleznable, **sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia**”. (Resaltado nuestro).

Asimismo, la Casación N° 1594-2014-Lambayeque ha establecido la **directriz presuntiva** siguiente: “Sexto.- (...) ante la dificultad de probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. En el caso de autos, correspondía a las instancias de mérito resolver la controversia de los autos a la luz de esta concepción”. Es más, la Cas. N° 4917-2008-La Libertad⁽²⁷⁾ declara nula una sentencia que se apartó de dicha pauta, a saber:

“Octavo.- (...), la Sala Revisora, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la entidad emplazada, revoca la apelada y declara infundada la misma, exponiendo como único argumento específico vinculado al daño moral: ‘Que es necesario señalar que pese a que se ha acreditado la existencia del proceso de amparo, interpuesto por la actora, el mismo que obra como acompañado, en el cual se declaró fundada la demanda ordenándose su reposición en el cargo del que fue separada indebidamente; sin embargo en autos no ha acreditado con medio probatorio alguno la existencia del daño que refiere, no pudiéndose establecer la existencia de

relación de la causalidad entre el supuesto daño existente (no demostrado) y la conducta realizada por los demandados’, argumentación esta que no contiene la correspondiente motivación jurídica, así como tampoco la argumentación dirigida a enervar el criterio del A-Quo de que el daño moral: ‘Basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor’; omisiones que conducen a calificar a la sentencia de vista como indebidamente motivada”.

El dislate jurídico del que padece la primera tesis radica en la equivocada exigencia de la prueba directa. En palabras de Gascón “revela una injustificada minus valoración de la prueba indiciaria, así como un mal entendimiento y una injustificada sobrevaloración de la prueba directa”⁽²⁸⁾. Y que los jueces civiles ya advertían desde el año 1997, al acordar en el pleno jurisdiccional de dicho año, que: “dadas las características del daño moral (...), la probanza mediante pruebas directas resulta sumamente complicada sino imposible (...) para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones”⁽²⁹⁾.

En efecto, el daño moral no es un daño patológico o trastorno permanente en la psiquis de la persona,

como para exigirle al trabajador pericia psicológica o psiquiátrica, sino que es un sufrimiento pasajero en su esfera afectiva, emocional o sentimental –considerado socialmente digno y legítimo–, cuyas huellas se borran con el transcurso del tiempo, por ende, inasible y de difícil probanza directa, ya que: “Ello importa que el ‘daño moral’ no signifique una lesión física o psicológica a los múltiples aspectos de la personalidad, ni mucho menos atentado contra el proyecto de vida, porque esas categorías corresponden de manera específica al ‘daño a la persona’, y queda reducido ‘al dolor o sufrimiento experimentado por la persona’”⁽³⁰⁾, a consecuencia del despido laboral lesivo de derechos fundamentales.

Sobre lo anterior, pongamos un ejemplo, en el caso del despido inconstitucional incausado, en el que el empleador no permite el ingreso del trabajador al centro de labores porque se habría vencido su contrato civil o modal, empero, ante su desnaturalización, este logra en sede judicial su reposición en el trabajo. Ante tal caso básico de antijuricidad, en la que no existe una circunstancia adicional que incremente la intensidad del daño moral, a nuestro criterio es suficiente probar el despido inconstitucional (**hecho base**) y, luego inferir por las reglas o máximas de la experiencia⁽³¹⁾ (todo trabajador sufre ante tal despido⁽³²⁾, sobre todo en un

(27) Publicado en *El Peruano* del 02/12/2009, p. 26297.

(28) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba y Verdad en el Derecho*. IFE. México, 2004. p. 69. Recuperado de <<http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>.

(29) En: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5CCij%5Cdocumentos%5C8PLENOCIV97_060607.pdf>.

(30) Quinta considerativa de la Cas. N° 4393-2013-La Libertad.

(31) “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez, investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Themis, Colombia, 1999, p. 27).

(32) En la décima cuarta considerativa de la Cas. N° 4977-2015-Callao, se establece esta máxima de la experiencia, a saber: “(...) el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona (...) el demandante ha sufrido la aflicción psicológica causada por el despido como lo siente cualquier ser humano que se ve privado sorpresivamente de aquello que le

país que no goza del pleno empleo) que hubo daño moral (hecho consecuencia). Este criterio ha sido confirmado por la Cas. N° 4977-2015⁽³³⁾, empero, cuando el dañado alega mayor intensidad en la congoja, porque sufrió más al tener una familia numerosa que mantener, por ejemplo, entre otras circunstancias agravantes, entonces, el *onus probandi* recae en él.

Sin embargo, para Ávalos en dicho caso el actor no habría probado su pretensión, y al parecer el uso de los sucedáneos probatorios sería recurrir a lo que él denomina “daño moral implícito”. Discrepamos de esta postura, de lo contrario se llegaría al absurdo de exigirle al trabajador despedido que no solo recurra a la autoridad inspectiva o policial para que constate el incumplimiento del empleador de darle trabajo, sino que también recurra al psicólogo de algún establecimiento de salud, para que constate su dolor emocional por quedarse, sorpresivamente, sin sustento diario, y padecer de la violencia silenciosa de desconocer la causa real del quiebre del principio de continuidad en el empleo. Es por ello que, De Trazegnies con razón ha dicho: “la jurisprudencia adoptará un criterio razonablemente objetivo para identificar a la víctima moral: no exigirá una probanza del afecto (lo que podría adquirir visos surrealistas) sino una cierta relación objetiva con la víctima directa”⁽³⁴⁾.

Abogamos, entonces, que sobre la probanza del agravio moral un pleno supremo unifique la jurisprudencia.

