UNIVERSIDAD DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

LA INDEMNIZACIÓN FRENTE A LA NULIDAD DEL DESPIDO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRABAJADORES AMPARADOS POR LA LEY 24041

Gonzalo Torres-Vera

Piura, diciembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Torres, G. (2015). *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. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

Repositorio Institucional PIRHUA

GONZALO ALEJANDRO TORRES VERA

LA INDEMNIZACIÓN FRENTE A LA NULIDAD DEL DESPIDO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRABAJADORES AMPARADOS POR LA LEY 24041.

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

Repositorio Institucional PIRHUA

Repositorio Institucional PIRHUA

APROBACIÓN

Tesis titulada "La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley 24041", presentada por Gonzalo Alejandro Torres Vera en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Mateo Gómez Matos.

_____

Director de Tesis

Repositorio Institucional PIRHUA

Repositorio Institucional PIRHUA

DEDICATORIA

Para mis padres, por su paciencia y el aliento que me han dado durante el tiempo que se desarrolló este trabajo.

Repositorio Institucional PIRHUA

Repositorio Institucional PIRHUA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPITULO I: LA NULIDAD DEL DESPIDO 5
1.1. El derecho de estabilidad laboral y la nulidad del despido 5
1.2. Los despidos susceptibles de nulidad en el régimen privado. 14
1.3. El sector público. El régimen laboral del DLeg. 276 22
1.4. Los trabajadores contratados en el régimen del DLeg. 276 y la Ley 24041 30

CAPÍTULO II: EL PROBLEMA DE LAS REMUNERACIONES DEJADAS DE PERCIBIR 41
2.1. La postura restitutoria y sus argumentos 41
2.2. La postura indemnizatoria y su acogimiento en la jurisprudencia 52
2.3. Una mirada especial a los casos de la Ley 24041 60
2.4. El lucro cesante como forma de reparación 66
A.- ¿La indemnización debe ser igual a las remuneraciones dejadas de percibir? 66
B.- El cálculo del lucro cesante en casos de despido. Los ingresos por nuevos empleos. 86

CAPÍTULO III: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES EN CASOS DE DESPIDOS SANCIONADOS CON NULIDAD 99
3.1. El daño moral por despido. 99
A.- El reconocimiento del daño moral provocado por el despido 99
B.- Un elemento especial en casos de la Ley 24041. Las *interrupciones tendenciosas* 130

3.2. El daño al proyecto de vida 133
3.3. Los daños morales "excepcionales" en los casos de despido 144

CONCLUSIONES.....155

BIBIOGRAFÍA 161

Repositorio Institucional PIRHUA

ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
Cas.:	Sentencia de casación
CC:	Código Civil peruano
Cfr.:	Confróntese.
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Coord.:	Coordinación
Dir.:	Dirección
DLeg. 276:	Decreto Legislativo 276
ed.:	Edición
et al.:	y otros
Exp.:	Expediente
fasc.:	Fascículo
LPCL:	Ley de Productividad y Competitividad Laboral

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

op. cit.: Obra citada

OIT: Organización Internacional del Trabajo

p.: Página

PLGT: Proyecto de Ley General de Trabajo

ss.: Siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

T.: Tomo

TC: Tribunal Constitucional

Trad.: Traducción

Vol.: Volumen

Repositorio Institucional PIRHUA

INTRODUCCIÓN

El aseguramiento del derecho a la estabilidad en el empleo ha sido desde siempre una de las mayores preocupaciones del Derecho Laboral. El derecho de acceder a un trabajo implica también el derecho de mantenerlo. Por ello la protección de la estabilidad en el empleo siempre será un asunto clave para el Derecho Laboral. Las normas relativas al despido han sido, en ese marco, su expresión más palpable, protagónica y a la vez más controversial. Sin dudas, el fenómeno del despido es el que más obras de estudio ha inspirado y el que más debates ha generado en lo referente a la estabilidad laboral. Su estudio abarca diferentes aspectos como su naturaleza, su historia, etc., pero el tema más esencial siempre será la protección del trabajador contra el despido.

Sobre la protección contra el despido, el Derecho Laboral ha establecido como barrera principal la exigencia de una causa justa que justifique la decisión del empleador de despedir. Así, el despido que no se base en un causal tipificada en las normas laborales devendrá en un acto ilícito por contravenir la ley y en ese mismo sentido en un acto generador de injusticia. Consecuentemente, para reparar esta situación el Derecho Laboral ha planteado dos posibles respuestas, la nulidad del despido que conlleva a reposición del trabajador y la indemnización por despido arbitrario. De las dos respuestas, claramente la nulidad del despido y la reposición del trabajador se muestran como la solución más radical y eficaz para eliminar la injusticia causada por el despido. Sin embargo, no todos los trabajadores quedan satisfechos con esta respuesta.

