

HACIA LA INCLUSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LAS PRETENSIONES SOBREVENIDAS DE LOS ACTOS DE HOSTILIDAD LABORAL

Andy Jonathan Vélez Aliaga⁽¹⁾

“Si en algún ámbito del Derecho el concepto de ‘daño moral’ puede tener alguna aplicación, es, precisamente, en el del trabajo. La razón de la circunstancia de la ‘subordinación’ a que está sujeto el trabajador en el cumplimiento de su débito, resulta proclive para que la actuación de la otra parte, que dirige esa actividad humana, pueda menoscabar la facultad de actuar que disminuye o en su caso, frustra totalmente la satisfacción de un interés no patrimonial. (...) Una de las finalidades fundamentales del derecho del trabajo es el de asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, por lo que la lesión que en tal sentido se le infiera, exige una reparación⁽²⁾”.

I. RESUMEN

En el presente trabajo el autor plantea que en la relación laboral, ante la comisión de actos de hostilidad, circunscritos en el artículo 30 de la Ley

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Mención Honrosa del Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

(2) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. Citado por Quispe, C. (02/08/2004). “La demanda laboral de indemnización por daño moral ocasionado al trabajador, bajo la Ley N° 26636”. Visto el 03/09/2014, de LABORAPERU: <<http://www.laboraperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>.

de Productividad y Competitividad Laboral, se crea un quiebre directo en la dignidad del trabajador, lo cual configuraría un daño moral indemnizable por las dos formas de pretensiones establecidas en el artículo 35 del mismo cuerpo normativo; por lo que, dicha indemnización debe ser incluida mediante modificatorias dentro de los supuestos específicos contenidos en el mismo artículo 35, de igual forma se propone incluir modificatorias en el artículo 38, a fin de que en conjunto el “daño moral”, su “indemnización” y “quantum”, sean figuras que adquieran solides y mitiguen la comisión de los actos de hostilidad.

II. INTRODUCCIÓN

La relación laboral es una de las más fundamentales –sino, la principal–; por la que el hombre continúa su existir así, como la de su núcleo familiar; además, que mediante ella alcanza su realización en múltiples esferas, teniendo un equilibrio físico, psíquico y espiritual. Así, cabe resaltar que esta elementalidad del trabajo para el hombre, es razón básica por la cual el Estado y el Derecho tienen que mediar esfuerzos para promover y brindar protección a esta relación, mediante una legislación específica que la regule en busca de la armonía y protección de los derechos que ella circunscribe.

Observándose que en la realidad, en dicha relación, el derecho entiende que el trabajador es la parte en mayor desventaja, por lo que la legislación y las leyes específicas deben enfocarse tuitivamente hacia él, asegurando sus derechos y su “dignidad”.

Por lo que el presente trabajo es una crítica a la forma en que esta “dignidad” del trabajador se encuentra en la mesa de discusión sí es que ¿existe y se respeta resarcitoriamente ante actos de hostilidad que van en contra del trabajador? Siendo esta la causa principal que nos lleva a estudiar el tema en cuestión; logrando observar que su “tratamiento indemnizatorio” y presupuesto de “daño moral” relacionados a la dignidad del trabajador dentro de la relación laboral, son inexistentes en la norma sustantiva (D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27/03/1997), concluyendo que dichas figuras son esenciales y deberían regularse como resultado directo a la comisión de los actos de hostilidad, lo cual, a escala general, traería consigo un descenso procesal de actos de hostilidad a ser conocidos ante los tribunales, cristalizándose la anhelada armonía dentro de esta relación laboral.

III. LOS ACTOS DE HOSTILIDAD ENTENDIDOS COMO DETERIORO A LA DIGNIDAD

Es deducible que, todos los actos de hostilidad en desmedro del trabajador, cuentan con un elemento común, siendo el daño a la dignidad, así también como a los derechos fundamentales, los mismos que son enumerados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, y derivan directamente del principio –derecho de la dignidad humana– artículo 1, del mismo cuerpo normativo⁽³⁾; por lo que, la fórmula correcta es entender que cualquier daño a los derechos constitucionales y a los fundamentales del trabajador, es un daño a la dignidad del mismo. Así, en cada una de las causales enunciadas en el artículo 30 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), se puede evidenciar que la dignidad del trabajador resulta en desmedro, por lo que, cuando se verifica o es probado el acto hostil, se la debería calificar como daño moral.

Dado el anterior enunciado, es necesario desarrollar los siete supuestos actos de hostilidad circunscritos en el artículo 30 de la LPCL; así se puede establecer el nexo lógico que derivaría entre su comisión para con el daño a la dignidad del trabajador. Siendo los supuestos:

- a) **La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.**

La remuneración viene a ser la contraprestación que recibe una persona por la prestación de servicios de manera subordinada; además de ser esta remuneración un elemento esencial del contrato de trabajo, ha sido considerada como un derecho constitucional; de esta manera el primer párrafo del artículo 24 de nuestra Carta Principal, reconoce que:

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

(3) ETO CRUZ, G. “Derechos Fundamentales”. En: *El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 62.

En atención a que dicha remuneración cumple una finalidad alimentaria, en el sentido que es presumible que sea el único ingreso económico por la cual el trabajador y su núcleo familiar subsistan y cubran sus necesidades básicas⁽⁴⁾. Siguiendo esta lógica, el Tribunal Constitucional ha manifestado que se debe entender como un derecho fundamental; teniendo una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad⁽⁵⁾.

De igual forma, el artículo 23, numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, refiere:

“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

En concordancia con lo anterior, nuestra carta magna, establece en el artículo 24 lo siguiente:

“El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

Entendido esto, se debe concebir que toda falta de pago, o tardanza injustificada en la remuneración, es una lesión directa a un derecho fundamental del hombre, así como al principio de su dignidad, según lo establecido por los artículos precedentes; consecuentemente el no pago justificado y oportuno de la remuneración establecería directamente un daño moral, entendida como lesión a la dignidad.

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.

La reducción de remuneraciones.- Según lo señalado por la Corte Suprema en la Cas. N° 2224-2005-Lima, se entiende:

(4) RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 145.

