

APUNTES SOBRE EL FALLIDO INTENTO DE INCORPORACIÓN DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE RELACIONES LABORALES POR LOS PLENOS JURISDICCIONALES SUPREMOS

HÉCTOR CAMPOS GARCÍA^(*)

En el artículo se analiza la forma en que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha incorporado la categoría de los “daños punitivos”. Se afirma que no se ha llegado a reconocer a los *punitive damages* del sistema anglosajón debido; por un lado, a la inadecuada vía de reconocimiento de esta *indemnización punitiva* ya que a través de un Pleno Jurisdiccional se está desarrollando labor legislativa; y, por otro lado, a los defectos estructurales del diseño de los “daños punitivos” que difieren de las características tipificantes de los *punitive damages*. Asimismo, se aborda la problemática de la función punitiva de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano y el rol que cumple la indemnización de daño moral como eventual justificativo de los “daños punitivos”.

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento peruano no ha reconocido la aplicación de los *punitive damages* (de origen en el *common law*) en la provincia de la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales.

Si bien la Corte Suprema, tanto en el V como en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante, los Plenos), ha reconocido la posibilidad de imponer al empleador, bajo ciertas circunstancias, “daños punitivos” (sic); dicha alusión es meramente nominal y retórica ya que no implica el reconocimiento de la

^(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Asociado de Linares Abogados (Área de Prevención y Solución de Conflictos). Contacto: hcampos@linaresabogados.com.pe

procedencia de *punitive damages* en la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales.

Por el contrario, la Corte Suprema ha terminado fijando, de forma ilegítima, la posibilidad de que los magistrados especializados en temas laborales impongan multas civiles pecuniarias (que por su vinculación al daño denominaré como *indemnizaciones punitivas*) contraviniendo con ello no solo el principio de separación de poderes, sino también el principio de legalidad.

Mi hipótesis de trabajo es que la anómala regulación del “daño punitivo” (en su origen, en su diseño y en los efectos perniciosos que generan a la tutela del trabajador frente al despido o accidentes laborales) se ha debido a un inadecuado manejo de conceptos, funciones y metodología que son propios de la responsabilidad civil, como mecanismo de tutela jurídica sustancial.

En ese sentido el objetivo del presente trabajo consiste en evidenciar que un adecuado manejo de las categorías de la responsabilidad civil hubiese evitado que se recurra a la categoría de los “daños punitivos”; asimismo, demostrar la forma ilegítima con la que se pretende reconocer eficacia a los “daños punitivos” y los efectos nocivos que dicho intento genera en la tutela de los daños de los trabajadores; y, por último, mostrar las nulas posibilidades de que lo expresado en los Plenos pueda servir de insumo para que, en un futuro, se debata respecto del mejor mecanismo para incorporar, si es que se decide hacerlo, a los *punitive damages* en el ordenamiento peruano.

Para cumplir dichos objetivos he dividido el presente trabajo en cuatro secciones. En primer lugar, abordaré lo que considero ha sido lo que originó la necesidad de que la Corte Suprema recurra a los “daños punitivos”: la equiparación entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas en los casos de despidos incausados y fraudulentos. En segundo lugar, demostraré que la vía que se ha empleado, a través de Plenos Jurisdiccional emitidos por la Corte Suprema, para establecer la posibilidad de imponer “daños punitivos” al empleador es ilegítima en el ordenamiento peruano.

En tercer lugar, determinaré que la justificación material a la que ha recurrido la Corte Suprema para pretender reconocerle legalidad a los “daños punitivos”, esto es la función punitiva del daño moral, no solo es inexacta, sino insuficiente si se quiere regular a los *punitive damages* en el ordenamiento peruano. Finalmente, analizaré las características estructurales que los Plenos le han asignado a los “daños punitivos” (sic) y las contrastaré con las que normalmente suelen asignarse a los *punitives damages* para terminar de evidenciar que en nuestro ordenamiento, aquello que se ha incorporado dista del reconocimiento de los *punitive damages*.

En el presente trabajo, antes que una crítica general a la admisión de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano, lo que esbozo es una crítica frontal a la forma como se ha querido darle carta de ciudadanía a los “daños punitivos” en la jurisprudencia

peruana. Por ello, a pesar de que los Plenos no son vinculantes, de forma transversal a lo largo del texto desarrollo argumentos que puedan servir de sustento a los magistrados laborales para que no se vean en la necesidad de aplicar los criterios de los Plenos en la solución de casos concretos o que les permitan dejarlos de lado dada su manifiesta ilegitimidad.

II. EL PERNICIOSO TRATAMIENTO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS COMO LUCRO CESANTE DERIVADO DEL DESPIDO (INCAUSADO Y FRAUDULENTO) COMO CAUSA DEL RECONOCIMIENTO DEL “DAÑO PUNITIVO”

Para comprender cuáles son los efectos que pretenden desencadenar los Plenos, en materia de responsabilidad civil en el contexto de relaciones laborales, es necesario tener claramente definida la situación existente previa a la emisión de los mismos.

En primer lugar, debo anotar que junto con el despido nulo¹ y despido arbitrario², previstos legislativamente; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

¹ **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 29º.-** Es nulo el despido que tenga por motivo:

- 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;
- 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 25º;
- 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 (noventa) 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 previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

² **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 34º.-** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

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 38º

reconoció, en la solución de casos concretos, dos tipos de despidos adicionales³: el despido incausado⁴ y el despido fraudulento⁵.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la regulación del despido incausado y fraudulento se encuentra, naturalmente, ausente; lo que ha determinado que la Corte Suprema a través de Plenos Jurisdiccionales, de una forma muy cuestionable al no contar con prerrogativas legislativas, termine integrando la regulación normativa aplicable a aquellos tipos de despido.

En tercer lugar, hay que reparar en la regulación normativa aplicable a cada tipo de despido.

Por un lado, el despido nulo⁶ genera dos consecuencias a nivel del derecho material⁷: (i) la reposición del trabajador en el centro de labores; con el correspondiente reconocimiento del pago de las remuneraciones devengadas durante todo el tiempo que duró el despido; o, según lo que indica la Corte Suprema, (ii) el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del despido.

³ Muestran un panorama completo de la evolución del despido a nivel jurisprudencial y legislativo peruano: BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, 3 ed., Jurista, Lima, 2013, pp. 473-553; ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra, 2008, pp. 542-549; NEVES MUJICA, Javier, “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *Themis*, n. 67, 2015, pp. 227-232. Para un revisión en perspectiva histórica en el Perú es de consulta VINATEA RECOBA, Luis, “La impugnación del despido en la Ley de Fomento del Empleo”, In *Themis*, n. 27-28, 1994, pp. 79-84.

⁴ De conformidad con la STC N° 976-2001-AA/TC, se señaló que en el despido incasado: “(...) se despido al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (FJ 15, b).

⁵ Siempre de conformidad con la STC N° 976-2001-AA/TC, se señaló que en el despido fraudulento: “Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asiismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad (...) o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (...) o mediante la fabricación de pruebas” (FJ 15 c).

⁶ En general, respecto del despido nulo, puede consultarse: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Carole, NEYRA SALAZAR, “Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo”, *Ius et Veritas*, n. 52, 2016, pp. 232-257.

⁷ Expone con detalle la “eficacia reparadora” del depido nulo: BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, Ob. Cit., pp. 414-446, quien reconoce como requisitos de la reposición del trabajador a los siguientes: reincorporación en el trabajo sin afectar su categoría anterior, el mantenimiento de su nivel remunerativo, el pago de remuneraciones devengadas y el reconocimiento del tiempo de servicios y depósitos de la compensación por tiempos de servicios.

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

Por el contrario, si bien en el caso del despido incausado y fraudulento, se ha admitido jurisprudencialmente, que cabe la reposición del trabajador en el centro de labores⁸ y aspectos referidos al trámite procesal⁹; no había una posición uniforme respecto de la procedencia en el pago de las remuneraciones devengadas¹⁰, oscilando las posiciones entre aquellas que admitían su pago y otras que la negaban, pero que las reconducían a una indemnización de daños.

Dado el escenario en el que se encontraba el tratamiento de las consecuencias jurídicas materiales derivadas del despido incausado y fraudulento es que, en concreto, se consideró como uno de los tópicos a tratarse en el V Pleno el siguiente: determinar si el trabajador que ha sufrido un despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de remuneraciones devengadas por el período no laborado.

Entonces, ante la disyuntiva de saber si procedía o no el pago de remuneraciones devengadas en el despido incausado y fraudulento, mediante Acuerdo Plenario, establecido en mayoría, se arribó a la siguiente conclusión:

“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.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas. (...)” (el énfasis es añadido).

Desde mi punto de vista, la equívoca identificación entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas es lo que ha originado, realmente, el problema (y con ello la

⁸ En el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, de fecha 4 y 14 de mayo de 2012, se acordó que: “Los jueces de trabajo en los procesos laborales (...) están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo”. Sobre el particular, TOLEDO TORIBIO, Omar, “Reposición por despido incausado y fraudulento”, *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, mayo, 2012, pp. 4-6.

⁹ Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar, “Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento, y la problemática de la competencia del Juzgado de Paz Letrado, al influjo del II Pleno Jurisdiccional Supremos en materia laboral 2014”, In *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2015, pp. 209-239.

¹⁰ Nuevamente, BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, Ob. Cit., pp. 556-561 nos brinda un panorama respecto de las diferentes posiciones sobre el particular e identifica tres momentos: (i) la posición contraria al pago de remuneraciones devengadas en la jurisprudencia constitucional; (ii) la posición favorable al pago de las remuneraciones devengadas en el criterio de la Corte Suprema; y, (iii) la variación de posición en la jurisprudencia de la Corte Suprema hacia la negativa del pago de las remuneraciones devengadas.

aparente necesidad) de pretender la incorporación de “daños punitivos” en las relaciones laborales en el ordenamiento peruano. Veamos esto con mayor detalle.

II.1 Las remuneraciones devengadas no constituyen el lucro cesante derivado del despido (incausado y fraudulento)

El V Pleno ha cometido el error de equiparar el lucro cesante derivado del despido incausado y fraudulento con las remuneraciones devengadas dejadas de percibir por el período no laborado.

En específico, en la justificación del Acuerdo Plenario, se ha indicado lo siguiente:

“La ausencia de pago de remuneraciones es un hecho evidente y por tanto un daño cierto, que podría ser calificado como lucro cesante, de manera que el monto de dichas remuneraciones pueda servir como un indicador de cálculo del monto de la indemnización, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos como consecuencia del despido”.

En este extremo se debe ser enfático: las remuneraciones dejadas de percibir no constituyen el lucro cesante derivado ni del despido incausado, ni del despido fraudulento (y de ninguno de los tipos de despidos existentes en la regulación laboral peruana).

La razón de la afirmación precedente es simple: el lucro cesante, conceptualmente, no está constituido por la ganancia dejada de percibir; ya que es el rédito o utilidad que, normalmente, ingresaría al patrimonio de la víctima, pero que como consecuencia del daño no se llegará a percibir¹¹.

¹¹ Esto es pacífico en la doctrina civilista peruana: OSTERLING PARODI, Felipe, “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, *Themis*, n. 26, 1968, p. 95, quien expresamente define el lucro cesante como “utilidad dejada de percibir”; REY DE CASTRO, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico práctico del Derecho nacional y comparado*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972, p. 325 quien refiere al lucro frustrado como aquel beneficio que le ha sido privado a la víctima como consecuencia, por ejemplo, de un incumplimiento de contrato; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, vol. IV, t. II, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 37: “El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino”, siendo que más adelante precisa que el lucro cesante se refiere al “margen de ganancia (no al ingreso bruto)” (p. 38) o a la “renta efectiva” (p. 41); TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*, Grijley, Lima, 2013, p. 73 señala que el lucro cesante es “la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir”; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 301: “Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del

En otros términos, el lucro cesante es el resultado de la liquidación a realizarse entre el ingreso esperado dejado de percibir y los costes (fijos y variables) necesarios para poder obtener dichos ingresos dentro de un horizonte determinado de tiempo determinado.

Entonces si es tan clara la noción de lucro cesante, ¿bajo qué razones la Corte Suprema considera que las remuneraciones dejadas de percibir constituyen el lucro cesante derivado del despido (incausado o fraudulento)? Básicamente fueron dos los argumentos.

Por un lado, la inexistencia de una disposición normativa legal que determine que en los casos de despido incausado o fraudulento persista la relación laboral o que el trabajador tenga derecho al pago de remuneraciones; y, por otro lado, el reconocimiento de que la ausencia de pago de remuneraciones es un daño cierto que sufre el trabajador como consecuencia del despido (incausado o fraudulento).

Respecto del primer argumento (inexistencia de disposición normativa que habilite el pago de remuneraciones devengadas) es expresa la comparación (y, aparentemente, la necesidad de equiparación) entre el régimen establecido para el despido nulo (que sí tiene una disposición expresa que autoriza el pago de las remuneraciones devengadas a favor del trabajador¹²) y las consecuencias jurídicas que le deberían corresponder al despido incausado o fraudulento.

dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado”; LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo*, Academia de la Magistratura, Lima, 2016, pp. 60-61, establece con toda claridad la diferenciación entre lucro e ingreso: “Lucro”, como es evidente, no equivale a “ingreso”. El “lucro” es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso. “Lucro” es sinónimo de “rédito” o “utilidad”. Si se resarce con el “ingreso”, se incurre en el error de considerar que dicho “ingreso” se produce inevitablemente para el damnificado, sin necesidad de que éste contribuya a generarlo (mediante su trabajo, por ejemplo); FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”, In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 137: “Lucro cesante: Representado por la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el evento dañoso. El lucro cesante, entonces, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño evento, pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso”.

¹² **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 40º.-** Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, 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

Sobre el particular, me llama la atención que la Corte Suprema haya negado la procedencia de las remuneraciones devengadas en los despidos incausados o fraudulentos, básicamente, porque constató la ausencia de una disposición normativa expresa similar a la que existe para el despido nulo.

Y es que, a primera impresión, desde la perspectiva del Derecho Civil, el pago de remuneraciones devengadas en el despido nulo se justificaría en que aquello es una lógica consecuencia de todo acto ineficaz, en donde la ineficacia tenga efectos retroactivos; esto es: la necesidad de “reintegrar”¹³ la situación jurídica de las partes afectadas por dicho acto a la situación en la que se encontraban al momento previo de su realización, lo cual, en el caso del despido nulo (como sucedería si una resolución contractual se considerase como ineficaz), se manifiesta en considerar que la relación jurídica laboral nunca fue extinguida¹⁴ (**tesis de los efectos retroactivos del acto ineficaz**).

procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

¹³ En esta ocasión estoy empleando el término “reintegrar” en una noción amplia, simplemente para significar que como consecuencia del acto ineficaz es posible que se deriven tanto prestaciones de hacer como de no de hacer que permitan colocar a las partes en la situación que estaban antes de que el acto se haya celebrado. No obstante, en doctrina se suele manejar una noción mucho más restringida del término “reintegrar”. Para una aproximación a la diferenciación entre la tutela reintegrativa, tutela restitutoria y la tutela reparadora, se puede consultar: TAPIA GUTIÉRREZ, Paloma, *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 123-153.