Repositorio Institucional PIRHUA

Buena parte de los trabajadores reincorporados a sus centros de labores creen tener derecho a algo más. La mayoría solicita así el pago de las remuneraciones que hubieran recibido por el tiempo entre su despido y su reposición. El problema es que sólo en el despido nulo del régimen privado se reconoce expresamente un derecho por estas remuneraciones. En el ámbito laboral existen otros despidos pasibles de nulidad, como el despido incausado y el despido fraudulento que fueron "creados" por la jurisprudencia constitucional, además de los despidos declarados nulos conforme a las leyes del sector público. En todos estos casos, las normas laborales guardan silencio sobre si existe o no un derecho a estas remuneraciones dejadas de percibir. De esa forma es que los trabajadores han llevado esta interrogante al ámbito judicial buscando las vías más adecuadas para formular su pretensión. Bajo ese escenario es que la responsabilidad civil se presenta como una herramienta potencialmente útil para asegurar una arreglo de los daños causados por el despido. Así, muchos trabajadores han solicitado el pago de sus remuneraciones como si fuera una indemnización por daños y perjuicios. Conjuntamente además, algunos trabajadores también han solicitado una indemnización por los daños morales, con la alusión a una fuerte angustia provocada por el despido o incluso aduciendo un daño a su proyecto de vida.

El tema del presente trabajo es pues analizar cómo debería ser la indemnización de daños y perjuicios en casos de despido nulo con posterior reposición del trabajador. El objetivo es vislumbrar cuáles serían las directrices o los parámetros sobre los cuales determinar la indemnización por los daños que los trabajadores suelen aludir en estos casos de despidos afectos de nulidad. Por un lado estará el daño provocado por las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo entre el despido y la reposición. Por el otro, los posibles daños morales que pueden ocasionarse producto de un despido injusto.

Como se mencionó, este tema afecta a trabajadores tanto del sector privado como del sector público. Pero aparte de abordar este problema general, también se hará una mirada especial a un grupo particular de trabajadores, los trabajadores del sector laboral público que son repuestos al amparo de la Ley 24041. El caso de estos trabajadores fue lo que inspiró en gran parte el tema de este trabajo. Precisamente, un número significativo de estos trabajadores han

Repositorio Institucional PIRHUA

formulado demandas exigiendo algo más aparte de su reposición, lo cual amerita respuestas concretas a sus cuestionamientos. Por ello, las respuestas al tema general de las indemnizaciones por despidos nulos tratarán de convergerse al especial caso de estos trabajadores.

Como se señaló antes, este tipo de demandas se vienen dando en la práctica, pero se hace necesario establecer reglas y pautas más claras. Como suele suceder en casos de indemnizaciones por responsabilidad civil, las sentencias muchas veces carecen de homogeneidad y consistencia en el tratamiento de los daños. Para evitar esto es que se hace necesario escudriñar que particularidades tendría el análisis del daño y su consiguiente resarcimiento. Así se podría evitar los posibles excesos o abusos en las demandas por daños y perjuicios en estos casos de despido. Potencialmente son muchos los trabajadores que algún día querrán demandar a su empleador por los daños y perjuicios que el despido les causó, entre ellos los trabajadores repuestos por la Ley 24041. Por todos estos trabajadores y por la búsqueda de mayor uniformidad en las sentencias, el tema de estudio de esta tesis se muestra como relevante.

El primer capítulo se dedicará a explicar la situación de los trabajadores que eventualmente pueden solicitar la nulidad de su despido y su reposición, incluyendo a los trabajadores repuestos por la Ley 24041. El segundo capítulo examinará el problema de las remuneraciones dejadas de percibir por el despido. Primero se describirá cómo la indemnización por daños y perjuicios se ha vuelto prácticamente la vía obligatoria para solicitar el pago de éstas remuneraciones. Segundo se intentará responder a cómo debería ser la indemnización por daños y perjuicios cuando se reclama por las remuneraciones dejadas de percibir. La respuesta a esta pregunta permitirá establecer una comparación entre esta vía y otras que se han propuesto para satisfacer los intereses de los trabajadores. Por último, en el tercer capítulo se atenderá a la cuestión de los daños morales por despido, con la inclusión del daño al proyecto de vida y otros casos especiales.

El primer capítulo y parte del segundo analiza y delinea el panorama actual de nuestro país respecto a este tema. Por ello el material utilizado ha sido la doctrina y la jurisprudencia laboral que se ha desarrollado alrededor de este asunto en nuestro país. En lo que

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

sigue del trabajo, la indemnización de las remuneraciones no percibidas y del daño moral, también se hará referencia a la casuística. Así también para esta segunda parte se hará uso de doctrina nacional y extranjera en cuanto ambas pueden aportar algunas teorías útiles. El presente trabajo está avocado a los aspectos sustantivos de la problemática señalada. La intención es crear cierto esquema general de cómo se aplica la responsabilidad civil en estos casos, especialmente la cuantificación de los daños. Por ello es que o no se verá, sin que esto signifique restarle importancia, los aspectos procesales relacionados al objeto de este estudio.

En resumen, a través de la casuística y la doctrina es que se espera poder deducir las características de la responsabilidad civil aplicada en los casos de despido sancionados con nulidad.

