

COMENTARIOS A LA INCORPORACION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN MATERIA LABORAL POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS*

I A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA ESTABILIDAD LABORAL (DE SALIDA) COMO MATERIA DE SUMO INTERÉS PARA NUESTRA JURISPRUDENCIA

La materia laboral, y en particular la estabilidad laboral (de salida) ha sido para nuestro Tribunal Constitucional (TC) y Corte Suprema un tema de gran interés que ha suscitado diversos pronunciamientos que, en los hechos, han modificado nuestra legislación. Nuestros Magistrados o Vocales Supremos han legislado en más de una ocasión, modificando las reglas de juego imperantes.

Nos referiremos brevemente al derecho a la estabilidad laboral antes de pasar revista a la jurisprudencia.

Noción de estabilidad laboral

Para entender al derecho a la estabilidad laboral¹ o estabilidad en el empleo, debemos referirnos al principio de continuidad laboral. El profesor Américo Plá afirma que: “para comprender este principio hay que partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga”².

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú Socio Senior en Estudio Muñiz

¹ La estabilidad laboral comprende tanto la de entrada (preferencia por los contratos indeterminados) como la de salida (resistencia a admitir la terminación unilateral del contrato por voluntad del empleador). A la segunda nos referiremos en este acápite.

² Cf. PLA RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Editorial Depalma, Buenos Aires. Tercera Edición, 1998. p. 215.

Ermida proporciona una definición de estabilidad laboral que conviene citar, considerándola como “la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de causa justa expresamente prevista”³.

En otras palabras, la estabilidad laboral de salida supondrá la resistencia a la resolución del contrato de trabajo salvo que exista causa justa, la cual deberá encontrarse tipificada en la normativa correspondiente. En esa medida, y en aplicación de la libertad de empresa, reconocida también en nuestra Constitución, (artículo 59º), el empleador podrá despedir al trabajador de presentarse una causa justificada. (Artículo 22º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante “LPCL”)⁴.

Para resumir el significado de este principio, es interesante una cita del profesor Alonso Olea, que el propio Plá toma como ejemplificadora del mismo: “*El contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración*”⁵.

Al principio de continuidad se le atribuyen una serie de proyecciones como lo indica el maestro Plá⁶, siendo la aplicable a la estabilidad laboral de salida la que consiste en la resistencia a admitir la rescisión unilateral el contrato, por voluntad patronal.

La regulación de la estabilidad laboral en nuestro ordenamiento tuvo un importante cambio con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 pues se transitó de un reconocimiento expreso⁷ a una remisión al legislador para el desarrollo de solamente un aspecto de la misma, la estabilidad de salida⁸.

Respecto a la estabilidad de salida, ésta puede definirse como la protección al trabajador para que la terminación de su relación laboral ocurra por causas expresamente establecidas en la ley⁹. Doctrinariamente existen dos tipos de estabilidad, la absoluta, que contempla como protección reparadora frente a un despido incausado a la reposición y la

³ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia? Monografías jurídicas No. 4. Montevideo. Editorial Acali. 1983. p.17.

⁴ Artículo 22º.- “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”.

⁵ ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del Trabajo”, Madrid. 1974. p.118. Citado por PLA, op.cit. p.17.

⁶ Plá, op.cit. p. 223.

⁷ Artículo 48. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

⁸ Artículo 27º.- “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

⁹ Véase artículos 16 y siguientes de la LPCL.

relativa, cuya reparación es la indemnización, un seguro contra el desempleo, entre otras. La estabilidad relativa puede ser propia e impropia. Será propia cuando se declara judicialmente la nulidad del despido sin la reposición efectiva en el puesto de trabajo. Al declarar fundada la demanda, el juez concederá el pago de una indemnización más las remuneraciones devengadas por el período dejado de laborar (salarios caídos). Por otro lado, la estabilidad relativa será impropia cuando la protección frente a un despido arbitrario consista en el pago de una indemnización.

En concordancia con el mandato constitucional, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, en adelante “LPCL”, regula en su artículo 16° las causas que originan la terminación de la relación laboral. Conviene precisar que en los artículos 23°, 24° y 25° se incorporan aquellas que originan el despido de un trabajador, quien para gozar de estabilidad en el empleo debe laborar cuatro o más horas diarias en promedio a la semana¹⁰ y haber superado el período de prueba respectivo¹¹. Asimismo, en sus artículos 31° y 32° la LPCL contempla el trámite del despido relacionado con la conducta o capacidad del trabajador, en el cual se deberá respetar al Principio de Inmediatez.

Intervención jurisprudencial de la estabilidad laboral

Como recordaremos, el TC introdujo un gran cambio a nuestro sistema de protección contra el despido al generar primeramente doctrina jurisprudencial¹² y luego un precedente vinculante sobre la materia. Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón

¹⁰ Consideramos inconstitucional la exclusión legal de la jornada de trabajo, pues la Constitución de 1993 no restringe la protección contra el despido a quienes laboran durante una jornada diaria reducida.

