

# El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio

*Alicia Carolina Jiménez Llerena*

Adjunta de docencia del curso de Derecho Laboral Especial dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

La infracción al principio de igualdad y el mandato de no discriminación a través del despido, ha merecido una atención especial a través de la institución del despido nulo.

En el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y normas conexas se ha previsto una serie de supuestos que como se pretende demostrar en el presente trabajo constituyen actos de discriminación en el empleo. No obstante, debe tenerse presente que tales supuestos no agotan los casos de discriminación que pueden fundamentar el despido.

La discriminación afecta a las personas que son víctimas de un trato diferenciado en razón a motivos arbitrarios, pudiendo causar en ellas un daño moral, entendido como un daño psíquico y emocional en el ser. A partir de ello, el presente trabajo pretende demostrar que cabe indemnizar a los trabajadores víctimas de actos discriminatorios, por el daño moral ocasionado como consecuencia del despido, sin perjuicio de las formas reparatorias previstas en la ley, esto la reposición en el empleo o el pago de la indemnización correspondiente, además del abono de los salarios caídos. Nuestro objeto de estudio se ha centrado en la reparación del daño moral por despido nulo, por lo que no debe sorprender al lector que no se haya analizado la procedencia de esta reparación en los casos de despido arbitrario.

Reconocemos que la procedencia de la indemnización por daño moral es un tema merece gran amplitud, sobre todo desde la perspectiva del Derecho Civil. No obstante, nos hemos visto obligados a tratar los aspectos centrales del mismo, mereciendo mayores comentarios los relacionados con el Derecho del Trabajo.

El presente trabajo se inicia con una exposición del tema general del despido y su tratamiento legislativo, para ir centrándose de manera progresiva en la forma de reparación y finalmente en la procedencia de la reparación del daño moral.

En nuestro país, el tema propuesto no ha sido abordado, por lo que las fuentes utilizadas en torno al tema central, han provenido de experiencias comparadas, especialmente en países como Uruguay y Argentina. La jurisprudencia nacional no ha abordado el tema de fondo. Atribuimos este hecho a la falta de una norma expresa que determine la competencia jurisdiccional frente a este tema.

Confiamos en que la determinación de la competencia en esta materia creará un incentivo a los trabajadores para interponer esta clase de reclamos, dando así oportunidad a los Tribunales a pronunciarse sobre el particular.

## **2. APUNTES SOBRE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO**

### **2.1. La protección frente al despido en el ordenamiento peruano**

La extinción de la relación laboral constituye por su relevancia social y sus implicaciones en el ámbito de la vida cotidiana del trabajador, uno de los temas más controversiales y que mayor atención merece en el Derecho del Trabajo<sup>1</sup>. En efecto, no son pocas las reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales que ha merecido este tema, además de la regulación normativa con la que cuenta de forma específica.

La forma de extinción del contrato de trabajo más controversial es sin duda alguna, el despido. Ello se debe a que, la relación jurídica individual del trabajo posee características que le son propias y que, la distingue de cualquier otra

---

<sup>1</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima; Ara, 2002. p. 31.

relación jurídica no laboral. El motivo de la diferencia radica fundamentalmente en la asimetría de las partes que la conforman, que ubica al trabajador en un plano menos favorable que al empleador, situación que resulta a consecuencia de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas de cada uno de ellos. Por ende, cuando es el empleador -la parte más fuerte dentro del contrato- quien decide la extinción del vínculo laboral, se pone énfasis en su análisis.

Ahora bien, la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador más representativa es el despido. La trascendencia del despido radica en la contraposición de intereses de las partes que conforman la relación laboral, pues de un lado, se pretende la conservación del empleo y el salario como medio de subsistencia del trabajador<sup>2</sup>, mientras de otro se promueve la supervivencia de la empresa en tanto fuente de empleo.

Advirtiendo esta situación, existe una tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la voluntad del empleador para resolver el contrato de trabajo, constituyendo un mecanismo de protección a la parte débil de la relación laboral. Estas limitaciones se dan a través de los regímenes de estabilidad laboral, en virtud de los cuales se atribuye determinados efectos al despido.

La estabilidad laboral es el derecho que garantiza al trabajador la conservación de su empleo frente al despido injustificado, la misma que puede ser más o menos intensa según se permita al trabajador la reposición en su puesto de trabajo o se le otorgue una indemnización por el daño causado. En el primer caso estaremos frente a la estabilidad laboral absoluta y en el segundo de estabilidad laboral relativa. Como se expondrá a continuación, en nuestro país, están presentes estos dos regímenes de estabilidad laboral.

La estabilidad laboral absoluta está contemplada para los supuestos previstos en el artículo 29° de la LPCL, los cuales son la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, la candidatura o actuación como representante de los trabajadores, la presentación de una queja o la participación en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, el embarazo

---

<sup>2</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 27.

y la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o por padecer del VIH/SIDA<sup>3</sup>.

Al corresponder al régimen de estabilidad laboral absoluta, la resolución declarada por el empleador que se funde en las causales descritas, es ineficaz y por lo tanto no produce efectos jurídicos válidos.

La nulidad, como nos recuerda Baylos<sup>4</sup>, es la consecuencia obligada de que a ciertos actos especialmente nocivos se le imponga la eliminación de estos del ordenamiento jurídico y al remoción de sus efectos.

En estos casos la actuación ilícita del empleador alcanza las más altas cuotas de desvalor social, lo que implica que el despido carezca de validez y no pueda producir efectos, de manera que es incapaz de rescindir la relación laboral<sup>5</sup>. Se dice entonces que la nulidad constituye una característica garantista, que se activa frente a la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

Ante ésta situación, el trabajador puede solicitar en un proceso judicial que se declare la nulidad del despido y como consecuencia de ello, ser repuesto en su puesto de trabajo o si lo prefiere, optar por una indemnización tarifada. No obstante, cualquiera sea la opción elegida por el trabajador, éste recibirá también las remuneraciones correspondientes al periodo comprendido entre la fecha del despido y la de reposición.

Por otro lado, la estabilidad laboral relativa está prevista de forma excluyente para todos los demás supuestos de despido injustificado. Es decir, aquellos que careciendo de causa justa, no tengan como motivo uno de los supuestos del artículo 29° de la LCPL o que no fueron realizados conforme al procedimiento previsto en

---

<sup>3</sup> Artículo 6° de la Ley N° 26626 que adiciona una califica también como nulo al despido que tiene como causa la discriminación por ser portador del VIH/SIDA. Adicionalmente, el artículo 31° de la Ley N° 27050 precisa que el despido también es nulo cuando tiene como causa la discriminación de una persona discapacitada.

<sup>4</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. El despido individual. Lima: Ara, 1987. p. 67

<sup>5</sup> Ibid. p. 48

la ley para proceder al despido. El despido arbitrario, a diferencia del despido nulo es un acto eficaz, que no impide que el empleador cumpla su cometido y extinga la relación laboral, imponiéndose únicamente el pago de una indemnización tarifada a favor de trabajador<sup>6</sup>.