¹⁴ En ese sentido se pronuncia un sector de la doctrina laboral peruana; así por ejemplo: QUISPE MONTESINOS, Carlos Alberto, “El pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición ordenada en un proceso de amparo”, *Foro Jurídico*, n. 6, 2006, pp. 41-45; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Ob. cit., pp. 434-435: “En este caso, es decir la nulidad del despido, la falta de prestación de sus servicios por el trabajador, no libera al empleador de cumplir con su contraprestación, como es regla indiscutible en los contratos con prestaciones recíprocas (C. Civ. Art. 1426), y, entre estos, el contrato de trabajo, toda vez que se considera que el acto extintivo del empleador está viciado de ilegalidad *ab origine*, por lo que carece de eficacia jurídica para disolver la relación laboral. Por ello, sería incoherente, que la reposición del trabajador no estuviera acompañada del pago de remuneraciones devengadas durante su ausencia” (p. 435); ARCE ORTIZ, Elmer, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Ubi lex asesores, Lima, 2015, pp. 236-237: “Situación ésta que, lógicamente, por lo demás, viene a revelar la naturaleza estrictamente salarial de esta obligación dineraria. En consecuencia, debe quedar claro que los salarios dejados de percibir en el sentido del artículo 40LPCL, no tiene carácter resarcitorio, sino (...) de conceptos salariales vinculados a la declaración de subsistencia del contrato de trabajo en sus propios términos originarios”. Esta también fue la posición del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni ARIAS LAZARTE, quien emitió un voto en minoría en el V Pleno justificando su posición en lo siguiente: “No debe soslayarse que mediante la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, en los casos de despidos incausados o fraudulentos, se restablece automáticamente el vínculo laboral como si éste nunca se hubiere interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha caído pronunciamiento es el acto mismo del despido, no

Bajo esta lógica, en tanto el despido (incausado o fraudulento) es también un acto que no puede producir la consecuencia jurídica de extinción del vínculo laboral (ineficaz), por ser lesivo de derechos constitucionales, entonces no solo se justificaría la reposición al centro laboral, sino que resultaría natural que también proceda el pago de las remuneraciones devengadas, como parte del efecto “reintegrativo” del acto ineficaz; todo ello, claro está, en el marco del proceso laboral. Si bien frente a esto se podría oponer el hecho de que en tanto la prestación laboral no ha sido efectivamente prestada, no corresponde el pago de la contraprestación, debemos recordar que nos encontramos ante una consecuencia jurídica de la ineficacia del acto de despido y no ante la determinación, típicamente conmutativa, de la remuneración. En este caso, independientemente del efecto reintegrativo, será posible reclamar una suma, a título de resarcimiento, en caso se hayan sufrido daños efectivamente acreditados por el trabajador.

Sin embargo, la Corte Suprema no coincide con el razonamiento expuesto.

Antes bien, al sustentar el pago de remuneraciones devengadas derivadas del despido nulo; por un lado, en el “mandato legal” del art. 40 de Ley de Productividad y Competitividad Laboral y; por otro lado, en el hecho que sería una ficción jurídica considerar que se ha producido el desarrollo de la labor efectiva de trabajo en el período entre el despido y la reposición; la Corte Suprema aleja a las remuneraciones devengadas de su carácter “reintegrativo” vinculado a la ineficacia del despido; y lo quiere conducir, al parecer conscientemente, al ámbito estrictamente contraprestativo¹⁵ sustentado en una ficción legal y que, por lo mismo, no puede extenderse a otras hipótesis (**tesis de la ficción legal**).

Bajo este punto de vista, si se atiende a las consecuencias de los actos ineficaces (como lo son aquellos que incurren en una causal de nulidad), en el caso de los despidos

se crea derecho nuevo alguno en favor del trabajador; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido durante el despido debe ser idéntico al transcurrido antes de él, toda vez que lo contrario significaría vaciar de contenido a la eficacia restitutoria, motivo por el cual la protección al derecho constitucional antes señalado debe efectuarse en toda su extensión, comprendiéndose dentro de él al abono de las remuneraciones devengadas, ya que la parte empleadora, en mérito a acto propio declarado judicialmente inconstitucional, no puede verse favorecida con el no pago de ellas, toda vez que ello con llevaría a que siga manteniendo esa actitud, que, además, tienen un efecto negativo frente a todos los otros empleadores del país”.

¹⁵ Esta posición se sustenta en el hecho de que la remuneración es la contraprestación al trabajador por la puesta a disposición de su actividad, salvo los escenarios de suspensión imperfecta de la relación laboral. Así lo explican, entre otros: FERRO DELGADO, Víctor, “El concepto de remuneración”, *Asesoría laboral*, octubre, 1998, pp. 14-17; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La calificación de los ingresos del trabajador ¿cuáles son los criterios que deben seguirse?”, *Ius et Veritas*, n. 20, 2000, pp. 399-404; PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, Gonzales & Asociados, Lima 2006, p. 167; ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Ob. cit., pp.328-333; NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al derecho del trabajo*, 2 ed., Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 39-40.

incausados o fraudulentos (que son materialmente nulo, y por ende ineficaces; no porque reciban la denominación de “despidos nulos”, sino por ser lesivos de derechos constitucionales), no era necesario establecer la existencia de una ficción (de la prestación del servicio) para justificar el pago de las remuneraciones devengadas.

No obstante lo anterior, la tesis de la ficción legal se sigue presentando como inconsistente, ya que un razonamiento coherente nos debería llevar a pensar que al considerar que las remuneraciones devengadas tienen naturaleza de contraprestación, entonces lo lógico sería que estas solo se deberían abonar hasta el momento en que el trabajador, efectivamente, se encuentre a disposición del empleador.

Sin embargo, este no es el tratamiento que, en la práctica, reciben las remuneraciones devengadas, incluso en el despido nulo, de donde se desprende lo incoherente de haber creado una ficción legal orientada a destacar su carácter contraprestativo, cuando ello sirve de justificativo para que las remuneraciones se paguen, siempre y de forma íntegra al trabajador, independientemente de que, por ejemplo, este haya encontrado una nueva fuente de ingresos, sea de índole laboral o no.

Respecto del segundo argumento (considerar como daño cierto el no pago de remuneraciones) es claro que el trabajador se ve perjudicado al verse impedido de percibir la remuneración establecida contractualmente; sin embargo, el verdadero problema es si el daño (como efecto económico perjudicial) que sufre el trabajador es equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, esto es, si es posible equiparar el perjuicio económico (lucro cesante) con las remuneraciones devengadas.

La respuesta a esta interrogante es claramente negativa. Los ingresos dejados de percibir son, sin duda, un criterio para determinar la afectación en el patrimonio de la víctima, pero de ahí a afirmar que se equiparan al íntegro de dicha afectación hay un salto lógico imposible de ser salvado desde la una perspectiva legal, y técnica, de la tutela resarcitoria.

Y es que equiparar lucro cesante con el ingreso dejado de percibir afronta, además de una colisión con la propia noción de lucro cesante; por lo menos, dos problemas vinculados a la causalidad.

Por un lado, un problema de causalidad material, previsto en el art. 1321 c.c.¹⁶, ya que con dicha posición (lucro=ingreso) se asume que los ingresos, necesariamente,

¹⁶ **Código Civil peruano. Artículo 1321º.-** 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.

habrían ingresado a favor de la víctima, dejando de lado el parámetro de normalidad¹⁷ existente en el análisis de la relación de causalidad material en responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano.

Por otro lado, un problema de causalidad jurídica, ya que la extensión del daño resarcible en responsabilidad contractual, en lo que a su cuantía se refiere, se encuentra claramente delimitado por criterios tales como el de compensación de beneficios¹⁸ (*compensatio lucri cum danno*), previsto en el art. 1321 c.c., o el criterio de evitabilidad del daño¹⁹, previsto en el art. 1327 c.c.²⁰.

Dichos criterios impiden equiparar el lucro cesante al ingreso dejado de percibir, ya que de hacerlo; se admitiría que el sujeto perjudicado conservaría un incremento patrimonial eventualmente adquirido como consecuencia de la realización del daño²¹; o, se estaría incentivando a que la víctima no asuma medidas de prevención (diligencia) destinadas a mitigar las consecuencias económicas perjudiciales del daño sufrido.

Así las cosas, comparto la posición de una doctrina peruana que ha llamado la atención respecto de la práctica laboral de considerar como lucro cesante a las remuneraciones devengadas, en los siguientes términos:

“Esta visión desdibujada e injusta del lucro cesante es la que sustenta decisiones judiciales más que cuestionables, en el ámbito del derecho laboral, principalmente, cuando se concede resarcimientos a los trabajadores de acuerdo con valorizaciones que toman en cuenta, en lo atinente al lucro cesante, el ingreso dejado de percibir y no el rédito o utilidad, cuyo cálculo exige descontar todos los gastos necesarios para lograr ese ingreso, así como los ingresos provenientes de otras fuentes”²².

¹⁷ Sobre el criterio de “regularidad causal” en materia de responsabilidad contractual puede consultarse: VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 2: El daño. Otros criterios de imputación, tr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 258-263.

¹⁸ Sobre el particular, para una primera aproximación: DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 2 ed., tr. Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 327-342; VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, tr. Mariateresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 291-297.

¹⁹ VISINTINI, Giovanna, Ob. cit., pp. 265-273.

²⁰ **Código Civil peruano. Artículo 1327º.**- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

²¹ Esta precisión, así como la aplicación de la *compensatio lucri cum danno*, a la indemnización derivada de la nulidad del despido es realizada, de forma correcta, por TORRES-VERA, Gonzalo, *La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley, 24041*, Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2015, pp. 76-85.

²² LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo*, Academia de la Magistratura, Lima, 2016, pp. 60-61

Claramente es más sencillo el calcular el lucro cesante a partir de las remuneraciones dejadas de percibir, pero dicho facilismo no debe llevar al intérprete, y menos aún al juzgador, a obviar no solo la aplicación de reglas jurídicas previstas expresamente en la legislación peruana (art. 1321 y 1327 c.c.), sino que además relaje los estándares de prevención en la relación agente-víctima, alentando con ello a comportamientos conformistas por parte de la víctima, en este caso, del trabajador.

Vistas las cosas, tal como se acaban de evidenciar, no queda sino reafirmar nuestra discrepancia respecto de la posición asumida en el V Pleno respecto a que el lucro cesante sean las remuneraciones dejadas de percibir. Estas son solo un criterio a tomar en consideración al momento de calcular el lucro cesante. Por lo que se debe realizar una serie de descuentos, siendo inviable que se otorgue el íntegro de las remuneraciones devengadas a título de lucro cesante. Tal como lo adelantaba al inicio de las presentes líneas, he tratado de brindar algunos argumentos para que los magistrados no apliquen el Pleno en la solución de casos concretos, dada la abierta ilegalidad de la postura asumida.

Sin perjuicio de lo anterior, debo proseguir en el análisis y, ahora, mostrar cómo es que la posición tomada respecto del lucro cesante derivado de despido incausado o fraudulento condicionó el (equivocado) reconocimiento del “daño punitivo” en el ordenamiento peruano.

II.2 El “daño punitivo” como expediente retórico para afrontar la falta de pago de aportes al sistema de pensiones en el despido (incausado y fraudulento)

Al tomar posición por la (ilegal) tesis de considerar que el lucro cesante, derivado de despido incausado o fraudulento, es equivalente a las remuneraciones devengadas, la Corte Suprema generó un problema adicional: los ingresos dejados de percibir, al reconocérsele naturaleza indemnizatoria y no contraprestativa, no pueden justificar los aportes correspondientes al sistema de pensiones²³ que debe realizar el empleador en beneficio del trabajador.

Los aportes al sistema de pensiones²⁴ equivalen a un porcentaje (13%) del ingreso (remuneración) recibido por el trabajador (dependiente o independiente) el cual se le descuenta y es destinado, según la elección realizada por este, sea al Sistema Privado de

²³ Para una referencia de los antecedentes del sistema de pensiones cfr. NEVES MUJICA, Javier, “Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica”, In, *Themis*, n. 25, 1993, pp. 7-10.

²⁴ Para una revisión general del funcionamiento del sistema de seguridad social en pensiones en el ordenamiento peruano: GONZALES HUNT, César y Javier, PAITÁN MARTÍNEZ, *El derecho a la seguridad social*, Colección lo esencial del Derecho, n. 28, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 103-138.

Pensiones²⁵ (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), ello con la finalidad de que, al momento de la jubilación del trabajador, cuente con una pensión que le sirva de sustento.

Si las remuneraciones devengadas se pagan al trabajador, en los casos de despido incausado o fraudulento, a título de indemnización, y no a título contraprestativo, entonces, durante todo el tiempo que media entre el despido y la reposición; por un lado, el trabajador se verá privado del beneficio que le produce la aportación al sistema previsional²⁶, ello claro está, a menos que decida realizar un aporte voluntario; y por otro lado, el sistema de pensiones no recibirá los aportes respectivos, agravando con ello la sostenibilidad, de por lo menos, el SNP.

Planteada la problemática en los términos apenas indicados, la Corte Suprema debía dar una solución; es decir, tenía que identificar un mecanismo, a través del cual: (i) el trabajador que recibía el íntegro de las remuneraciones devengadas (sin descuento de los aportes al sistema de pensiones) no pierda el beneficio de los aportes que hubiese realizado si es que la relación laboral no hubiese sido suspendida de forma ilegítima por un despido incausado o fraudulento; y al mismo tiempo, (ii) se garantice al sistema previsional que los aportes por el período en que el despido produjo sus efectos, le sean dirigidos.

Nótese en que si no se realiza un intento por buscar una solución a la problemática planteada se hubiese generado una diferenciación absurda y arbitraria²⁷, ya que ante una

²⁵ Para una revisión del funcionamiento del sistema privado de pensiones puede consultarse: ROJAS, Jorge, *El sistema privado de pensiones en el Perú*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pp. 105-190.

²⁶ Esta, en concreto, fue la motivación que llevó a los Señores Jueces Supremos Titulares Vicente Rodolfo WALDE JÁUREGUI y Jacinto Julio RODRÍGUEZ MENDOZA; así como al Señor Juez Supremo Provisional Omar TOLEDO TORIBIO a emitir un Voto en minoría, en el V Pleno, en el que se inclinaban por reconocer las remuneraciones devengadas en los despidos incausados y fraudulentos justificado en lo siguiente: “Declarar que el trabajador sólo tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de un despido incausado o fraudulento haría inviable la posibilidad de que el trabajador pueda acumular su tiempo de servicios, sus beneficios sociales y la posibilidad de que el empleador, al ser condenado al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, tenga que efectuar las aportaciones de carácter previsional, aspectos que serían jurídicamente inviables solicitarlos vía indemnización por daños y perjuicios”. Cabe resaltar que, adicionalmente, los magistrados invocaron la decisión de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú, en la Sentencia de fecha 31.01.2001, en la que se reconoció la obligación del Estado de pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo a la legislación peruana.

²⁷ Esta también fue la preocupación del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni ARIAS LAZARTE, quien al emitir su voto en minoría en el V Pleno indicó lo siguiente “De desestimarse la petición de remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados bajo el argumento de que su abono se encuentra reservado sólo para cuando el trabajador impugne el despido mediante la acción de Nulidad de Despido prevista por el artículo 29° de la LPCL, conllevaría a que frente a hechos iguales (actos lesivos de derechos constitucionales) se estaría otorgando consecuencias jurídicas distintas.

pluralidad de despidos injustificados, solo en un despido nulo (y no en el incausado o fraudulento) se le permitía al trabajador gozar, no solo, de sus remuneraciones devengadas, en función de la **tesis de la ficción legal** establecida por el legislador, sino que también, como consecuencia de ello, de los beneficios que conllevan los aportes al sistema de pensiones correspondiente, que si bien debían ser efectuados por el empleador, se deducen de la remuneración del trabajador.

¿Cuál fue la solución que empleó la Corte Suprema para enfrentar tal problemática?