III. Quantum del daño moral: problemática a resolver

Se critica a los jueces en el Perú, que fijan arbitrariamente el monto del daño moral, sin establecer criterios de cuantificación, y que sobre el particular las decisiones judiciales son caóticas. Esta problemática

también, se presenta en la Argentina, tal como noticia Sandra: “El hecho de no existir un criterio unánime respecto a la cuantificación del daño moral –como ya lo manifestáramos– nos ha conducido a tener sentencias de los más altos tribunales del país con indemnizaciones cuyos montos distan notoriamente uno de otro, siendo esto una prueba de la necesidad urgente de encontrar una solución justa”⁽³⁵⁾.

A tal punto que, en nuestro país, causa protesta en los usuarios del servicio de justicia, como la de Dolorier que se queja ante: “el aún confuso panorama de las indemnizaciones laborales, en que se han emitido fallos contradictorios, algunos desproporcionados, generando una incertidumbre contraria a los criterios más elementales de predictibilidad judicial y estabilidad jurídica”⁽³⁶⁾. Así también, León al criticar una sentencia inmotivada sobre el particular, pregunta con indignación: ¿No está claro que los vocales superiores han considerado que “recurrir a la equidad” significa establecer un monto arbitrariamente o bajo los dictados de una conciencia

viciada de desinformación sobre las técnicas de cuantificación de los daños?”⁽³⁷⁾.

Por su parte, critica Linares: “no hay parámetros para la determinación de la cuantía del daño moral, las denominadas ‘cualidades personales’ ¿deben evaluarse en función de edades?, ¿de la situación económica del agente o de la víctima?, ¿de las circunstancias del accidente? No hay una respuesta clara por nuestra magistratura a estas interrogantes”⁽³⁸⁾.

Ello se explica, porque reina la postura de la **libre determinación judicial del quantum indemnizatorio** en los despidos inconstitucionales, que se sigue también en la indemnización por enfermedad profesional y accidentes de trabajo, aun cuando por la antigüedad de estos casos, la jurisprudencia es más estable. Y, que se expresa en la actual realidad jurisprudencial de fijar el *quantum* indemnizatorio a “ojo de buen cubero”⁽³⁹⁾.

Un ejemplo, es la Cas. N° 4977-2015⁽⁴⁰⁾, en que la Sala Suprema

permite cubrir sus necesidades básicas y la de su familia”. (Lo destacado es nuestro). Asimismo, la Cas. Lab. N° 5423-2014 Lima en su décimo sexta considerativa afirma que: “todo despido injustificado, trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto de una manera u otra, deja de percibir remuneraciones y queda en el desamparo económico; más aún en un país como el nuestro donde los puestos de trabajo son escasos”.

- (33) “Noveno: La prueba que acredita la existencia de daño para el caso en concreto, lo constituye básicamente el expediente de amparo donde queda establecido que el demandante fue despedido arbitrariamente.” Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. Cas. N° 4977-2015. Callao, 2 de mayo de 2016.
- (34) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II, 8ª ed., Ara, Lima, 2016, p. 108.
- (35) SANDRA DRI, Roxana. Ob. cit., pp. 32 y 33.
- (36) Ver noticia en: <<http://gacetalaboral.com/casacion-n-699-2015-lima-establecen-criterios-para-determinar-danos-por-despidos-arbitrarios/>>.
- (37) LEÓN HILARIO, Leysser. “Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana”. <En: *Giurisprudencia*. Trento. Recuperado de <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>>.
- (38) LINAREZ AVILEZ, Daniel. “El laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada desde la Óptica Procesal”. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Edición N° 38, p. 80. Recuperado de: <revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13105/13716>.
- (39) (...) el daño moral sirve para indemnizar aquello que la doctrina ha denominado “daños patrimoniales indirectos”, es decir, aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables: el demandante no puede probar su monto preciso. En estos casos (que implican un pseudo daño moral, pues se trata en realidad de daños económicos imprecisos), este instituto otorga al juez una discrecionalidad suficiente para incluir tales daños “a ojo de buen cubero”, sin necesidad de pruebas de los mismos. (DE TRAZEGNIES, Fernando Ob. cit., p. 106).
- (40) Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Cas. N° 4977-2015, Callao, 2 de mayo de 2016.

actuando en sede de instancia rebaja la indemnización por lucro cesante y daño moral ascendente a S/ 151,245.81 a la cantidad de S/ 100,000.00, esto es, por el primero en S/ 80,000.00 y por el segundo en S/ 20,000.00, es decir, reduce en una tercera parte, sin saber los criterios adoptados para ello.

La *aestimatio* del daño moral ha sido siempre un tema controversial y polémico, porque este tipo de daño extrapatrimonial e inmaterial representa la especial afectación a los derechos y valores morales inherentes a la víctima, todos los cuales se reconducen al principio derecho de la dignidad del ser humano.

La Casación N°1070-95 sostuvo que: “si bien no existe un concepto unívoco del daño moral, es menester precisar que es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”.

En efecto, si consideramos que para la cuantificación del lucro cesante y el daño emergente existen criterios objetivos basados en factores medibles y cuantificables de la realidad económica laboral como el tiempo de despido, la última remuneración percibida por el trabajador o los comprobantes de pago de los gastos incurridos, podemos concluir que el proceso de cuantificación del daño moral se encuentra en clara desventaja, pues no posee estos mismos factores susceptibles de verificación y cotejo que puedan determinar con precisión un monto indemnizatorio equitativo, razonable y predecible para el justiciable.