Para que el despido carezca de cuestionamientos, y no se enfrente a cualesquiera de las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento, sea que se trate de un despido nulo o arbitrario, se requiere la existencia de una causalidad, la misma que debe estar debidamente comprobada y contemplada en la ley, y vinculada con la capacidad o con la conducta del trabajador, o de ser el caso por causas objetivas que imposibiliten al empleador continuar con el vínculo laboral<sup>7</sup>, actuando de esta forma como supuesto habilitante o legitimador para que la voluntad del empleador se válida y eficaz.

En claro entonces que, frente a la inexistencia de la causa justa o la falta de expresión de ella, el ordenamiento reacciona deslegitimando al despido y calificando, en la generalidad de los casos, como arbitrario. Sin embargo, como ya se ha mencionado de forma excepcional, la Ley admite la reposición en el empleo cuando el trabajador demuestre que el despido está fundado en los motivos prohibidos enumerados en el artículo 29° de la LPCL<sup>8</sup>.

Como puede observarse, la protección contra el despido que otorga nuestro ordenamiento, se erige a partir de las dos clasificaciones de despido contempladas en la LPCL a las que corresponde un régimen de estabilidad laboral determinado. La primera se construye frente al despido arbitrario ante el cual cabe únicamente

---

<sup>6</sup> VAZQUEZ VIALARD, Antonio. La responsabilidad en el derecho del trabajo. Buenos Aires: Astrea, 1988. p. 627.

<sup>7</sup> Artículo 22° de la LPCL: Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

<sup>8</sup> En adelante, al referirnos a los supuestos de despido nulo contemplados en el artículo 29° de la LPCL entiéndanse incluidas las disposiciones relativas al despido por discapacidad y VIH/SIDA.

el pago de una indemnización tasada (estabilidad relativa)<sup>9</sup>. La segunda, se construye ante el denominado despido nulo, previsto en el artículo 29º de la LPCL, frente al cual el trabajador puede solicitar la reposición en el empleo (estabilidad absoluta).

Cabe señalar que la institución del despido nulo no es privativa del ordenamiento peruano, por el contrario es una institución utilizada por otros ordenamientos laborales, como en el caso de España. En el ordenamiento español, el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral reseña el supuesto taxativo en el que el Juez ha de declarar nulo el despido: que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador<sup>10</sup>. A diferencia del desarrollo normativo que se ha dado en la legislación española, la

---

<sup>9</sup> El modelo de protección modelo dual y desigual, utilizado por el legislador peruano ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina, puesto que como es evidente, la protección frente al despido nulo resulta ser la más ventajosa para el trabajador, sin embargo únicamente se puede acceder a ella en caso se acredite que el móvil fue uno de los supuestos expresamente contemplados en la ley. Así por ejemplo, profesor Arce<sup>158</sup> señala que existe una voluntad del legislador peruano de establecer en el ámbito procesal laboral una solución que dé repuesta a la visión contemplada con carácter genérico, en el artículo 23º de la Constitución, cuya literalidad proscribiera la existencia de relaciones laborales que limiten el ejercicio de los derechos constitucionales, o que pretendan desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Lo que quiere decir el autor citado, es que mediante la figura del despido nulo se ha creado un cauce procesal de tutela restitutoria frente a determinados derechos, restringiendo la protección abierta a los derechos constitucionales que brinda la Carta de 1993.

<sup>10</sup> A diferencia del desarrollo normativo que se ha dado en la legislación española, la misma que hemos propuesto como ejemplo, en el Perú no se sanciona con «nulidad» los despidos que devengan en lesiones de derechos fundamentales no contemplados en el listado de la LPCL. Sin embargo, a nivel jurisprudencial si se ha contemplado la posibilidad de otorgar al trabajador una tutela restitutoria, en cuanto un despido lesione derechos constitucionales, ya sean los comprendidos en el listado del artículo 29º de la LPCL como los excluidos en el mismo. El marco legislativo de protección desigual, causó una preocupación en el Tribunal Constitucional, quien considera que la adecuada protección contra el despido que afecte derechos constitucionales no puede consistir únicamente en el pago de una indemnización, sino que debe gozar de protección constitucional lo que se traduce en que ante esta clase de actos se proceda a la reposición de las cosas al estado anterior al momento de la violación. En esta lógica, el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de sentencias, siendo una de las más importantes la recaída en el expediente N° 976-2001-AA-TC, emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, publicada el 13 de marzo de 2003.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional expresa que el cuestionamiento a los despidos lesivos de derechos constitucionales no se centra en la existencia de una causa justa de despido, sino en la presencia en el despido de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional. .../

misma que hemos propuesto como ejemplo, en el Perú no se sanciona con «nulidad» los despidos que devengan en lesiones de derechos fundamentales no contemplados en el listado de la LPCL. Sin embargo, a nivel jurisprudencial si se ha contemplado la posibilidad de otorgar al trabajador una tutela restitutoria, en cuanto un despido lesione derechos constitucionales, ya sean los comprendidos en el listado del artículo 29° de la LPCL como los excluidos en el mismo. El marco legislativo de protección desigual, causó una preocupación en el Tribunal Constitucional, quien considera que la adecuada protección contra el despido que afecte derechos constitucionales no puede consistir únicamente en el pago de una indemnización, sino que debe gozar de protección constitucional lo que se traduce en que ante esta clase de actos se proceda a la reposición de las cosas al estado anterior al momento de la violación. En esta lógica, el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de sentencias, siendo una de las más importantes la recaída en el expediente N° 976-2001-AA-TC, emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, publicada el 13 de marzo de 2003.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional expresa que el cuestionamiento a los despidos lesivos de derechos constitucionales no se centra en la existencia de una causa justa de despido, sino en la presencia en el despido de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional.

Es necesario resaltar, que el Tribunal Constitucional no ha creado nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición

---

/...Es necesario resaltar, que el Tribunal Constitucional no ha creado nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición en el empleo por la vía ordinaria. Lo que resultaría por cierto inadmisibles ya que el TC no cuenta con la facultad de legislar positivamente. Por el contrario, este órgano jurisdiccional es claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación regular frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición (porque el efecto del amparo es retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental), de una manera rápida y expeditiva, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho constitucional.

en el empleo por la vía ordinaria. Lo que resultaría por cierto inadmisibles ya que el TC no cuenta con la facultad de legislar positivamente. Por el contrario, este órgano jurisdiccional es claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación regular frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición (porque el efecto del amparo es retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental), de una manera rápida y expeditiva, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho constitucional.