¹¹ Como lo establece la LPCL en su artículo 10°: “(...) *El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (...)*”

¹² Los pronunciamientos indicados son los correspondientes al proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N°1124-2001-AA/TC) y al expediente N°976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. En ellos el TC estableció una nueva tipología de despidos que habilitan al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y ser así reparado en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005¹³.

En el citado precedente el TC dispuso que el proceso de amparo para cuestionar un despido procede en los siguientes supuestos:

- (i) Ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito¹⁴.
- (ii) Ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.
- (iii) Ante un despido nulo. El TC se reafirma en lo expuesto en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco¹⁵ (Expediente 976-2001-AA/TC), por lo que se mantiene la procedencia del proceso de amparo cuando un despido se base en los motivos prohibidos previstos en el artículo 29º de la LPCL, es decir, aquél despido basado en motivos antisindicales, fundado en el estado de gravedad de la trabajadora, como represalia por un reclamo contra el empleador iniciado por el trabajador, contra un trabajador por la posesión del VIH-SIDA, por su condición de discapacitado, entre otros motivos.

Cabe enfatizar que el Tribunal en pronunciamientos posteriores ha señalado que los trabajadores que ocupen puestos de confianza desde el inicio de su relación laboral poseen estabilidad relativa y tampoco pueden ser repuestos ante un despido sin causa justa¹⁶, ni tampoco aquellos trabajadores que cobren su indemnización por despido arbitrario¹⁷. El personal de confianza podrá ser repuesto, a decir del TC, al cargo previo a

¹³ Es pertinente precisar que el precedente recogido en la sentencia recaída en el Caso Baylón es de vinculación inmediata desde el 23 de diciembre de 2005, por lo que, según el TC, toda demanda que sea presentada y no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

En cuanto a los procesos de amparo en trámite en materia laboral privada a la fecha de entrada en rigor del precedente, el TC ha establecido que los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636 (hoy Ley 29497), observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

¹⁴ Para el TC entonces, el trabajador que sea objeto de un despido incausado o arbitrario, podrá optar, entre recurrir a la vía judicial ordinaria demandando el pago de una indemnización o ante la vía procesal constitucional para su reposición en el puesto de trabajo.

¹⁵ Esto se ve corroborado en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se señala que: "(...) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (...)"

¹⁶ Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

¹⁷ Expediente No. 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

aquél que calificaba como de confianza, situación recientemente modificada por la Corte Suprema como se indicará en las líneas que siguen.

Justamente la Corte Suprema, en su Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral¹⁸, acordó la competencia de los jueces laborales para conocer, en la vía ordinaria laboral, las demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o a un despido fraudulento¹⁹. Este Pleno, contrario a la jurisprudencia del TC, parecía cambiar las reglas de juego pues, para la Corte Suprema, la vía ordinaria es un mecanismo idóneo e igualmente satisfactorio para tutelar al Derecho al Trabajo en los supuestos mencionados, incluyendo al despido nulo, por lo que se esperaba que las demandas de amparo en que se alegue que el cese se encuadraba en alguno de los casos citados debieran ser declaradas improcedentes²⁰.

Recapitulando entonces, no compartimos el criterio de la Corte Suprema de abrir la puerta a la reposición en casos distintos al despido nulo pues la LPCL no los contempla, aunque, si consideramos que la Corte ya tomó postura en ese sentido, el proceso de amparo, para cuestiona un despido deviene en improcedente.

¹⁸ Realizado el 04 y 14 de mayo de 2012, con participación de los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, que resuelven los juicios laborales principalmente en casación.

¹⁹ Discrepamos con la extensión de supuesto de reposición en sede laboral ordinaria efectuada por la Corte Suprema pues contraviene en forma expresa a la LPCL En efecto, como hemos visto, la readmisión en sede laboral únicamente se encuentra normativamente contemplada para los casos en que el despido es declarado nulo (lista taxativa- numerus clausus).

²⁰ Si la Corte Suprema ha fijado dicha posición, lo natural sería que los procesos de amparo sean declarados improcedentes, en tanto el proceso laboral, y en particular el abreviado, se erige como una vía idónea e igualmente satisfactoria para tutelar a la estabilidad laboral.

Lamentablemente el TC insistió y viene insistiendo en resolver procesos de amparo en los que se formulan pretensiones de reposición que pueden ser conocidas en la vía laboral complicando el panorama.

No debemos dejar de advertir que alguna sentencia del TC como la recaída en el expediente No. 3070-2013-PA-TC, el Tribunal parecía enmendar el rumbo, pero posteriormente ha mantenido su vocación de “laboralizar el proceso de amparo” o “amparizar el despido”. El TC en la indicada sentencia señaló que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria al amparo si en un caso concreto se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes elementos:

- Que la estructura del proceso es la idónea para la tutela del derecho.
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada.
- Que no existe riesgo que se produzca irreparabilidad.
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Siendo entonces que la finalidad de los procesos constitucionales es “reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho constitucional” (artículo 1 del Código Procesal Constitucional), el proceso abreviado laboral cuando la reposición se plantea como pretensión principal única asomaría como vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para cuestionar un despido.