(5) DE LAMA LAURA, M. “La Hostilidad Remunerativa: Una Visión Crítica de su Tratamiento Legal y Jurisprudencial”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 14. Vide f. j. 6 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04922-2007-PA/TC.

“la reducción de remuneraciones solamente será válida en la medida en que exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador, pues de lo contrario se constituiría una rebaja inmotivada de la remuneración, lo que se encuentra prohibido por ley considerándose un acto hostilizadorio⁽⁶⁾”, lo cual ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 009-2004-AA/TC, así como por la sentencia contenida en el Exp. N° 0818-2005-PA, al afirmar que “las remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador”; vislumbrándose que el único supuesto en el que, jurisprudencialmente, se había considerado válida la reducción remunerativa, es cuando esta surge de un acuerdo entre el trabajador y el empleador; aseveración que a nuestro modesto modo de ver, es verdad en parte, en el sentido que la reducción de la remuneración del trabajador se debe dar no directa e individualmente, sino indirectamente y al ámbito global⁽⁷⁾; así, observamos que este “acuerdo” debiera darse entre el sindicato de trabajadores (o la mayoría de trabajadores, en caso sea una empresa pequeña que no tenga sindicato) y el empleador; dicho acuerdo trataría la reducción de la remuneración de todos los trabajadores, a propuesta del empleador, para lo cual, el sindicato al tener facultades de representación en los intereses de los trabajadores sería el órgano encargado de pactar este acuerdo con el empleador; puesto que, tal y como se regula en la realidad la reducción de la remuneración, el empleador solo tendría que acordar dicha reducción directamente con el trabajador, y si este aceptara, (según nuestro criterio) la legalidad del acto sería puesta en duda pues ese acuerdo configuraría como un acto de discriminación en el trato laboral, pues cabe preguntarse a manera de ejemplo ¿por qué el empleador acordó con el trabajador Juan la reducción de su remuneración; pudiendo haberlo acordado con los trabajadores Carlos o Pedro? –Esta propuesta es atendible en la medida que la reducción de la remuneración que propone

(6) RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. Ob. cit., p. 146.

(7) Aplicable solo al régimen privado, dado que en el régimen público se cuenta con un presupuesto establecido por Ley.

el empleador responde a criterios de ahorro y economía en la administración de la empresa—, no teniendo que localizar este ahorro sobre un solo trabajador, para luego proponérselo mediante reducción remunerativa. Por lo que, sería un mejor tratamiento que el monto del ahorro que necesita el empleador, se lograra mediante un acuerdo con el sindicato de trabajadores, y de ser positiva esta negociación, dicho monto del ahorro se reflejaría en la reducción remunerativa de una fracción muy pequeña para cada trabajador, siendo esta “fracción” casi imperceptible y no perjudicial a la integridad alimentaria ni a la dignidad del trabajador.

Entonces, retornando a la realidad de la regulación sobre este tema, es posible que la remuneración pueda ser reducida, siempre que sea motivada (justificada) por el empleador y se cuente con el consentimiento libre y expreso del trabajador; adicionándose según lo expresado por el Dr. Jorge Toyama Miyagusuku, (citado por Rodríguez García F. y Quispe Chávez Gustavo)⁽⁸⁾ refiere que la rebaja remunerativa no podría producirse por debajo del monto establecido como remuneración mínima vital, siendo esta cifra no disponible a negociación por parte del trabajador.

La reducción inmotivada de categoría del trabajador.- En esencia el empleador tiene potestad de modificar las actividades que debe realizar el trabajador, sí tiene razones que lo justifiquen, siendo estas razones, las necesidades de la empresa⁽⁹⁾; Sin embargo, la reducción de categoría que decide el empleador en desfavor del trabajador, puede configurar un acto de hostilidad si el empleador ha tomado la decisión de forma unilateral y su actuar carezca de motivación objetiva o legal; por ello es de sumo interés que se tengan en consideración los límites al poder de dirección del empleador, regulados en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL⁽¹⁰⁾, el cual postula: “El emplea-

(8) Rodríguez García, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, p. 148.

(9) Ob. cit., p. 150.

(10) CAMPOS TORRES, S. “Situaciones que Constituyen Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2009 p. 5.

dor está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Así mismo se debe observar las condiciones y especificaciones del trabajo pactadas en el contrato.

- c) **El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.**

En este punto, se debe analizar una facultad del empleador, con base en su poder de dirección, siendo esta la movilidad geográfica, lo cual implica la movilidad del trabajador a un centro de trabajo distinto perteneciente al mismo empleador⁽¹¹⁾. Para que dicho traslado, sea considerado como un acto hostilizadorio, es necesario que exista la intencionalidad de parte del empleador de causar perjuicio al trabajador, siendo esta “intencionalidad” imprecisa, como veremos más adelante; debiendo evidenciarse ciertos elementos objetivos y subjetivos, manera que:

El elemento objetivo. Este elemento se constituye por el hecho del traslado físico del trabajador a otro centro de trabajo ubicado en un lugar geográfico distinto.

Elemento subjetivo. Se sustenta en la intencionalidad de causar un perjuicio al trabajador, con el traslado de centro de trabajo a otro centro de ámbito geográfico distinto. Sin embargo, cabe apreciar que demostrar la motivación perjudiciosa de parte del empleador, es muy difícil, motivo por el cual esta realidad ha cambiado, puesto que la Casación Laboral N° 505-2012-Lima (01/04/2011) se ha pronunciado que sobre el específico artículo 30, Inciso C de la LPCL, y 50 del D.S. N° 001-96-TR, refiriendo que de acuerdo con la interpretación establecida, la exigencia prevista en los artículos antes citados “no suponen una acreditación exhaustiva del propósito de ocasionar perjuicio al trabajador, sino que se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejer-

(11) RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando & QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. Ob. cit., p. 152.

cicio de la facultad de dirección o *ius variandi* por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, sino que por el contrario, haciendo un uso abusivo del mismo, menoscaban y denigran los derechos fundamentales del trabajador, lo que justifica la necesidad de exigir la acreditación de dicha conducta, sin que ello suponga dejar en estado de indefensión al trabajador afectado, ya que el juez, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades del mismo, deberá ponderar y atenuar las exigencias de prueba, mas no así su eliminación⁽¹²⁾”.