Pues, simple y llanamente, recurrió a la posibilidad de reconocer que, de forma adicional al daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, es procedente el pago de “daños punitivos” (sic) a favor del trabajador, los cuales serían calculados, en su monto máximo -según lo indicado por el V Pleno- en una “suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otros sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley”²⁸.

Adviértase que, con esta solución, el V Pleno pretende guardar coherencia con la premisa según la cual las remuneraciones devengadas que recibe el trabajador despedido incausada o fraudulentamente, no tiene naturaleza contraprestativa, sino indemnizatoria. Por ello es que los magistrados supremos que suscribieron el Acuerdo Plenario en mayoría se esforzaron por precisar lo siguiente:

“Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que el criterio objetivo utilizado como patrón para el cálculo de daños punitivos (sic): el monto dejado de aportar por el trabajador a su sistema previsional, implique un reconocimiento al trabajador de derechos de carácter remunerativo, los mismos que no le corresponden para el caso del despido fraudulento y el despido incausado, tal como se ha señalado en los puntos precedentes”.

Ahora bien, debemos cuestionarnos lo siguiente: si lo que la Corte Suprema quería era (i) otorgar el íntegro de las remuneraciones dejadas de percibir al trabajador con carácter contraprestativo; y, (ii) que no se dejen de reconocer los aportes al sistema previsional del trabajador, evitando con ello un tratamiento diferenciado con el despido

Dicha decisión importaría la inobservancia de lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil en virtud del cual el Juez está en la obligación de tener presente que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, asimismo, contravendría el principio de igualdad consagrada en el artículo 2.2. de la Norma fundamental que es la norma que mejor protege el derecho del trabajador en el caso planteado: a igual razón, igual derecho”.

²⁸ Para un comentario al V Pleno, desde una perspectiva laboral, que brinda luces sobre el tratamiento del sistema de pensiones, cfr. ABANTO REVILLA, César y Javier, PAITÁN MARTÍNEZ, “¿Dónde existe una cuantificación del monto de los daños punitivos ante el despido existen aportes previsionales pendientes de cobrar?”, *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 33-47.

nulo, ¿era necesario recurrir a reconocer la procedencia del “daño punitivo” (sic)? Considero que no.

En efecto, antes que encubrir el pago de los aportes al sistema previsional con una categoría ajena a nuestro sistema normativo, que en teoría tendría la virtud de dejar incólume la premisa de la que parte la Corte Suprema (las remuneraciones devengadas tiene naturaleza indemnizatoria), era posible reconocer que sobre la base de los hechos en los que se encuentra un trabajador despedido incausada o fraudulentamente, se presenta un supuesto legalmente previsto en el ordenamiento jurídico peruano: la mora del acreedor²⁹ (**tesis de la mora del acreedor**).

De conformidad con lo establecido en el art. 1338 c.c.³⁰, el acreedor incurre en mora³¹ cuando, sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación ofrecida por el deudor o no cumple con practicar los actos necesarios para que este pueda ejecutar la obligación.

Bien vistas las cosas, cuando el empleador se niega a aceptar la ejecución de la prestación de su trabajador, por el ejemplo cuando se le impide ingresar a su centro de labores, justificando dicha decisión en la realización de un despido (que a la postre será considerado como incausado o fraudulento) estamos ante un rechazo que bien puede catalogarse como uno que no reviste “motivo legítimo”.

¿Por qué reconocer que estamos ante una hipótesis de mora del acreedor hubiese sido una vía alternativa para solucionar el problema (generado) en el V Pleno relativo al pago de los aportes al sistema previsional?

Cuando se configura una hipótesis de mora del acreedor, una de las consecuencias que se genera es la de trasladar el riesgo al acreedor ante la imposibilidad de la prestación no imputable al deudor. Dicha consecuencia encuentra justificativo en el ordenamiento peruano, en donde en el art. 1340 c.c.³² se establece que los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación le corresponde al acreedor, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor. Así se ha precisado lo siguiente:

²⁹ Esta alternativa es mencionada, mas no desarrollada con detenimiento, por: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Ob. cit., pp. 434-435, y ARCE ORTIZ, Elmer, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Ubi lex asesores, Lima, 2015, pp. 236-237.

³⁰ **Código civil peruano. Artículo 1339º.**- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.

³¹ En el ordenamiento peruano, sobre la mora del acreedor, es de necesaria revisión: BARCHI VELA CHAGA, Luciano, “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”, In *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2004, pp. 629-694.

³² **Código civil peruano. Artículo 1340º.**- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

“De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el riesgo de la contraprestación corresponde, en principio, al deudor (*periculum est debitoris*). Eso significa que si la prestación debida a cargo del deudor se hace imposible sobrevinientemente sin culpa de las partes, aquél pierde el derecho a la contraprestación.

De ser así, desde el momento en que el acreedor queda constituido en mora el riesgo se traslada a éste; así, si la prestación se torna imposible estando el acreedor en mora, éste deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que la prestación que debía recibir se ha tornado imposible”³³.

Lo anterior, trasladado a la hipótesis de despido incausado o fraudulento, implica que el empleador (acreedor de la prestación laboral) asuma el riesgo de la imposibilidad de la prestación (la prestación laboral que se tendría que haber ejecutado durante el tiempo transcurrido entre el despido y la reposición devino en imposible materialmente de ser ejecutada), lo que determina que tenga que pagar la contraprestación a su cargo (todas las remuneraciones devengadas) como consecuencia del traslado del riesgo en virtud de la mora del acreedor.

Nótese que la mora del acreedor no se encuentra, estructuralmente, ligada al despido nulo (en los términos a los que se refiere el legislador peruano), sino al rechazo sin motivo legítimo de la ejecución de la prestación. En ese sentido, tanto en el despido nulo, como en el incausado y el fraudulento, se presente dicho motivo ilegítimo desde el momento en que se considera que el mismo no es despido admitido por el ordenamiento.

De este modo la propuesta alternativa se pone de manifiesto si se atiende a que: (i) el trabajador recibe el íntegro de las remuneraciones devengadas; (ii) las remuneraciones devengadas no se pagan a título de indemnización, sino que tiene naturaleza contraprestativa; (iii) la no prestación efectiva de trabajo por parte del trabajador no impide reconocer naturaleza contraprestativa a las remuneraciones devengadas, ya que dicha naturaleza se justifica en la traslación del riesgo derivada de la mora del acreedor; (iv) las remuneraciones devengadas se pagan de forma íntegra, a pesar de que el trabajador haya obtenido otro empleo, ya que su justificativo se encuentra, repito, en el traslado del riesgo contractual; y, (v) al tener naturaleza contraprestativa, habilita el pago de los aportes al sistema previsional, tal como sucede en el despido nulo, evitando con ello crear una situación de diferenciación arbitraria y sin tener que crear ficciones legales.

Si tal como se acaba de apreciar, la Corte Suprema podía haber recurrido a la mora del acreedor como alternativa de solución frente al problema denunciado, entonces vemos que, antes que la consciente importación de una categoría jurídica extranjera o de

³³ En ese sentido, BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, Ob. cit., p. 681.

haberse producido un “trasplante legal”³⁴, se recurrió a los “daños punitivos” (sic) como un mero expediente retórico para solucionar el problema de la falta de aporte al sistema previsional, el cual a su vez se originó en la equívoca idea de equiparar el lucro cesante con las remuneraciones devengadas.

Nuevamente, al igual que en el apartado anterior, mi intención ha sido la de dar argumentos para que los jueces se aparten motivadamente del Acuerdo Plenario en mayoría del V Pleno brindando, inclusive, alternativas de solución a los problemas identificados.

II.3 Los efectos perniciosos en la tipología de despidos y en el sistema previsional al equiparar el lucro cesante con las remuneraciones devengadas

Empecé esta sección mostrando cómo era la regulación existente antes de la emisión del V Pleno; por lo que, a fin de notar lo pernicioso de su Acuerdo Plenario relativo al régimen de responsabilidad civil derivado de despido incausado o fraudulento, en este último apartado mostraré lo caótico y contradictorio en que se ha convertido el sistema laboral y previsional.

La premisa de la que debemos partir es la siguiente: las remuneraciones devengadas se pagan de forma íntegra a favor del trabajador al ser consideradas como lucro cesante derivado del despido incausado o fraudulento; y, adicionalmente, el empleador deberá pagar, a favor del trabajador, una suma a título de “daño punitivo” (sic), cuyo monto no podrá ser mayor al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al SPP,

³⁴ En este extremo manifiesto mi respetuosa discrepancia ante lo señalado por BARDALES SIGUAS, Luis, “Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 39-40, cuando indica: “Qué duda cabe de que estamos ante un supuesto de importación de modelos jurídicos foráneos. Este fenómeno por el cual la judicatura nacional se encuentra constantemente importando doctrinas o instituciones jurídicas de otros sistemas y ahora de otra tradición jurídica, en especial del *common law* se ha venido dando ya desde varios años, convirtiéndose el área de la responsabilidad civil en un terreno que ha permitido la alienación del discurso jurídico peruano”. Mi discrepancia no radica en que no considere negativa la importación de figuras jurídicas cuando no media el análisis crítico del contexto de origen o de compatibilidad con el ordenamiento receptor de la importación, sino que, en el presente caso, sostener que estamos ante una “importación de un modelo jurídico foráneo” resulta una lectura de (muy) buena fe respecto del V Pleno. Y es que atendiendo al contexto (y antecedentes) en el que se ha producido el reconocimiento del “daño punitivo” (sic), no parece ser una importación propiamente dicha; es decir, con conocimiento cabal de recurrir a una institución foránea para pretender solucionar un problema nacional, sino tan solo un (mero) intento de recurrir a un instrumento del cual se valió, incidental y abruptamente la Corte Suprema, para salir del laberinto construido sobre la base de considerar a las remuneraciones devengadas como lucro cesante derivado de despido incausado o fraudulento.

SNP o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.

Fijada la premisa, el V Pleno, desde mi punto de vista, ha generado los siguientes efectos perniciosos.

En primer lugar, ahora, en el despido incausado o fraudulento se termina afectando al empleador de una forma más intensa que en el despido nulo.

Así es, mientras que en este último, el empleador está obligado a pagar el aporte al sistema previsional aplicando un descuento sobre las remuneraciones dejadas de percibir; en los primeros tipos de despido a los que me referí, el monto equivalente al aporte al sistema de pensiones no se descuenta de ninguna remuneración devengada (ya que solo tiene naturaleza indemnizatoria como lucro cesante), sino que se consigue del patrimonio del empleador.

En segundo lugar, también ahora, en el despido incausado o fraudulento se beneficia de una mayor manera al trabajador a comparación del que es despedido mediante un despido nulo.

En efecto, el trabajador despedido incausado o fraudulentamente recibe el íntegro de su remuneración (sin descuento por el aporte previsional) y, adicionalmente, un monto que es (o puede ser) el equivalente al aporte al sistema de pensiones, pero que lo recibe directamente, sin nada sea destinado obligatoriamente al SNP o al SPP. Esta situación es completamente diferente en el despido nulo, en donde la naturaleza contraprestativa de las remuneraciones devengadas hace que el trabajador solo reciba estas, pero descontando el aporte al sistema previsional.

En tercer lugar, y derivado de los dos anteriores, se afecta el sistema previsional en su conjunto, pero especialmente, el SNP, ya que al no garantizar, en el despido incausado o fraudulento a diferencia del sistema nulo, el aporte al sistema previsional a favor del trabajador, se expone al Sistema, principalmente, a recrudecer sus dificultades de financiamiento a mediano y largo plazo³⁵, en desmedro de todos los beneficiarios del mismo.

³⁵ Para un balance respecto del sistema de pensiones son de consulta: GONZÁLEZ NIEVE, Orlando, "Futuro de los regímenes pensionarios en Perú. Sistema estatal de pensiones", In *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 349-387; ABANTO REVILLA, César, "La crisis de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y el futuro de la Seguridad Social en el Perú", In *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 389-403; GONZÁLES HUNT, César, "25 años de la seguridad social en pensiones en el Perú", In *Homenaje aniversario de la SPDTSS*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, pp. 600-621.

En ese sentido, el V Pleno ha logrado establecer una situación, ciertamente caótica: ha colocado al empleador de un despido incausado o fraudulento en una posición más gravosa y al trabajador en una posición más beneficiosa, en comparación a la posición que tienen el empleador y el trabajador de un despido nulo.

Si nos encontramos ante diferentes modalidades de despidos lesivos de derechos fundamentales, si todos ellos no generan el efecto extintivo del vínculo laboral, si en todos ellos cabe la reposición en el proceso laboral ¿por qué aplicar un régimen (que es ilegal) que genera consecuencias nocivas en el ámbito laboral y el previsional? ¿por qué aplicar un régimen que avala que el despido incausado o fraudulento sea más beneficioso para el trabajador que en un despido nulo? ¿por qué aplicar un régimen que avala que el despido incausado o fraudulento sea más oneroso para el empleador que en un despido nulo? No encuentro justificación alguna para ello.

Como conclusión de esta primera sección de la presente reflexión una idea debe quedar claramente establecida: si no se hubiese tomado partido por equiparar el lucro cesante con las remuneraciones dejadas de percibir derivadas de un despido incausado o fraudulento, simplemente, no hubiese sido necesario recurrir a los “daños punitivos” en materia laboral.

En la siguiente sección abordaremos, en específico, la forma en la que la Corte Suprema, a través del V Pleno, y luego de forma refleja el VI Pleno, pretendió diseñar un sistema de *indemnizaciones punitivas* en el ordenamiento jurídico peruano.

III. EL ILEGÍTIMO RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN PUNITIVA COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO (INCAUSADO Y FRAUDULENTO) Y DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En la sección anterior he puesto en evidencia lo que considero fue el origen de la situación problemática que implica el reconocimiento de la categoría del “daño punitivo” (sic) por parte de la Corte Suprema. El objetivo de la presente sección consiste en demostrar que la forma en la que ha procedido la Corte Suprema para incorporar el, así denominado, “daño punitivo” en la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales es ilegítima frente a los principios y reglas existentes en el ordenamiento peruano.

Para cumplir con dicho objetivo; en primer lugar, analizaré la inconveniencia de seguir hablando de “daño punitivo”, dado el equívoco punto de referencia que se emplea para fijar los alcances de la punición. En segundo lugar, abordaré, directamente, cual es la razón por la cual no se puede considerar como legítima la admisión de “daños punitivos” en el ordenamiento peruano. Finalmente, me pronunciaré sobre la posibilidad, o no, de justificar la admisión de los “daños punitivos” sobre la base de la labor que constitucionalmente sí puede desempeñar la jurisprudencia peruana.

III.1. Precisiones conceptuales en el discurso del V y VI Pleno: del “daño punitivo” a la *indemnización punitiva*

En primer lugar, con la finalidad de encuadrar adecuadamente la figura bajo examen, debo precisar que cuando la Corte Suprema alude al “daño punitivo”, a diferencia de lo que se ha indicado en nuestro medio³⁶, no se está creando una nueva voz o tipo de daño, sino que se está haciendo referencia al reconocimiento del pago de una suma de dinero, por encima de la indemnización de daños, con funciones sancionatorias punitivas³⁷.

Y es que si se concibe al daño³⁸ como la lesión de un interés jurídicamente relevante (daño-evento) o, incluso, como una consecuencia económica negativa (daño consecuencia), en ningún caso puede predicarse que el daño pueda ser calificado como punitivo.

La alusión a “daño punitivo”, como bien se ha informado³⁹, es únicamente una inexacta y mecánica traducción de la expresión *punitive damages*, que, desde mi punto de vista, en nada modifica el elenco de daños previstos normativamente en la legislación peruana: daño emergente, lucro cesante y daño moral (así como, por lo menos nominalmente, el daño a la persona).