A través de posteriores sentencias la Corte Suprema, en más de una ejecutoria ha vuelto a poner sobre el tapete un antiguo criterio jurisprudencial que contemplaba la posibilidad de que el trabajador demande el pago de una indemnización por daños y perjuicios ante un despido arbitrario, en tanto el daño extrapatrimonial no se encuentra adecuadamente reparado con el pago de la indemnización tarifada prevista en el artículo 38 de la LPCL.

Efectivamente, para la Corte Suprema la indemnización por despido arbitrario regulada en la LPCL sólo cubre la pérdida económica del puesto de trabajo, mientras que la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 1321 del Código Civil²¹, sanciona la inejecución de las obligaciones del empleador por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, en este caso el “daño moral”.

A decir de la Corte Suprema, en la Casación No. 139-2014-LA LIBERTAD, al existir una “gran aflicción” o “sufrimiento pasible de indemnización a título de daño moral”, acreditada por el demandante, procederá el pago de una indemnización adicional. De manera similar se resolvió la Casación No.5423-2014-LIMA, previa acreditación de la “conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del ex empleador”

En la Casación No. 699-2015 LIMA se ordenó el pago de la indemnización por daño moral a un Gerente que había previamente ganado judicialmente el abono de la indemnización por despido arbitrario. Para el Tribunal, ya no procedía indemnizar el daño emergente ni el lucro cesante. Equivocadamente se indicó que el despido arbitrario generaba *per se* el daño moral²².

Luego, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, llevado a cabo el 19 de octubre de 2016²³, los Jueces Supremos acordaron que “en los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral”. También se pronunciaron sobre los daños

²¹ Artículo 1321 del Código Civil.- *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

²² Es más, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 7095-2014-Lima ha estimado la pretensión de pago de una indemnización por daños y perjuicios a una trabajadora despedida durante el período de prueba en tanto la empresa demandada motivó su renuncia a un anterior empleo para incorporarse a trabajar en la misma, pero, alegando que se encontraba durante el indicado período, dio por culminado su vínculo laboral. Pronunciamiento a todas luces excesivo.

²³ Con la participación de los Jueces Supremos Integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera y Segunda Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

punitivos como veremos en el acápite siguiente. Cabe señalar que los Vocales acordaron que los daños debían probarse.

Posteriormente, en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional²⁴ nuevamente se reconoció la posibilidad de que el empleador indemnice al trabajador por daños y perjuicios, esta vez para compensar el padecimiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte del trabajador. Notemos que en este Pleno se ratifica la condena por daños punitivos, pero en esta materia.

Como se habrá advertido de lo expuesto en este primer punto de la presente ponencia, no llama la atención que nuestros Magistrados del TC o de la Corte Suprema modifiquen las normas a través de sus pronunciamientos jurisdiccionales. Lo que resulta excesivo es que, a través de un Pleno Jurisdiccional, carente de fuerza vinculante, se haga lo mismo. Esto es lo que ha ocurrido con la incorporación de la noción de daños punitivos en nuestro sistema jurídico. En los siguientes acápites analizaremos brevemente la noción de daños punitivos, propia de la tradición jurídica anglosajona, luego describiremos cómo se incorporaron a nuestro ordenamiento, o al menos lo que se ha pretendido hacer, y finalmente manifestaremos nuestra posición al respecto.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS “DAÑOS PUNITIVOS” O *PUNITIVE DAMAGES*

Los daños punitivos o *punitive damages*, constituyen una institución propia del Derecho Anglosajón, cuya finalidad consiste en castigar o penalizar al causante de un daño. Por daños punitivos se entiende al mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, la cual tiene como fin reparar la violación a los derechos de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. En otras palabras, son las sumas de dinero que las Cortes exigen pagar no con fines indemnizatorios (compensatorios) sino como una sanción²⁵ con fines ejemplarizantes²⁶.

²⁴ Llevado a cabo los días 18 de setiembre y 02 de octubre de 2017, con la participación de los Jueces Supremos Integrantes de la Primera y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

²⁵ Resulta interesante comentar que esta visión de los daños punitivos es la que recoge la mayoría de fallos norteamericanos que a su vez genera diversas críticas. Sin embargo, una segunda manera de definir los daños punitivos es de acuerdo a los conceptos desarrollados por el análisis económico del derecho, como un mecanismo necesario para que en ciertos casos se confirme el rol preventivo de un sistema inicialmente Compensatorio (AZAR DENECKE, José Ignacio. Los Daños Punitivos y sus posibilidades en el Derecho Chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2009).