Por lo que, según lo anterior, la prueba por parte del trabajador, no es un instrumento perfecto, por el cual su existencia sea certera e incuestionable para demostrar el perjuicio del empleador, no obstante yendo estas pruebas a ser básicamente evidencias e indicios, de los cuales se desprenda el actuar falto del principio de razonabilidad por parte del empleador.

Asimismo, según el Exp. N° 02904-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional, estableció que: el traslado del trabajador no debe vulnerar el derecho a la unidad familiar, el cual se verifica especialmente en los casos en que los familiares del trabajador sufren algún menoscabo físico o psicológico⁽¹³⁾. Esta declaración es válida y suficiente para dar un nuevo enfoque, sobre el cual el empleador no puede hacer abuso de su poder de dirección y de *ius variandi*, para separar injustificadamente al trabajador de su familia.

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Este punto, se refiere a que el empleador tiene la obligación de aportar y propiciar un ambiente laboral sano, tanto física como moralmente; estas obligaciones están referidas directamente a que el empleador garantice la vida y salud, en base a que el

(12) ESPINOZA ESCOBAR, J. “La Facilitación Probatoria”. En: *Los procesos de actos de hostilidad*. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 13.

(13) Gaceta Jurídica. “Empleador debe fundamentar traslado geográfico de sus trabajadores”. En: *La Ley*, Lima, 2014, p. 62.

ambiente laboral se encuentre libre de riesgos que a futuro lesionaría al trabajador; obligaciones que están contenidas en las llamadas normas de seguridad y salud en el trabajo y aquellos dispositivos que tienen aplicación más restringida como reglamentos; por corresponder a aspectos más concretos tales como:

- Ley General de Salud.
- Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- El Reglamento de Seguridad Industrial.
- El Reglamento de Seguridad e Higiene Minera.
- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de alimentos y bebidas.
- Reglamento técnico para la elaboración de los reglamentos internos de las entidades prestadoras que explotan infraestructura portuaria de uso público.
- Reglamento sanitario para las actividades de saneamiento ambiental en viviendas y establecimientos comerciales, industriales y de servicios⁽¹⁴⁾.

De las normas citadas, anteriormente, se entiende que el actuar diligente del empleador frente a sus trabajadores, responde a principios como de prevención, de responsabilidad, cooperación, información y capacitación, principio de gestión integral, principio de atención integral de la salud, principio de consulta y capacitación, de primacía de la realidad, y de protección. Dichas obligaciones del empleador, así como los citados principios, se desarrollan en compatibilidad con el bienestar y dignidad de los trabajadores, acorde con el numeral b, del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783.

(14) *Análisis Laboral*. (27 de Agosto de 2011). casuística laboral: Actos de Hostilidad. Visto el 2 de Agosto de 2014, de Aele: <<http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/analab/11.08%20AL.pdf>>. p. 26.

e) **El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.**

El acto de violencia o agresión contra el trabajador o de amenaza a su dignidad personal, per se, será reputado como acto de hostilidad; además de ser un abuso de autoridad, dado que la relación laboral, a diferencia de la esclavitud y la servidumbre, no justifica la sumisión personal y total al patrón.

El faltamiento de palabra, para configurar un acto de hostilidad, debe ser grave, es decir, debe lesionar la dignidad del trabajador o de su familia, ya sea por su propio contenido o por las circunstancias en que se produce el agravio.

Debido a que en esta causal de hostilidad, existe un alto grado de subjetividad, este supuesto dependerá de los medios probatorios que ofrezca el trabajador para acreditarlo.

Asimismo, comprobado el acto hostil, manifestamos que se lo entiende como vulneración directa a la dignidad del trabajador, entendida como quiebre de su honor, tal como lo manifiesta el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02101-2011-PA/TC⁽¹⁵⁾ además de las sentencias N° 905-2001-PA/TC y N° 4099-2005-PA/TC, entre otras;

f) **Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.**

El principio de no discriminación, no podría explicarse sin el principio de igualdad, en función de que este desarrolla las situaciones en las que las personas están prohibidas de realizar distinciones injustificadas. Así, la igualdad desde su óptica

(15) Expediente N° 02101-2011-PA/TC. (...) De este modo, la Constitución hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición iusfundamental que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico (...).

constitucional subjetiva, trasfiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la Ley y no ser objeto de forma alguna discriminado; pudiendo ser esta discriminación en la relación laboral por razones de raza, sexo, religión y origen, llamada “discriminación directa⁽¹⁶⁾” siendo las taxativamente detalladas en el artículo 29 y las del numeral f, del artículo 30 de la LPCL, además según la Casación N° 2386-2005-Callao, “existen aún más causales de discriminación, por lo que deberá considerarse una lista abierta a un sinnúmero de hechos que representen un hecho de diferenciación arbitraria o no objetivo⁽¹⁷⁾”; de igual forma la STC del Expediente N° 0008-2005-AI/TC, hace referencia a la “discriminación indirecta” como aquella que se configura cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de lo “constitucional”, cuya intención y efecto perseguible son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores; esto acorde con el artículo 1, literal b, del Convenio N° 111 de la OIT, que establece discriminación indirecta, como “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación⁽¹⁸⁾”. Abriéndose una gama de elementos de estos actos discriminatorios a todos los actos que representen una diferenciación no sustentada en causas objetivas y razonadas.

Consecuentemente, la discriminación es un concepto que busca la sanción del trato desigual que afecta la dignidad humana del trabajador por su pertenencia a determinados grupos sociales u situaciones; atentando también contra el principio derecho de la igualdad.

g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Los actos contra la moral, vienen a ser todos aquellos que laceran el aspecto psíquico y espiritual del trabajador; es decir,

(16) GONZALES RAMÍREZ, L. A. “Igualdad Remunerativa y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 14.

(17) Ídem.

(18) Ibídem, p. 15

se circunscriben a la esfera interna del individuo, considerando que el trabajador es sujeto de derecho de protección jurídica constitucional, con base en derechos fundamentales que se desprenden de la dignidad.

Estos actos se desarrollan en la mayoría de veces, de forma sistemática y conjunta, es decir, interviniendo varios actos hostilizadorios por parte del empleador contra la dignidad del trabajador, con lo que superlativamente se establece un acoso moral, o también llamado en el sistema anglosajón como *mobbing*, que para el específico de la relación jurídico laboral del empleador - trabajador, sería en un “*mobbing* vertical descendente”.