³⁶ Consideran al “daño punitivo” como una voz o tipo de daño: CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés, “Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p. 28; BARDALES SIGUAS, Luis, “Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 43-46.

³⁷ | Ello ha sido correctamente identificado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 13-18, quien luego de considerar equívoca emplear la expresión “daño punitivo” (p.16), precisa que dicha categoría es una forma de pena privada (p. 18). Asimismo, TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, “Breve nota sobre los daños punitivos”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p. 64, cuando señala que: “El daño punitivo refiere una condena pecuniaria extraordinaria que se impone a pedido de parte, y que excede propiamente la indemnización exclusivamente compensatoria respecto del peticionante, (...)”; OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, “Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”, *Gaceta civil & procesal civil*, n. 54, diciembre, 2017, p. 214: “(...) los daños punitivos son una especie de sanción civil que se impone al sujeto dañante como castigo por su actuar doloso o culposo grave por el cual causa daño a otro; (...)”.

³⁸ Respecto de la noción de daño entendido como evento lesivo, efecto económico negativo y como liquidación pecuniaria del efecto económico negativo, se puede consultar: BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, t. 5: La responsabilità, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 123-127.

³⁹ Como lo ha precisado LEÓN HILARIO, Leysser, Ponencia presentada en el Seminario “V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional”, organizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, realizada el 03 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=048dahPrVgQ>.

No se está reconociendo un nuevo tipo de daño resarcible, sino que se está admitiendo que frente a la comisión de un daño es posible el pago de una suma de dinero con una finalidad punitiva. Dada la polisemia de la voz *indemnización* en el ordenamiento peruano⁴⁰, cuyo uso ciertamente no se vincula únicamente con la responsabilidad civil pero sí a la realización de un daño, considero posible (y conveniente) denominar a dicha suma de dinero como *indemnización punitiva*⁴¹.

En segundo lugar, la *indemnización punitiva*, según la Corte Suprema, es una cuyo pago procede, de forma conjunta, a la indemnización que le corresponde a la víctima como consecuencia de los daños sufridos por aquella; es decir, adicionalmente a la indemnización compensatoria, pero con la finalidad de disuadir un particular tipo de conducta dañosa.

La forma en la que la Corte Suprema ha delineado a la *indemnización punitiva* evidencia que la misma, si bien requiere de la comisión de un daño, no está destinada a afrontarlo con fines compensatorios, lo que pone en tela de juicio su ubicación sistemática.

Y es que no queda claro si la misma es considerada, por nuestros magistrados supremos, como una posible consecuencia de la responsabilidad civil o si, por el contrario, se establece como una consecuencia autónoma a la tutela resarcitoria.

Desde mi punto de vista, la Corte Suprema ha asumido que la *indemnización punitiva*, no forma parte de la responsabilidad civil, lo cual se aprecia en tres hechos en particular: (i) el que se haya reconocido que la *indemnización punitiva*, como nueva categoría, proceda por fuera de la indemnización que atiende al daño emergente, el lucro cesante o el daño moral; (ii) el que se considere que, más allá de la comisión del daño, lo que justifica su imposición son las particulares características (generalmente dolosas) del acto generador, lo que imprime el carácter punitivo a esta indemnización; y, (iii) que el monto de la *indemnización punitiva* no dependa de la dimensión del daño, sea que este se entienda, ahora, como un costo privado y no como un costo social.

En otros términos, considero que la Corte Suprema al reconocer la procedencia de la *indemnización punitiva*, no le está imprimiendo a la responsabilidad civil una función

⁴⁰ Sobre el particular me permito reenviar a lo indicado en CAMPOS GARCÍA, Héctor, “La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano”, In *Reflexiones en torno al Derecho Civil a los treinta años del Código*, Ius et Veritas, Lima, 2015, pp. 467-468.

⁴¹ En el ordenamiento argentino, pero con plena aplicación al ordenamiento peruano, prefiere la denominación terminológica de “multa civil por actos desaprensivos”, MOISÁ, Benjamín, “Los llamados «daños punitivos» en la reforma a la ley N° 24.240”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, n. 2, Año 2, 2008, Lima, p. 279.

punitiva, sino que está fijando un mecanismo sancionatorio externo a la tutela resarcitoria, lo cual se ve evidenciado cuando, tanto en el V como en el VI Pleno, se alude al “daño punitivo” como un supuesto de pena privada.

III.2. La ilegitimidad del reconocimiento de la *indemnización punitiva* en los Plenos: la intromisión en la función legislativa por la Corte Suprema de Justicia peruana

En función de las premisas formuladas previamente, puedo indicar que la labor realizada por la Corte Suprema en el diseño de estas *indemnizaciones punitivas* se caracteriza por dos aspectos en particular.

Por un lado, la Corte Suprema ha procedido a identificar las diferentes hipótesis, generales y abstractas, vinculadas al despido incausado, despido fraudulento y a ciertas circunstancias vinculadas a los accidentes laborales⁴², en las que justificaría el pago de una *indemnización punitiva*.

Así, en el V Pleno se indicó lo siguiente:

“En ese orden de ideas, no se aplicará los daños punitivos a todos los supuestos de despidos regulados en la ley o establecidos por la jurisprudencia, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza vejatoria contra el trabajador”.

A su turno, en el VI Pleno se precisó lo siguiente:

“En ese orden de ideas, se aplicará los daños punitivos solo cuando el empleador además de haber incumplido las disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, el deber de prevención contenida en ellas, sus propias directivas sobre salud y seguridad en el centro de trabajo, haya actuado de la siguiente manera: a) Haya negado la relación laboral, b) No haya asegurado al trabajador, o c) Se haya negado a brindarle todo tipo de auxilio inmediato por el infortunio laboral sufrido”.

Por otro lado, la Corte Suprema también ha determinado que ante la realización de las hipótesis previstas antes indicadas, y siempre que se haya ordenado el pago de una

⁴² Sobre el particular, no obstante mis discrepancias con el enfoque a la responsabilidad civil, con relación al aspecto laboral puede revisarse: PUNTRIANO ROSAS, César, “La responsabilidad del empleador por accidente de trabajo. Apuntes a una polémica decisión de la Corte Suprema”, *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 233, febrero, 2018, pp. 32-46.

indemnización frente a la comisión de ciertos daños, adicionalmente a ellos, es posible imponer la obligación del pago de una *indemnización punitiva*.

Bien vistas las cosas, con el proceder antes descrito, la Corte Suprema ha incurrido en dos vicios que deslegitiman el reconocimiento de la categoría “daño punitivo”.

En primer lugar, si la Corte Suprema ha establecido hipótesis normativas hipotéticas (supuesto de hecho) con los correspondientes efectos jurídicos hipotéticos (consecuencia jurídica), lo que aquella ha realizado es dictar disposiciones jurídicas con carácter general y abstracto; es decir, está desplegando una función legislativa, lo cual, a todas luces es ajeno a la función jurisdiccional.

En efecto, dado que la Corte Suprema, y cualquier otro sector de la Administración, no puede arrogarse sin delegación previa expresa una función que no le corresponde, entonces estamos ante un Acuerdo Plenario que al reconocer la procedencia de *indemnización punitiva* es inconstitucional al vulnerar de manera flagrante⁴³ el principio de la separación de poderes.

En segundo lugar, dado que el reconocimiento de la *indemnización punitiva* no se está realizando como parte de la responsabilidad civil, sino como un mecanismo sancionatorio autónomo, entonces al estar ante una sanción punitiva, para su validez, esta requiere ser determinada previamente por una disposición normativa legal, en estricto cumplimiento del principio de legalidad⁴⁴.

Tal como se puede apreciar, la Corte Suprema no solo ha errado al legislar, cuando su labor es juzgar, sino que adicionalmente, al hacerlo se ve en la inevitable situación de pasar por alto principios de vital importancia cuando de por medio se encuentra el establecimiento de sanciones punitivas⁴⁵, lo cual reafirma la ilegitimidad de la decisión tomada en el Acuerdo Plenario.

⁴³ Lamentablemente, el quebrantamiento de dicho principio, del que hacen gala el V y el VI Pleno, no ha sido una práctica aislada en la Corte Suprema en materia laboral (ni en otras especialidades). Muestra de ello, por ejemplo, es el II Pleno Laboral en el que se fijó que el plazo para la demanda de reposición, en los casos de despido incausado y fraudulento, es uno de caducidad de treinta (días), a pesar de no haber disposición legal en dicho sentido.

⁴⁴ En ese sentido se han pronunciado: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p.20; CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés, “Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p. 31; PUNTRIANO ROSAS, César, “Objeción a la indemnización por daño moral y a los *daños punitivos*”, *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 29-30.

⁴⁵ Es por esta razón que desde mi punto de vista, el hecho de que las Cortes Judiciales reconozcan, en sede de ejecución, sentencias o laudos extranjeros en los que se hayan

Finalmente, nótese que no se está cuestionando si el Derecho Privado puede desplegar una función punitiva (que la tiene a través del reconocimiento de diferentes supuestos de penas privadas o sanciones punitivas privadas⁴⁶), o si la responsabilidad civil puede cumplir un rol punitivo (lo cual será abordado en el siguiente acápite). La crítica se centra en la ausencia de legitimidad de la forma, a través de un Pleno Jurisdiccional⁴⁷, en la que se han incorporado las *indemnizaciones punitivas* en el ordenamiento jurídico peruano.

impuesto *punitive damages* no es un argumento sólido para justificar el reconocimiento y la procedencia de este tipo de *damages* en los ordenamientos del *civil law*. Nótese que para poder afirmar el reconocimiento de una institución de corte sancionador no basta un análisis en negativo (consistente en que no esté prohibido), sino que resulta indispensable un análisis en positivo (que se reconozca legislativamente la procedencia de dicho tipo de multas). Respecto al reconocimiento de sentencias o laudos que imponen *punitive damages* en ordenamiento distintos del *common law*, se puede revisar, entre muchos otros, BORCHERS, Patrick J., “*Punitive damages, forum shopping, and the conflict of laws*”, *Louisiana Law Review*, vol. 70, 2010, pp. 529-555; PETSCHKE, Markus, “Punitive damages in International Commercial arbitration: much ado about nothing?”, *Arbitration international. The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 29, n. 1, 2013, pp. 89-104; HAZELHORST, Monique, “Punitive damages in Private International Law. Lesson for the European Union”, *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 1, febrero, 2018, pp. 315-318. No obstante, cabe realizar alguna mención de las posiciones que niegan la posibilidad de ejecución de decisiones que imponen *punitive damages*, así HOVERSTEN, Paul A. “Punishment but not a penalty? *Punitive damages* are impermissible under foreign substantive law”, *Michigan Law Review*, vol. 116, 2018, pp. 759-784. Sobre el particular, entre nosotros ha tratado el tema: GARCÍA LONG, Sergio, Ponencia presentada en el Conversatorio “Los *punitive damages* según el V Pleno Jurisdiccional Laboral”, organizado por el Taller José León Barandiarán de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, realizada el 02 de noviembre de 2017.

⁴⁶ Sobre el particular, aunque respecto del ordenamiento italiano (pero perfectamente asimilable al ordenamiento peruano), PONZANELLI, Giulio, “Pena privada”, In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 22, Roma, 1989, p. 2 (de la separata) identifica la existencia de sanciones civiles dentro del Derecho privado, proponiendo una clasificación entre penas privadas legales, penas privadas convencionales y penas privadas judiciales. Respecto de la función punitiva que puede desplegar el Derecho privado en el ordenamiento peruano, y algunas referencias a sus límites, es de consulta: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*. Ara, Lima, 2017, pp. 23-26.

⁴⁷ Ha sostenido, en el medio peruano, que los Plenos Jurisdiccionales son vinculantes: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “Manifiesto sobre los plenos jurisdiccionales civiles”, In *Los plenos civiles vinculantes de las Cortes Superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, Gaceta Jurídica, Lima 2016, pp. 7-20; sin embargo, los defectos de dicha argumentación han sido cabalmente indicados por CAVANI, Renzo, “Plenos Jurisdiccionales: ¿vinculantes? Una invitación al diálogo a Fort Ninamancco”, disponible en: <https://afojascero.com/2017/08/25/plenos-jurisdiccionales-vinculantes-una-invitation-al-dialogo-a-fort-ninamancco/> (Consultado 08.10.2018, 12:59 a.m.); Id, “Todavía sobre los Plenos Jurisdiccionales (¿vinculantes?)”, disponible en: <https://afojascero.com/2018/06/29/todavia-sobre-los-plenos-jurisdiccionales-vinculantes/> (Consultado 08.10.2018, 01:25 a.m.).

En consecuencia, y como correlato de lo indicado previamente, debe quedar claro que el Acuerdo Plenario, que reconoce a la *indemnización punitiva* no es vinculante, no solo por no ser fuente de Derecho⁴⁸ (ni formal, ni material⁴⁹), sino porque aplicarla mecánicamente en un caso concreto, sin una labor previa de interpretación o integración, conllevaría a que los pronunciamientos judiciales incurran en una causal de nulidad, ello sin perjuicio de las responsabilidades funcionales que se generen.

III.3. La imposibilidad de justificar la ilegitimidad de la *indemnización punitiva*: precisiones respecto del origen jurisprudencial de los *punitive damages*

Frente a lo previamente indicado, no considero que se pueda oponer, válidamente, el hecho de que los *punitive damages* sí se hayan podido establecer sobre la base de decisiones jurisdiccionales⁵⁰ en los sistemas del *common law*. Ello, evidentemente, implicaría desconocer los orígenes de los *punitive damages* en el sistema del *common law*.

⁴⁸ En ese sentido, comparto la opinión de LEÓN, HILARIO, Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, p. 40: "(...) en nuestro país no tiene vigor - a pesar de que algún texto legal lo reconozca programáticamente - el principio del carácter vinculante de los precedentes judiciales o *stare decisis*"; desde otra perspectiva, pero arriba a una conclusión similar: CAVANI, Renzo, "Comentario al art. III (Fines del proceso e integración de la norma procesal) c.p.c.", In *Comentarios al Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 50, quien sostiene: "No obstante, tomada en este sentido, la jurisprudencia *no* es una fuente del derecho peruano ni tampoco del Derecho Procesal. Nótese bien: no es que no se puedan extraer normas jurídicas del conjunto de decisiones que componen la jurisprudencia, sino que para nuestra Constitución ellas *formalmente* no califican como genuinas *fuentes del Derecho*".

⁴⁹ Respecto de este punto manifiesto mi respetuosa discrepancia cuando se sostiene que los Plenos Jurisdiccionales, especialmente en materia laboral, son fuente de derecho material, sobre el particular: VALDIVIA ROMERO, Luis Manuel, "¿Los Plenos Jurisdiccionales en materia laboral son fuente de derecho?", *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 239, agosto, 2018, pp. 227-236.

⁵⁰ Si bien el razonamiento indicado, hasta el momento, no hemos visto que se haya desarrollado en la doctrina civil, considero importante la precisión cuando, desde la perspectiva laboral, NEVES MUJICA, Javier, "El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral", *Themis*, n. 67, 2015, p. 230, ha indicado lo siguiente: "¿Se puede crear un tipo de despido por una sentencia? Algunas de las instituciones jurídicas más importantes no han nacido de una acción legislativa sino jurisprudencial: El control difuso y la discriminación indirecta (Estados Unidos), el proceso de amparo (México), el despido nulo (España)... ¿Por qué no podría ser el caso del despido fraudulento? Máxime cuando, como ya he dicho, el Tribunal Constitucional debía reparar una dificultad creada por él mismo".