²⁶ García Matamoros, Laura Victoria, & Herrera Lozano, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o *punitive damages*. Estudios Socio-Jurídicos, 5(1), 211-229. 2003. Último acceso el 26 de setiembre de 2018 desde: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100006&lng=en&tlng=es. p.213

Una definición clásica de los daños punitivos en el Common Law se refiere a que los mismos se conceden al reclamante por encima de la compensación de sus daños con el propósito de castigar al demandado, enseñándole con ello a que no cometa la infracción nuevamente y desincentivando a otros a que sigan su ejemplo²⁷. Constituyen daños extra compensatorios²⁸.

Como finalidades de los daños punitivos se pueden enumerar a las siguientes:

- Punir graves inconductas: Se busca sancionar al trasgresor. Opera como mecanismo indirecto de salvaguardar la paz pública.
- Prevención: Se busca disuadir a otros posibles transgresores con la generación de un temor a la sanción, manteniéndose así el orden en la sociedad.
- Restablecer el equilibrio emocional de la víctima: Se pretende calmar los sentimientos heridos de la víctima²⁹.

La aplicación de los daños punitivos no se efectúa de manera automática, sino que deberá ser solicitada por la parte reclamante³⁰, a diferencia de lo que señalan nuestros magistrados, quienes indican que el Juez los puede fijar de oficio³¹.

La doctrina señala que deben tomarse en cuenta tres aspectos a la hora de decidir la posibilidad de la aplicación de daños punitivos³²:

- (i) **Grave reproche subjetivo:** Existen algunos criterios, uno más estricto que los otros, para determinar los requisitos que se deben cumplir para la procedencia de la aplicación de daños punitivos:
 - a. La concepción dominante de los Estados Unidos señala que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos. Resulta necesario la ocurrencia de algo más que una mera negligencia en la comisión de un daño. Deberán presentarse circunstancias agravantes en el causante del daño, como

²⁷ PROSSER, William Lloyd. The Law of Torts, 4th ed., Lawyer's edition, St. Paul, West. 1971. p. 9. Texto original traducido libremente al castellano: "*Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him no to do again, and of deterring others from following his example*".

²⁸ GOUDKAMP James & KATSAMPOUKA Eleni. Punitive Damages in Action. En: Oxford Business University Blog. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/07/punitive-damages-action>. Último acceso el 26 de setiembre de 2018

²⁹ García Matamoros, op. cit. p.215.

³⁰ La jurisprudencia anglosajona, donde reiteramos existe un gran desarrollo de los daños punitivos, reconoce que los mismos deben ser reclamados por la víctima (Tercer Circuito, Blesser vs. Lancaster County 609 Fsupp 485 (ED Pa. 1985), pero los Vocales en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional como lo veremos los reconocen de oficio, es decir, van más allá de sus pares del Common Law.

³¹ Ver apartado siguiente.

³² García Matamoros, op. cit. p.216.

“temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia”³³.

- b. El criterio más flexible se encuentra en algunos pronunciamientos que permiten la aplicación del año punitivo a agentes causantes que cometan algún abuso en una posición de poder.
- (ii) **Existencia de lesión y daño:** Al considerarse el daño punitivo como una multa de naturaleza privada con fines sancionatorios, éste puede ser reconocido aun cuando la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente. *“La penalidad tasada por el jurado se debe medir teniendo en cuenta la gravedad de la falta, el beneficio obtenido por el dañador, su condición económica y el propósito preventivo”³⁴.*
- (iii) **Inaplicabilidad en materia contractual:** En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual, sin embargo, la jurisprudencia lo ha permitido en forma excepcional si *“ (...) la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio, configurando un tort”³⁵.*

Conviene poner en relieve, que el espíritu de los daños punitivos consiste en evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante o que destruya completamente el futuro financiero del demandado, por lo que es necesario ponderar lo siguiente³⁶:

- La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño.
- La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable.
- El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado.
- La naturaleza de la opresión infringida.
- El bienestar del causante.

Entonces, los daños punitivos son una suerte de plus a la compensación regular que puede recibir la víctima de un daño (daño emergente/lucro cesante/ daño moral) y que tiene su origen en el Derecho Anglosajón. Su importe será determinado por el Juez en cada caso concreto, debiendo ponderar los criterios indicados.

Importante comentar que la noción de daños punitivos no se encuentra exenta de críticas, siendo las más recurrentes las siguientes³⁷:

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ 16 Greenfield, Michael M., Consumers Transactions, The Foundation Press, Westbury, New York, 1991, p. 742

³⁶ García Matamoros, op. cit. p.217.

³⁷ García Matamoros. op. cit. p. 222.

- (i) **Enriquecimiento sin causa:** El daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado.
- (ii) **Seguridad jurídica:** La existencia de normas que pretenden regular la vida en sociedad de manera integral busca, entre otros efectos, generar seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones, lo cual se pone en duda si el juez tiene la posibilidad de actuar a su discreción fijando indemnizaciones por daños y ahora daños punitivos.
- (iii) **Arbitrariedad** en la decisión judicial para fijar el monto, pues si bien se establece un tope, el monto menor al mismo se fija con total discreción por parte del Juez.