Repositorio Institucional PIRHUA

CAPITULO I
LA NULIDAD DEL DESPIDO

1.1. El derecho de estabilidad laboral y la nulidad del despido

El contrato laboral es una relación que está llamada a perdurar y mantenerse en el tiempo. Así lo ha entendido el Derecho Laboral. La justificación de esta vocación de perdurabilidad puede encontrarse en diversos motivos. Como contrato la relación laboral implica una prestación de servicios de tracto sucesivo, por lo que no se agota en la liquidación de una sola tarea o en la realización de un solo acto[1]. De esta forma, la prestación y contraprestación de las partes (prestación de servicios y remuneración) se sucederán la una a la otra continua e indeterminadamente. Además, si la actividad empresarial es de naturaleza indeterminada, el trabajador que se inserte en la estructura de una empresa también esperará que su duración en ella sea la mayor posible[2]. Por medio de esto el trabajador asegura su futuro. Su permanencia en una misma empresa genera en él la expectativa de crecer, económica y profesionalmente, de ascender, de realizarse. Aparte, el permanecer en su empleo también asegura al trabajador un ejercicio más óptimo y productivo de sus demás derechos laborales, tanto los individuales como los colectivos. Por ejemplo los derechos de huelga y sindicalización no serían ejercitados con igual fuerza si el trabajador

[1] Cfr. SAMAMÉ PACHECO, B., *La legislación sobre estabilidad laboral y el empleo atípico en el Perú*, 1° ed. OIT, Lima, 1989, p. 8.
[2] Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, C., *El despido en el derecho laboral peruano*, 1° ed. ARA, Lima, 2002, p. 81-82.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

sintiera amenazada su permanencia en el puesto de trabajo[3]. Por estas y otras razones es que se puede decir que la permanencia en el empleo es algo sumamente valioso. El acceso a un empleo y la generación de estas expectativas y estos derechos no sirve de mucho si en cualquier momento se expulsa a la persona del centro de labores, quien otra vez accederá a un nuevo empleo del que también se le sacará y así sucesivamente. Por ello, la proclama de que toda persona tiene el derecho de acceder a un empleo o un "derecho al trabajo" conlleva necesariamente la necesidad de un derecho a permanecer en ese trabajo. Por eso es que el derecho de la estabilidad laboral se considera parte del contenido esencial del "derecho al trabajo"[4], porque asegura que el ejercicio del derecho al trabajo sea más productivo y enriquecedor de lo que sería si fuera sólo un relación momentánea.

El derecho a la estabilidad laboral es, de manera concreta, el derecho del trabajador a no ser despedido de manera discrecional o sin causa justa. Este derecho deriva de un principio más general que puede llamarse principio de continuidad. Así, este principio señala que la relación laboral debe ser la más larga posible, y la protección contra el despido viene a ser sólo una de sus manifestaciones o concretizaciones. Otras manifestaciones de la continuidad serían la preferencia por los contratos de duración indefinida, la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador, entre otras disposiciones del Derecho Laboral. Por ello se considera que la estabilidad laboral y la protección ante el despido tienen como un fundamento más profundo la continuidad de la relación laboral[5].

Aparte de esta diferenciación entre la continuidad y la estabilidad laboral, que sería una exteriorización de esta continuidad, la doctrina suele expresar que la propia estabilidad laboral se manifiesta en más de una forma. En ese sentido, tradicionalmente se le atribuye una doble dimensión. La primera de ellas tiene que ver con la estabilidad en el empleo al inicio de la relación laboral, donde el trabajador puede encontrarse en una situación precaria por su condición de nuevo en la empresa, por lo que necesita de cierta protección. En las normas laborales esto suele regularse a través del establecimiento de períodos de prueba, el

[3] *Ibíd.*, p. 86 y ss.
[4] Cfr. MARTÍN RIVERA, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, p. 68-69.
[5] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 79 y ss.

Repositorio Institucional PIRHUA

menor o mayor período de prueba asegura un acceso más o menos rápido a la estabilidad laboral y la protección contra el despido. De esta manera las normas que dicten la duración de estos períodos estarán afectando el derecho de estabilidad laboral. Esto es lo que se conoce como estabilidad de entrada. La segunda dimensión del derecho de la estabilidad laboral es, lógicamente, la estabilidad de salida, que es la protección que se brinda para el momento de extinción de la relación laboral[6]. Aquí es donde más eventos y circunstancias suelen confluir. La extinción de la relación laboral puede darse de varias formas, en algunas intervendrá la voluntad del propio trabajador, como en la renuncia o el mutuo disenso con el empleador. En otros se deberán a hechos ajenos a la voluntad de las partes como el fallecimiento del trabajador o su invalidez absoluta permanente. Pero la causa extintiva conocida como despido es la que sin duda genera más inquietud y reacciones por parte de todos.

La razón para que el despido tenga la atención que tiene es que es un acto unilateral del empleador y un signo del desequilibrio de poderes entre ambas partes. El despido es la forma de extinción del contrato laboral que nace y se proyecta exclusivamente del lado del empleador, de su voluntad. La sola voluntad del empleador basta para que el trabajador pierda su empleo, con todo lo que ello implica. En un sentido amplio, el concepto de despido abarca diferentes formas de extinción, algunas que incluso no son consideradas propiamente como "despidos" en todos los ordenamientos. Por ejemplo, lo que nuestro ordenamiento llama "terminación de la relación laboral por causa objetiva"[7], en la doctrina y en países como España es llamada simplemente "despido colectivo"[8]. De hecho, en España también hay una causal de extinción por "causas objetivas", pero aplicada a supuestos que se asemejan a los despidos por causas relacionadas a la capacidad del trabajador en el ordenamiento peruano, como la ineptitud sobrevenida. Aparte, estas "causas objetivas" también incluyen a los mismos supuestos del "despido colectivo" de España, pero cuando afectan a un número mínimo de trabajadores[9]. Así