En lo que concierne a los orígenes en el *common law* de los *punitive damages* se debe tener en consideración que, a pesar de los antecedentes que en el *civil law* se puedan identificar sobre la aplicación de penas privadas⁵¹, su desarrollo se dio sobre la base de las tenues diferencias existentes entre *tort* y *crime*.

En ese sentido, cabe resaltar que una doctrina, tratando de cubrir el vacío histórico⁵² que existe entre la referencia a la pena privada en el período clásico romano y las alusiones a los estatutos ingleses del siglo trece y que concluyen con la clásica referencia a los casos *Wilkes v. Wood* y *Huckle v. Money* (1763), ha identificado⁵³ tres momentos históricos importantes.

En primer lugar, se alude a la publicación de *The North Briton* n. 45, la cual fue un provocativo panfleto político crítico del rey George III y sus Ministros, y a la vinculación del reconocimiento de pronunciamientos que imponen *exemplary damages*⁵⁴, en un contexto en el que no había límites para los jurados, en los casos *Wilkes v. Wood* y *Huckle v. Money*.

En segundo lugar, hacia el final del siglo trece, se aprecia el establecimiento de indemnización con “múltiplos” en los estatutos ingleses (a través del estatuto de Westminster I de 1275 y la postrero recepción de la *iniuria* y los *multile damages* estatutos), lo cual evidencia una relación con la noción de *inuiria* entendida esta como “affront to feelings” o “outrage”.

Finalmente, se alude a las denominadas “money compositions” anglosajonas como precursoras de la relación *tort-crime* que era, hasta ese momento, la premisa sobre la base de la cual se desarrolla la posibilidad de que sean los jueces, o los jurados, los que impongan *exemplary damages*.

Tal como se puede apreciar, la especial relación entre las contravenciones civiles (*tort*) y los crímenes penales (*crime*) fue lo que justificó que los jurados terminen imponiendo *exemplary damages* o *punitive damages*, por lo que al ser conscientes de

⁵¹ Sobre el particular: MARTINS-COSTA, Judith y Mariana, SOUZA PARGENDLER, “Usos y abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)”, R. CEJ, n. 28, 2005, pp. 17-18; BARATELLA, Maria Grazia, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-13.

⁵² Para un panorama bastante completo de la situación en Inglaterra, cfr. WILCOX, Vanessa, “*Punitive damages in England*”, In *Punitive damages: common law and civil law perspectives* (Helmut Koziol y Vanessa Wilcox eds.), Tort and Insurance Law, vol. 25, pp. 7-53.

⁵³ TALIADOROS, Jason, “The roots of *punitive damages* at *common law*: a longer history”, *Cleveland State Law Review*, vol. 64, 2016, pp. 251-302.

⁵⁴ Para una confrontación entre el tratamiento de los *punitive damages* en Inglaterra y Estados Unidos de América, puede consultarse RABOIN, Bradley, “Punish the Crown, but protect the government: a comparative analysis of State tort liability for *exemplary damages* in England and *punitive damages* in the United States”, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 24, 2016, pp. 264-271; adicionalmente, para la diferenciación entre los *punitive damages* y los *aggravated damages*, cfr. SEBOK, Anthony y Vanessa WILCOX, “Aggravated damages”, In *Punitive damages: common law and civil law perspectives* (Helmut Koziol y Vanessa Wilcox eds.), Tort and Insurance Law, vol. 25, pp. 257-274.

ello, y en tanto en los países del *civil law* existe la tendencia a diferenciar (por lo menos en el plano teórico) la responsabilidad penal de la responsabilidad civil⁵⁵, entonces vemos que no resulta reproducible la justificación de origen para la imposición de *punitive damages* por la jurisprudencia al ordenamiento jurídico peruano.

En función de lo que se ha indicado en esta sección, y descartada la posibilidad de justificar la forma en la que se ha reconocido al “daño punitivo” en los Plenos, no queda sino reafirmar su manifiesta ilegitimidad, razón por la cual los magistrados, en la solución de casos concretos, no se encuentran vinculados por los Acuerdos tomados por la Corte Suprema, sino que, en realidad, están obligados a no aplicarlos so pena de inaplicar principios y reglas constitucionalmente previstas.

IV. LAS IMPRECISIONES EN LA JUSTIFICACIÓN PARA LA INCORPORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PUNITIVA EN ORDENAMIENTO PERUANO

Conforme he indicado en el acápite precedente, la forma en la que se ha reconocido la procedencia de una *indemnización punitiva* es absolutamente ilegítima. Sin perjuicio de ello, considero que, es conveniente ingresar al fondo de la materia y por lo tanto es necesario cuestionarnos si la justificación empleada por el Pleno para admitir ese tipo de *indemnización* fue adecuada o no.

Tanto en el V como en el VI Pleno se indicó lo siguiente:

“Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales (...)”.

Tal como se puede apreciar, los Plenos han recurrido a los daños morales, en específico, a una aplicación extensiva de los mismos, para justificar la procedencia de sumas de dinero por encima de la indemnización compensatoria, a título de “daño punitivo”⁵⁶ (*rectius: indemnización punitiva*).

Los términos en los que ha sido expuesta la justificación permite formular dos posibles lecturas.

⁵⁵ En ese sentido se pronuncia, PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 35.

⁵⁶ Dicha aproximación no ha sido exclusiva de la realidad peruana, así: GEREMIAS, Elizabete y Rodrigo, GARCÍA SCHWARZ, “Responsabilidade civil e indenização por dano moral no Direito do Trabalho: a aplicação da doutrina dos *punitive damages*”, *Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, vol. 2, n. 2, 2016, pp. 175-194; sin embargo, la diferenciación entre *punitive damages* y el carácter punitivo-pedagógico del daño moral ha sido destacado en la doctrina brasileña por PETEFFI da SILVA, Rafael y Mark Pickersgill, WALKER, “*Punitive damages*: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina”, *Seqüência*, n. 74, 2016, pp. 304-309.

Por un lado, que sobre la base del reconocimiento de que el daño moral tiene una función punitiva, entonces es posible extender dicha función a otras indemnizaciones, reconociéndose así legitimidad a *indemnizaciones punitivas*; o, por otro lado, establecer que antes que el reconocimiento de una indemnización autónoma a la compensatoria, nos encontramos solamente ante un criterio de cuantificación del daño moral⁵⁷ que toma en consideración el comportamiento del agente.

Definitivamente, la segunda lectura evita las dificultades provenientes de reconocer que ciertas *indemnizaciones*, ajenas a un juicio de responsabilidad civil, pueden tener una función punitiva; por ello, es que considero necesario enfrentar la primera de las lecturas formuladas a fin de evaluar su validez. Para ello debemos abordar la afirmación, según la cual, el daño moral tiene una función punitiva.

IV.1. Sobre la (pretendida) monofuncionalidad de la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano

En primer lugar, debo ser enfático en precisar que la discusión no se puede centrar en establecer, como al parecer lo hacen ambos Plenos, si el daño moral, sea en su noción amplia o restringida⁵⁸, tiene una función punitiva.

Y es que, tal como se precisó en el apartado precedente, lo punitivo se refiere, en todo caso, a la indemnización y no al daño en sí mismo considerado, por lo que deviene en impreciso cuestionarnos sobre el rol punitivo (o no) del daño moral.

En segundo lugar, dado lo previamente expuesto, el problema a dilucidar consiste en determinar cuál es la función que desempeña la indemnización que se otorga a la víctima que ha sufrido un daño moral. La respuesta, a mi juicio, no es unívoca.

Y no es unívoca, desde mi punto de vista, debido a las particularidades que tiene el ordenamiento peruano en materia de responsabilidad civil; por lo que si bien existen posiciones que, en términos generales, sostienen que la indemnización del daño moral

⁵⁷ Esta es la lectura que, en la doctrina peruana, ha planteado: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 20-21.

⁵⁸ Sobre dicha diferenciación es de revisión: LEÓN HILARIO, Leysser, “Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el Derecho civil peruano”, In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 348-356. Asimismo, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”, In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 119-126.

tiene o una función consolatoria⁵⁹ o una función punitiva⁶⁰, considero posible plantear una visión alternativa.

Dicha visión alternativa pasa por reconocer las características del formante legislativo peruano, como la forma cómo los Tribunales de Justicia se encuentran resolviendo los reclamos de indemnizaciones por daño moral.

Desde una perspectiva legislativa (formante legislativo), considero que la función de la indemnización del daño moral, por lo menos en la responsabilidad extracontractual, tiene una función mitigadora del daño sufrido, lo cual se sustenta en dos órdenes de razones.

En primer lugar, dado que la indemnización del daño puede ser tanto en forma específica, como por equivalente, entonces en aquellos escenarios en los que la víctima decida optar por una indemnización en forma específica frente a la comisión de un daño moral⁶¹, como lo sería una rectificación⁶² o la publicación de una sentencia, no estaremos ante una indemnización que tenga una función punitiva.

Lo anterior es complementado con el hecho de que en el ordenamiento peruano, la indemnización del daño moral no está supeditada a ninguna reserva legal, tal como

⁵⁹ En ese sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)”, In *Estudios sobre la responsabilidad civil*, tr. Leysser León, Ara, Lima, 2001, pp. 269-271: “La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada, como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél” (p. 271). Reafirma su posición Id, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*, Ob. cit., 2017, 26-28.

⁶⁰ Esa es la posición formulada por: LEÓN HILARIO, Leysser, “Equívocos doctrinales sobre el daño moral. A propósito de un reciente artículo”, In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 413-416; aunque con mayor énfasis, respecto de la tutela de los derechos de la personalidad: Id, *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de remedios civilísticos*, Cuaderno de trabajo, n. 2, Departamento de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 33-36.

⁶¹ Sobre la expresa posibilidad de aplicar el resarcimiento en forma específica para los casos de lesión de los derechos de la personalidad se ha pronunciado: BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, t. 5: La responsabilità, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 218-219. En el ordenamiento peruano habla de “reparación inmaterial para el daño inmaterial”, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Ob. cit., pp. 112-113.

⁶² Ha negado la posibilidad de que la “rectificación” posea naturaleza resarcitoria: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”, Ob. cit. pp. 131-132.

sucede en los ordenamientos alemán o italiano, lo cual implica que no se requiere que, por ejemplo, se haya contravenido la ley penal para que proceda la reparación de esta clase de daños.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que la indemnización del daño moral sea por equivalente, tampoco es posible afirmar, de forma automática, que aquella tenga una función punitiva, ello en virtud de lo establecido por el legislador peruano, el cual, ha tomado como criterios para su cuantificación su magnitud y el menoscabo que el daño produce en la víctima o en sus familiares (art. 1984 c.c.⁶³).

Vemos que los parámetros para la cuantificación⁶⁴, tales como la conducta del agente, su reincidencia, el patrimonio del agresor, si el agresor actuó con dolo, entre otros, no son criterios tomados en consideración para la cuantificación de la indemnización pecuniaria del daño moral, por lo menos no en lo que al formante legislativo se refiere; lo cual conlleva, en mi opinión, a reconocer una toma de posición expresa respecto a que este tipo de indemnización del daño moral no conlleva, *per se*, una función punitiva⁶⁵.

Ahora, desde una perspectiva jurisprudencial (formante jurisprudencial), el tratamiento que recibe la indemnización pecuniaria del daño moral es, en ciertos casos, diferente; ya que se recurre para su cuantificación, en la vía de los hechos, a criterios vinculados a la conducta del agente⁶⁶, tales como los enunciados de forma precedente, antes que a la magnitud del daño.

Por ejemplo, dicha situación procede cuando de por medio se ha producido una afectación a los derechos de la personalidad, en donde, dada la imposibilidad de mitigar o satisfacer el daño sufrido en la víctima, la función punitiva de la indemnización por equivalente es aquella que termina por atender el interés de la víctima.

⁶³ **Código civil peruano. Artículo 1984.-** El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

⁶⁴ Sobre la problemática de cuantificación del daño moral, en el ordenamiento peruano, puede revisarse: BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo, “La paradoja de la reparación de los daños no patrimoniales y el problema de la cuantificación del daño. ¿Cuánto vale tu mano derecha?”, *Gaceta civil & procesal civil*, n. 38, agosto, 2016, pp. 129-167.

⁶⁵ En ese sentido, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Ob. cit., pp. 60-62.

⁶⁶ Ha sido en sede penal, curiosamente, donde se han emitido sentencias que hacen énfasis en el carácter punitivo de la indemnización del daño moral al momento de determinar la reparación civil; por ejemplo destacan: (i) Caso Magaly Medina v. Paolo Guerrero; (ii) Caso niña Romina; (iii) Caso Ivo Dutra; (iv) Caso Oyarce; (v) Caso Kouri; estos casos han sido cabalmente reseñados por LEÓN HILARIO, Leysser, Ponencia: “Perspectivas críticas sobre los llamados daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia”, organizado por la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 18 de agosto de 2017. Disponible: <https://www.youtube.com/watch?v=4xe2VqgTC3o>

Sobre la base lo previamente indicado, afirmar que la indemnización del daño moral tiene una función de consolación es negar parte del formante jurisprudencial en nuestro ordenamiento; a su turno, considerar que la función de la indemnización del daño moral es punitiva, implica dejar de lado los alcances del formante legislativo.

En este contexto, considero que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano no puede considerarse como monofuncional, ya que en función del interés de la víctima y de la forma de actuación de la jurisprudencia, en algunos casos, la función será solamente mitigadora, pero en otros será punitiva.

En esta línea, desde mi punto de vista, es posible afirmar que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano tiene una función que oscila entre la mitigación y la punición. En consecuencia, soy de la opinión que los Plenos yerran al sugerir que la indemnización del daño moral, únicamente, tiene una función punitiva.

IV.2. Revisión de los confines punitivos de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano

En el apartado precedente he sostenido que la indemnización del daño moral desarrolla, aunque no exclusivamente, una función punitiva, lo cual, entra en colisión con aquellas aproximaciones que privilegian una función compensatoria de la responsabilidad civil.

Dados los perfiles del formante legislativo en materia de la indemnización resarcitoria, que no ha previsto la función punitiva para la responsabilidad civil, puede dudarse válidamente de la legitimidad de la actuación de la jurisprudencia, que sí reconoce dicha función.

Ante esta situación, considero que una lectura que compatibilice el formante legislativo con el formante jurisprudencial pasa por reconocer que la indemnización del daño moral tiene, como regla general, una función mitigadora del daño, de conformidad a lo establecido en c.c.; y solo, excepcionalmente, establecer que puede tener una función punitiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Bajo esta directriz es posible advertir tres escenarios.

En primer lugar, indemnización del daño moral no desplegará una función punitiva en los casos en los cuales la víctima haya solicitado una indemnización en forma específica o, cuando habiendo solicitado una indemnización pecuniaria, la víctima sustente el monto en parámetros exclusivamente vinculados a la magnitud del daño sufrido.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que la víctima reclama una indemnización pecuniaria para hacer frente al daño moral, y no hace mención a algún

criterio de cuantificación en particular, el juzgador debe aplicar los criterios establecidos normativamente, los cuales no hacen alusión a la conducta del infractor, sino a la magnitud del daño sufrido, por lo que tampoco la indemnización debería tener una función punitiva.

Finalmente, si la víctima reclama una indemnización por equivalente y, expresamente, sustenta el monto de la misma en parámetros vinculados a la conducta del agente, aún en ese caso, el juzgador no debería aplicarlos de forma inmediata, ya que si la finalidad de esa indemnización es punir, se debe evitar que el agresor sea sancionado más de una vez por los mismos hechos⁶⁷.