La sanción de nulidad constituye una reacción generalizada de los ordenamientos frente a un acto que en aras del ejercicio del derecho a la libertad de empresa que ostenta todo empleador, lesiona de derechos fundamentales del trabajador. Ello resulta congruente con el fin supremo del Estado, que es como sabemos, el hombre y el respeto a su dignidad.

## **2.2. El despido nulo**

La nulidad del despido por trasgresión de derechos fundamentales apunta únicamente al resultado lesivo de los mismos y no así a la forma irregular con la que se lleva a cabo el despido. Es decir, en el despido nulo existe en efecto una causa, pero ésta es calificada como ilícita por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona<sup>11</sup>.

La protección otorgada a través de la institución de nulidad del despido, se erige según el texto expreso del artículo 29º de la LPCL frente a los despidos que tengan por motivo:

---

<sup>11</sup> Se sanciona con nulidad, la lesión ocasionada por el despido que impida el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o que pretenda reprimir al trabajador que ha hecho uso legítimo de los mismos. Es decir, en palabras de Palomeque y Álvarez, no importa en este caso, cual ha sido la forma (correcta o incorrecta) del despido; lo que importa, la base de la decisión jurisdiccional, es la violación de un derecho fundamental o de una libertad pública del trabajador.

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b. El ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25;
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, discapacidad o por ser portador del VIH/SIDA;
  - e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Nos podemos arriesgar a sintetizar los supuestos de despido nulo, en despidos basado en motivos antisindicales (literales a y b), textualmente discriminatorios<sup>12</sup> (literales d y e) y como represalia por ejercido el derecho a la tutela judicial efectiva frente a algún acto del empleador (literal c).

Ahora bien, cabe analizar si todas estas causales pueden ser incluidas dentro del principio de igualdad y del mandato de discriminación, teniendo en cuenta que en experiencias comparadas son estos principios los que han dado pie a la configuración del despido nulo.

En Argentina, donde el régimen de estabilidad absoluta no es admitido, a menos en el ámbito privado, los Tribunales vienen declarando la nulidad de los despidos que transgreden el mandato constitucional de no discriminación. La sentencia de fecha 31 de mayo de 2005, emitida por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires<sup>13</sup>, señala a propósito de un caso en donde se había despido a una trabajadora que había incitado a sus compañeros a tomar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otra empresa lo siguiente: se verifica un presupuesto eficaz para activar el dispositivo previsto en la ley 23.592 dirigida a

---

<sup>12</sup> Hacemos referencia a despidos discriminatorios puesto que la propia norma enuncia estos supuestos como tales. No obstante, como veremos mas adelante los supuestos de despido discriminatorio engloban todos los casos del artículo 29° de la LPCL.

penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos, disponiéndose expresamente en su art. 1º que «Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

La norma invocada en la sentencia para declarar la nulidad del despido es de carácter general, puesto que se trata de la Ley sobre penalización de actos discriminatorios, Ley Nº 25592, aún cuando existe una norma específica<sup>14</sup> en materia de despido discriminatorio que únicamente prevé el pago de una indemnización incrementada cuando se configura esta clase de despidos. La jurisprudencia Argentina arriba a la conclusión que el despido discriminatorio es nulo en virtud del régimen de la ley 23592 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los cuales señalan que la discriminación debe «cesar» y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos carecen de eficacia<sup>15</sup>.

Como se advierte, a pesar de que el régimen de estabilidad utilizado en Argentina es el de estabilidad relativa, que como hemos visto otorga como mecanismo de reparación frente al despido incausado el pago de una indemnización tarifada, los Tribunales vienen resolviendo a favor de otorgar una protección más amplia que se condice con la estabilidad laboral absoluta, cuando se trata de despidos que se fundan en motivos discriminatorios.

---

<sup>13</sup> Sala IX, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sentencia recaída en el caso: Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido, 31/05/2005.

<sup>14</sup> Ley 25.013 de 1998, que lo establece en su artículo 11 (texto según Decreto 1111/98). Artículo 11.- (Despido discriminatorio). Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7º de esta ley se incrementará en un TREINTA (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo.

<sup>15</sup> Sala VI de apelaciones Expediente Nº33975/02 Juzgado Nº45. Caso Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L s/ juicio sumarísimo. Buenos aires, 10 de marzo de 2004

Autorizada doctrina española advierte que es en el reconocimiento del principio de igualdad donde se encuentra la clave para la evolución que experimenta la significación legal del despido nulo<sup>16</sup>. Así, el sustento jurídico de la nulidad del despido se hallaría directamente en la Constitución, cuyos inicios dieron luces a partir de la consagración constitucional de los derechos de igualdad de trato y el mandato de no discriminación, los cuales sentaron sólidas bases para el tratamiento de la nulidad de las decisiones unilaterales del empresario con contenido discriminatorio en materia de empleo.

Concluimos que frente al despido que se funda en motivos discriminatorios existe una tendencia a declararlos nulos y por ende ineficaces, por lo que cabe preguntarse si los supuestos del artículo 29º de la LPCL constituyen diversas formas de discriminación, es decir si importan una vulneración al artículo 2.2 de la Constitución que contiene el principio de igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación.

Lo anterior, guarda relevancia en la medida que la protección especial otorgada a los supuestos contenidos en el artículo 29º de la LPCL, mantendría relación no sólo con la tendencia de otros ordenamientos jurídicos en declarar nulos los actos del empleador que contravengan estos principios, sino con los diversos instrumentos internacionales que brindan protección especial a los casos en los cuales se transgreda los mismos.

Debemos observarse que el derecho a no ser discriminado, tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre los trabajadores en su condición de seres humanos, extremos que han recibido expreso reconocimiento en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> PEDRAJAS MORENO. Op. cit. p 164

<sup>17</sup> Art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1, 2, 3, 4, 11 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Art. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

### 2.3 Los supuestos de despido nulo como actos de discriminación en el empleo

Como hemos adelantado, es necesario analizar si los supuestos de despido contenidos en el artículo 29º de la LCPL, a los que se le ha otorgado una protección especial y diferenciada, constituyen finalmente casos que contravienen el mandato de no discriminación y el principio de igualdad. La duda surge a partir de que en el artículo 2.2 de la Constitución no se enuncian todos los supuestos previstos en la LPCL. En efecto, el texto del artículo 2.2 de nuestra Carta Constitucional prevé:

«Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

El texto constitucional no establece un listado cerrado de casos de discriminación – *numerus clausus*- por el contrario, deja abierta la posibilidad de integrar casos «*de otra índole*» que se consideren vejatorios a dicho mandato. En consecuencia, cabe la posibilidad de integrar otros motivos que se consideren discriminatorios.

En los supuestos de los literales d) y e) del artículo 29º de la LPCL es claro que estamos frente a casos de discriminación, al tratarse de una reproducción del artículo 2.2 de la Constitución, y de otro lado el literal e) que se refiere al embarazo, se entiende que existe un protección discriminatoria por razón de sexo, puesto que el embarazo o la maternidad es una condición privativa del sexo femenino. La incertidumbre se mantiene frente a los casos relacionados con libertad sindical y la presentación de quejas contra el empleador.