Este numeral del artículo 30 de la LPCL, en su segundo enunciado deja abierta toda posibilidad de entender a cualquier lesión de la dignidad, como un acto de hostilidad, asimismo, se debe interpretar que los actos contra la dignidad reflejados en este acápite, deben ser entendidos de forma sistemática como todas las causales de hostilidad que desarrolla el artículo 30 de la LPCL. Por lo que, toda comisión de cualquier acto de hostilidad detallado en este artículo daña directamente la dignidad de la persona, en su condición de trabajador.

Connotados los actos de hostilidad enunciados artículo 30 de la LPCL como acciones que por parte del empleador transgrede la dignidad del trabajador, cabe indicar las dimensiones de esta dignidad transgredida, a fin de establecerla como elemento fundamental del daño moral.

IV. LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

El hombre como tal, por su desarrollo físico, psíquico, espiritual dentro de la historia y la antropología, es el ser cardinal de toda realidad; razón de la cual se desprende que todas las ciencias, sistemas, tratados, estudios, técnicas, artes, etc., orbiten en beneficio de este; así, en el ámbito forense, el Derecho, entendido como sistema regulador de las relaciones humanas con relevancia jurídica con base en un cuerpo normativo, direcciona tuitivamente estas relaciones en función de una anhelada paz, justicia y tranquilidad social.

Entendido esto, se debe concebir que el hombre es un conjunto muy variado de una serie de aspectos tales como familiares, religiosos, sociales, académicos, artísticos, científicos, deportivos, laborales, etc. siendo estos aspectos por los cuales establece relaciones jurídicas. Ahora bien, el hombre al establecer estas relaciones, las hace en ejercicio de su libertad, misma facultad que le es innata, por lo que su uso se contrapondrá a las libertades de los más individuos, siendo esta la causa que el dinamismo de individuos con base en sus libertades, se frene por el respecto de su dignidad y a la de los demás.

Cabe mencionar aquí, que la “dignidad” como tal, es una construcción que se ha dinamizado a lo largo de la historia⁽¹⁹⁾; así, un concepto no aportaría la seguridad total de su contenido, puesto que inmediatamente sería debatido según distintas posturas con fundamentos tanto históricos como filosóficos; sin embargo, lo que sí se puede hacer es asumir una definición u presunción de lo que es “dignidad”, al ser este mismo criterio el que en la práctica adoptan distintas especialidades de estudio o ciencias sociales, siendo el caso del Derecho.

Dicho esto, antes de esbozar una definición o presunción de lo que es “dignidad” cabe revisar brevemente su tratamiento histórico-filosófico. Así, vemos que Platón, la planteó como resultado solo de la virtud⁽²⁰⁾; Aristóteles sostenía que existía una compatibilización entre cuerpo y alma por lo que el hombre al ser un animal racional y político aspiraba a la felicidad, siendo en esencia la dignidad lograda de la virtud⁽²¹⁾; Cicerón propuso que la dignidad era la razón que impulsa el logro y superación de la vulnerabilidad humana⁽²²⁾; Séneca dispuso que era fundamento de la libertad del hombre⁽²³⁾, fortificándose estas ideas con los discursos de “*dignitas hominis*” en la Edad Media y en el Renacimiento, donde la dignidad del hombre era la esencia misma de Dios (*dignitas hominis homo imago dei*)⁽²⁴⁾; luego con Descartes, es propuesta como la libertad y pensamiento⁽²⁵⁾; llegando al “Huma-

(19) ERMIDA URIARTE, Óscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53.

(20) PÉLE, A. (1 de julio de 2006). Tesis Doctoral: Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana. Visto el 2 de setiembre de 2014, de Universidad Carlos Tercero de Madrid: <http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7>. p. 94.

(21) *Ibíd*em, pp. 116-123 y 131.

(22) *Ibíd*em, p. 238.

(23) *Ibíd*em, p. 273.

(24) *Ibíd*em, p. 576.

(25) *Ibíd*em, p. 753.

nismo jurídico”, donde Grocio la desarrolló como sociabilidad y entendimiento “Humanismo racional⁽²⁶⁾”; pasando al “Humanismo voluntario” donde Pufendorf sostiene que la dignidad del hombre se construye por lo que debe ser un reconocimiento de la igualdad, respeto y seguridad ⁽²⁷⁾, así Tomásio planteó a la dignidad como el respeto a la libertad y felicidad, por lo que debía ser reconocida a todos por igual⁽²⁸⁾; luego, Kant propondría que la moral del hombre tenía que ser la voluntad y razón, por lo que el imperativo categórico debía servir de pauta para el comportamiento humano, es decir, las leyes, por lo que debieran darse sobre la base de la razón buscando la protección de la dignidad⁽²⁹⁾.

Visto este desarrollo podemos definir a la dignidad, según nuestros fines académicos, resaltando las menciones mínimas jurídicas-filosóficas que esta contiene, siendo la dignidad: “El derecho y metaprincipio directriz que, por presunción se reconoce a todo ser humano, y está basado en la libertad, moral, respeto, honor, igualdad y demás derechos y libertades que aseguren su integridad física, psíquica y espiritual, por ser el hombre el ente central de toda realidad y relación”.

Siendo así la dignidad una construcción filosófica; también el Estado y el ordenamiento jurídico la han tomado y regulado, reconociéndola ontológicamente⁽³⁰⁾ como fin supremo y metaprincipio, así el artículo 1 de nuestra Constitución Política, establece:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Esto es causa suficiente para que, en todas las relaciones jurídicas se proteja la dignidad.

Pues bien, de todas las relaciones jurídicas la más importante, es la relación laboral, dado que esta regulará el trabajo del hombre, y este trabajo es por antonomasia la perduración de su vida así como de su núcleo familiar, por lo que el trabajo es un derecho fundamental, según el artículo 2, numeral 15 del mismo cuerpo normativo, que refiere:

(26) *Ibidem*, p. 822.

(27) *Ibidem*, pp. 830 y 838.

(28) *Ibidem*, p. 852.

(29) *Ibidem*, p. 895.