Debido a esta carencia, el juez puede perderse en el campo de la subjetividad. Ciertamente, las alternativas de solución para resolver un determinado caso de daño moral por despido inconstitucional, pueden depender en gran medida de las convicciones personales del juzgador, así como de su personalidad, estado de ánimo

y otras circunstancias personales que rodean al intérprete. Lo explica Linarez⁽⁴¹⁾ cuando sostiene: **“Los abogados dentro de los que están incluidos los jueces, ejercemos nuestra carrera buscando significados, le damos significados a los hechos y al contenido de las normas, en esto consiste justamente la labor de interpretar, e interpretamos conforme quienes somos.** Sin embargo, recordemos que los jueces en el proceso deben siempre de estimar no con su particular concepción del mundo, sino con la filosofía, escala de valores y principios de la Constitución, por la cual han jurado ejercer el cargo”.

Esta corriente imperante de la libre determinación judicial indemnizatoria, en que los jueces gozan de discrecionalidad (art. 1332 del CC), ha llevado a la dispersión a veces contradictorias, en los montos indemnizatorios por daño moral, que han recibido distintas víctimas en situaciones análogas. Ejemplo claro, de la falta de uniformidad, predictibilidad e igualdad en la impartición de justicia, debido a la ausencia de tablas, baremos⁽⁴²⁾ y directrices que uniformicen los criterios de los jueces al momento de valorar el concepto de daño moral, pues ello no solo causa incertidumbre entre los justiciables al no poder predecir los resultados de sus litigios sino, también: **ante la falta de criterios claros en la determinación del daño moral, se genera el incentivo perverso en algunos abogados de formular pretensiones con cuantías excesivamente elevadas con el solo objetivo de especular una suma que se sabe será menor si atendiese a parámetros preestablecidos⁽⁴³⁾.**

Por lo demás, tal inseguridad jurídica, no ayuda a la conciliación en esta materia, menos aún los abogados preventivos pueden predecir a sus clientes el efecto en su peculio de esta contingencia, y las empresas hacer la provisión contable que corresponda.

En cuanto al trabajador, tampoco le permitirá pretender una cantidad razonable en su demanda. Asimismo, los justiciables al apelar no tienen referentes que puedan ayudarlos a exigir un monto indemnizatorio justo, pues no existen precedentes judiciales vinculantes.

Por lo demás, estas sentencias que fijan el *quantum* indemnizatoria sin fundamentar criterios o parámetros, serían nulas por motivación insuficiente afectando el debido proceso, por tanto, vulnerables a los recursos de apelación y casación, dilatando la solución del conflicto.

IV. Disyuntiva a enfrentar

Hasta aquí, el estado de la cuestión. Ahora, debemos tomar la decisión si continuamos con la libre cuantificación judicial del daño moral en los despidos inconstitucionales, o **estandarizamos el modo de fijarlo.** Si optamos por lo segundo, entonces, les presentamos una novedosa propuesta para su liquidación.

En el campo específico del Derecho de Daños Laboral, una alternativa de solución en el cálculo uniforme, es el establecimiento de baremos a modo de matriz de criterios graduales para fijar la cuantificación de los daños, que permitan al juzgador

(41) LINAREZ AVILEZ, Daniel. Ob. cit., p. 76.

(42) Baremo: 1. m. Cuadro gradual establecido para evaluar los daños derivados de accidentes o enfermedades, o los méritos personales, la solvencia de empresas, etc. 2. m. Cuaderno o tabla de cuentas ajustadas. 3. m. Lista o repertorio de tarifas. RAE. En: <<http://dle.rae.es/?id=5524Akm>>

(43) LINAREZ AVILEZ, Daniel. Ob. cit., p. 80.

contar con una base de cálculo de inicio, porcentajes de incremento o decremento según una tabla de indicadores y parámetros, un margen de discrecionalidad y un límite a la hora de tasar el daño moral.

Para definir los baremos, debemos tomar en cuenta que el daño moral en el despido inconstitucional posee una serie de características que pueden servir como factores medibles que nos ayuden a valorar objetivamente el menoscabo subjetivo causado, sistematizando las regularidades que presenta el *eventus damni* y su relación con la víctima y el victimario, así como tabulando las circunstancias promedios que se presentan en el acto lesivo tipo, con base en la casuística judicial, mediante un sistema de equivalencias en porcentajes.

V. Criterios y parámetros

Antes bien, sistematicemos los aportes doctrinarios y criterios jurisprudenciales que tenemos sobre el particular. Así, Linares⁽⁴⁴⁾ al criterio legal de “magnitud y menoscabo”⁽⁴⁵⁾, le agrega estimar la situación económica del agente y la víctima, su edad. León⁽⁴⁶⁾ sugiere evaluar la reincidencia del imputado en una conducta dañosa, el grado de culpabilidad del imputado y, sobre todo, la capacidad económica del dañador. Mosset⁽⁴⁷⁾, formuló 10 reglas para determinar la cuantificación del daño moral, entre ellas tenemos:

- No a la indemnización simbólica.
- No al enriquecimiento injusto.
- Sí a la diferenciación según la gravedad del daño.
- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
- Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida.

- No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.
- Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.
- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.

Zannoni nos trae a recuerdo la **tesis punitoria**, cuya medida de resarcimiento tomaba **en cuenta solo la gravedad del hecho o acto lesivo –lo que implicaba realizar una calificación de esta gravedad en razón de culpa o dolo– y la situación o posición económica del ofensor, es factor preponderante para graduar el quantum de esta pena civil**⁽⁴⁸⁾. También dicho autor refiere que, **se recurrió a los parámetros de los daños patrimoniales. Se dijo, por ejemplo, que el monto de la indemnización por daño moral debe guardar proporción con el monto por el que prospera la demanda**⁽⁴⁹⁾, **es decir, con el daño material sufrido**⁽⁵⁰⁾, por último, adopta el criterio siguiente: **la reparación del daño moral debe estar en relación con la magnitud del perjuicio, de los padecimientos, angustias y aflicciones, en atención al menoscabo del interés no patrimonial que se repara**⁽⁵¹⁾.