[6] Cfr. MARTÍN, *op. cit.*, p. 68-69 y TOYAMA MIYAGUSUKU, J., *Instituciones del Derecho Laboral*, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 64.
[7] Art. 16° de la LPCL.
[8] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 446 y ss. y QUISPE CHÁVEZ, G. y MESINAS MONTERO, F., *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 121. Véase también el Art. 49° Inc. 1 Lit. i) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España.
[9] Art. 52° de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

pues, iguales actos extintivos pueden llevar diferentes nombres según el ordenamiento que los regula. Pero todos estos actos son, desde una concepción amplia, despidos porque parten de la voluntad unilateral del empleador para extinguir la relación laboral[10]. Por otro lado, en un sentido restringido el despido es el acto extintivo del trabajador pero basado en algún tipo de falta grave imputable al trabajador[11]. La manifestación máxima del poder sancionador del empleador es expulsarlo del centro de labores por los malos actos que el trabajador haya realizados en perjuicio de la empresa. Este sentido restringido del término despido parece ser el acogido por el ordenamiento peruano, donde se reserva el término despido para el acto extintivo basado en la capacidad o en el comportamiento del trabajador.

No obstante estas diferencias, en cualquiera de los dos sentidos se está hablando de una facultad o potestad del empleador para poner fin a la relación contractual. El despido se materializa cuando en el empleador se suscita la voluntad de hacer uso de ese poder extintivo que posee. En general a los actos catalogados como despido se les ha querido ver como una forma de resolución contractual, una potestad extintiva del empleador[12]. Pero este poder o facultad resolutiva no es absoluta ni mucho menos ilimitada. Actualmente el acto de despido tiene que estar sustentado en una causa justa que lo justifique para dotarlo de validez y eficacia. El despido moderno se muestra entonces como una "institución causal"[13]. La exigencia de la causa afecta la potestad resolutiva del empleador y la recorta. De esta forma el despido viene a ser una clase especial de resolución contractual, una resolución condicionada a la existencia de una causa justa prevista en la ley[14].

De lo anterior también se puede concluir que el requisito de causalidad es la principal limitante que el Derecho Laboral ha creado para contrarrestar el poder extintivo unilateral del empleador. Como se mencionó, ahora se le ve como una "institución causal". Aunque bien cabe advertir que no es el único límite. Otros requisitos para el despido

---

[10] Cfr. BLANCAS, *El despido, op. cit.*, p. 52.
[11] *Ibíd.*, p. 52.
[12] Cfr. QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 21. Desde otra perspectiva, más propia del derecho laboral, los actos de despido son vistos como sanciones, una manifestación del poder disciplinario del empleador. Cfr. BLANCAS, *El despido, op. cit.*, p. 50.
[13] Cfr. BLANCAS, *El despido, op. cit.*, p 49.
[14] Cfr. QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 22.

Repositorio Institucional PIRHUA

confluyen junto a la exigencia de una causa justa, como por ejemplo la exigencia de seguir un determinado procedimiento, la exigencia de que las sanciones se apliquen bajo criterios de razonabilidad, proporcionalidad e inmediatez, etc[15]. No obstante, todas ellas giran en torno al requisito de causalidad. Así, el despido que no se base en causa justa es desde el principio un acto ilícito porque está faltando al mandato de la ley.

La causalidad ha formado parte de la protección contra el despido desde los primeros tiempos del Derecho Laboral. Antes de éste, cuando las constituciones hablaban de un "derecho al trabajo" era para oponerse a la esclavitud y la servidumbre que obraba bajo el antiguo régimen de la colonia. El auge del liberalismo y de los preceptos de libertad, igualdad e individualidad no permitían ver las relaciones laborales como relaciones meritorias de una especial tutela y protección. De hecho estas relaciones eran reguladas por las normas civiles e incluso las comerciales, donde el empleador tenía un poder discrecional prácticamente absoluto[16]. En ese contexto, el despido antes no estaba condicionado por exigencias de fondo o de forma para su validez. La doctrina llamó a esta forma de extinción "despido *ad nutum*", un despido discrecional e incausado pero aún así plenamente válido. El despido era entonces un poder absoluto del empleador, una facultad sin limitantes[17].

Con la formación del Derecho Laboral surgió entonces una nueva visión sobre estas relaciones. Para acabar con el despido *ad nutum* se consagró el requisito de causalidad como condición para la validez del despido. De esta suerte, junto al nacimiento de la causalidad como requisito para el despido nacieron también las dos medidas principales de protección contra el despido, la reposición, que implica la nulidad del despido, y la indemnización.