(30) Dignidad ontológica. Cuando nos referimos al “valor absoluto” que manifiestan ciertos seres por el mero hecho de ser.

“Toda persona tiene el derecho fundamental de trabajar libremente con sujeción a la ley”;

Acorde con el artículo 22 de la Constitución: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Vislumbrándose por la propia naturaleza de la relación laboral que la Constitución busca proteger al trabajador al estar en un contexto de subordinación en el que se da el trabajo; motivo aparente en que el constituyente ha entendido que las particularidades de la relación laboral ameritan un trato especial. Así se desprende que ningún trabajador, bajo cualquier tipo de contrato de trabajo, puede tener limitaciones a los derechos constitucionales⁽³¹⁾, además de los específicamente laborales reconocidos en la Constitución⁽³²⁾, ni tampoco puede verse afectado sus derechos que contravengan su dignidad, acorde con el artículo 23 de la Carta Principal, citando que:

Artículo 23. “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Por lo que, el poder que ejerce el empleador no puede ser excesivo; suponiéndose que todo acto de hostilidad por parte del mismo, colisiona con los mencionados derechos que posee el trabajador, los cuales nacen del derecho –principio de **la dignidad**, que se vincula al honor, a su reputación, a la igualdad y no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, a la intimidad personal, a la propia imagen, etc.

Entendida esta secuencia lógica, todo acto hostil en la relación laboral en desfavor del trabajador, lesiona su dignidad; por lo tanto, esta dignidad lesionada, es considerada un daño moral o extrapatrimonial.

Así, de acuerdo con Vielma Mendoza Yoida, los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, **la dignidad**, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales⁽³³⁾.

(31) Acorde con el artículo 2, numeral 24 b) de nuestra Carta Magna Peruana se preceptúa que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal (...)”.

(32) Acorde con los artículos 24-26 de la Constitución Política del Perú de 1993.

(33) VIELMA MENDOZA, Y. (11 de noviembre de 2006). “Discusiones en torno a la reparación del daño moral. Visto el 30 de agosto de 2014, de Universidad de los Andes Venezuela: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>>. p. 138.

De lo anterior, se debe entender –a fin de establecer nuestra propuesta–, ¿qué es lo que ocurre cuando en la relación laboral el empleador comete alguno de los actos de hostilidad, circunscritos en el artículo 30 de la LPCL?, así, la misma ley resuelve que el trabajador, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 puede optar excluyentemente por:

- **El cese de hostilidad.**- En cuyo caso, si la demanda es declarada fundada se resolverá por el cese de hostilidad, imponiéndosele al empleador la multa que corresponda según la gravedad de la falta, o
- **Darse por despedido.**- Es decir la terminación del contrato de trabajo, y pedir indemnización por el despido arbitrario, en este caso poner fin al contrato de trabajo, para ello solicitará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de la LPCL (indemnización por despido arbitrario) independientemente de la multa y beneficios sociales que puedan corresponderle.

Estas dos alternativas, establecidas en la LPCL, son el resultado de haberse producido y comprobado algún acto hostil; observando que en la segunda pretensión aparece el “pago de una indemnización”; es en este punto donde cabe cuestionarse si **¿dicha indemnización cubre el daño moral sobrevenido de la lesión de la dignidad del trabajador?**, interrogante a la que se dará respuesta en el siguiente acápite.

V. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LESIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

En principio, establecido en el enunciado taxativo del segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL: “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 (...)**”; el cual en cierta manera ha traído inconvenientes en cuanto al desarrollo efectivo y justo de los procesos laborales en el Perú; pues los juzgados especializados al amparo de la Ley N° 26636 (Ley Procesal del Trabajo), negaban la posibilidad de que el daño moral no estaba incluido dentro de la indemnización por despido arbitrario⁽³⁴⁾ (siendo de

(34) QUISPE MONTESINOS, C. (10 de setiembre de 2010). “La demanda de indemnización por daño moral ocasionado al trabajador bajo la Ley N° 26636”. Visto el 30 de agosto de 2014, de

mismos efectos para la pretensión de indemnización por termino de contrato ante comisión de actos de hostilidad).

De allí, nótese que por largo tiempo estuvo en discusión si la indemnización por despido arbitrario contemplaba la reparación de todos los daños (siendo así, la pretensión de indemnización por termino de contrato ante comisión de actos de hostilidad, sigue la misma suerte); a lo que la doctrina se mostraba dividida, pues un grupo aseguraba que dicha indemnización si cubría el daño moral, así, Blancas Bustamante, (citado por Toyama Miyagusiku e Higa García), refiere que dicha indemnización constituye una: “(...) reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución del contrato, que al privar a este de su fuente de trabajo le acarrea perjuicio, de orden económico, moral y psíquico⁽³⁵⁾”.

Existiendo otro sector de la doctrina inclinados a lo contrario; así compartimos esta idea adaptándola en el sentido que la indemnización por despido arbitrario (siendo igual a la indemnización en la pretensión de la terminación del contrato, por comisión de actos de hostilidad), **solamente cubre ciertos daños**; de acuerdo con Alicia Jiménez Llerena, cubre los “daños normales” causados por el cese del empleo, mas no aquellos daños extraordinarios o especiales dañinos, agravados por una actitud maliciosa del empleador⁽³⁶⁾, siendo estos últimos los que constituirían el daño moral. Asimismo, afirmamos lo manifestado por Oxal Ávalos Jara, al referir que la indemnización del despido arbitrario tiene únicamente por finalidad cubrir las contingencias del cese, es decir, los “daños normales”, por ejemplo, alimentación, vivienda, vestido y en general, todas aquellas necesidades que tenía cuando prestaba sus servicios subordinados; es decir daños patrimoniales⁽³⁷⁾.

Entendido ello, compartimos que la pretensión de indemnización por cese de contrato sobrevenida de actos de hostilidad, y tratada como despido

Laborperu: <<http://www.laboraperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>

(35) TOYAMA MIYAGUSUKU, J. & HIGA GARCÍA, A. “Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 16.

(36) JIMÉNEZ LLERENA, A. “¿Cabe Indemnizar el Daño Moral a Causa del Despido? Un Breve Estudio a Partir de la Jurisprudencia”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta jurídica, Lima, 2007, p. 159.