Por su parte, Buendía desde el Derecho Laboral, considera los criterios siguientes: **a) la fecha de terminación del contrato de trabajo (cuánto faltaba para la extinción del vínculo laboral) y la fecha del despido; b) verificar si el trabajo era autónomo o subordinado; y c) en caso que haya existido un accidente laboral, la capacidad de previsibilidad que tenía el empleador respecto de ese daño en concreto**⁽⁵²⁾. Asimismo, nos presenta los criterios de Pretelli, veamos: **a) la gravedad del hecho que genera la responsabilidad civil; b) la entidad que sufre los padecimientos de ánimo; c) las condiciones económicas, sociales y personales de las partes; d) la relación de parentesco, de casados, de convivientes que posea la víctima; e) el grado de sensibilidad de la persona afectada por el daño**⁽⁵³⁾.

Lo primero implica la intensidad o magnitud del dolo. En cuanto a lo segundo, se trata de satisfacer al trabajador y no punir al empleador; respecto a lo tercero, constituirá agravante o atenuante determinada condición del empleador, y si nos dirigimos al trabajador, debemos de apreciar su estatus social y profesional, esto es, antigüedad laboral, nivel

(44) Ibidem, p. 77.

(45) C.C. Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

(46) LEÓN HILARIO, Leysser. “Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana”. Ponencia al Seminario de Responsabilidad Civil organizado por la Asociación Civil “Foro Académico”. 9 de octubre de 2007. Recuperado de <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>>.

(47) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Diez reglas sobre cuantificación del daño moral* citado por SANDRA DRI, Roxana. *Daño Moral. Legitimación activa. Daños punitivos. Cuantificación*. Universidad Abierta Interamericana. Rosario, 2001. L.L. 1.994-A-728.

(48) CNCiv, Sala E, 3/9/76, ED, 76-502; (...).

(49) CNCiv, Sala D, 6/12/74, ED, 65-392 (...).

(50) CNCiv, Sala D, 25/2/75, RepED, 10-409 (...).

(51) ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª edición Astrea, Bs. As, 2005, pp. 366 y 377.

(52) BUENDÍA. Ob. cit., p. 174.

(53) PRETELLI, Patricia. “Ildanno non patrimoniale. Criteri di valutazione”. En: *Resarcimiento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. A cura di Giovanna Visintini. GiuffrèEditore, Milán, 1998, p. 284.

de responsabilidad en la empresa, trayectoria socio laboral, si se trata o no de un personaje de notoriedad pública (derecho a la buena imagen y reputación). Lo que va a permitir responder a la pregunta: ¿cómo quedó el honor después del daño? Sobre la condición personal del dañado, considerar su estado de salud o sobreprotección constitucional: madre, menor de edad e impedido que trabajan⁽⁵⁴⁾.

Finalmente, el grado de sensibilidad del trabajador, pues, unos se identifican más que otros con la empresa, así también en lo relativo a su fidelidad, productividad o puntualidad, por ende, los primeros sufrirán mucho más que los otros que no destacaban en el trabajo. También, es de anotar cuando la víctima se encuentra en estado de gravidez, enfermedad o incapacidad física temporal por accidente y, peor aún, si fue de trabajo, diferenciados en capa simple o compleja⁽⁵⁵⁾.

En cuanto a los jueces, en el Pleno Jurisdiccional Civil 1997, establecieron como criterio: “para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño”⁽⁵⁶⁾.

Desde la jurisprudencia, si bien en el pasado la CS se excusó de fijar criterios en la liquidación de los daños, como fue en la Cas. N° 712-96-Lima (*El Peruano*, 03/01/1998, p. 356): “La determinación del quantum indemnizatorio en base a la valorización de la magnitud del daño y los perjuicios sufridos por la víctima por su acentuado matiz fáctico es una facultad de los jueces de mérito que no puede ser traída en vía de casación, por ser materia ajena a los fines del recurso”. Actualmente, ha realizado esfuerzos en fijar directrices para cuantificar el daño moral, como por ejemplo en la Cas. N° 5721-2011, en la que incluso refuta la **tesis punitoria** que recordó Zannoni, apreciamos:

“Noveno.- Que, sin embargo, en lo que atañe al daño moral, este Tribunal Supremo, considera que la justificación realizada no es la más adecuada. En efecto, la Sala Superior señala que debe tenerse en cuenta: (i) el despido intempestivo o improvisado que repercutió en los sentimientos y emociones del demandante; (ii) la existencia de un proceso judicial con el fin de lograr su reposición en el trabajo; (iii) la inexistencia de ingresos económicos; (iv) el criterio de equidad; y, (v) la capacidad económica del causante del daño. Estos criterios, a nuestro juicio, no son los más apropiados; en principio, porque la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante, dado que lo que se evalúa es el daño causado y la posibilidad de su reparación integral; de otro lado, porque la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo (...)”.

Otro de los criterios que estableció dicha sentencia es que fija una suma por daño moral: “**que representa la mitad de lo entregado por lucro cesante** y (...) las características vitales del demandante (persona de cuarenta y siete años cuando sucedieron los hechos)”⁽⁵⁷⁾. Vale decir, para cuantificar el daño moral, no importa la capacidad económica del

empleador afectante, sino tratar de estimar la magnitud del sufrimiento padecido por el afectado considerando su edad, tiempo del despido; y, en este caso, resulta proporcional que **el monto indemnizable por daño moral sea equivalente al 50 % del lucro cesante**.

En cuanto a los agravantes que incrementan el quantum indemnizatorio, tenemos la **injuria** en el despido fraudulento, ya que para tal fin, el victimario le **imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente**⁽⁵⁸⁾. Y se agrava aún más, si el empleador mediante la carta de despido **calumnia** al trabajador al imputarle como falta grave un delito que no ha cometido.