En el siguiente punto explicaremos cómo esta institución del Derecho Anglosajón se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico.

III. INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

La noción de daños punitivos en nuestro país no proviene de alguna norma jurídica sino de nuestra jurisprudencia, la cual a través de Plenos Jurisdiccionales Supremos los ha incorporado.

Esta medida resulta por lo demás polémica pues no ha existido un pronunciamiento jurisprudencial en tanto los Plenos Jurisdiccionales no constituyen jurisprudencia, ni mucho menos poseen carácter vinculante, al menos no desde un punto de vista jurídico. Al tratarse de una decisión de la Corte Suprema, el efecto práctico es que lo sean.

Podemos entender a los Plenos Jurisdiccionales como *“foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial”*³⁸.

La base legal que sustenta dichos foros de reflexión la encontramos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone que *“los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”*.

Vemos que la norma señala que la finalidad de los plenos es concordar jurisprudencia. No dudamos que lo resuelto por un Pleno debería ser seguido por los

³⁸ Tomado de:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/. Acceso el 30 de setiembre de 2018.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Jueces de inferior jerarquía, pese a que técnicamente no se trata de pronunciamientos vinculantes. Sin embargo, resulta excesivo que a través de Plenos Jurisdiccionales se incorpore una categoría no contemplada en nuestro ordenamiento como son los daños punitivos.

Repasemos los Plenos Jurisdiccionales en los que se introdujo esta categoría al litigio laboral.

a. V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional: daños punitivos en caso de despido fraudulento o incausado

Este Pleno de la Corte Suprema se pronunció sobre la pertinencia del pago de daños punitivos por parte del empleador.

En efecto, los Jueces Supremos sostuvieron que los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadirlo, así como a otros posibles infractores de repetir la misma acción. Se trata de una sanción.

Constituye, de acuerdo con los Vocales Supremos, una suma por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, otorgándose en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima, aplicándose entonces solamente *“al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador”*.

En cuanto a su cálculo, se fija como monto máximo una suma equivalente a la dejada de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado el demandante a pertenecer por mandato de ley.

b. VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional: daños punitivos en caso de accidente de trabajo

En este Pleno se acordó que el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.

Asimismo, en caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto.

De una revisión de ambos acuerdos plenarios advertimos lo siguiente:

- Los Jueces se adhieren a la teoría clásica de los daños punitivos, al señalar que su objetivo es castigar (sancionar) al agente productor del daño.
- También se considera su finalidad preventiva (“castigo a otros posibles infractores”).
- Se condiciona la procedencia de los daños punitivos al hecho que el acto generador se ha encontrado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima. Este acto se derivará de un despido incausado o fraudulento o de la ocurrencia de un accidente de trabajo.
- Su otorgamiento se encuentra condicionado al reconocimiento de un monto indemnizatorio al demandante, por daños y perjuicios.
- Tratándose de los daños punitivos derivados de un despido incausado o fraudulento, el Pleno coloca un tope indemnizatorio equivalente a la suma dejada de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.
- En cambio si los daños se derivan de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el monto debe fijarse por el Juez de manera con prudencia.

La Corte Suprema sustenta la nueva regulación en “una aplicación extensiva de los daños morales”, al ser accesorios a aquellos.

Lo que viene son nuestros comentarios a este criterio incorporado por la Corte Suprema.

IV. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS POR EL PLENO JURISDICCIONAL

(i) El resarcimiento del daño en nuestro ordenamiento no tiene como propósito fundamental sancionar a quien lo causa

Para entender la noción de daño punitivo, es relevante aclarar qué se entiende por daño en nuestro ordenamiento y cuáles son las maneras válidas de repararlo.

La doctrina especializada define al daño, desde una perspectiva jurídica, como la lesión que recibe una persona por dolo o culpa de otro, en un bien jurídico que le pertenece. Tal lesión genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien,

es decir, de la utilidad que le producía, cualquiera fuese su naturaleza³⁹. Existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral.

El daño material o patrimonial, nos dice Osterling⁴⁰, es aquél menoscabo que experimenta una persona. Aquél recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, o indirectamente como consecuencia de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

Añade el autor⁴¹ que la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero *“la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto”*. La indemnización debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

Sin embargo, el daño no solamente es patrimonial, pues la persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales⁴². Esto se conoce como daño moral, el cual, conviene aclarar, también puede ser padecido por las personas jurídicas.

Entonces, tenemos daños patrimoniales y extrapatrimoniales que pueden ser causados y que, sin duda deben ser reparados a través de una indemnización. En este punto resulta importante precisar que el daño moral en puridad es irreparable. A manera de ejemplo, *“si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia”*⁴³.