Autorizada doctrina española<sup>18</sup>, señala que constituyen causas de discriminación la motivación sindical y la represalia. Cuando el empleador despidе únicamente a

---

<sup>18</sup> MARTINEZ ROCAMORA, Luis. Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad. Barcelona: Cedecs, 1998. p 177.

trabajadores que ocupan cargos en el sindicato y no a otros trabajadores, se evidencia un trato desigual que tienen como fundamento el ejercicio de los derechos colectivos. Asimismo, cuando se evidencia que la causa del despido no es otra que el ejercicio de la actividad sindical o similares, nos encontraremos frente a un despido discriminatorio<sup>19</sup>.

Coincidimos con ésta corriente puesto que lo que se pretende sancionar es el trato desigual fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo «subjetivas», como es la basada en motivos antisindicales<sup>20</sup>.

A lo anterior, debemos agregar que el artículo 1 del Convenio N° 98 OIT, señala en su apartado 1, que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en la relación con su empleo» y en el apartado 2 literal b) se prevé que «dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto...despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo».

En virtud del Convenio OIT suscrito por el Perú, y por tanto vinculante para nuestro país, el despido basado en motivos sindicales constituye una práctica discriminatoria.

De otro lado, como señala el profesor Montoya Melgar<sup>21</sup> la presentación de quejas o intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por

---

<sup>19</sup> Ibid. 181.

<sup>20</sup> En la sentencia publicada el 15 de diciembre de 2005, recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, el Tribunal parece advertir que el despido por el ejercicio de derechos colectivos constituyen actos de discriminación. En cuando precisa la necesidad de recurrir al amparo en el caso de despido nulo aun cuando en la vía ordinaria existe un proceso especial, debido a que por la naturaleza de los derechos conculcados, entre los que se encuentra la libertad sindical vinculado con el mandato de no discriminación, es preciso otorgar una tutela rápida y expeditiva.

<sup>21</sup> MONTOYA MELGAR, Antonio. El derecho a la no discriminación en el Estatuto de Trabajadores. Documentación Laboral, 1983. N° 7, p 13.

incumplimiento de normas laborales o de Seguridad Social, es un acto de discriminación en tanto constituye una represalia en virtud del ejercicio legítimo de un derecho. En consecuencia, de no haber ejercido el derecho a accionar en contra del empleador, no se habría producido el acto de diferenciación arbitrario.

De lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que todos los supuestos previstos en el artículo 29º de la LPCL constituyen casos de discriminación. Entonces, el posible asociar directamente al despido nulo con el despido por discriminación, por lo que cabe afirmar que cuando hablamos de despido nulo, siempre estaremos frente a caso de despido basado en motivos discriminatorios.

### 3. LA REPARACIÓN DEL DESPIDO NULO

Todo despido injustificado trae consigo un daño, por cuanto de un momento a otro el trabajador pierde su empleo, y su interés de conservación del empleo se ve afectado<sup>22</sup>.

Cuando se produce un despido nulo, la ley<sup>23</sup> establece que el trabajador retorne a su puesto de trabajo y perciba las remuneraciones que le hubieran correspondido hasta el momento en que se produzca la reposición. La legislación ha reservado además una alternativa a ser ejercida por el trabajador despedido. Esta opción consiste en solicitar el pago de una indemnización que para estos efectos es la misma a la prevista para los casos de despido arbitrario, ello en razón a que no siempre el trabajador estará interesado en retornar al centro de trabajo quedando sujeto a un ambiente no grato al momento de su reingreso.

De una primera lectura de las normas que regulan el despido nulo, se podría concluir que como reparación únicamente se ha previsto la reposición en el empleo. No obstante nos preguntamos ¿no son tanto a reposición como la indemnización tarifada un mecanismo de reparación?

---

<sup>22</sup> VAZQUEZ VIALARD. Op. cit. p. 673

<sup>23</sup> El último párrafo del artículo 34º de la LPCL prevé: (...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

En términos del artículo 219º del Código Civil, el despido constituye un acto jurídico existente pero inválido por cuanto padece del vicio de ilicitud en su formación y en esa medida carece de eficacia. Es decir, debe entenderse que el acto es nulo puesto que tiene una existencia imperfecta por padecer de un vicio en su formación, el de ilicitud. Por ende en el caso del despido, éste no produjo efectos, conservando por consiguiente el trabajador su puesto de trabajo y el derecho a percibir el salario correspondiente.

La reposición o la indemnización alternativa, tienen la misma naturaleza y fin: «dejar sin efecto un acto ilícito por parte del empleador que, afecta al trabajador como tal, pues lo priva de su empleo y en su condición de ser humano, afecta su dignidad».

Es así que, cuando el despido no sólo es injustificado, sino que constituye un vehículo a través del cual se lesionan derechos fundamentales, la reposición debe entenderse como mecanismo de reparación del daño causado por la privación del trabajo y por el perjuicio causado a los derechos constitucionales a la luz del derecho de igualdad y del mandato de no discriminación, sin embargo dicha reparación no se extiende a reparar los daños secundarios causados por el acto ilícito.

En ese sentido, postulamos que, la reparación prevista en la ley para los casos de despido de nulo no reviste los daños secundarios causados por el acto ilícito del despido, en la medida que reponer las cosas como si nunca se hubiera producido el mismo el despido, únicamente revierte el acto ilícito y sus consecuencias medulares relacionadas con la trasgresión de derechos constitucionales.

Debe considerarse que si el propósito del legislador fue otorgar una protección especial a los despidos que devengan en actos discriminatorios estableciendo una protección mayor en comparación con aquellos despidos que afecten otros derechos constitucionales, no debe equipararse a menos a nivel legislativo la reparación en uno u otro caso. Es decir, si en el despido arbitrario se repara al trabajador con una indemnización tarifada, no puede considerarse que la misma suma (en caso que el trabajador despedido opte por la indemnización y no por la reposición) se le otorgaría en caso que se le haya despedido por una causal sancionada con nulidad. Máxime,

si la indemnización por despido arbitrario no guarda relación directa con el daño efectivamente causado, ya que es una indemnización tarifada que toma como elementos de cuantificación, no el daño, sino la antigüedad del trabajador o el plazo que resta para el vencimiento de sus contrato (según se trate de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o sujeto a modalidad).

### 3.1 La existencia del daño moral

El despido como acto antijurídico que contraviene un mandato constitucional es susceptible de causar un daño moral al empleado, el mismo que debe ser reparado en cuyo caso el empleador deberá someterse al sistema de responsabilidad civil.

Cuando se trata de despidos discriminatorios la afectación al trabajador equivale no sólo perder el empleo y obstruir el ejercicio de sus derechos constitucionales, sino a ser discriminado, diferenciado y disminuido en su condición de ser humano.