La reposición y la indemnización son las formas de tutela comunes a casi todos los ordenamientos. Según la elección de una u otra, la estabilidad laboral se ha dividido entre la estabilidad absoluta y la estabilidad relativa. La estabilidad absoluta se refiere a que el despido sin

[15] Cfr. PAREDES ESPINOZA, B., "Individualización de los fundamentos que configuran el despido", en ALVA LÓPEZ (Coord.), *El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 100 y ss.
[16] Cfr. TOYAMA, *Instituciones*, *op. cit.*, p. 13-14 y SAMAMÉ, *op. cit.*, p. 13-14..
[17] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 62-63.

Repositorio Institucional PIRHUA

causa justa es declarado nulo. Por tanto, para continuar con el "cumplimiento" del contrato laboral el trabajador debe ser reincorporado al centro de labores, con todos los derechos y obligaciones que antes tenía. Por el contrario, la estabilidad relativa señala que la falta de causa justa no obstruye que el despido mantenga su eficacia extintiva, pero en cambio impone la carga de una indemnización[18]. Aunque esta última forma de tutela no borra por completo los efectos del acto de despido, no es igual al despido *ad nutum* porque éste implicaba un poder discrecional y sin mayores consecuencias. En la estabilidad relativa la causalidad sigue siendo importante para la validez del despido, y aquél que no lo tenga se verá obligado a pagar una indemnización, aunque el despido no devendrá en ineficaz[19]. No obstante la división, lo más posible es que un ordenamiento jurídico adopte los dos modelos de tutela, la reposición y la indemnización, como medidas complementarias o separadas y exclusivas para determinados sectores laborales. Esto dependerá de las circunstancias de cada sociedad[20].

Entre ambas formas de tutela la más "protectora" vendría a ser la estabilidad absoluta, que implica la nulidad y la reposición como remedio para el despido incausado. Sin duda la nulidad es la medida más radical que puede existir contra un acto ilícito, de hecho es la forma natural de borrar los efectos perniciosos que el acto haya causado. En el caso del despido, su nulidad significa que el contrato sigue vigente y que continúa como si el despido no se hubiera producido[21]. De ese modo, la reposición viene a ser el paso lógico de la nulidad del despido. El trabajador vuelve a su puesto para que de esta forma la relación continúe. Esa reposición

[18] *Ibíd.*, p. 92 y ss. La división entre estabilidad laboral absoluta y relativa puede tener variaciones entre un autor y otro. Así por ejemplo, Plá Rodríguez establece una subclasificación de la estabilidad relativa entre "*propia*" e "*impropia*", mientras que Vásquez Vialard subdivide la estabilidad absoluta en "*con efectos plenos*" y "*con efectos menos plenos*". La última de ellas coincide con la estabilidad relativa propia que propone Plá Rodríguez. En ambas se refieren a casos (no en el ordenamiento peruano) donde la reposición es obligatoria pero el empleador puede resistirse a ella, en cuyo caso tiene que abonar o pagar indemnizaciones mientras el trabajador no sea repuesto. Conforme a estas subdivisiones, la indemnización por despido arbitrario en el ordenamiento peruano sería una tutela de estabilidad relativa impropia.

[19] *Ibíd.*, p. 94-95.

[20] *Ibíd.*, p. 99.

[21] *Ibíd.*, p. 328-329.

Repositorio Institucional PIRHUA

tiene como presupuesto jurídico a la nulidad del despido y la ineficacia de sus efectos[22].

La reposición por nulidad del despido no es un nuevo contrato laboral, no hay una recontratación o un reingreso. La reposición por nulidad del despido implica más bien un cumplimiento del contrato que aún sigue vigente. El despido incausado es una forma de incumplimiento porque es un acto que no se ajusta a las leyes que norman el contrato laboral. Por lo tanto, para volver a "cumplir" con el contrato, el empleador debe reponer al trabajador a su antiguo puesto[23]. En otro sentido, la reposición implica una restitución de los derechos que el trabajador perdió a causa del despido ilícito, ahora declarado un acto nulo. Por medio de la reposición el trabajador vuelve a gozar de los derechos laborales que había perdido. Esto empieza por el restablecimiento del mismísimo derecho al trabajo, que es lo que en la práctica se genera cuando el trabajador vuelve a entrar a su centro de labores. Además, la reposición también implica la restitución de sus otros derechos, como las remuneraciones, los derechos sindicales, todo lo que tuvo antes del despido.

Así que, en líneas generales, la nulidad del despido genera un despido inválido e ineficaz en sus efectos. La reposición es su consecuencia lógica, ya que es el acto por el cual se restablece las cosas a su estado anterior, antes del acto ilícito. De esa forma se extinguen los efectos del despido que no estuvo basado en un casusa justa.

La estabilidad absoluta que implica la nulidad del despido y la reposición del trabajador han sido por mucho tiempo la principal protagonista en cuanto sistemas de protección contra el despido. La indemnización por despido era usualmente una medida secundaria, casi siempre a opción del trabajador. Esto puede verse en la Constitución mexicana de 1917, mejor conocida como Constitución de Querétaro. Esta constitución fue la que instituyó el derecho de estabilidad laboral[24] y también la que instauró la reposición y la indemnización como las medidas reparadoras del despido injustificado. En el documento destaca

[22] *Ibíd.*, p. 331.
[23] *Ibíd.*, p. 330.
[24] *Ibíd.*, p. 71.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

la preferencia por la nulidad y la reposición sobre la indemnización, como se observa en su Art. 123°, acápite XXII:

> "*El patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario* (...)".