La regla como sabemos es que nadie está facultado jurídicamente para causar un daño a otro. La transgresión de dicha regla genera la obligación de reparar los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación contraída previamente (responsabilidad civil contractual), o *“que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual)”*⁴⁴.

39

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p.373.

⁴⁰OSTERLING PARODI, Felipe. Indemnización por daño moral. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

⁴¹Ibidem.

⁴²MILLÁN PUELLES, Antonio, Persona Humana y Justicia Social. Segunda Edición, Ediciones Rialp, S.A, Madrid, p. 20.

⁴³OSTERLING, Indemnización por daño moral, loc cit. p.8.

⁴⁴Ibidem, p.11

Vemos entonces que, de acuerdo a la doctrina, ante un daño (sea patrimonial o extrapatrimonial) se genera la obligación de resarcirlo, a través de una indemnización, la misma que tiene naturaleza compensatoria no punitiva.

Tratándose de inexecución de obligaciones, como lo sería el caso de un despido o la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se debe resarcir de manera integral de la víctima tanto por daños patrimoniales como extrapatrimoniales⁴⁵. Dicha compensación corresponde a los daños ocasionados y probados por la víctima, con el fin de resarcir el malestar causado como consecuencia del daño producido. Se busca indemnizar a las víctimas y ponerlas en la posición en que se encontraban antes de la ocurrencia del daño, ni mejor, ni peor.

En esa línea, *“tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito”*⁴⁶.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que en la doctrina podemos encontrar una posición mixta, la cual señala que la indemnización del daño moral puede revestir un doble carácter: (i) resarcitorio para la víctima y (ii) de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye⁴⁷.

Entre los autores nacionales, Espinoza⁴⁸ clasifica las funciones de la responsabilidad civil en satisfactiva (respecto a la víctima) sancionadora (en relación al agresor) y disuasiva o incentivadora de actividades (respecto a la sociedad). Esta visión, al igual que lo afirmado en el párrafo previo, tampoco apunta a generar una indemnización

⁴⁵ Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Artículo 1321.- *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Indemnización por daño moral

Artículo 1322.- *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.*

⁴⁶ ORGAZ, Alfredo. El Daño Resarcible, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1960 pp. 230 y 231.

⁴⁷ OSTERLING, loc.cit.

⁴⁸ ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, 2005 p. 50.

adicional, sino que otorga este carácter sancionador a la propia indemnización por daño moral.

Entonces, podemos concluir que la posición más coherente con la obligación de reparar los daños que se ocasionen es considerar que la indemnización por daños ejerce una función primordialmente compensatoria de la víctima, y que en forma accesoria sanciona al agresor y disuade a la colectividad de incurrir en tales prácticas. Pero ello no supone disponer el pago de una indemnización adicional por parte de un Juez que conozca de este tipo de casos.

Nuestro ordenamiento jurídico se adscribe a la posición compensatoria de la indemnización por daños y así lo reconoce Castillo al afirmar que, “(...) *salvo en materia de cláusulas penales, las indemnizaciones no tienen —dentro del Derecho Nacional— otra finalidad que la resarcitoria. Es decir, dentro del Derecho Nacional, no cabe pensar en una indemnización de carácter punitivo, o que tuviera finalidad distinta a la de tratar de compensar al perjudicado por los daños y perjuicios sufridos, con un monto indemnizatorio que revierta su situación patrimonial o moral. Ello, salvo que estuviésemos hablando de una indemnización derivada de una cláusula penal, en donde el monto indemnizatorio, además de cumplir una eventual función resarcitoria, sin duda podría tener una función punitiva, o una función disuasiva o incluso una función conminatoria. Es más, cuando hablamos de una indemnización objeto de una cláusula penal, podríamos llegar al extremo de que esa indemnización no resarza, en estricto, ningún daño ni ningún perjuicio, por la sencilla razón de que no se haya producido daño o perjuicio alguno*⁴⁹ (...)” (subrayado nuestro).

En conclusión, si nuestro ordenamiento jurídico no contempla al daño como castigo, resulta equivocado incorporar una categoría punitiva o sancionadora del agente agresor. Ello es incompatible con nuestra tradición jurídica.

Y, si en algún momento se tomase la decisión de efectuar tal incorporación, se requeriría por lo menos una norma con rango legal que de manera expresa lo haga.

(ii) La incorporación de los daños punitivos en nuestro sistema a través de un Pleno Jurisdiccional es inconstitucional: Infringe Principio de Legalidad, debido proceso, así como la separación de poderes

La determinación de los daños punitivos es inconstitucional pues quiebra el Principio de Legalidad penal reconocido en la Constitución de 1993.

⁴⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. Valoración del daño. Alcances del artículo 1332 del Código Civil. p.3. En: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/valoracion_del_dano_alcances_del_articulo_1332.pdf. Último acceso el 28 de setiembre de 2016.

En efecto, la Constitución, en su artículo 2 inciso 24 literal d señala que, “*d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*” (subrayado nuestro).