Del mismo modo, aun cuando el empleador se excuse en el ejercicio regular de un derecho, al retirarle la confianza a un trabajador de dirección acusándolo de la comisión de un delito o, por el solo hecho de encontrarse bajo sospecha involucrado en un proceso penal, lesiona el principio de presunción de inocencia, su honor y dignidad. Por lo que es preferible no expresar causa. Como fue el caso que nos lo recuerda Linares, **en el que un integrante de la Policía Nacional del Perú demandó el pago de una indemnización dado que fue pasado a la situación de retiro solo por su implicancia en un proceso penal, del que posteriormente fue absuelto, nuestra Corte Suprema en la Cas.**

(54) Constitución del Perú, Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

(55) Sobre la cobertura de salud en ambos casos, en: <http://www.essalud.gob.pe/defensoria/manual_institucional.pdf>.

(56) Ver Internet: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/5C.%5CCorteSuprema%5Ccij%5C documentos%5C8PLENOCIV97_060607.pdf>.

(57) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Cas. N° 5721-2011. Lima, dos de julio de 2013. Lo destacado es nuestro.

(58) Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 206-2005-PA/TC. Lima, 9 de diciembre de 2005.

Nº 1545-2006-Piura, respecto del daño moral señaló que:

“[A]tendiendo a que, no obstante la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio en dinero, por daño moral, y que las instancias de mérito han expresado que no se ha aportado prueba concluyente respecto a dicho monto, además de que la entidad demandada ha alegado que no ha causado ninguna clase de daños al demandante, sino que ha actuado en ejercicio regular de un derecho, (...) empero por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal de ambas partes en conflicto, debe regularse la indemnización del daño moral con criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo”⁽⁵⁹⁾.

Esta conducta dañina y actitud maliciosa del empleador es criterio de cuantificación según la Cas. Lab. Nº 5423-2014-Lima, ya que: “le corresponde al actor el pago de una indemnización por daño moral; toda vez que dicha indemnización deriva del comportamiento calumnioso del empleador, al haberle imputado la comisión de faltas graves (...), pues se le atribuyó conductas delictivas”⁽⁶⁰⁾.

Sucede, también, cuando se comete un despido perverso o por sanción excesiva, pese a que la falta laboral no fue grave, afectando el derecho constitucional al debido proceso sustancial en la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria aplicada.

Todo lo cual, daña más, si el empleador con ánimo de **difamación**, le da al despido cierta publicidad en los medios de comunicación, y se denuesta su buen nombre en sociedad a la víctima, con sometimiento al escarnio mediático, y que se magnifica según su repercusión local, regional o nacional.

Ahora bien, sea un cargo público o privado ocupado por el trabajador despedido, se indemniza por igual, ya que “no debe otorgarse una mayor protección a la imagen de la persona por el cargo que desempeña, sino que esa protección debe otorgarse por la sola calidad de persona sin hacer distinciones”⁽⁶¹⁾. Empero, si consideramos proporcional y razonable, que al trabajador de dirección o de confianza que tiene mayor responsabilidad se le indemnice con un plus, en relación al trabajador ordinario, respecto al daño moral causado por un despido calumnioso o difamador, ya que se infiere magnitudes diferentes.

VI. Baremos indemnizatorios estandarizados

Previamente, debemos justificar que, si bien es verdad nuestra propuesta no cuenta con la anuencia de cierta Doctrina⁽⁶²⁾, también lo es que otros respaldan su estandarización, como fue el caso del **camarista rosarino Jorge Peyrano, quien ha incurrido en el tema, y propuso un sistema de tarificación judicial juris tantum del daño moral**. Por su parte, Pizarro reconoce **para determinados supuestos de dañosidad la adopción de sistemas de indemnización tarifada, con liquidación objetiva del daño patrimonial y moral, en un marco de adecuada celeridad y eficiencia**⁽⁶³⁾.

Por nuestra parte, también, consideramos que el daño moral en todos los supuestos que nos presenta la vida en relación, haría imposible que estandaricemos su cuantificación, tanto más como advierte Zannoni hay caso en que: **puede no haber daño patrimonial alguno y, sin embargo, existir un considerable agravio moral**⁽⁶⁴⁾. Sin embargo, solo para el caso del lucro cesante y daño moral en los despidos inconstitucionales, cuando uno no se presenta sin el otro, somos de la opinión que se justifica la estandarización en su liquidación desde la jurisprudencia, máxime si la solución a la problemática es transitoria hasta que se produzca una definitiva solución legislativa con la Ley General del Trabajo (LGT).

Así, ganamos en celeridad, eficiencia, uniformidad, seguridad, predictibilidad y confianza del ciudadano en el sistema de justicia laboral, evitando la dilación de los procesos, apelaciones y casaciones a falta de tarificación estándar, fallos contradictorios, y a la vez que facilitamos la conciliación por parte del trabajador y la previsión de la contingencia en el empresariado.

Si esto es así, entonces, atendiendo a los criterios y parámetros resumidos, en el acápite precedente, adoptamos aquellos que presentamos como baremos en matrices indemnizatorias, a fin de estandarizar el cálculo

(59) LINAREZ AVILEZ, Daniel. Ob. cit., pp. 78 y 79.

(60) Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Cas. Lab. Nº 5423-2014-Lima, agosto 2014.

(61) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Cas. Nº 1003-2014, Caso del Juez Jorge Barreto vs. La República, Año 2014.

(62) Mosset Iturraspe se opone a que el daño moral se estime según tarificación con “piso” o “techo”, y dice: *No a un porcentaje del daño patrimonial*, según da cuenta SANDRA DRI, Roxana, Ob. cit., p. 31.

(63) PIZARRO RAMÓN, Daniel. “La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil”. En: *Rev. de Derecho de Daños*. 2.001-1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2001, p. 343 y ss. Citado por SANDRA DRI, Roxana, Ob. cit., p. 31.