(37) ÁVALOS JARA, O. (11 de febrero de 2011). “¿La indemnización por despido arbitrario cubre todos los daños generados con ocasión del cese?”. Recuperado el 30 de agosto de 2014, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: <<http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/2011/02/la-indemnizacion-por-despido-arbitrario.html>>.

arbitrario solo cubre este tipo de “daños normales”, estando excluido el daño moral, es decir, la lesión a la dignidad.

Esto resultó en que los Juzgados Especializados también cuestionaran sí contaban o no con la competencia para conocer sobre los procesos de daño moral sobrevenidos del despido arbitrario (siendo igual a la pretensión relativa al daño moral de la terminación del contrato, por comisión de actos de hostilidad).

Así, consideraron que este tipo de daño por trascender a la esfera de la productividad por afectar la actividad del sujeto o el desarrollo normal de su vida debía ser evaluada por los Juzgados Civiles, como se expresara a través de la **Casación N° 3084-2000-Lima del 23 de febrero de 2001** expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema y por sucesivas ejecutorias expedidas por las Salas Laborales⁽³⁸⁾. De ambigua forma un sector de la doctrina señalaba que es el juez laboral a quien por su especialización le correspondía conocer las pretensiones de daño extrapatrimonial derivadas de la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, mientras otro sector señala que tanto el Juez de Trabajo como el Juez Civil se encuentran facultados para dilucidar el daño extrapatrimonial causado y fijar el importe indemnizatorio, teniendo el afectado la opción de decidir a qué juez acudir, ya que tanto en el ámbito laboral como en el civil existiría normativa que pueda sustentar el derecho invocado.

Existiendo estas contradicciones, el 2 de mayo de 2006 la Corte Suprema de Justicia, publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia de casación recaída en el Exp. Cas. N° 287-2005-Tumbes, estableciendo como criterio vinculante que los jueces de Trabajo, son competentes para conocer no solo las demandas de indemnización por daño patrimonial que interpongan los trabajadores contra sus empleadores, sino también las que tengan naturaleza extrapatrimonial⁽³⁹⁾. Siendo esta casación la que deduciblemente afrontó el aparente vacío legal existente y motivó a que el tema fuera abordado y resuelto en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008, donde ante la interrogante **¿es competente el juez especializado en lo laboral para el conocimiento de las acciones de indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo?**, de lo cual, se resolvió que dicho juez sí es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo; con lo que

(38) QUISPE MONTESINOS, C. Ob. cit.

(39) Ídem.

se zanjó el problema de la competencia del juez laboral para conocer expresamente las pretensiones de daño moral.

Siendo este último Pleno, el que muy probablemente inspiró la regulación de la figura en específico en la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo), tomándose y regulándose el precedente por cuanto el artículo 2, inciso 1, literal b, confiere formalmente, que es competencia del juez de Trabajo el conocimiento de procesos que traten de responsabilidad **patrimonial** y **extrapatrimonial**. Más adelante, esto se complementaría con el acuerdo del segundo tema abordado en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de 2012, donde el tema tratado sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales, el pleno acordó que: “Los jueces que ejercen competencia en el amparo de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 y en la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional”; es decir, directamente se reconoce el daño moral como pretensión a ser conocida por los juzgados laborales.

VI. PROPUESTA

Es propio resaltar que la pretensión de indemnización por daño moral (extrapatrimonial), sí está contemplada en la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo), allí se establece que es de competencia de los Juzgados Especialistas de Trabajo, conocer las pretensiones de, según su artículo 2, inciso 1, literal b: “La responsabilidad por daño patrimonial o **extrapatrimonial**, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio”. Sin embargo, como ya lo hemos indicado en líneas anteriores, este tipo de indemnización por daño moral no está enunciada en la LPCL, puesto que la única indemnización que se encuentra regulada, es la indemnización por despido arbitrario (daño patrimonial).

Ante tal situación, debe notarse que idealmente –de forma general–, la norma procesal (para el caso, la Ley N° 29497) de manera normal, viabiliza la concreción de la norma sustantiva (para el caso la LPCL), la cual consagra en abstracto el derecho, por lo que debe relacionarse una existencia y correspondencia entre ambas. Aquí cabe preguntar: **¿cómo es que la**

norma procesal (Ley N° 29497) puede instrumentalizar eficazmente el derecho en abstracto de la indemnización por daño moral, que no existe en la norma sustantiva (LPCL)?

Así cabe resaltar, que ante la comisión de los actos de hostilidad descritos en el artículo 30 de la LPCL, se niega la indemnización por daño moral como pretensiones válidas a ser planteadas en el artículo 35; siendo las permitidas: primero el cese de hostilidades y la segunda el término de contrato, donde se brindará una indemnización a manera de despido arbitrario (siendo una reparación puramente patrimonial, por los “daños normales”); lo cual a nuestro modo de ver es totalmente injusto, puesto que de manera clara este artículo 35 de la LPCL da licencia a hostilizar al trabajador sin brindar ninguna protección ni reparación a su dignidad vulnerada; además que dichas pretensiones del artículo 35 aperturan un grado mayor de injusticia, pues somete al trabajador a hostilidades, a pesar de seguir su vínculo laboral sin la garantía de que dichos actos cesen, o en la segunda opción de pretensión, se le presiona a terminar su contrato a pesar de haberse mellado su dignidad por actos de hostilidad y sin lugar a ninguna reparación al daño moral, atentando contra su derecho de estabilidad laboral.

Es relevante manifestar a nuestro criterio, que los excesos detallados en el párrafo anterior se deben a que la regulación de plantear a la indemnización por despido arbitrario como igual a la indemnización referida en la pretensión conexas al término de contrato sobrevenidos de actos de hostilidad –según el artículo 35 de la LPCL–, es un error, que ha traído confusiones e injusticias; además, la no tipificación del “daño moral” como pretensiones válidas ante la comisión de actos hostiles agravan el problema, el cual, en la práctica no se ha solucionado con incluir en la Ley N° 29497-NLPT el conocimiento de pretensiones extrapatrimoniales.