Es evidente que al ser despedido por cuestiones discriminatorias una persona puede ver afectada su dignidad y su psiquis, por lo cual podría a nuestro criterio solicitar una reparación. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que no estamos afirmando que en todos los casos en los cuales se configure un despido discriminatorio, exista inexorablemente un daño moral, puesto que ello dependerá de cada individuo y su condición particular.

En efecto, el daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le agravie lo que a otra no, por ello la apreciación económica resulta ser discrecional<sup>24</sup>.

Daño moral puede ser definido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de un individuo a través

---

<sup>24</sup> MARTORELL ERNESTO. Indemnización del daño moral por despido. Buenos Aires: Hamurabi, 1994. p 67.

de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual<sup>25</sup>.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema (Casación N° 949-95) ha entendido acertadamente como tal aquel daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad la vergüenza, etc; son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos es susceptible del producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Los ejemplos de daño moral, admitidos por la jurisprudencia pueden ser variados y son susceptibles de ser reparados dependiendo del caso concreto. Así, se ha admitido como tal, el traducido en el dolor y sufrimiento que significa someterse a tratamiento médico y quirúrgico (Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, Sentencia del 28.08.98, Exp. N° 55729-1997), o como aquel causado con la interposición de una demanda al atribuir sin sustento ciertos hechos acusando a una persona como autora de la sustracción del dinero de una empresa (Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima, Sentencia del 28.05.98, Exp. N° 16656-97)<sup>26</sup>.

### **3.2. Análisis de doctrina comparada respecto a la procedencia del daño moral**

El daño moral como daño extrapatrimonial es susceptible de acaecer dentro de cualquier rama del derecho, con más razón aún como señala Martorell<sup>27</sup> dentro del derecho social, que contempla relaciones de tipo casi exclusivamente personal.

Como bien señala el autor citado, la existencia del daño moral dentro de la rama del derecho laboral no es puesta en duda, tampoco lo es que aquél merezca

---

<sup>25</sup> FERNANDEZ SESAREGO, Carlos. Daño a la persona y daño moral en la doctrina en el jurisprudencia latinoamericana actual. En: Revista Themis N° 38. Año 1998. p 179 y siguientes.

<sup>26</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p 180 y siguientes.

<sup>27</sup> MARTORELL, Ernesto. Op. cit. p 141.

ser reparado en caso de producirse, lo que es negado por un sector de la doctrina comparada<sup>28</sup>, es que merezca reparación autónoma o extra-tarifada, porque se considera que tal daño halla correcta reparación por medio de la indemnización tarifada.

La procedencia del daño moral por despido ha sido examinada por diversos autores extranjeros cuyos ordenamientos conservan modelos de estabilidad relativa. En el caso argentino la doctrina opina de forma mayoritaria que la indemnización legal tarifada, abarca habitualmente los daños materiales y morales ocasionados al trabajador, y en tal sentido no merece reparación fuera de la indemnización tasada<sup>29</sup>.

Sin embargo, se admite la procedencia de una indemnización extra-tarifada cuando se configura un despido abusivo. En efecto, como explica Mangarelli<sup>30</sup>, existen situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral por ruptura arbitraria del contrato de trabajo de configurarse una hipótesis de despido especialmente injustificado – abusivo-.

La noción de despido abusivo como advierte Gamonal<sup>31</sup>, se presenta cuando el empleador desea despedir a un trabajador, pero no se ha configurado causal alguna que le permita poner término a la relación de trabajo o, con el objeto de no pagar las indemnizaciones por término de contrato, aplica una causal que lo exonere del referido pago.

Por otro lado, Vazquez Vialard advierte que tal despido se configura cuando el empleador no invoca una causal de despido o la causal invocada oculta las verdaderas motivaciones del despido, de naturaleza ilícita, como discriminaciones o persecución sindical<sup>32</sup>, en cuyo caso la decisión se considera ineficaz, puesto que el empleador actuando de mala fe intenta aplicar una causal de despido que no corresponde, o

---

<sup>28</sup> VEASE: KROTOSHIN, Dos planteos distintos relativos al daño moral. *Revista Derecho del Trabajo*, 1974. p. 33.

<sup>29</sup> BREBBIA. El Daño moral en el derecho laboral. *Gaceta Jurídica del Trabajo*, enero - marzo 1949; citado por MARTORELL Op. cit. p. 143.

<sup>30</sup> MANGARELLI, Cristina. Daño moral en el derecho laboral. Montevideo, 1984. p 106

<sup>31</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago de Chile: EDITREM, 2000. p. 33.

<sup>32</sup> VAZQUEZ VIALARD. Op. cit. p. 678.

no invoca causal alguna por fundarse en motivos discriminatorios, incurriendo en un despido abusivo. Se recurre así a la noción de despido abusivo que deviene del «abuso del derecho», para determinar los límites del empleador al momento de despedir y evidenciar su responsabilidad. Siendo que cuando el empleador no sólo despide de forma arbitraria, sino que de forma abusiva afecta derechos fundamentales del trabajador, pierde el beneficio de la indemnización tarifada y se expone al sistema de responsabilidad civil por los daños causados<sup>33</sup>.

La concepción del despido abusivo no sólo ha sido desarrollada en nuestro continente, pues en países como Francia ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina, la cual postula que por la ruptura abusiva del contrato de trabajo deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales del trabajador.<sup>34</sup>

De la misma forma, y aún cuando en la jurisprudencia norteamericana no se recoge la concepción del «abuso del derecho», Gamonal<sup>35</sup> nos recuerda que se ha elaborado la noción de *wrongful dismissal*, admitiendo que el empleador incurra en falta y sea condenado a pagar daños y perjuicios cuando el despido afecta a algún principio considerado como de orden público, tal como sería haber denunciado al trabajador por un acto ilícito. En el derecho norteamericano la relación de trabajo puede extinguirse por voluntad de cualquiera de las partes, salvo que haya una estipulación contractual en contrario, sin embargo, se ha limitado la aplicación de esta liberalidad ante despidos por causa de raza, religión, sexo, origen nacional, edad o actividad sindical, y el trabajador puede sostener que el despido es injusto no sólo por ser contrario al orden público, sino también por vulnerar un contrato de trabajo tácito que se remita a unas reglas generales, una forma de actuación o similar, y los despidos que incumplen un pacto implícito de buena fe y comportamiento leal.

---

<sup>33</sup> PIZARRO DIAZ, Mónica. La reparación del daño ocasionado por el despido nulo. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Año 7, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2001. p. 37.

<sup>34</sup> GAMONAL CONTRERAS. Op. cit. p. 38.

<sup>35</sup> Ibid. p 42.