Esto supone que debe existir una norma con rango de ley que establezca la pena, el castigo, no siendo admisible su determinación a partir de un pronunciamiento de nuestros Magistrados Supremos.

Al respecto, Muñoz Conde señala que al principio de legalidad también se le puede denominar como el de intervención legalizada en tanto constituye un límite al poder punitivo estatal, pues se impone una obligación al Estado de intervenir en temas penales empleando únicamente como instrumento a la ley⁵⁰.

Sobre el Principio de Legalidad, el TC en el expediente No. 2758-2004-HC/TC ha señalado que: “(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (...)” (subrayado nuestro).

Entonces, incorporar una sanción a través de una decisión judicial, que inclusive no constituye jurisprudencia pues no resuelve un caso concreto, infringe nuestra Constitución al atentar no solamente contra el Principio de Legalidad sino también contra el debido proceso de la parte demandada, en este caso el empleador.

Si el Pleno, está fijando de manera inconstitucional una sanción, consideramos que se condena a aquellos fallos que sigan este criterio a su nulidad.

Otro vicio de inconstitucionalidad que detectamos es que al disponer el pago de daños punitivos los Jueces están regulando al crear esta nueva pena cuando esa no es su función sino del Poder Legislativo o del Ejecutivo, pero de manera delegada.

La potestad normativa supone la facultad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas. El Poder Judicial tiene potestad normativa negativa (deroga normas de nivel reglamentario a través de la acción popular) con eficacia erga omnes y potestad normativa positiva con eficacia restringida (directivas y reglamentos internos), aunque estos últimos más que normas califican como actos administrativos.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, BOSCH Casa Editorial S.A., Barcelona 1975, pp.79 y 80.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La potestad de dictar normas de carácter general es atributo del Congreso de la República. Si bien no es exclusiva porque el Presidente de la República está facultado para emitir normas a través de Decretos Legislativos o Decretos de Urgencia, sus decisiones se encuentran sometidas a la aprobación del Congreso. Los Jueces no pueden emitir normas, mucho menos a través de un Pleno Jurisdiccional que no es vinculante.

(iii) Nuestro sistema de reparación de daños derivados del despido que considera a la indemnización legal como mecanismo de reparación es acorde con la Constitución por lo que no cabe considerar una indemnización por daños punitivos

Con la entrada en vigencia de la Ley No. 26513 el año 1995, y antes en forma incipiente con el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo, contando además con el respaldo constitucional a partir del texto de 1993, el sistema de protección contra el despido arbitrario contemplado en el ordenamiento laboral peruano pasa a privilegiar al pago de una suma dineraria como reparación ante un despido arbitrario frente a la readmisión en el empleo.

Previamente, la vigente Ley No. 24514 recogía un esquema de reparación contra el despido arbitrario que trasladaba al trabajador afectado la potestad de decidir si optaba por la reposición o por el pago de una indemnización especial, más, en ambos casos, las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo en que se encontró despedido.

La Ley de Fomento del Empleo (LFE) en su versión original mantuvo el sistema de protección anotado hasta que fuera modificada por la Ley 26513, la cual estableció que la indemnización por despido arbitrario tarifada era la única reparación contra el despido arbitrario. Esta versión de la LFE es la que se mantiene en la actualidad, pero recogida en la LPCL.

En efecto, los artículos 34^o y 38^o de la LPCL disponen que si el despido no se basa en causa justa (incausado) o el empleador no puede demostrarla ante un cuestionamiento judicial por parte del trabajador (injustificado), éste tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, **como única reparación**. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda.

Excepcionalmente, de lesionarse algún derecho constitucional, como la libertad sindical, o la igualdad, de acuerdo a las causales taxativas establecidas en el artículo 29^o de la LPCL⁵¹, el trabajador podrá demandar la nulidad de su despido. De ampararse su

⁵¹ Estas causales son:

a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.

b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad

demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización señalada en el artículo 38 de la LPCL. Adicionalmente, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes, así como los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, con sus intereses. (Artículos 34º segundo párrafo y 40º de la LPCL).

En nuestra opinión, el modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL no resulta contrario a nuestra Constitución⁵² pese a admitir al despido incausado pues lo sanciona con una indemnización. Para la LPCL la tutela es resarcitoria ante un despido incausado y restitutoria tratándose del despido nulo.

Advirtamos que la indemnización como reparación contra el despido injustificado o incausado guarda coherencia con el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7 textualmente señala que, “(...) d) (...) *En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional (...)*”. (subrayado es nuestro).

Inclusive, el Convenio No. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, no ratificado por nuestro país pero que posee condición de recomendación, contempla en el artículo 10 a la indemnización como reparación ante un despido injustificado, señalando textualmente que, “(...) *los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán **la facultad de***

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 de la LPCL, es decir, la injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores).

d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

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.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 6º de la Ley Nº 26626, es nulo el despido laboral cuando la causa es que el trabajador sea portador del VIH /SIDA.