(64) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 367.

del daño moral por despido inconstitucional, a saber:

- a) **Monto base o mínimo:** Para la cuantificación del daño moral debe partirse de un piso, y lo establecemos en el veinticinco por ciento (25%) del monto del lucro cesante que le corresponda al trabajador⁽⁶⁵⁾, y que es el mismo porcentaje que fijó la Cas. N° 4977-2015⁽⁶⁶⁾, cuyo lucro cesante fue de S/ 80 000.00 (100 %) y, el daño moral en S/ 20 000.00 (25 %), en un caso tipo simple y sin agravantes o atenuantes de un despido inconstitucional. Equivalencia proporcional y razonable, para fijar el *quantum* indemnizatorio que deberá pagar el autor del acto lesivo, para los casos básicos o simples, estos son, los despidos inconstitucionales incausados, considerando en ellos a los despidos por desnaturalización de contratos modales o civiles, que comprende el tránsito de la víctima por un proceso constitucional o judicial para lograr su reposición en el trabajo mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada y, también, en el caso que la pretensión indemnizatoria se acumule al pedido de reposición, entre otros, en el proceso ordinario laboral, empero, sin agravantes o atenuantes.

A continuación, deberá agregarse a este monto otros factores estándar que contribuyan al sufrimiento de la víctima, y sirvan para incrementar gradualmente en porcentajes el monto indemnizatorio, agregando a los criterios que fijó la Sala Laboral Permanente de Huancayo⁽⁶⁷⁾, los siguientes:

- b) **El tiempo de servicio, cargos y remuneración:** A mayor antigüedad mayor perjuicio moral, pues, no es lo mismo despedir a un trabajador que cuenta con varios años de labor que uno

novel e inexperto con meses de servicio. Asimismo, uno que ocupó cargo de dirección y confianza en carrera ascendente desde un puesto ordinario, del que fue solo trabajador. A mayor remuneración mayor aflicción.

- c) **La edad:** Incremento del monto según la edad del trabajador, pues cuando la edad de la víctima se acerca a la jubilación, menores serán sus posibilidades de conseguir su recolocación laboral.
- d) **Las condiciones personales de la víctima (grado de sensibilidad):** Estado de salud: accidentado, enfermo o sano. Personaje público.
- e) **Súper protección constitucional:** La Constitución es especialmente tuitiva con determinados trabajadores⁽⁶⁸⁾: madre, minusválido y menor de edad, a quienes se les plus indemniza, debido a su mayor vulnerabilidad.
- f) **La carga familiar:** Mayor dolor a mayor cantidad de hijos menores o mayores que solo estudie hasta los 24 años⁽⁶⁹⁾ y, cónyuge o conviviente que dependan de la víctima.

- g) **Familiares directos con enfermedad o discapacidad:** Cuando los padres, cónyuge o conviviente e hijos, que dependen del trabajador, padezcan de enfermedad o discapacidad que no les permitan trabajar.

- h) **Magnitud del daño:** Se deberá incrementar el monto indemnizatorio según la gravedad de la lesión (despido por falta grave que no pudo probarse en juicio, injuriante y calumnioso).

- i) **Escarnio público:** Despido difamatorio con difusión de alcance local, regional y nacional.

- j) **Discrecionalidad del juez:** Incremento de la *taxatio* la pena civil, en razón a otros motivos no previstos en este catálogo, lo que no exonera al juez de fundamentar su decisión: “equidad no es arbitrariedad es motivación”.

Sobre esto último, es necesario tomar en consideración lo expuesto por Pizarro⁽⁷⁰⁾ cuando sostiene que: “el exceso de abstracción a los fines de una tarificación rígida o indicativa podría derivar en la negación de la esencia misma del daño moral y su

(65) Respecto a utilizar una parte del monto del lucro cesante para cuantificar el daño inmaterial, León noticia que también fue aplicado por la Sala Laboral del Tribunale di Lecce, presidida por el juez Francesco Buffa, sentencia del 20/09/2002, la cual ordena que: “un grupo de trabajadores cesados por una empresa editorial, y que ya habían obtenido judicialmente su reposición, sean efectivamente readmitidos en sus puestos (resarcimiento en forma específica), y que reciban, además de todos sus adeudos laborales, una compensación equivalente a un porcentaje de sus sueldos impagos, a título de ‘daño existencial’ por la lesión de su dignidad”. (Ob. cit., p. 10).

(66) Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. Cas. N° 4977-2015, Callao, dos de mayo de 2016.

(67) Sentencia de Vista recaída en el Expediente N° 02533-2015-0-1501-JR-LA-03 Criterios: Tiempo de servicios, condición profesional, situación laboral del trabajador (plazo temporal o indeterminado), magnitud del menoscabo a la víctima y su familia (carga familiar), familiares directos con enfermedad grave, edad, desnaturalización del contrato modal, civil u otro similar declarado judicialmente, clase y causa del despido, super protección constitucional, escarnio público y nivel cultural.

(68) Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...).

(69) Considerando la Ley N° 25129, Artículo 2.- Tienen derecho a percibir esta asignación los trabajadores que tengan a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. En el caso de que el hijo al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad.

(70) PIZARRO RAMÓN, Daniel citado por SANDRA DRI, Roxana. *Daño Moral: Legitimación Activa, Daños Punitivos y Cuantificación*. Universidad Abierta Interamericana, p. 30.

reparación; ya que es un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, que hacen que no haya dos daños morales idénticos”.

En ese sentido, es importante individualizar cada caso, tomando en consideración los aspectos personalísimos de la víctima y las circunstancias singulares que rodean cada caso, sin embargo, la virtud del último criterio propuesto radica en ponerle un límite al juez y a la vez darle un margen de discrecionalidad del 10 % para el caso concreto, y con ello evitar la disparidad cuantitativa caótica que se critica, y perfilar un modo técnico en la interdicción de la arbitrariedad⁽⁷¹⁾.