Retornando a los ordenamientos sudamericanos (Chile, Argentina, Uruguay) para los casos de despido injusto se prevé a nivel legislativo el pago de una indemnización tarifada por antigüedad<sup>36</sup>, la cual puede o no acumularse con una indemnización del daño efectivamente causado al trabajador. Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, podemos resumir las opiniones en doctrina de la siguiente forma<sup>37</sup>:

a) Teorías en contra de la acumulación

Para algunos es improcedente la referida acumulación toda vez que terminado el contrato debe cancelarse la indemnización tarifada establecida por ley, la cual excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación integral de los daños. Se sostiene, además, que la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios producidos por el despido injustificado, correspondiendo su pago se hayan o no producido daños para el trabajador.

Complementa lo anterior, el hecho de que los legisladores de los países del sur hayan establecido una indemnización tarifada cuyo costo económico no representa para el empresario una afectación a la continuidad de su actividad productiva, y que éste pueda planificar previamente el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que cancelar las indemnizaciones por despido. En caso contrario, se produciría una grave inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo.

El profesor argentino Krotoschin<sup>38</sup> ha sostenido a este respecto que al admitir la reparación por separado del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias.

Consideramos inadecuada esta postura por cuanto no cabe eximir al empleador del sistema de responsabilidad civil, aludiendo a la seguridad jurídica y económica. Si el empleador comete un ilícito y causa un daño, conforme hemos explicado anteriormente, debe repararlo.

---

<sup>36</sup> La indemnización tarifada se fija en virtud de dos pautas objetivas: la antigüedad en el empleo y la remuneración, mientras que la reparación por daños y perjuicios pretende reparar el daño efectivamente causado.

<sup>37</sup> MANGARELLI. Op. cit. p. 58.

<sup>38</sup> KROTOSCHIN. Op. cit. p. 22.

El mismo autor agrega que no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral, cuando éste ha regulado en forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato, y que si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente.

b) Teorías que aceptan la acumulación

Para otro sector de la doctrina es plenamente pertinente la acumulación de una indemnización del daño moral con las establecidas por el derecho laboral para el término del contrato de trabajo. En esta línea se argumenta que la indemnización tarifada sólo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria, como hemos señalado líneas arriba<sup>39</sup>.

Se añade que la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido de que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización.

Los autores que postulan esta teoría señalan que siendo la finalidad de la indemnización tarifada responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasione, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal. Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir *contrario sensu*, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño.

A la luz de las teorías expuestas, es posible afirmar que una importante mayoría de los autores admite la posibilidad de acumular, a la indemnización tarifada legal

---

<sup>39</sup> MANGARELLI, Cristina. El despido Abusivo en la Jurisprudencia Uruguaya. En: Revista Derecho Laboral, tomo 180, octubre – diciembre de 1995, Montevideo. p 807.

por término de contrato –siempre que se trate de un despido abusivo-, otra de daños y perjuicios morales cuando éstos adquieren cierta relevancia. Consideramos positivo este hecho, teniendo en cuenta que existe una semejanza el concepto de despido abusivo anotado puede ser equiparado en nuestro modelo al despido nulo<sup>40</sup>, ya que el empleador al momento de despedir lesiona un interés distinto de la conservación del empleo, afectando un derecho fundamental del trabajador, en nuestro caso, el derecho a no ser discriminado. En esa medida, la admisión del pago de la indemnización en caso de despido abusivo en la experiencia comparada, evidencia que en el caso del despido nulo también cabe la reparación del daño causado por tal concepto.

El tratamiento de este tema nos da luces que el razonamiento utilizado y la conclusión a la que hemos arribado es adecuada. Así, tanto el despido abusivo (doctrina comparada) como en el despido nulo, cabe indemnizar al trabajador por los daños morales causados, siempre que los hubiere.

En este sentido, la acción por despido discriminatorio abre la puerta para la incorporación de los daños morales derivados de la discriminación, solicitando incluso no sólo la indemnización económica de los mismos, sino también reparaciones extraeconómicas (publicaciones, gastos de desagravio).

En esta línea creemos conveniente utilizar la experiencia jurisprudencial de otros ordenamientos, sobre todo el Uruguayo, a efectos de poder llevar a cabo la evaluación del daño por despido, formas de reparar y determinación del quantum indemnizatorio.

### **3.3. Formas reparadoras del daño moral**

Conforme explica Cristina Mangarelli<sup>41</sup>, la jurisprudencia Uruguaya condena a los empleadores de manera frecuente a reparar daños, que provienen de despidos abusivos. Se admite sin mayor cuestionamiento el pago de los daños morales

---

<sup>40</sup> Debe tenerse presente, que a diferencia del despido nulo en nuestra legislación en el despido abusivo no se admite la reposición. Únicamente cabe el pago de la indemnización adicional por los daños irrogados.

<sup>41</sup> MANGARELLI, Cristina. *Despido abusivo e incumplimiento contractual*. Montevideo: Depalma, 1992. p 16 y siguientes

causados por el despido abusivo, distintos a los referidos al derecho a la conservación del empleo.

Ahora bien, la dificultad especial que presenta el daño moral consiste en obtener medios probatorios del sufrimiento, la aflicción, la vergüenza y la injusta perturbación del estado de ánimo. Espinoza<sup>42</sup> señala que cuando el titular de la pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral termina por ser *in re ipsa*, es decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. De hecho en Uruguay y Argentina este es el criterio utilizado en torno a la prueba del daño moral<sup>43</sup>.

A criterio de Mangarelli<sup>44</sup>, la determinación del monto del daño moral que sufre efectivamente la víctima debe ser dejado al arbitrio del Juez<sup>45</sup>, no obstante no todo queda liberado a su discrecionalidad, ya que como refiere la propia autora, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que existen elementos objetivos que debe ser tomados en cuenta para graduar el monto de la indemnización. Por ejemplo, se tendrá en cuenta los daños psicológicos y/o físicos, los tratamientos que se ha debido soportar.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la indemnización del daño moral tiene función reparatoria y no punitiva<sup>46</sup>, conforme a nuestro sistema de responsabilidad civil. Como la reparación del daño moral se rige por los mismos principios y criterios fijados para la reparación del daño en general, deben excluirse según Mangarelli de los elementos de estimación del perjuicio moral, aquellos que sean extraños al daño sufrido por la víctima que es lo único que debe tomar en cuenta el Juez para determinar el monto del daño moral. Así, sostiene que no deben ser tomados en cuenta para la determinación del monto del perjuicio moral:

---

<sup>42</sup> Op. cit. p 227.

<sup>43</sup> MANGARELLI, Cristina. Op. cit. p 807

<sup>44</sup> Ibid. p 23.

<sup>45</sup> Como ejemplo se cita al Tribunal de Apelaciones del Trabajo del 1er Turno, quien ha sostenido que la cuantía del daño moral es una decisión dependiente del arbitrio.