⁵² La Constitución de 1993 señala en su artículo 27 que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta disposición recoge un “derecho de configuración legal”, es decir, existe una remisión al legislador para que éste sea quien determine cuál es el nivel adecuado de protección contra el despido.

ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (...). (énfasis nuestro).

En esa medida, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993⁵³ puede entenderse que el derecho a la adecuada protección contra el despido previsto en su artículo 27 comprende a la indemnización como reparación ante el mismo (eficacia resarcitoria).

Esta indemnización tiene como finalidad resarcir al trabajador por aquellos daños derivados de la extinción de su vínculo laboral de manera no tolerada por nuestro ordenamiento⁵⁴. En nuestra opinión incluye todo daño, por lo que no cabe plantear una indemnización por daño emergente o lucro cesante ni mucho menos daño moral. Huelga decir que en este esquema el pago de una compensación por daños punitivos es impensable.

Lamentablemente, nuestra judicatura, tanto constitucional como laboral, se ha apartado de este criterio, generando nuevas fórmulas que generan innecesaria inseguridad jurídica.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo a la información contenida en el Reporte Global de Competitividad del World Economic Forum 2017-2018⁵⁵ el Perú ha caído al puesto 72 (del 67) en el índice de competitividad respecto a 137 países. La regulación laboral restrictiva es considerada como uno de los factores que complican la realización de negocios en nuestro país⁵⁶.

Uno de los pilares que soporta dicha medición es el denominado “eficiencia del mercado laboral”, dentro del cual se evalúan las prácticas de contratación y despido, ubicándonos en el puesto 129 de 137 países, en este aspecto.

Si aterrizamos este indicador y su resultado en nuestra realidad veremos que la mala práctica (por lo menos en términos de competitividad) en materia de despido no es gratuita, pues no en todos los casos obedece a un desconocimiento o deficiente asesoría legal que recibe el empresario. En nuestra opinión, el marco jurídico que se aplica a la decisión de despido influye enormemente y, como sabemos, en nuestro país no existe predictibilidad ni mucho menos flexibilidad.

⁵³ Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁵⁴ Vid. Cas. Lab. 3002-2012-Junín.

⁵⁵ El reporte completo puede revisarse en: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>. Acceso el 30 de setiembre de 2018.

⁵⁶ Fuente: World Economic Forum, encuesta de opinión ejecutiva, 2017.

Como se ha visto en la introducción de este trabajo, existe una multiplicidad de consecuencias legales para el empleador que puede ocasionar un despido y que no se derivan de una regla jurídica clara sino de la opinión de la judicatura, que inclusive a partir de sus pronunciamientos han modificado a la normativa. Lamentablemente algunos jueces no se ponen en el lugar del empleador al momento de resolver y emiten pronunciamientos alejados de la realidad que justamente incentivan la contratación precaria (no laboral, laboral con menos derechos o temporal no causal) y el endurecimiento en las relaciones laborales (más sanciones, menos tolerancia a la comisión de faltas).

La indemnización por daños punitivos “legislada” en Plenos Jurisdiccionales contribuye a ese puesto 129 y sin duda desincentiva la inversión, la cual es fundamental para generar empleo. No entendemos las razones por las que se importó una figura del Derecho Anglosajón sin mayor análisis.

Si la finalidad es castigar al agresor, esa no era la vía. Nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil no acoge dicha finalidad, por lo que la decisión judicial se equivoca. Los Plenos Jurisdiccionales al recoger la noción de daños punitivos, generan una infracción constitucional pues quiebran el Principio de Legalidad, debido proceso y separación de poderes.

Inclusive los daños punitivos tampoco están exentos de cuestionamientos en el *Common Law*, pues se critica la generación de enriquecimiento indebido en la víctima, su atentado contra la seguridad jurídica y la arbitrariedad. Vemos que la teoría que se ha importado no carece de detractores.

¿Qué es lo que puede ocurrir para que el criterio varíe? Resulta difícil que los Jueces Supremos modifiquen su acuerdo plenario, pero nada impide que los Jueces de menor jerarquía se aparten del mismo, justificando su decisión y que, eventualmente un caso de este tipo llegue al Tribunal Constitucional (TC), el cual podría sentar un criterio jurisprudencial distinto. A la fecha todas son especulaciones, lo que resulta concreto es el efecto que este tipo de acuerdos tiene sobre quienes apuestan por invertir en nuestro país, pues el panorama se complica.

Finalmente, y a diferencia de lo que esperan quien emiten pronunciamientos o criterios judiciales como los señalados en este trabajo, creemos que su contenido no incentiva a los empleadores a contratar a su personal en forma indeterminada. El efecto es el contrario. Si es más complicado despedir, en vez de contratar de manera indeterminada, el empleador preferirá saturar el mercado con contratos temporales, intermediación, tercerización, honorarios profesionales, etc., en vez de emplear contratos indeterminados pues en razón a la enorme cantidad de sentencias emitidas a la fecha, es sumamente complejo dar por terminada su relación laboral.