Como se aprecia del texto citado, la reposición (*cumplir el contrato*) es lo primero que se le ofrece al trabajador. Sólo si el trabajador lo considera más adecuado, podrá optar por la indemnización. Esta preferencia por la nulidad del despido y la reposición también se puede ver en otros documentos como la Recomendación 119 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1963[25], que influyó en muchos países. En esa misma línea, nuestras normas laborales del régimen privado también dejaron que el trabajador opte por reposición o la indemnización. Así por ejemplo, el Decreto Ley 18471 de 1970, primera norma en el país que reguló la estabilidad laboral[26], establecía en su Art. 3° que:

> "*Si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador, éste será obligado a elección del trabajador:*
> *a) A la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiera dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudieran corresponderle; o,*
> *b) Al pago del equivalente de tres meses de remuneraciones, si el trabajador se decide por la terminación de la relación de trabajo, además de una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir*

[25] El Párrafo 6 de la Recomendación 119 de la OIT dice: "*Si los organismos mencionados en el párrafo 4* [los juzgados] *llegasen a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada, deberían estar facultados para ordenar que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, pagándole, cuando proceda, el salario no percIbído, reciba una indemnización adecuada, o bien una reparación de otro género, que podría ser determinada según los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1, o bien una combinación de ambas que sería análogamente determinada*".

[26] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 101. No obstante existen leyes aun más antiguas que también brindaban cierta protección contra el despido, como la Ley 2851 de 1918 o la Ley 4239 de 1921 que imponía pagos para las mujeres y niños trabajadores. Cfr. SAMAMÉ, *op. cit.* p. 14.

Repositorio Institucional PIRHUA

hasta la fecha de la resolución que pone fin a la reclamación, y demás derechos que pudieran corresponderle".

Regulación semejante conservaron las demás leyes laborales que le sucedieron en el tiempo para el sector privado. Éstas fueron el Decreto Ley 19334 de 1972[27], el Decreto Ley 22126 de 1978 y la Ley 24514 de 1986. Algo similar también se puede decir de la Constitución de 1979, que fue la primera es reconocer la estabilidad laboral como derecho constitucional. Esta norma señaló que el trabajador sólo podía ser despedido por causa justa, lo que implicaba el acogimiento del modelo de estabilidad absoluta en el empleo[28], como se señala en el Art. 48° de dicha norma[29]. Incluso el texto original del Decreto Legislativo 728 decía, cuando era aún la Ley de Fomento del Empleo, que el despido injustificado podía ser anulado o indemnizado a elección del trabajador[30].

Al amparo de la nueva Constitución de 1993 fue que el Decreto Legislativo 728 sufrió modificaciones que finalmente la transformaron en la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral o LPCL que rige el ámbito laboral privado. Así, actualmente la indemnización es la herramienta protagonista ante los despidos no basados en causa justa (llamados en la LPCL despidos arbitrarios), y la nulidad y reposición se relegan a causales específicas del "despido nulo" de la LPCL.

La nulidad del despido entonces es la nulidad de un acto jurídico y la reposición del trabajador es la manera más básica de corregir los efectos de este acto nulo, volviendo a un estado de permite cumplir con el contrato. La nulidad del despido y la reposición han sido muchas veces

[27] Esta norma remitía la protección del el Decreto Ley N° 18471 para los trabajadores del sector público pero que se les consideraba dentro del régimen privado.

[28] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 105 y ss. También puede verse BLANCAS BUSTAMANTE, C., *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo*, 1° ed. ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 221.

[29] Art. 48° de la Constitución de 1979: "*El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada*".

[30] Art. 72° de la Ley de Fomento del Empleo: "*Si el despido es injustificado, el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76*". Sobre esta ley vale señalar que fue la que introdujo la división entre despido nulo y despido incausado (arbitrario). Según el texto original de esta norma, para el despido nulo la única opción posible era la nulidad y la reposición del trabajador.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

el principal instrumento de reparación contra el despido. Sin embargo, en el régimen laboral privado actual la nulidad del despido ha pasado a ser una medida especial y reservada a las causales del llamado despido nulo del régimen privado.

1.2. Los despidos susceptibles de nulidad en el régimen privado.

En el marco normativo actual el despido nulo de la LPCL es en cierta forma el principal exponente de la estabilidad absoluta en nuestro país, de la nulidad del despido y de la reposición. A nivel normativo es el único que es pasible de nulidad en el sector privado.

El despido nulo se aplica para causales específicas. El despido como tal sigue siendo incausado o injustificado por no basarse en una causa justa. Pero además existe una causa ilegítima que motiva el despido. Las causales de despido nulo están contempladas en el Art. 29° de la LPCL[31], pero se pueden sintetizar como despidos que están basados en motivos claramente antisindicalistas, discriminatorios o de represalia al derecho a la tutela judicial efectiva[32]. Así también, entre los despidos discriminatorios se encontraría el despido a la mujer embarazada y al trabajador con VIH o SIDA, así como al trabajador con discapacidad[33].

---

[31] Art. 29° de la LPCL: "*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 25;
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 (...)".

[32] Cfr. JIMÉNEZ LLERENA, A., "El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio," *Laboren*, no. 7, 2007, p. 163.