En función de lo anterior es que, desde mi punto de vista, se puede preservar la opción asumida por el formante legislativo respecto de la función mitigadora de la indemnización del daño moral, pero no se impide que la jurisprudencia pueda establecer, excepcionalmente, una función punitiva de este tipo de indemnización en el ordenamiento peruano. Nótese que no estoy afirmando una función compuesta de la indemnización del daño moral⁶⁸, sino el reconocimiento de una función legislativamente prevista (mitigadora), y de forma subsidiaria una función que pueda ser desempeñada por la jurisprudencia (punitiva), en función de las directrices sugeridas.

Sin perjuicio de lo previamente expuesto, cabe cuestionarse si únicamente en el ámbito de la indemnización del daño moral es posible reconocer un rasgo punitivo, que no genere tanto debate, en la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano. Considero que no.

Si nos situamos en el área de la responsabilidad por inexecución de obligaciones se tiene que, en virtud del art. 1321 c.c., la indemnización de daños comprende, como regla general, a todos los daños que fueron previsibles al momento en que estableció la obligación.

Sin embargo, esta regla que caracteriza a la responsabilidad por inexecución de obligación y que la diferencia de la responsabilidad extracontractual⁶⁹, no es absoluta, ya que solo se aplica en aquellos escenarios en los que el incumplimiento de la obligación se debió a culpa leve del deudor.

⁶⁷ Han llamado la atención sobre el particular, con relación al V Pleno: OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, “Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”, *Gaceta civil & procesal civil*, n. 54, diciembre, 2017, pp. 217-218.

⁶⁸ Como lo ha indicado, por ejemplo, DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, 4 ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 253-254, cuando refiere a un sistema bipolar del resarcimiento del daño no patrimonial: satisfactiva-sancionatoria.

⁶⁹ Sugiere revisar tal diferencia, proveniente de la distinción entre delito y cuasidelito civil, BANFI DEL RÍO, Cristián, “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Revista Ius et Praxis*, n. 2, año 18, 2012, pp. 3-32.

En ese sentido, si el incumplimiento se debe a culpa grave o dolo del deudor, la indemnización no solo se limitará a los daños previsible, sino que, adicionalmente, se deberán cubrir los daños imprevisibles.

Si se aprecia bien, lo que se produce en el supuesto descrito en el párrafo anterior es una ampliación de la indemnización a cargo del deudor, sobre la base de un criterio que no atiende a la realización de un mayor daño, sino, exclusivamente, al particular comportamiento del causante del daño: el dolo o la culpa grave en su accionar.

Bajo estos términos, no cabe duda alguna que en la responsabilidad por inexecución de obligaciones prevista, desde el propio formante legislativo del ordenamiento peruano, desarrolla una connotación punitiva en los casos en los cuales el incumplimiento se dio a dolo o culpa grave del deudor, la ampliación en la extensión del resarcimiento, así lo demuestra⁷⁰.

A partir de lo expuesto, tanto en la indemnización del daño moral (de forma subsidiaria, como se había adelantado, y no de forma compuesta como sostiene una doctrina) como en la indemnización por el incumplimiento derivado de dolo o culpa grave, la responsabilidad civil despliega un rol punitivo en el ordenamiento jurídico peruano.

Vistas las cosas bajo esta óptica, el hecho que los Plenos hayan recurrido, únicamente, al daño moral para tratar de justificar una función punitiva dentro de los propios cauces de la responsabilidad civil, es no solo parcial (dada la función mitigadora de este tipo de indemnización), sino insuficiente (dada la función punitiva de la indemnización contractual por dolo o culpa inexcusable).

IV.3. Los límites a la regla de la reparación integral de la víctima y la viabilidad de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano

En el apartado precedente hemos reconocido los espacios en los que la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano despliega una función punitiva, incluso desde el propio formante legislativo.

De aceptar dicha premisa, se arriba a una conclusión inevitable: el denominado criterio de la reparación integral de la víctima o de equivalencia de la responsabilidad civil respecto del daño sufrido no es de carácter absoluto⁷¹. Ello implica que, en ciertos casos,

⁷⁰ Sobre la función punitiva en el ámbito del incumplimiento del contrato es de revisión BENATTI, Francesca, *Correggere e punire dalla law or torts all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 135-218; Id, "Inadempimento del contratto e danni punitivi", *Rassegna di diritto civile*, n. 3, 2013, pp. 846-858.

⁷¹ El principio de reparación integral de los daños no es considerado como absoluto, ni siquiera en Francia que es aquel ordenamiento en el que se forjó, así lo informa LEDUC, Fabrice, "¿Tiene algún sentido la reparación integral del daño corporal?", In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017,

la responsabilidad civil no solo no puede, sino que no debe, atender al resarcimiento de todos los daños sufridos por la víctima.

En el caso del daño moral, que es naturalmente reconocido como el ámbito en el que no es viable su reparación a comparación de los daños materiales, la responsabilidad civil no puede pretender realizar un resarcimiento integral de los mismos, ya sea porque al desplegar su función mitigadora estaremos ante un escenario de subcompensación; o porque al desplegar su función punitiva estaremos ante un supuesto de sobrecompensación.

En el caso de la indemnización derivada del incumplimiento de obligaciones, incluso para daños materiales, la indemnización no puede desplegar un resarcimiento integral de los mismos, o bien porque si el incumplimiento fue por culpa leve no se resarcirá los daños imprevisibles (generando un supuesto de subcompensación) o bien porque si el incumplimiento fue por dolo o culpa grave, se resarcirá los daños imprevisibles (lo que podría generar escenarios de sobre compensación).

Situando en su real dimensión la regla de la reparación integral del daño sufrido, considero que el mismo no puede ser empleado⁷², con certeza, como justificativo para impedir el eventual reconocimiento, siempre que se usen las vías correspondientes, de la categoría de los *punitive damages* con un adecuado diseño normativo en el ordenamiento peruano.

Y es que si en la actualidad se admite que la indemnización por daños y perjuicios pueda ser (fisiológicamente) compensatoria, sobrecompensatoria o subcompensatoria, no aparece como incompatible con la idea de regular, a través de disposiciones normativas

pp. 185-198; así también se ha indicado en ordenamientos directamente influenciados por el ordenamiento galo: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Los límites al principio de reparación integral”, *Revista chilena de Derecho Privado*, n. 15, diciembre, 2010, pp. 9-28; SANDOVAL GARRIDO, Diego Alejandro, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctima”, *Revista de Derecho Privado*, n. 25, 2013, pp. 235-271; en el ordenamiento peruano reconocen los límites de este principio: LEÓN HILARIO, Leysser, “Inflando los resarcimientos con automatismos. El «daño al proyecto de vida» y otros espejismos de nuestra magistratura”, In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 461-465; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “La experiencia jurídica francesa en materia de daños corporales: el *Rapport Dintilhac*”, In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 93-95.

⁷² Así lo han sostenido, con ocasión del análisis del V Pleno, BARDALES SIGUAS, Luis, “Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 44-46; GELDRES CAMPOS, Ricardo, “Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional”, *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p. 74; PUNTRIANO ROSAS, César, “Objeción a la indemnización por daño moral y a los *daños punitivos*”, *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 30-31.

expresas, supuestos que habiliten el pago de *punitive damages* y menos aún se puede considerar que se contravenga el orden público⁷³ interno del ordenamiento peruano, aunque lo relevante es el orden público internacional.

En este punto cabe resaltar que el hecho de que se haya reconocido que la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano pueda cumplir una función punitiva, no impide que se pueda discutir (ahora sí) una importación de los *punitive damages*, así como su conveniencia jurídica.

Y es que dado que la función punitiva se encontraría acotada a supuestos en particular (de forma subsidiaria en la indemnización del daño moral y como regla general en la indemnización derivada de incumplimiento contractual doloso o negligente), existen escenarios, no comprendidos en los anteriores, en los que se podría justificar la incorporación de los *punitive damages*.

No obstante, respecto de los supuestos no comprendidos⁷⁴, es necesario precisar que caben dos alternativas, incluirlos dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que reafirmará la función punitiva de esta área del Derecho Privado o, alternativamente, reconocerlos a través de la aplicación de sanciones punitivas o penas privadas legales, ajenas a la responsabilidad civil.

⁷³ Sobre el particular, y en específico las implicancias del orden público, GRONDONA, Mauro, "L'auspicabile «via libera» ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)", *Diritto Civile Contemporaneo*, n. III, Anno III, 2016, pp. 1-23 (de la versión en pdf), Id. "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e *punitive damages*", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10, 2017, pp. 1392-1399. Para una visión panorámica de los resultados de confrontar el orden público y los *punitive damages* puede consultar: VANLEENHOVE, Cedric, "A normative framework for the enforcement of U.S. *punitive damages* in the European Union: transforming the traditional ¡no pasarán!", *Vermont Law Review*, vol. 41, 2016, pp. 351-353; asimismo, TESCARO, Mauro, "I *punitive daamges* nordamericani: *Bundesgerichtshof*, *Cour de cassation* e Sezioni Unite della Cassazione a confronto", *Lavoro Diritti Europa*, fs. 1, 2017, pp. 1-15; TOLANI, Madeleine, "U.S. *punitive damages* before german courts: a comparative analysis with respect to the ordre public", *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 17, 2011, pp. 185-207; D'ALESSANDRO, Elena, "Reconocimiento y exequatur en Italia de sentencias que condenan al pago de daños punitivos", *Revista de Derecho Privado*, n. 34, 2018, pp. 313-326, en la que se analiza el cambio de criterio de la Corte de Casación italiana con las Secciones Unidas 16601 de 2017.

⁷⁴ Realiza una enumeración de algunos supuestos: GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 83-169, tales como: (i) supuestos de responsabilidad sin daño; (ii) situaciones en las que el agente obtiene un lucro superior respecto a los daños efectivamente sufridos; (iii) supuestos en donde la posibilidad de ser condenado en concreto a resarcir los daños es inferior respecto de la posibilidad de causarlos efectivamente; (iv) escenarios de lesiones menores; y, (v) supuestos de responsabilidad por dolo; asume la misma clasificación de supuestos, en nuestro medio, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*. Ara, Lima, 2017, pp. 29-31.

Lo anterior determina que no es necesaria en el ordenamiento peruano la incorporación de los *punitive damages*, en tanto se los entienda como parte de la responsabilidad civil, pero no porque se cuente con instrumentos propios que afronten los mismos problemas, sino porque existen mecanismos alternativos, en nuestro ordenamiento, para incorporar la aplicación de sanciones pecuniarias que, si bien pueden estar condicionadas, no dependan, de la tutela resarcitoria.

A modo de conclusión de este acápite, puedo señalar que la visión que utilizaron los Plenos para justificar la incorporación de *indemnizaciones punitivas*, a partir de una extensión de la función punitiva del daño moral, no reviste de la coherencia suficiente, en atención a la situación del formante legal y jurisprudencial existente en nuestro ordenamiento, lo cual no impide que, en un futuro, se pueda discutir la incorporación de verdaderos *punitive damages*.

V. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* Y LAS DEFICIENCIAS DEL DISEÑO DE LA *INDEMNIZACIÓN PUNITIVA* ELABORADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERUANA

En el apartado precedente he concluido que nada impide que, bajo la situación actual del ordenamiento peruano, sea viable la incorporación de los *punitive damages* al mismo; sin embargo, y esto lo quiero dejar claramente establecido, en dicha discusión no se debe seguir los lineamientos dados por los Plenos al momento de diseñar las *indemnizaciones punitivas*.

Si la Corte Suprema consideró que, a través del reconocimiento de lo denomina como “daño punitivo”, estaba dándole carta de ciudadanía a los *punitive damages*, en tanto institución propia del *common law*, cometió una patente equivocación ya que empleó un diseño equívoco de dicha categoría, quizá por recurrir a referencias vagas de doctrina extranjera⁷⁵ o de una doctrina nacional que tocó el tema de forma incidental⁷⁶; a pesar de

⁷⁵ Los Plenos hacen referencia, en este extremo, a la noción y función, en abstracto, del “daño punitivo”; sin embargo, para ello recurre a dos textos de profesores colombianos. Sin embargo, todo parece indicar que el único texto revisado fue el de GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y María Carolina, HERRERA LOZANO, “El concepto de daños punitivos o *punitive damages*”, *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, 2003, pp. 211-229, ya que en este se encuentran tanto la segunda referencia doctrinaria (también colombiana) que realiza el Pleno, así como como una referencia, no citada en el Pleno, a la obra *Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets de Genevieve Viney*. Esta situación es lamentable cuando se cuenta con información en castellano que es mucho más detallada, así por ejemplo: SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 4, 2000, pp. 139-152; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Daños punitivos*, Thomson Reuters, 2012, pp. 55-159.

⁷⁶ Me refiero a la descripción panorámica, que respecto de las funciones de la responsabilidad civil, ha realizado CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo, “Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano”, *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Instituto Peruano de Derecho Civil, Lima, 2013, pp. 174-175.

que en nuestra doctrina se contaba con aportes concretos⁷⁷ sobre el funcionamiento y reparos que se puede realizar a la incorporación de los *punitive damages*.

En cuanto al diseño normativo de los *punitive damages*, se ha indicado⁷⁸ con precisión que tres son sus aspectos centrales que son relevantes desde una perspectiva de *iure condendo*; a saber: (i) la naturaleza particular o general del remedio; (ii) el establecimiento de límites a su cuantía; y, (iii) la posibilidad de devolver parte de la suma liquidada a fondos estatales o de interés público.

Dado que el primero de los aspectos se encuentra en revisión⁷⁹, y depende más de una política legislativa antes que de un aspecto estructural, me detendré en los otros de

⁷⁷ Así tenemos los desarrollos de: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Ob. cit., pp. 50-62; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)”, Ob. cit., pp. 262-268; LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho a la intimidación y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*, Ob. cit., pp. 34-35; ampliando luego su posición en: LEÓN HILARIO, Leysser, “¡30,000 Dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimiento”, In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 456-457.

⁷⁸ BENATTI, Francesca, “I danni punitivi nel panorama attuale”, *Giustizia Civile*, n. 5, mayo, 2017, p. 4 (del documento en pdf).

⁷⁹ Cuando se contrapone la naturaleza particular o específica del remedio frente a la general, normalmente se hace alusión; por un lado al sistema inglés; y, por otro lado al sistema norteamericano, respectivamente. Así, a partir de la Sentencia de la House of Lord en la causa *Rookes v. Barnard* (1964), se suele reconocer en el sistema inglés una lista taxativa de hipótesis (remedio de naturaleza específica) en las que procedía la imposición de los *punitive damages*; a saber: (i) la violación de derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la Administración Pública; (ii) los escenarios en los que la intención del sujeto dañador de obtener una ganancia injustificada, no pueda ser sancionada por otra vía; y, (iii) los casos en los que los *punitive damages* están previstos en una disposición normativa, lo cual ya ha sido informado, entre nosotros, por LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho a la intimidación y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*, Ob. cit., p. 30. Sobre el particular, en esta sede, me limito a informar que dicha taxatividad, como indico en el texto se encuentra en revisión, ya que tal como lo informa GOTANDA, John Y., “Punitive damages: a comparative analysis”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 42, 2004, pp. 11-12 (de la versión en pdf), en el año 2001, la House of Lords rechazó la taxatividad de los supuestos de procedencia de *punitive damages* en el caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, en el cual se reclamaba *punitive damages* por abuso de autoridad de un oficial de policía. Tanto en primera instancia como en The Court of Appeal denegaron los *punitive damages*, pero en la House of Lords, el Lord Slynn indicó que “such a rigid rule seems to me to limit the future development of the law even within the restrictive categories adopted by Lord Devlin in a way which is contrary to the normal practice of the court (...)”, con lo cual se arribó a la conclusión según la cual no se debe centrar la atención, para la procedencia de los *punitive damages*, en la causa de la

los dos y añadiré un elemento adicional que fue mencionado expresamente por la Corte Suprema, el referido a la autonomía o dependencia de la *indemnización punitiva* respecto de la indemnización compensatoria, en el (equivoco) diseño del “daño punitivo”. La importancia de lo previamente expuesto se encuentra en que, si en algún momento, el legislador peruano tiene la intención de regular normativamente a los *punitive damages*, el modelo desarrollado por la Corte Suprema no es el adecuado, por lo que no debe ser tomado como referencia.