A nuestro modo de ver sucedió que, entendida claramente la figura del despido arbitrario, esta suponía la interrupción del vínculo laboral por lo que el derecho protegía este “vínculo” basado en el derecho al trabajo, así la principal pretensión debía ser el restablecimiento del vínculo laboral, lo cual encajaba en la figura de la “reposición”, reconociéndole al trabajador las remuneraciones y demás beneficios como si nunca se hubiese quebrado la relación laboral; de igual forma la segunda pretensión, en caso de que el trabajador no desee continuar el vínculo laboral o sea limitado de ello, era reconocerle una reparación por las remuneraciones y beneficios que debería recibir hasta el término de su relación laboral normal (más una prima por el daño patrimonial propio del caso), es decir, lo que le correspondía hasta el

término de su contrato (mediante un tope tarifado si se encontraba ante un contrato a tiempo indeterminado) siendo en esencia esta la “indemnización por despido arbitrario”; nótese que en ambas pretensiones lo fundamental, era proteger el derecho al trabajo con base en el vínculo laboral. Sin embargo, los presupuestos lógicos en las pretensiones propuestas ante la comisión de actos de hostilidad son totalmente distintos, pues aquí lo que principalmente se debe cuidar es “la protección de la dignidad del trabajador en el vínculo laboral”, por lo que toda vulneración a esta dignidad traería consigo un indemnización extrapatrimonial. Llegados a este punto, postulamos que el legislador, tanto de manera técnica, filosófica y doctrinaria no percibió la gravedad de dar el mismo tratamiento a la “indemnización por despido arbitrario” (la cual es una reparación puramente patrimonial) con la “indemnización de la pretensión de término de contrato sobrevenidas de actos de hostilidad” (la cual es una reparación puramente extrapatrimonial); de igual forma, no percibió la gravedad de no incluir al daño moral dentro de la LPCL, específicamente en el artículo relativo a actos de hostilidad y reparaciones de estos daños.

Así, expresamos que se debe entender que la indemnización por despido arbitrario resarce daños puramente patrimoniales, debiendo necesariamente incluirse en la LPCL, las figuras del “daño moral” y de la “indemnización por daño moral”, la cual complementaría la regulación del tratamiento ante los actos de hostilidades en desfavor del trabajador, reconociéndole la salvaguarda de su dignidad. De igual forma, la inclusión de dicha “indemnización por daño moral”, debiera ampliarse ante ambas pretensiones contempladas en el artículo 35 de la LPCL; las cuales se darían mediante modificatorias de la siguiente manera:

“Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, más el pago de la indemnización por daño moral a la que se refiere el artículo 38-A, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, más el pago de la indemnización por daño moral a la

que se refiere el artículo 38-A de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle”.

1. Propuesta respecto al *quantum* indemnizatorio.

A nuestro modo de ver, se debe distinguir dos clases de daños: los que enuncian directamente el término de la relación laboral, planteada por el trabajador ante la comisión de actos de hostilidad en su desfavor, y que dicha indemnización debe ser tratada como despido arbitrario, correspondiéndole una indemnización a manera de reparación según artículo 38 de la LPCL, con lo cual, habiéndose determinado con anterioridad, se configuraría un daño “patrimonial”. Y una segunda, que, si bien no se encuentra materialmente regulada en la LPCL, es fundamental que se la desarrolle, en este sentido, es que debe regularse la indemnización por el daño moral o “extrapatrimonial”, que debe contar todo trabajador ante la lesión de su dignidad y derechos fundamentales en el transcurso de la relación laboral. Entonces, a efectos del presente trabajo, es que estando regulado el daño patrimonial, se pretende desarrollar esta segunda opción, así propondremos los lineamientos de cómo debería establecerse el Quantum indemnizatorio del daño moral.

Los especialistas de la materia civil, han realizado múltiples consideraciones por las cuales se debe medir el daño moral; siendo las principales: la libre cuantificación del daño directamente por el arbitrio de los juzgadores; y la de tasar la indemnización por ley. Siendo de estas dos alternativas la segunda por la cual mostramos preferencia, para el específico caso de indemnización extrapatrimonial de los actos de hostilidad; puesto que es de consideración que la decisión motivada de un juez para determinar el monto de un daño moral sobrevenido de la comisión de actos de hostilidad en desfavor del trabajador, solo y únicamente dependerá en esencia del proceso cognoscitivo que este juez tenga, así como de la aplicación de su cálculo sobre la base de subjetividades, su discrecionalidad y medios probatorios, amparándose, asimismo, en el uso supletorio de artículos del Código Civil, v.g. el artículo 1332; lo cual certeramente generaría disconformidad en una de las partes o para ambas, siendo este el motivo principal para que exista una continuidad de la acción plasmada en apelaciones, lo cual es perjudicial para las partes y para el mismo Estado, pues se desplazarían mayores gastos de dinero, tiempo y eficacia.

Es oportuno apreciar, que otra forma para calcular el daño moral, para el específico, debiera darse sobre la base de una tasación legal, es decir que el legislador debe regular taxativamente un monto determinado que sirva

de base al cálculo de la indemnización del daño moral, es decir debe existir una “tarifa legal”, la misma que de buena cuenta solucionaría los distintos criterios, imprecisiones y arbitrariedades en las sentencias de distintos jueces, siendo esta “tarifa indemnizatoria del daño moral” una forma de unificar criterios, eliminando injusticias y técnicamente ampliando eficacias.

Ahora bien, según lo planteado: ¿sí existiera dicha tarifa indemnizatoria por daño moral, cómo es que se aplicaría?- en este sentido es que proponemos que debería existir un monto base; a fin de lograr dicho fin; pudiendo por ejemplo: ser igual al monto de una remuneración y media del trabajador, criterio que sería análogo al establecido en la indemnización por despido arbitrario, según el artículo 38 de la LPCL; de lo cual, se tiene que se aplicaría el monto establecido, por cada mes desde que comenzaron los actos de hostilidad tipificados en el artículo 30 de la LPCL, hasta imponer un tope máximo a indemnizar hasta por 12 meses. Dicha propuesta debiera insertarse mediante modificatoria en la LPCL, de la siguiente manera:

“Artículo 38-A.- La indemnización por daño moral, es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual, por cada mes completo de servicios desde el inicio de los actos hostiles, con un máximo de doce (12) meses. Las fracciones de mes se abonarán por treintavos, según corresponda”.