[33] La nulidad del despido para trabajadores con VIH o SIDA no está en la LPCL sino en la Ley 26626, y la del trabajador con discapacidad en la Ley 27050. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, C., "La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral", *Diálogo con la jurisprudencia*, no. 167, 2012, p. 22.

Repositorio Institucional PIRHUA

Así que el despido no sólo está basado en una causa ilegítima, sino que además existe una motivación lesiva de derechos fundamentales. En ese sentido, la sanción de nulidad que sufre el despido no obedece simplemente a la transgresión del derecho de estabilidad laboral, sino también a la grave afectación adicional que se hace a otros derechos constitucionales. La nulidad y la reposición no estarían simplemente para reponer la estabilidad laboral sino además para reparar el particular efecto lesivo que ha provocado[34]. En un marco laboral donde prima la estabilidad relativa (la indemnización), las normas han reservado unos cuantos casos que se consideran especialmente sensibles y por ello pasibles de nulidad, como por ejemplo el estado de gestación de una trabajadora o algunas formas de discriminación.

Sobre esto se formularon críticas respecto a por qué el despido nulo de la LPCL se circunscribía a causales tan cerradas[35]. Otros derechos fundamentales diferentes a los regulados podrían también ser lesionados en un acto de despido. Igualmente, podrían conjugarse otras formas de discriminación no contempladas explícitamente en el Art. 29° de la LPCL (sexo, raza, religión, opinión e idioma), como la discriminación por apariencia o condición social[36]. En ese sentido, no habría causas razonables para que estos no recibieran la misma protección que brinda el LPCL[37].

Las limitaciones que la LPCL establecía para aplicar la nulidad a un despido fueron de cierta forma superadas en la jurisprudencia. Precisamente, a través de sentencias como la Cas. N° 2386-2005-Callao se incluyó vía interpretativa una nueva causal de despido nulo, el "trato desigual". Conforme a la sentencia, cuando el Art. 29° de la LPCL habla de discriminación no puede entenderse que se limita a los motivos discriminatorios que aparecen de forma expresa en la norma. En ese sentido el trato desigual entre trabajadores también es una forma de discriminación, por lo que el despido estaba siendo lesivo de derechos fundamentales que ameritaban la protección respectiva[38]. Dicha sentencia

[34] Cfr. QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 58.
[35] *Ibíd.*, p. 55.
[36] Cfr. TOYAMA, *Instituciones*, *op. cit.*, p. 506.
[37] *Ibíd.*, p. 506.
[38] Cfr. HUAMÁN ESTRADA, E., "La reposición en sede laboral frente a todo despido lesivo de derechos constitucional. Comentarios a raíz del primer pleno jurisdiccional laboral supremo y la casación n° 3979-2011-tacna", *ITA IUS ESTO*, 9° ed., 2012, p.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

fue objeto de varias críticas, tanto a favor (es una interpretación amplia del Art. 29° de la LPCL) como en contra (no se puede legislar con sentencias) [39]. De manera parecida algunas sentencias del TC han otorgado la reposición al trabajador que ha alegado un despido desproporcionado, donde la falta no era tan grave para justificar el despido. Ejemplo de estos casos se encuentran en la STC N° 1058-2004-AA/TC y la STC N° 019-98-AA/TC[40]. Así, casos como los mencionados han ampliado los estrechos márgenes que antes tenía el despido nulo de la LPCL[41].

Sobre los efectos del despido nulo de la LPCL el primero de ellos es evidentemente la reposición. La reposición viene a ser, para la ley, la forma adecuada de remendar los efectos del despido que afecta derechos constitucionales. De esta forma se consigue reponer las cosas a su estado anterior. Desde una perspectiva más civilista, la reposición se adecúa a la doctrina de los actos y negocios jurídicos nulos. La declaración de nulidad implica que el acto de despido es inválido y sus efectos no deben perdurar. Como consecuencia de ello surge la reposición para revertir estos efectos y volver al estado anterior al acto nulo[42].

Aparte de que también se puede optar por la indemnización, otra detalle que presenta la reposición es que no procede si el trabajador cobra sus beneficios sociales, como se estableció en la STC N° 2010-2005-PA/TC y STC N° 532-2001-AA/TC. Otras particularidades que puede encontrarse es que si el empleador no cumplió con la orden de reponer al trabajador entonces no puede efectuar un nuevo despido. Mientras la relación laboral no se restablezca fácticamente el empleador no puede inicia un nuevo proceso de despido. Esto se vio en la STC N° 8078-2005-PA/TC. También en los casos que el trabajador afrontó un proceso penal y fue absuelto; la STC N° 318-2001-AA/TC que en esos casos el trabajador debe ser repuesto, porque hay de por medio una afectación del

---

121, disponible en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/9.6Huam%C3%A1nEstrada.pdf (Consultado el 15.10.2015).

[39] Cfr. QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 59-61.

[40] Cfr. *Ibíd.*, p. 128-129. Sin embargo, una sentencia más reciente declaró improcedente este tipo de pretensión por desproporcionalidad. El TC consideró en ese caso que el asunto debería verse en la vía ordinaria. Esto podría significar un cambio en la procedencia de estas pretensiones vía amparo y la posibilidad de conseguir por medio de ella la reposición. La sentencia era la STC N° 4842-2007-PA/TC.