V.1.La posibilidad de establecer límites cuantitativos al monto de los *punitive damages*

Los Plenos aluden a que el propósito de los “daños punitivos” es “castigar a quien produce un daño y disuadir tano al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina, por lo que en dicho contexto establecen límites al monto de la *indemnización punitiva* en las hipótesis previstas en el V y VI Pleno, aunque con un alcance diferente.

En el V Pleno, la Corte Suprema con relación a las hipótesis de despido incausado y fraudulento, señaló lo siguiente:

“En este caso, con la finalidad que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer un patrón objetivo para calcular el mismo. Así se ha tomado en consideración como monto máximo por daños punitivos una suma equivalente al monto dejado 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”.

Por su parte, para los casos de accidentes laborales, para las tres hipótesis expresamente previstas, en el VI Pleno se precisó lo siguiente:

“En este caso, con la finalidad de que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer que el juez fijará dicho monto con criterio prudencial, atendiendo a las características del caso en concreto, no pudiendo exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral. Se sustenta la figura del daño punitivo, por la misma naturaleza vejatoria de la puesta en peligro de la vida y salud del trabajador”.

acción, sino en las circunstancias que la rodean, lo cual conlleva una ampliación de la forma en la que se entiende la forma interpretar los supuestos taxativos antes indicados.

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

Tal como se puede apreciar, la Corte Suprema ha establecido un sistema de topes máximos para el monto de las *indemnizaciones punitivas*, pero atendiendo a dos parámetros diferentes: (i) en un caso se recurre al monto correspondiente al aporte al sistema de pensiones dejado de realizar desde la fecha del despido hasta la reposición; y, (ii) en el otro caso se opta por atender al monto de la indemnización compensatoria resultante del resarcimiento del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

En este punto cabe indicar que, a diferencia de lo que se puede considerar, en los países del sistema del *common law* que aplican *punitive damages*⁸⁰ se han establecido, por diversas vías, límites cuantitativos al monto que se otorga por este tipo de indemnizaciones, ello ante la constatación fáctica de que al momento de imponerlos, generalmente por parte de los jurados, las cuantías eran excesivas y desproporcionadas.

Así por ejemplo, según se nos informa⁸¹, en el ordenamiento federal norteamericano se pueden mencionar las siguientes modalidades: (i) decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema; (ii) establecimiento de topes (caps) a través de regulaciones estatutarias de ciertos estados⁸²; (iii) elevación del estándar de la carga de la prueba; (iv) destinar el pago a fondos estatales; (v) requerir que el demandante pruebe la solidez patrimonial del demandado; (vi) separación de jurados para la determinación de la procedencia y del monto de los *punitive damages*; y, (vii) determinación judicial del monto de este tipo de daños.

Vemos, entonces que ante la necesidad de evitar o atemperar las decisiones que han impuesto *punitive damages* excesivos, se han establecido una variedad de mecanismos, a través de los cuales, tanto en decisiones jurisprudenciales⁸³ como

⁸⁰ GOTANDA, John Y., "Punitive damages: a comparative analysis", *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 42, 2004, pp. 11-12

⁸¹ MOMIOKA, Hironari, "Punitive damages revisited: a statistical analysis of how Federal Circuit Courts decide the Constitutionality of such awards", *Cleveland State Law Review*, vol. 65, 2017, pp. 381-382.

⁸² En la misma línea, BENATTI, Francesca, "I danni punitivi nel panorama attuale", *Giustizia Civile*, n. 5, mayo, 2017, p. 4 (del documento en pdf), precisa de la existencia de algunos modelos derivados de intervenciones legislativas estatales: (i) fijar un múltiplo de los daños compensatorios o un determinado importe, aquel que sea mayor, (ii) establecer solo un múltiplo, (iii) limitar a un cierto importe indicado, (iv) distinguir entre daño no físico y físico, (v) imponer un porcentaje o un máximo basado sobre las finanzas del demandado y/o sobre el patrimonio neto (p. 10)

⁸³ Sin embargo, se ha destacado los problemas, con relación al efecto disuasivo de los *punitive damages*, que tiene el hecho de que la Corte Suprema haya impuesto límites "razonables" a su cuantía, así: MARSHALL, Kevin S. y Patrick, FITZGERALD, "Punitive damages and The Supreme Courts reasonable relationship test: ignoring the economics of deterrence", *Journal of Civil Rights and economic development*, vol. 19, n. 2, 2005, pp. 237-258.

regulaciones en los estatutos normativos estatales, lo que se ha buscado es evitar caer en escenarios de “running wild” o “skyrocketing”.

En lo que corresponde a limitaciones impuestas por decisiones jurisprudenciales⁸⁴ cabe resaltar; en primer lugar, la decisión recaída en *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), en la cual, luego de más de doscientos (200) años, empezó a introducir límites a las decisiones que concedían *punitive damages* excesivos. En el caso, el jurado otorgó a Gore US\$ 4,000 como indemnización compensatoria y US\$ 4 millones como *punitive damages*, los cuales fueron finalmente reducidos a US\$ 2 millones. en un caso en el que se reclamaba fraude, bajo las leyes de Alabama, por haber vendido como nuevo un automóvil que había sido dañado y repintado para la venta.

En esta decisión, The Supreme Court determinó tres criterios para la revisión de la cuantía de los *punitive damages*; a saber: (i) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado (ii) la proporción entre los *compensatory* y *punitive damages*⁸⁵; y, (iii) la diferencia entre la decisión que impone el *punitive damage* y las sanciones que podrían ser impuestas por conductas similares.

En segundo lugar, debe mencionarse la decisión recaída en el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (2003), en la que Campbell recibió por el jurado US\$ 2.5 millones por *compensatory damages* y US\$ 145 millones por *punitive damages*, los cuales fueron primero reducidos a US\$ 25 millones, pero luego reajustados a la suma inicial por la Supreme Court de Utah, en un caso en el que se alegaba que un reclamo de seguros fue resuelto con mala fe, fraude y la lesión intencional de estrés emocional.

En este caso, The Supreme Court, precisa los criterios establecidos en el caso Gore e indica que los criterios de revisión de los *punitive damages* son los siguientes⁸⁶: (i) el grado de reprochabilidad de la conducta del agresor⁸⁷; (ii) la proporción entre el actual o

⁸⁴ En lo que sigue, comparto lo expresado por MOMIOKA, Hironari, Ob. cit., pp. 384-390.

⁸⁵ Sobre el particular, BEHRENS, Mark, SILVERMAN, Cary y Christopher, APPEL, “Calculating *punitive damages* ratios with extracompensatory attorney fees and judgment interest: a violation of the United States Supreme Court’s Due Process Jurisprudence?”, *Wake Forest Law Review*, vol. 48, 2013, pp. 1295-1326.

⁸⁶ McMICHAEL, Benjamin, “Constitutional limitations on *Punitive damages*: ambiguous effects and inconsistent justifications”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, pp. 961-1013.

⁸⁷ Respecto de este extremo, *The Supreme Court* señaló que los criterios con los que debe valorarse este parámetro son los siguientes: (i) si el daño causado fue síquico o económico; (ii) si la conducta del demandado evidencia una indiferencia por la seguridad o la salud de otros; (iii) si el demandante hubo experimentado dificultades financieras o fuese de otra manera vulnerable; (iv) si la conducta que generó el conflicto fue un aislado incidente o si ha sido reincidente la conducta del demandado; y, (v) si la conducta del demandado exhibe malicia, astucia o engaño.

potencial daño y la decisión que impone el *punitive damage*⁸⁸, y, (iii) la diferencia entre la sanción para conductas comparables y la decisión del *punitive damage*⁸⁹. En este contexto es que se establece el “single-digit ratio” estableciendo que entre la indemnización compensatoria y los *punitive damages* debe haber un ratio de 9:1, el cual; sin embargo, podía diferir en los casos en concreto, tal como sucedió en el caso *Exxon Shipping Company v. Baker* que se mencionará más adelante.

En tercer lugar, podemos mencionar el caso *Philip Morris USA v. Williams* (2007), en el que el demandante recibió la suma de US\$ 821,000 por *compensatory damages* y la suma de US\$ 79.5 millones. La controversia se refería a la muerte de un fumador, en el que se alegó que el fabricante de los cigarrillos, de forma consciente, generó la creencia de que fumar era seguro. En este caso, The Supreme Court dispuso, como lo había indicado en casos anteriores, que se había violado la *Due process clause*. Asimismo, se declaró como inconstitucional que el jurado, al momento de determinar la cuantía de los *punitive damages*, tome en cuenta los daños generados a terceros ajenos al proceso.

Finalmente, se debe destacar el caso *Exxon Shipping Company v. Baker* (2008) en la cual se estableció la regla “one to one ratio”. En el caso, Exxon⁹⁰ fue negligente al contratar como capitán de un petrolero que era alcohólico y que causó el derramamiento de once millones de galones de petróleo crudo. Se otorgó US\$ 287 millones por *compensatory damages* y US\$ 5 mil millones (que luego se redujeron a 2.5 mil millones) por *punitive damages*.

En lo que concierne a la regulación de los estatutos normativos estatales, y en particular la modelo de fijación de montos límites, que es la habría sido tomada por los Plenos, si bien se ha cuestionado la constitucionalidad de la imposición de *caps* a los *punitive damages*⁹¹, lo cierto es que se ha establecido, a través de análisis empíricos⁹²,

⁸⁸ Respecto de este extremo, *The Supreme Court*, a diferencia de casos anteriores en los que expresamente había declinado la posibilidad de adoptar una “bright-line” respecto de la cual no podían excederse los *punitive damages*, en esta ocasión la Corte implementó la “proporción de un dígito” como parámetro para determinar la razonabilidad de los *punitive damages*, así dictaminó lo siguiente: “(...) few awards exceeding a single-digit ratio between compensatory and punitive damages, to a significant degree, will likely satisfy due process (...)”..

⁸⁹ Respecto de este extremo, *The Supreme Court*, precisó que este criterio no debía ser entendido en el sentido que los *punitive damages* podía ser usados como un sustituto de la sanción criminal.

⁹⁰ Sobre el caso: LENS, Jill Wieber, “Procedural Due Process and Predictable Punitive Damage Awards”, *Brigham Young University Law Review*, 2012, pp. 1-71.

⁹¹ RUSSELL, Lynsey, “Statutory caps on punitive damages: are they infringing on your rights”, *Missouri Law Review*, vol. 80, 2015, pp. 864-869. En específico, la Corte Suprema de Missouri, luego de pronunciamientos en los cuales no realizó ningún cuestionamiento al tope fijado en los *Missouri Revised Statutes*, en específico la Sección 510.265; a través, del caso *Lewellen v. Franklin* señaló que la existencia de este tipo de limitación contravenía el *right to*

que estos no inciden en la decisión respecto a la procedencia o no de los *punitive damages*, sino que impactan directamente en el monto que se asigna por este tipo de resarcimientos.

Desde esa misma línea se aprecia que el problema no es establecer ciertos límites al monto de los *punitive damages*⁹³, sino, como bien se ha indicado⁹⁴, en calibrarlos adecuadamente para puedan disuadir, eficientemente, la conducta lesiva, ya que lo contrario ocasionará escenarios de sub o sobre disuasión.

Bajo esta línea de argumentación, es que comparto la opinión crítica de quien ha señalado⁹⁵ que el parámetro establecido en el V Pleno genera, adolece, por lo menos de los siguientes defectos: (i) establece una anticipación de la cuantía de la *indemnización punitiva* que la acerca a un sistema de precios antes que de sanciones; (ii) fija un criterio de cuantificación vinculado a la víctima, lo que contradice la función disuasiva que se quiere reconocer a la *indemnización punitiva*⁹⁶; y, (iii) crea un criterio discriminatorio, ya que la sanción frente al despido incausado o fraudulento, no dependerá de la gravedad de la conducta, sino de la remuneración (variable de persona a persona) del trabajador.

a trial by jury (derecho a ser juzgado por un jurado); MICELI, Thomas y Michael, STONE, "The determinants of state-level caps on *punitive damages*: theory and evidence", *Contemporary Economic Policy*, vol. 31, n. 1, 2013, pp. 110-125.

⁹² McMICHAEL, Benjamin y W. Kip, VISCUSI, "The punitive damages calculus: the differential incidence of state punitive damages reforms", *Southern Economics Journal*, n. 24 (1), 2017, pp. 92-96.

⁹³ Sobre el particular es interesante el estudio que realizaron GREENE, Edith, COON, David y Brian H., BORNSTEIN, "The effects of limiting punitive damage award", *Law and human behavior*, vol. 25, n. 3, pp. 2001, pp. 217-234, en el cual muestran evidencia según la cual, la existencia de límites a los *punitive damages*, no determina, necesariamente, que se traslade a la indemnización compensatoria dicha necesidad de sanción.

⁹⁴ McMICHAEL, Benjamin y W. Kip, VISCUSI, Ob. cit., p. 82.

⁹⁵ BARDALES SIGUAS, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, pp. 48-49.

⁹⁶ Con ocasión del V Pleno se ha sugerido que un mecanismo para que la víctima recupere las ganancias que el daño habría generado en el agente sería el enriquecimiento sin causa, así: GELDRES CAMPOS, Ricardo, "Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial*, t. 52, octubre, 2017, p. 74, sobre el particular, más allá de la corrección del argumento, lo cierto es que con relación al V Pleno, con razón, se ha indicado que no resulta válido un razonamiento que asuma que el monto dejado de aportar al sistema previsional implique un enriquecimiento para el empleador, ya que la obligación de aportar es del trabajador, siendo el empleador un retenedor, cfr. OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, "Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral", *Gaceta civil & procesal civil*, n. 54, diciembre, 2017, pp. 217-218.

Por el contrario, la situación es ciertamente diferente en el caso del VI Pleno, ya que en dicho caso se ha vinculado el monto máximo de la *indemnización punitiva*, a la indemnización de daños y perjuicios que se genere. En este caso, el hecho que el lucro cesante comprenda (equivocadamente) las remuneraciones dejadas de percibir y que en el daño moral no cuente con criterios estables para su determinación, más allá de lo que se ha indicado líneas arriba, hace que el impacto de los *punitive damages* sí pueda cumplir un rol disuasorio.

Sin embargo, para este último escenario el problema se presenta por un frente diferente, ya que el hecho de que existan (erradas) posiciones jurisprudenciales⁹⁷ que admitan una responsabilidad objetiva absoluta (sin que por ejemplo se pueda aplicar el hecho de la propia víctima como un supuesto de liberación de responsabilidad) para los daños derivados de accidentes laborales, hace que se relajen los estándares de previsión para la víctima (en este caso el trabajador), al saber que siempre será reparado por los daños sufridos; lo que se empeora, si el trabajador internaliza que adicionalmente a la indemnización compensatoria podrá recibir una *indemnización punitiva*.