<sup>46</sup> VEASE: Espinoza Espinoza, Juan. Op. cit. pp. 201 y siguientes.

la situación económica de las partes, el dolo o la culpa del autor de daño y la gravedad de la falta, ya que todos ellos son criterios ajenos al elemento del daño.

Sin embargo, siguiendo a la doctrina Italiana, Espinoza sostiene que para efectos de la determinación del daño moral se debe tener en cuenta, entre otros factores: la gravedad del delito o falta, intensidad del sufrimiento, sensibilidad de la persona ofendida, condiciones económicas y sociales de las partes contrastadas con el sentimiento humano y con el principio de igualdad, entre otros.

La autora Mangarelli<sup>47</sup> refiere que en el caso laboral debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la categoría del trabajador, las funciones que desempeñaba la trayectoria en la empresa, la antigüedad, etc, puesto que será mucho más grave el daño moral que se acuse a un empleado antiguo que el se cause a raíz del mismo hecho a un trabajador que recién ha ingresado a la empresa<sup>48</sup>. Estos últimos criterios son plenamente pertinentes al momento de evaluar el quantum indemnizatorio por el daño moral por despido nulo.

Somos de la opinión que es el Juez quien debe evaluar qué elementos tomará en cuenta al momento de determinar el daño según el caso concreto. Ello, en atención a que la sensibilidad particular del sujeto que sufrió el daño moral debe ser valorada especialmente, ya que la capacidad de recepción de los sufrimientos espirituales y morales es diferente en cada persona. Por tal razón, el Juez deberá llegar a una evaluación de dicho daño estrictamente relacionado con la persona que lo ha experimentado. Así, deberá tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean el caso concreto.

Si bien, no existen parámetros objetivos al momento del cuantificar el daño dejándose su determinación al arbitrio y sano juicio del juzgador, siempre existe la garantía de la adecuada argumentación y motivación de las resoluciones judiciales.

---

<sup>47</sup> MANGARELLI, Cristina. Op cit. p. 112.

<sup>48</sup> Para tal efecto, la autora cita dos sentencias en las cuales se tuvo en consideración la antigüedad y categoría del trabajador. Juzgado Letrado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er Turno del 30.09.92 – Montevideo. Sentencia N° 3069 del Juzgado Nacional del Trabajo N° 16 del 28.03.80.

### 3.4 ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

El daño moral derivado de la resolución ilícita del contrato de trabajo, es en principio de naturaleza contractual, en cuanto transgrede el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y la ley<sup>49</sup>. En efecto, los contratos de trabajo deben ejecutarse bajo el principio de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Por lo tanto, la ejecución de buena fe de los contratos no se limita a su expresión literal, sino a todas aquellas obligaciones derivadas de su naturaleza o de la ley.

En otras palabras, el daño moral por término del contrato de trabajo es producto de un acto ilícito (el despido nulo) que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.

Como se sabe, nuestro Código Civil ha previsto dos regímenes de responsabilidad, correspondiéndole a cada uno de ellos diferentes particularidades, sobre todo respecto a la carga de la prueba, prescripción, relación de causalidad entre otros, siendo en unos casos un régimen más beneficioso que el otro, desde la perspectiva del agente dañado. De un lado, cuando el daño se deriva del incumplimiento de obligaciones se configura una responsabilidad civil contractual y cuando se configura fuera de la misma, se trata de responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>49</sup> Desde una perspectiva más amplia, algunos autores estiman que los actos ilícitos del empleador, realizados una vez extinguido el contrato pero que se encuentran íntimamente relacionados con el trabajo, caen dentro de la responsabilidad contractual por tratarse de una violación a una obligación concreta, que es la de obrar de buena fe ante el ex contratante. VEASE: MANGARELLI, CRISTINA y CASTELLO, ALEJANDRO. Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada. En: Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, pp. 244-275.

Conforme se admite por la doctrina<sup>50</sup> e incluso por la jurisprudencia nacional aunque de forma incipiente, la responsabilidad debe ser unitaria y en esa medida debe facultarse al agente dañado a utilizar las reglas previstas en uno u otro régimen de responsabilidad prevista en nuestro Código Civil, por cuando la responsabilidad civil debe partir del daño como centro del problema y no en las relaciones que surgen entre las partes<sup>51</sup>.

En atención a ello, consideramos que las reglas aplicables para la reparación del daño moral por despido nulo, no sólo deben ser las previstas para la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual) sino que debe admitirse también las correspondientes al régimen de responsabilidad extracontractual previsto en nuestro Código Civil, a efectos de otorgar al trabajador una forma herramientas para que el daño sea reparado.

Por ende, el daño moral que recae en las personas despedidas por motivos discriminatorios, los habilita para solicitar su reparación, al amparo de lo previsto en los artículos 1322°, 1984° y 1985° del Código Civil, puesto que como hemos determinado no existe razón alguna, desde la perspectiva laboral, para excluir a los trabajadores para que este daño pueda ser susceptible de resarcimiento.

### **3.5. Jurisprudencia sobre la competencia y procedencia de la indemnización por daño moral en caso de despido nulo.**

El tema de la indemnización por despido nulo ha sido tratado escasamente por la doctrina nacional y ha merecido pocos pronunciamientos de los Tribunales sobre el fondo del asunto, lo que evidencia que el tratamiento del tema en el país es aún incipiente. No obstante, traemos colación algunas sentencias que nos ayudarán a ilustrar el tema en nuestro país.

---

<sup>50</sup> ESPINOZA ESPINOZA. Op. cit. p 54; ARIAS-SCHREIBER PESTE. Luces y sombras del Código Civil. Lima: Studium, 1991. Tomo II. p 175 y siguientes.

<sup>51</sup> VEASE: FERNÁNDEZ CRUZ- Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: La división de sistemas y la previsibilidad. En: Scribas, Año I, N° 2, INDEJ, Arequipa, 1996, p. 74.

Un primer caso que cabe citar es la Resolución N° 399-99 de fecha 15 de junio de 1999, expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema. Esta sentencia declaró infundado el recurso de casación interpuesto por una ex trabajadora contra una compañía mobiliaria, a efectos de que ésta le pague una indemnización por daño moral, que se habría producido a consecuencia de su despido. Cabe señalar, que la trabajadora fue repuesta en su centro de trabajo, y le fueron abonadas las remuneraciones devengadas con ocasión a su reposición.

La decisión de la Sala se sustentó en que el daño moral tenía procedencia excepcional en el derecho laboral y que en autos no se había acreditado el incumplimiento totalmente malicioso que causó el daño.

La sentencia refiere acertadamente que cuando el daño proviene de un acto ilícito, se puede determinar *in re ipsa*, la procedencia del daño moral. Cabe resaltar, que al momento del cese de la trabajadora operaba el modelo de estabilidad laboral absoluta para todos los supuestos de despido injustificado, y no sólo para los casos de despido nulo –discriminatorio-. En consecuencia, la reposición en el empleo no obedecía a la trasgresión del mandato de no discriminación, lo que daría luces de la comisión del hecho ilícito y por ende la procedencia del daño moral.