Hasta aquí, los parámetros agravantes que incrementan el daño moral, ahora los que disminuyen su *quantum* como atenuantes, a saber:

- k) **Concausa:** Si el hecho del trabajador hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad⁽⁷²⁾.
- l) **Pluralidad de ingresos:** la víctima contaba con otro trabajo que le permitía un ingreso adicional del que fue despedido, gracias a que el contrato de trabajo lo permitía, al no existir cláusula de exclusividad, al momento de producirse el evento dañoso, lo que habría amortiguado el daño moral. No cuenta el trabajo que obtuvo el dañado después del evento, en el ejercicio de su derecho al trabajo.
- m) **Discrecionalidad de juez:** En este caso, también, dejamos un porcentaje para cuando el juez aprecie otros atenuantes no previstos.

Con base en lo expuesto, los cuadros matriciales para calcular el *quantum* indemnizatorio por daño moral son como sigue:

En esta tabla presentamos la matriz para incrementar en porcentajes el monto base (MB) tomando en

consideración la edad del trabajador y los años de servicio o antigüedad (EA) en el centro de trabajo.

CUADRO N° 1						
Antigüedad	Edad	18-30 años	30 a 40 a.	40-50 a.	50-60 a.	60-70 a.
Novel De 1 a 10 años		2%	3%	4	5%	6 %
Intermedio De 11 a 20 a.		-	4%	6%	8%	10 %
Antiguo De 21 a +		-	6%	9%	16%	20 %

En este segundo cuadro de infortunios incluimos los criterios restantes, a saber:

CUADRO N° 2			
CONDICIONES PERSONALES DE LA VÍCTIMA	CUANTIFICACIÓN GRADUAL		
NÚMERO DE HIJOS Y CÓNYUGUE (N° H o C)	1 hijo o C	2 hijos o C	3 + hijos o C
	4 %	6 %	8 %
SUPER PROTECCIÓN CONSTITUCIÓN (SPC)	Madre	Minusválido	Menor de edad
	5 %	5 %	5 %
DESPIDO CONTRA EL HONOR (DCH)	Improbado	Injuria	Calumnia
	10 %	15 %	30 %
DESPIDO CON DIFAMACIÓN PÚBLICA (DDP)	Nivel local	Regional	Nacional +
	10 %	15 %	30 %
DESPIDO DE PERSONAJE PÚBLICO (DPP)	5 %	10 %	15 %
FAMILIARES DIRECTOS ENFERMOS (FME)	1 FAM	2 FAM	3 + FAM
	4 %	6 %	8 %
DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ (DJ+)	10 %		
CONDICIÓN DEL TRABAJADOR (CT)	DIRECCIÓN Y CONFIANZA		
	6%		
REMUNERACIÓN®	S/ 1,000-3,000	S/ 3,001-6,000	S/ 6,001 +
	3 %	6 %	9 %
ENFERMO O ACCIDENTADO (EA)	CAPA SIMPLE	CAPA COMPLEJA	
	2 %	6 %	

(71) “Al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el **principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta**. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Cfr. Exps. N° 0090-2004-AA y 03167-2010-PA/TC, fundamento 12).

(72) Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven. Fue el caso en que el trabajador cometió una falta no grave, pero el empleador se excedió en calificarlo como grave, vale decir, hubo concausa en la generación del daño, con mayor responsabilidad por parte del empleador.

Hasta aquí, los criterios y porcentajes de las adiciones de los agravantes para establecer el *quantum* (Q) del daño moral. Ahora pasamos a establecer las detracciones en porcentajes para los atenuantes:

Concausa®	15 %
Otros ingresos (OI)	5 %
Discrecionalidad del Juez (DJ-)	10 %

Fórmula:

$$[(MB) + (EA) + (N^{\circ}H) + (SPC) + (DCH) + (DDP) + (DPP) + (FDE) + (DJ) + (CT) + (C) + (EA)] - [(C) + (OI) + (DJ-)] = Q$$

Esta propuesta de estandarización en la determinación del daño moral en los despidos inconstitucionales, podrá ser criticada por cuanto los porcentajes fijados para cada criterio son arbitrarios, sin embargo, en tal asignación de incremento o decremento cuantitativo de la base de cálculo, hemos tratado de tasarlo a la luz del principio de proporcionalidad y razonabilidad. Es por ello que, se apreciará en los porcentajes establecidos en los cuadros son directamente proporcional a los agravantes y atenuantes considerados.

VII. Ejemplo

Para ilustrar la aplicación de la fórmula a un caso hipotético, presentamos el siguiente: Jorge de 45 años de edad y luego de laborar 11 años, es despedido inconstitucionalmente del trabajo imputándole un hecho ilícito tipificado como delito, su última remuneración mensual fue de S/ 3 000.00 y estuvo despedido durante 8 meses, antes de retornar al trabajo, y acredita tres hijos menores de edad.

- Lucro cesante, aplicando la fórmula:

$$3\,000 \times 8 = \text{Total S/ } 24\,000.00$$

- Daño moral, según la fórmula:

$$24\,000 \times 25 \% = 6,000$$

$$6\,000 \times 32 \% [6 \% (\text{edad y antigüedad}) + 8 \% (3 \text{ hijos}) + 3 \% (\text{remuneración}) + 15 \% (\text{calumnia})] = 1\,920$$

$$(6\,000 + 1\,920) \text{ Total S/ } 7\,920.00$$

En suma, en este caso hipotético, la indemnización por lucro cesante y daño moral será de S/ 24 000.00 y S/ 7 920.00, respectivamente, más intereses legales en aplicación extensiva del artículo 1985 del CC⁽⁷³⁾, desde el día en que se produjo el cese.