⁹⁷ Una muestra se tiene en la Casación N° 4258-2016 LIMA, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la cual se indica lo siguiente: “Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo”. Claramente se está realizando una interpretación incorrecta del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo el cual señala lo siguiente: “El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva”. Felizmente, siempre a nivel de pronunciamiento en casos concretos, nos encontramos con pronunciamiento tal como el que consta en la Casación N° 18190-2016-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de mayo de 2017, en donde se indicó expresamente la necesidad de que el demandante no solo acredite el daño, sino también el criterio de imputación (lamentablemente, no realizando el mismo énfasis con la prueba de la relación de causalidad). Así la citada Casación dispuso lo siguiente: “Al respecto debemos señalar que la determinación de la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos: a) conducta antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad, y d) el factor de atribución. Previamente, debemos decir que si bien se trata de un proceso laboral, también lo es que al tratarse de un accidente de trabajo por responsabilidad contractual se está aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, por lo que corresponde que el actor demuestre el daño sufrido y la negligencia de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 1330° del Código Civil, probado estos hechos se podrá determinar el quantum indemnizatorio” (Considerando Décimo).

Tal como se ha podido apreciar, un inadecuado diseño de límites a la *indemnización punitiva* en el V Pleno; por un lado, y una asistemática relación entre el límite de la *indemnización punitiva* y la imputación de responsabilidad en el VI Pleno; por otro lado, hace que sea prescindible esta directriz de cara a una adecuada configuración de los *punitive damages* que pueda ser de utilidad en el ordenamiento peruano.

V.2. La conveniencia de establecer que el destinatario de los *punitive damages* no sea siempre la víctima del daño

En el ordenamiento peruano, desde una perspectiva consecuencialista, se ha negado que la responsabilidad civil tenga una función punitiva⁹⁸, en atención a que el hecho de que la víctima reciba un monto adicional al que le corresponde como indemnización de los daños y perjuicios, determinaría un incentivo perverso del lucro por el daño, lo cual conlleva la negativa de admitir la imposición de *punitive damages* en nuestro ordenamiento.

No obstante la advertencia, clara y documentada, que ha realizado nuestra doctrina respecto de los efectos nocivos de implementar un diseño en particular de los *punitive damages*, en los que se destinan a la víctima del daño, tanto el V como el VI Pleno hicieron caso omiso a la misma y establecieron lo siguiente:

“En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga 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”.

Tal como se puede apreciar, los Plenos no solo yerran al momento de no evitar los incentivos perversos que genera el hecho que los *punitive damages* vayan a la víctima, sino que comete una injustificable imprecisión al momento de considerar a dicha situación como una característica intrínseca de los *punitive damages*.

La imprecisión es patente, desde el momento en que Pleno establece que el íntegro del monto de la *indemnización punitiva* debe dirigirse a favor de la víctima, ya que ello pasa por alto que, conceptualmente, los *punitive damages* cumplen un complejo de propósitos⁹⁹.

⁹⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)”, Ob. cit., pp. 262-268.

⁹⁹ Así por ejemplo POLINSKY, Mitchell y Steven, SHAVELL, “*Punitive damages: an economic analysis*”, *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 4, 1998, pp. 869-962, quienes se centran en la sanción y en la prevención; desde otra óptica, OWEN, David G. “*A punitive damages overview: functions, problems and reform*”, *Villanova Law Review*, vol. 36, n. 2, 1994, pp.

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

Así, se debe recordar que, conforme se ha indicado¹⁰⁰, la finalidad de los *punitive damages* se disgrega a lo largo de dos criterios binarios concurrentes: por un lado, el criterio individualista-social; y, por otro lado, el criterio retributivo-preventivo.

Dicha doble perspectiva se justifica en la tensión que respecto de los *punitive damages* se da entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ante la cual comparto la posición de quien¹⁰¹, luego de haber analizado las distintas aproximaciones desde estos enfoques a los *punitive damages*, afirma que detrás de esta institución, antes que reconocer un único polo de esta dicotomía, es dable reconocer la coexistencia de elementos tanto de lo Público (referido a fines preventivos de carácter general) como de lo Privado (con relación a la sanción del interés privado del agente por sus actividades).

De este modo, la categoría de *punitive damages*, bajo una perspectiva individualista se centra sobre el particular nexo bipolar entre la víctima y el agresor vinculados por una demanda judicial; lo que determina que, con relación al propósito, ya sea situaciones de punición retributiva individual (Cuadrante I) o de punición preventiva individual (Cuadrante II), en las que se tomará en cuenta la posición del demandado, solamente, con relación a los daños sufridos respecto del particular demandante (costo privado).

Por otro lado, la categoría de *punitive damages* también se pueden establecer bajo una perspectiva social¹⁰², la cual comprende la punición retributiva social (Cuadrante III), por ejemplo para conductas particularmente relevantes que generan un amplio rango de efectos; o la punición preventiva social (Cuadrante IV), sobre todo para forzar al actor a internalizar el íntegro de los costos de los daños que han sido generados sobre grupos - o clases - o individuos (costo social).

	Retributiva	Preventiva
Individualista	I	II
Social	III	IV

373-381 reseña como funciones de los *punitive damages* las siguientes: (i) educación, (ii) retribución, (iii) disuasión, (iv) compensación, y, (v) *law enforcement*.

¹⁰⁰ SHARKEY, Catherine M., "The future of classwide punitive damages", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46:4, 2013, pp. 1131-1132.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Marco, "*Punitive damages* and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 32, n. 3, 2015, pp. 799- 848

¹⁰² SHARKEY, Catherine, "*Punitive damages* as societal damages", *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, pp. 347-453.

Tal como se acaba de apreciar, los *punitive damages* pueden desplegar una función retributiva-preventiva a nivel social, lo cual determina que, en dichos casos, si el íntegro del *punitive damages* se dirige a la víctima, efectivamente, se producirá un enriquecimiento que genere, potencialmente, el incentivo perverso para que la víctima lucre con su propio daño. Para evitar dicho incentivo perverso se plantea que el monto de los *punitive damages* no se dirija a la víctima, sino que, por ejemplo, se destine a fondos de compensación, con lo cual se reconoce, plenamente, su función preventiva-retributiva.

Esto último, desde otra perspectiva, había sido ya identificado por la doctrina peruana; la cual formulaba como mecanismo alternativo a la implementación de un régimen de *punitive damages*, la necesidad de que, con la realización de un hecho dañoso, se reconozca dos tipos de víctima; a saber: una víctima diádica (que sufre el costo privado) y una víctima sistémica (que sufre el costo social), siendo que la indemnización compensatoria se otorgue únicamente a la víctima diádica; y cualquier indemnización adicional, como podría ser la punitiva, sea destinado a la víctima sistémica, con lo cual se evita el incentivo perverso del lucro por el daño. Así se ha indicado¹⁰³ lo siguiente:

“(…) si el productor que ha introducido un producto defectuoso en el mercado, es obligado a responder por el mecanismo de la tutela resarcitoria a través del pago de una indemnización que no sólo -a nivel diádico- persiga indemnizar a la víctima, sino también -a nivel sistémico- a la sociedad toda; **en dicha indemnización estará incluida no sólo la reparación del daño de la víctima individual, sino también la reparación del daño a la colectividad**, cuyo monto -para el caso de daños ocasionados por la circulación de vehículos automotores- podrá ser destinado a efectuar mejoras en la red vial; siendo este razonamiento aplicable al desarrollo de cualquier actividad humana” (el énfasis es añadido).

Ahora bien, ponderando la crítica consecuencialista consistente en que otorgar el *punitive damage* y el *compensatory damage* a la víctima genera un incentivo perverso para que aquella lucre con su propio daño hay que diferenciar los supuestos previstos en el V y VI Pleno.

En el V Pleno, que se refiere al despido incausado o fraudulento, vemos que el acto generador del daño depende exclusivamente del empleador para su realización, ya que la ausencia de causa del despido o el propósito fraudulento para despedir no pueden

¹⁰³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)”, Ob. cit., p. 268.

ser controladas por el trabajador, por lo que establecer en este caso el establecimiento de un “incentivo perverso” es bastante difícil.

Situación completamente diferente es la que se presenta en el VI Pleno, ya que en esta hipótesis, si bien los supuestos en particular que habilitan las *indemnizaciones punitivas* están vinculados al empleador, todas ellas se encuadran dentro del marco de accidentes derivados de relaciones laborales, lo cual implica el reconocimiento de un cierto grado de participación del trabajador en los mismos, lo que determina la posibilidad de que en este ámbito sí se genere el incentivo perverso del lucro por el daño.

En función de lo expuesto, vemos cómo es que el V y el VI Pleno dieron por sentada una característica de los *punitive damages* (que su monto vaya a la víctima) que es meramente eventual, ya que depende de las funciones específicas que desarrolla este tipo especial de *damages*. Este es un error de diseño que no debe ser seguido en los posibles debates sobre la incorporación de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano.

V.3. La necesidad de reconocer que los *punitive damages* son condicionales a la indemnización compensatoria

Finalmente, abordaré la última de las directrices que asumen los Plenos para el diseño de los *punitive damages*, el cual, lamentablemente, demuestra un profundo desconocimiento del funcionamiento de dicha categoría en el sistema del *common law*.

La directriz en cuestión se refiere al reconocimiento que han realizado los Plenos respecto a que la *indemnización punitiva* sería accesoria con relación a la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios; es decir, que cada vez que se reconozca el pago de este último de indemnización conlleva la imposición de una *punitive damage*.

En específico, el V y VI Pleno se indicaron lo siguiente:

“Dado su carácter sancionador y monto predeterminado, los daños punitivos no necesitan ser demandados, pero al tener un carácter accesorio y no principal, si es necesario que se le reconozca al demandante en forma previa un monto indemnizatorio por daño emergente, lucro cesante o daño moral”.

El problema de esta directriz es patente, ya que en el sistema del *common law*, la concesión de la *punitive damage*, no solo es excepcional¹⁰⁴, sino que no se aplican en

¹⁰⁴ Como lo muestran estudios empíricos, EISENBERG, Theodore, et.al, “The decision to award *punitive damages*: an empirical study”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n. 2, 2010, pp. 577-620; GOUDKAMP, James y Eleni, KATSAMPOUKA, “An empirical study of *punitive damages*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, n. 1, 2018, pp. 90-122.

todos los casos en los que se imponga una indemnización de daños y perjuicios. ya que su procedencia depende de la discrecionalidad del jurado o del juez.

En buena cuenta, y esto es fundamental, los *punitive damages* no son un derecho de las víctimas en el *common law*, ya que su procedencia depende de la realización de ciertas características en el acto generador del daño, las cuales deben estar sujetas a prueba.

De lo anterior, se desprende que los *punitive damages*, si bien pueden ser consideradas condicionales respecto de la indemnización compensatoria, ya que ambas dependen de la comisión del daño, no pueden ser accesorias, ya que la realización del daño es necesaria, pero no suficiente para el reconocimiento de los *punitive damages*.

Esta diferenciación, entre el carácter condicional y el accesorio de una indemnización respecto de la otra, no es meramente dogmática, ya que su erróneo entendimiento ha llevado a los Plenos a determinar una consecuencia procesal del todo nociva: se pueden otorgar *indemnizaciones punitivas* sin que el trabajador las solicite expresamente.

El impacto procesal de una indebida asimilación de los *punitive damages* genera, como resulta manifiesto, una lesión al derecho de defensa por parte del empleador.

Si bien los Plenos advierten que al haberse identificado (de forma ilegítima, como hemos indicado) los supuestos que habilitan la concesión de la *indemnización punitiva*, entonces se justifica su pago apenas se haya realizado la determinación del responsable para el pago de la indemnización de daños y perjuicios; ello prescinde completamente del análisis de un aspecto que es igual de importante a la determinación de la responsabilidad: la cuantificación del monto de la *indemnización punitiva*.

En efecto, si tanto en el V como en el VI Pleno se han establecido topes máximos para la *indemnización punitiva*, entonces ello quiere decir que su determinación depende, para ser consecuentes con la finalidad disuasiva de este tipo de indemnizaciones, del nivel de culpa con el que se comporta el empleador; es decir, de la gravedad de su conducta.

Bajo este punto de vista, constituye una patente lesión al derecho de defensa del empleador el hecho de que no participe en el debate, por lo menos, para la determinación del monto de la *indemnización punitiva*, lo cual sería, precisamente, la situación que se genera con la decisión tomada en los Plenos.

Adicionalmente, no deja de sorprender¹⁰⁵ que una decisión como la que ahora es materia de análisis (*indemnización punitiva* de oficio) se haya emitido en fecha posterior (el V Pleno data el 19.10.2016 y el VI Pleno del 18.09.2017 y 02.10.2017) al IX Pleno Casatorio Civil (cuya fecha de Sentencia es el 09.08.2016, aunque se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 18.01.2017), en cual se reconoce que las potestades de oficio del magistrado se pueden efectuar, siempre y cuando se haya promovido el contradictorio entre las partes en el proceso.

En conclusión, no veo que exista justificativo alguno que permita considerar como plausible el reconocer como una característica de los *punitive damages* el hecho de que se puedan conceder de oficio, tanto por contravenir las características propias de este tipo de indemnizaciones en los países del *common law*, como por las características propias de nuestro ordenamiento.

VI A MODO DE CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo indicado podemos concluir formulando las siguientes conclusiones finales. En primer lugar, el origen de la recepción de los “daños punitivos” se ha debido, en el ordenamiento peruano, a la inadecuada interpretación jurisprudencial que, en materia de despido incausado y fraudulento, se le ha dado al lucro cesante al equiparlo con las remuneraciones devengadas. Si la Corte Suprema hubiese querido justificar, de otra forma, la procedencia del íntegro de las remuneraciones devengadas, podría haberse recurrido a la mora del acreedor, pero en vez de ello prefirió trastocar el alcance del lucro cesante generando un impacto directo, no solo en el tratamiento de los diferentes despidos, sino en el sistema previsional de pensiones.

En segundo lugar, la Corte Suprema no ha reconocido a la categoría, de fuente anglosajona, conocida como *punitive damages*. En realidad, lo que ha realizado la Corte Suprema es regular una suerte de *indemnizaciones punitivas* (multas civiles por actos desaprensivos) que invade las potestades legislativas del Poder Legislativo, al haber fijado disposiciones normativas con carácter general y abstracto, y por ende son ilegítimas al haber quebrantado el principio de separación de poderes y el de legalidad, lo que determina la obligación de los magistrados de no aplicar, en casos concretos, lo establecido en los Plenos. En líneas generales, esta no es una crítica dirigida contra los Plenos, sino ante la forma de proceder de la Corte Suprema ante los Plenos Jurisdiccionales en general.

En tercer lugar, el hecho de que los Magistrados Supremos hayan recurrido a la función punitiva de la indemnización del daño moral para justificar la incorporación de los “daños punitivos” en la responsabilidad civil derivada de despido y de accidentes de tránsito, contraviene el carácter mitigador de la indemnización por daño moral prevista

¹⁰⁵ Esto ya ha sido cabalmente advertido por OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, “Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”, *Gaceta civil & procesal civil*, n. 54, diciembre, 2017, p. 219.

legislativamente, aunque es acorde con la jurisprudencia que le reconoce una función punitiva a este tipo de indemnizaciones. Si bien considero que la indemnización por daño moral puede tener una función punitiva esta debe ser eminentemente excepcional, más aún cuando existen otras instituciones, dentro de la responsabilidad civil, en la que se reconoce esta función, como sucede en la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso o negligente de una obligación.

Finalmente, demuestra que no se ha reconocido la categoría de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano, a través de lo dispuesto en los Plenos, el constatar que el diseño jurisprudencial que se ha seguido no guarda relación con los elementos estructurales de los *punitive damages* en el sistema del *common law*, razón por la cual lo contenido en los Plenos no constituyen herramientas útiles que contribuyan a un eventual diseño legislativo de esta figura, o a su discusión, en el ordenamiento jurídico peruano.