VII. CONCLUSIONES

- Procesalmente, el objetivo no es probar la transgresión a la dignidad del trabajador, producida por la comisión de actos hostiles tipificados en el artículo 30 de la LPCL; puesto que dicho postulado contravendría la dirección de la indemnización por daño moral, cuestionándose probablemente que, “la dignidad pudo haberse dañado ‘leve o mínimamente’, por lo que le correspondería un monto indemnizatorio por daño moral ‘pequeño’; así, cabe recordar que la dignidad no tiene un cuerpo, color, forma o tamaño definido para poder evaluarla en esos parámetros de ‘agresión leve o mínima’, entendiéndose que la dignidad es una presunción jurídica de primer valor y protección para el Estado y su ordenamiento jurídico, siendo reconocida a todos; por lo que el objetivo básico, sería solo

probar la comisión de los actos de hostilidad del artículo 30 de la LPCL, para determinar que inherentemente se ha lesionado la dignidad del trabajador”.

- La comisión de cualquiera de los actos de hostilidad, establecidos en el artículo 30 de la LPCL, lesiona la dignidad del trabajador, dado que dicha dignidad es presupuesto básico del respeto a su libertad, moral, respeto, honor, igualdad, credo, cultura y demás derechos y libertades que aseguren su integridad física, psíquica y espiritual.
- Las pretensiones de indemnización por daño moral sobrevenidas de la comisión de actos de hostilidad en contra del trabajador, no están reguladas en ningunas de las pretensiones establecidas en el artículo 35 de la LPCL; debiendo necesariamente incluirse en este mismo cuerpo normativo, mediante el establecimiento de algunas modificatorias, ello con la finalidad de poder otorgar una mayor protección a la dignidad del trabajador tanto en la LPCL como en la NLPT.
- La inclusión del “daño moral” y la “indemnización al daño moral en las dos pretensiones ante la comisión de los actos de hostilidad”, traería consigo que al interior de la administración de la empresa se tomen medidas preventivas a la comisión de los actos de hostilidad; así se vería un dinamismo en la implementación de reglamentos internos de trabajo más severos ante la comisión de dichos actos; como cursos de capacitación más frecuentes que busquen mitigar el desarrollo de las hostilidades; u como implementación de órganos administrativos internos de control de los mismos, etc., todas estas figuras las podría implementar la empresa a fin de evitar un déficit económico producto de posteriores demandas por indemnización de daño moral por la comisión de estos actos. Lo cual en el fondo ayudaría a bajar significativamente el índice de procesos con pretensiones de indemnizaciones por daño moral, y se afianzaría un clima más agradable en el sector laboral tanto para los trabajadores como los empleadores.
- La inclusión de la indemnización por daño moral en las dos pretensiones contempladas el artículo 35 de la LPCL y

sobrevenidas de la comisión de actos de hostilidad laboral; tienen el fin de renovar la protección de la dignidad del hombre en su condición de trabajador, la cual es una postura fundamental; puesto que por reminiscencia histórica, solo basta notar que en el esclavismo el hombre (esclavo), tenía una subordinación absoluta de su persona en favor de sus amos, (siendo consideradores) esto debido a que no contaba con “dignidad”; para luego con la adjudicación de la “dignidad” a este esclavo, él pasó a ser sirviente (con una subordinación menos total); luego con la atribución de más factores a la “dignidad” el sirviente paso a ser obrero, donde gracias a la lucha de clases industriales y sociales se le reconoció derechos laborales, fortificándose a su “dignidad” siendo desde entonces trabajador; así, se puede concluir y establecer como regla general que a lo largo de la historia toda mejora y reconocimiento de derechos a favor del empleado se debió al “estudio, reconocimiento y protección de su dignidad” por lo que en el presente y futuro, toda evolución en los derechos del trabajador se realizará inevitablemente gracias al “estudio, reconocimiento y protección de su dignidad”.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Análisis Laboral. (27 de Agosto de 2011). casuística laboral: Actos de Hostilidad. Recuperado el 2 de agosto de 2014, de AeLe: <<http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/analab/11.08%20AL.pdf>>.

ÁVALOS JARA, O. (11 de febrero de 2011). ¿La indemnización por despido arbitrario cubre todos los daños generados con ocasión del cese? Recuperado el 30 de agosto de 2014, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: <<http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/2011/02/la-indemnizacion-por-despido-arbitrario.html>>.

CAMPOS TORRES, S. “Situaciones que Constituyen Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 5.

DE LAMA LAURA, M. “La Hostilidad Remunerativa: Una Visión Crítica de su Tratamiento Legal y Jurisprudencial”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 14.

ERMIDA URIARTE, Ó. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53.

ESPINOZA ESCOBAR, J. “La facilitación Probatoria en Los Procesos de Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 13.

ETO CRUZ, G. “Derechos Fundamentales”. En: *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 62.

GONZALES RAMÍREZ, L. A. “Igualdad Remunerativa y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 14.

JIMÉNEZ LLERENA, A. “¿Cabe Indemnizar el Daño Moral a Causa del Despido? Un Breve Estudio a Partir de la Jurisprudencia”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 159.

PÉLE, A. (1 de julio de 2006). Tesis Doctoral: Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana. Recuperado el 2 de setiembre de 2014, de Universidad Carlos Tercero de Madrid: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7>.

QUISPE MONTESINOS, C. (10 de setiembre de 2010). La Demanda de Indemnización por Daño Moral Ocasionado al Trabajador Bajo la Ley N° 26636. Recuperado el 30 de Agosto de 2014, de Laborperu: <<http://www.laborperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>.

RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: F. Rodríguez García, & G. Quispe Chávez. *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 145.

S.A. “Empleador debe fundamentar traslado geográfico de sus trabajadores”. En: *La Ley*. Gaceta Jurídica, 2014, p. 62.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. & HIGA GARCÍA, A. “Las Demandas de Pago de indemnización Por Daños y Perjuicios Derivados de un Despido”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 16.

VIELMA MENDOZA, Y. (11 de Noviembre de 2006). Discusiones en Torno a la Reparación del Daño Moral. Visto el 30 de agosto de 2014, de Universidad de los Andes Venezuela: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>>.