Debemos anotar entonces, que esta sentencia casatoria crea un precedente favorable respecto a la admisión del daño moral, a pesar de que el régimen de estabilidad laboral era distinto al actual<sup>52</sup>. En consecuencia, según las consideraciones del fallo, a partir de las diferencias entre el régimen de estabilidad laboral de aquel entonces y el régimen actual, se puede concluir que cuando existe un despido discriminatorio (acto ilícito) se tiene por acreditado el daño y por ende cabe indemnizarlo.

---

<sup>52</sup> La sentencia comentada, adolece de otros errores, tales como diferenciar el daño civil del laboral. Para ello Véase: PIZARRO DIAZ. Op. cit. 3

Otra resolución que merece comentario es la expedida por la Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 17.12.97<sup>53</sup>, mediante la cual se resolvió que correspondía a la trabajadora accionante el pago de un indemnización, porque había sufrido un daño moral al haber sido despedida injustificadamente y por la demora en su reposición declarada judicialmente (seis años). Esta resolución fue posteriormente revocada por la Sala de Procesos Abreviados y Conocimiento de la Corte Superior de Lima, que declaró infundada la demanda, por cuanto -a criterio de esta instancia- la reposición en el empleo y el pago de remuneraciones devengadas de algún modo han compensado la angustia producida por un despido.

Este fallo es bastante cuestionable, puesto que como hemos señalado en el presente estudio, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el lapso que duró el proceso no puede considerarse como compensación del daño. Por el contrario, dichas remuneraciones no tienen carácter indemnizatorio, sino que caen dentro de la categoría del salario social.

Sin perjuicio de los pronunciamientos antes señalados, de modo general podemos afirmar que la jurisprudencia nacional se muestra hasta la fecha renuente a pronunciarse sobre la procedencia del daño moral por despido. No quedando claro, cuál es la tendencia en la resolución de estos temas respecto al fondo del asunto, es decir, si procede o no el pago de indemnización por daño moral por despido nulo.

Los jueces, evaden el tema de fondo declarando improcedencias en base a la cuestión de competencia judicial. Ello se debe a que no existe una norma expresa que indique cuál es el juez competente en estos casos, el juez civil o el juez laboral.

Debe quedar claro que no existe un daño laboral y un daño civil, sino que el interés jurídico tutelado proviene de alguna de estas ramas, pero la configuración del daño y el deber genérico de repararlo es uno solo.

---

<sup>53</sup> Con fecha 26.02.97 el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima expidió una resolución a través de la cual declara no ha lugar el pedido de la actora por indemnización por daño moral. Posteriormente, mediante Resolución expedida por la Tercera Sala Civil, se declaró nula la sentencia de primera instancia, ordenando al Juzgado emita nuevo pronunciamiento conforme al estado de la causa.

Algunos magistrados vienen entendiendo que si la Ley Procesal del Trabajo prevé en su artículo 4 inciso 2 literal «j» la competencia de los jueces de trabajo para resolver demandas de indemnización por daños y perjuicios que sean causados por el trabajador en agravio del empleador, y el literal «c» del mismo cuerpo legal asigna a estos mismos Juzgados de Trabajo el conocimiento de los conflictos jurídicos por incumplimiento de normas legales, entonces es competencia del Juez Laboral conocer los casos sobre daños y perjuicios causados por el empleador al trabajador<sup>54</sup>.

Esta interpretación jurisprudencial, es adecuada en la medida que permite la especialización del Juez Laboral quien conoce las especiales condiciones de las partes integrantes del contrato de trabajo. Además, de ser el caso permite la acumulación de las pretensiones, siendo que el Juez que conozca el despido evalúe si se ha producido un daño moral por el despido discriminatorio.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales contemplados en la enumeración del artículo 29° de la LCPL, frente a los cuales se erige la institución del despido nulo, apunta a cuestionar el motivo del despido que es calificado como ilícito por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona.
2. En experiencias comparadas, el reconocimiento del principio de igualdad donde cabe encontrar la clave para la configuración del despido nulo. El sustento jurídico de la nulidad del despido se haya directamente de la Constitución, cuyos inicios dieron luces a partir de la consagración constitucional de los derechos de igualdad de trato y el mandato de no discriminación.
3. Los supuestos previstos en el artículo 29° de la LCPL constituyen casos de discriminación. Aún cuando algunos de estos casos no se encuentran contemplados en al artículo constitucional contiene el mandato de no discriminación, éste no constituye un listado cerrado de casos de discriminación.

---

<sup>54</sup> Sentencia del 17 de octubre de 2000. Expedida por la Primera Sala Laboral de Lima. Expediente N° 2896-2000-IN (A)

Por ende, en el Perú se puede asociar directamente al despido nulo con el despido por discriminación, equiparándolos.

4. Cuando el despido constituye un vehículo a través del cual se lesionan derechos fundamentales, la reposición no debe entenderse como un único mecanismo de reparación del daño, puesto que ésta es la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad establecida en la ley por una conducta antisocial del empleador al haber dejado sin empleo a un trabajador de forma especialmente injusta.
5. La reposición o la indemnización tarifada, no cubre todos los daños causados al trabajador por el acto discriminatorio del despido. En efecto, cuando se trata de despidos discriminatorios el perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, la trasgresión a los derechos personalísimos de un individuo a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, que equivale no sólo perder el empleo sino a ser discriminado, debe ser objeto de una reparación especial.
6. El daño causado por el término del contrato de trabajo es contractual, en tanto producto de un acto ilícito que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. No obstante, en cuanto a las reglas de responsabilidad civil, le deben ser aplicadas de forma indistinta por cuanto el punto central que debe tenerse en cuenta en la reparación es el daño.
7. En experiencias comparadas, se admite el pago de la indemnización por el daño moral irrogado por el despido, cuando este provenga del ejercicio abusivo del empleador y el daño reúna cierta relevancia.
8. Para determinar el daño moral, se debe observar lo siguiente:
  - La prueba para acreditar el daño moral es *in re ipsa*, es decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor.
  - No existe un criterio firme para determinar el quantum.
  - El Juez deberá atender a los sentimientos de la persona involucrada.

- El Juez podrá determinar libremente cuales son los elementos a utilizar del caso concreto para arribar al monto indemnizatorio, no obstante deberá sustentar adecuadamente su resolución.
- 9. No existe criterio jurisprudencial que determine la procedencia o no de la indemnización por el daño moral causado a partir del despido nulo. De hecho, el tema es incipiente en nuestro país.
- 10. En cuanto a la competencia para conocer estos casos debería conferírsele al Juez Laboral, por ser quien domina las instituciones del Derecho de Trabajo y entiende las especiales condiciones de la relación laboral.