VIII. Conclusiones

En la cuantificación del daño moral a causa de los despidos inconstitucionales, rige la libre valoración equitativa judicial, que ha producido jurisprudencias dispares y contradictorias, empero, si queremos superar esta problemática en determinar esta deuda de valor, que le resta seguridad jurídica al sistema de justicia laboral, a fin de facilitar la conciliación e impartir justicia predecible con igualdad, que otorgue confianza a los trabajadores y empresarios, entonces, corresponderá a los jueces decidir si adoptan estandarizar su cuantificación, de modo transitorio hasta que se produzca una solución legislativa integral sobre la problemática planteada, a los abogados y juristas expresar su opinión, y de

ser el caso proponerlo en sus demandas o contestación, y a los congresistas la pronta solución legal definitiva de esta problemática, a través de la tan largamente esperada LGT.

IX. Recomendaciones

- El empleador no debe asumir el albur del despido arbitrario de su trabajador, siendo preferible la conclusión del contrato de trabajo se realice por mutuo acuerdo.
- La pretensión indemnizatoria por despidos inconstitucionales, debe ser competencia exclusiva de los jueces laborales, preservando la especialidad y con ello la predicción de las decisiones judiciales uniformes en la cúspide de cierre en sede casatoria de la NLPT.
- Publicación en el portal del PJ, enlace E.T.I. de la NLPT⁽⁷⁴⁾, de la doctrina y jurisprudencia relevante, sobre los casos de indemnización por despidos inconstitucionales, de la Corte Suprema y de las Cortes superiores, en orden temático y cronológico, en observancia del artículo 5 del D. Leg. N° 1342⁽⁷⁵⁾, por lo que esperamos su pronta reglamentación por parte del Consejo Ejecutivo del PJ.

(73) El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

(74) Ver en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_etii_nlpt/>.

(75) Artículo 5.- De la publicidad de la Información Jurisdiccional

- 5.1 Las entidades que conforman el sistema de administración de justicia, desarrollan una plataforma de soporte tecnológico para la publicidad de las resoluciones judiciales con la finalidad de facilitar a la ciudadanía el acceso en forma sencilla a todas y cada una de las decisiones jurisdiccionales de los jueces o tribunales a nivel nacional.
- 5.2 La plataforma tecnológica facilita la coordinación interinstitucional entre el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, atendiendo a lo siguiente:
 - a) Cada órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado de todas las instancias a nivel nacional publica sus resoluciones en la plataforma tecnológica. Es responsabilidad de cada Juzgado y del Presidente/ta de la Sala Suprema o Superior registrar cada una de las resoluciones que se emitan.
 - b) El Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, supervisa la publicación de las resoluciones y su fácil acceso por la ciudadanía.
 - c) El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos difunde la información producida por las instituciones responsables de registrar la información.
- 5.3 El funcionamiento de la plataforma y la periodicidad del registro de la información se establecen en las normas reglamentarias.

- Programas de capacitación sobre la responsabilidad contractual laboral para los operadores del sistema de justicia, a cargo de la AMAG, Comisiones de Capacitación del PJ, E.T.I. de la NLPT, Colegios de Abogados, Universidades y Asociaciones privadas de capacitación.
- El próximo pleno jurisdiccional nacional laboral, y de considerarlo el pleno supremo, podrán contemplar la disyuntiva planteada, a fin de optar por la estandarización en la cuantificación del lucro cesante y daño moral, o continuar con su libre determinación, en todo caso, unificar criterios sobre el particular.
- Si se incluyeran estos despidos inconstitucionales como despidos nulos en la LPCL o en la LGT, habríamos resuelto por lo menos el *quantum* del lucro cesante, y de positivizar nuestra propuesta, también, el daño moral. De ahí, que el Congreso tiene la responsabilidad de modernizar esta legislación y contribuir a la paz laboral.
- Las facultades de Derecho podrán ampliar el sílabo de estudios del curso de Derecho Individual del Trabajo, incluyendo el acápite de Derechos de Daños Laboral, y mejor si sería un curso aparte.

Referencias bibliográficas

- BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. AMAG. Separata S/PAP/086.
- *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- COLLANTES GONZÁLES Jorge. Dir. Derecho de Daños. *Una perspectiva contemporánea*. Estudio Mario Castillo Freyre: Motivensa Editora Jurídica, 2011.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II, 8ª edición, Ara, Lima, 2016.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El Caso Peruano”. En: *Libertad de Expresión y Democracia desde una perspectiva Latinoamericana*. Konrad Adenauer Stiftung, Bs. As, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima, 1990.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, Motivensa, Lima, 2009.
- GARCÍA VALDECASAS. “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español”. En: *Revista de Derecho Privado*. T. XLVI, 1962.
- LEÓN HILARIO, Leysser. *Equívocos Doctrinales sobre el Daño Moral en La Responsabilidad Civil - Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª edición, Jurista, Lima, 2007.
- MAZEUD Henry, MAZEUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial: Jurídicas Europa-América, 1959.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo X, 4ª Parte, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Derecho de Familia II. Curso a distancia*. Academia de la Magistratura. Lima, 2000, S/PAP/58.
- PUNTRIANO ROSAS, César. “Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario”. En: *Soluciones Laborales*. Año 9, N° 104, Gaceta Jurídica, agosto 2016.
- ROMERO MONTES, Francisco. “Una visión de los riesgos laborales. En: *Responsabilidad Civil II Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Ed. Rodhas 2006.
- SIERRA PÉREZ, Isabel. “La delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual”. En: *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*. Dir. Jorge Luis Collantes Gonzáles. Estudio Mario Castillo Freyre, Editora Jurídica, Motivensa, 2011.
- ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª edición, Astrea, Bs. As. 2005. ■