[41] Cfr. BLANCAS, "La reposición del trabajador", *op. cit.*, p. 28.

[42] Cfr. ALMANSA PASTOR, J., *El despido nulo*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 172.

Repositorio Institucional PIRHUA

derecho al trabajo. En otro caso visto en la STC N° 103-92-AA/TC se dictaminó que la reposición no cabía en una empresa que estaba paralizada, por la obvia imposibilidad material existente[43].

La reposición trae a colación otros efectos de la nulidad. Al reincorporarse, el trabajador debe mantener los mismos derechos y beneficios que tenía hasta el momento en que fue despedido. Entre ellos puede destacarse por ejemplo el nivel remunerativo del trabajador. Asimismo, si el trabajador hubiera recibido un aumento o algún otro beneficio de no haberse producido el despido, dichos montos también se adicionan a sus remuneraciones y beneficios actuales[44]. La idea es que la reposición del trabajador se lleve a cabo en las mismas condiciones que tenía o, de ser el caso, con las mejoras que hubiera obtenido.

Pero aparte de que se le restauren los derechos que había perdido, la nulidad del despido también genera otra especial consecuencia. El trabajador recibe las remuneraciones que dejó de percibir por el tiempo que no estuvo laborando a causa del despido. Esto se describe claramente en el Art. 40° de la LPCL que dice:

> "*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 procesal no imputables a las partes* (...)"

Conforme a este artículo, en la misma sentencia que ordena la reposición el juez debe ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Entonces, el pago de estas remuneraciones está aparejada al hecho mismo de la reposición. De esta forma, esta medida terminaría de borrar todos los efectos negativos provocados por el despido. Igual que con las remuneraciones que recibe una vez repuesto, estas remuneraciones devengadas son susceptibles de aumentos que hubieran ocurrido en el tiempo que duró el despido[45]. Así, mediante el referido pago se volvería a un estado de las cosas casi idéntico al que se hubiera dado sin el despido nulo.

---

[43] Cfr. QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 134-136.
[44] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 344.
[45] *Ibíd*., p. 346.

Repositorio Institucional PIRHUA

El pago de las remuneraciones dejadas de percibir es algo muy importante en lo que respecta a la nulidad del despido. Su presencia ha acompañado a la reposición desde casi siempre. Por ejemplo la Recomendación 119 de la OIT mencionada anteriormente señalaba que con la reintegración se le debía pagar al trabajador su salario no percibido. Igualmente el Art. 3° del Decreto Ley 18471 citado antes decía que el trabajador tenía derecho a la reposición y *al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiera dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudieran corresponderle* [46]. El mismo patrón siguieron las normas que le sucedieron[47], incluyendo el despido nulo de la LPCL. De esta manera es que el pago de estas remuneraciones se mostraba como algo consustancial a la reposición fundada en la nulidad del despido.

Esos son los efectos y particularidades que tiene el despido nulo de la LPCL. Como se mencionó, este tipo de despido sería el principal exponente de la nulidad en el despido, pero no es el único. Como se señaló anteriormente, a través de la jurisprudencia se logró la nulidad en casos de despidos que no encajaban estrictamente en las causales de despido nulo del Art. 29° de la LPCL. Esos eran los casos de despido por trato desigual y despido con desproporcionalidad. No obstante, la jurisprudencia del TC también "creó" unas figuras de despido mucho más elaboradas y desarrolladas que las anteriores. Estos nuevos tipos de despido fueron llamados "despido incausado" y "despido fraudulento". Juntas supusieron un cambio realmente trascendente en el ordenamiento laboral del sector privado. El TC fue construyendo estas figuras a través de las sentencias del caso *FETRATEL* (STC N°1124-2001-AA/TC), el caso *Llanos Huasco* (STC N° 976-2001-AA/TC) y el caso *Baylón Flores* (STC N° 206-2005-PA/TC). El despido incausado y el despido fraudulento son, desde un ángulo netamente normativo, despidos arbitrarios conforme a la LPCL. Pero con ellos no sólo se afecta el

[46] Sobre esta norma llama la atención que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir también se disponía en la opción de la indemnización. En ese caso, el pago de las remuneraciones era por el tiempo entre el despido y la resolución que ponía fin a la reclamación.

[47] Por ejemplo el Reglamento de la Ley 24514 que antecedió a la Ley de Fomento del Empleo establecía expresamente que el pago de las remuneraciones se diera con el incremento por los aumentos legales y convencionales que se hubieran otorgado en el centro de trabajo por el tiempo que duró el despido. Cfr. BLANCAS, *El Derecho*, *op. cit.*, p. 229.

Repositorio Institucional PIRHUA

derecho de estabilidad laboral sino también otros derechos. Por ello es que son pasibles de nulidad como el despido nulo de la LPCL. El resultado final es una ampliación de la estabilidad absoluta en el régimen privado y una disminución de la estabilidad relativa[48].

En el caso *Llanos Huasco* (STC N° 976-2001-AA/TC) se definen a estos despidos de la siguiente manera:

> "*Se produce el denominado despido incausado, cuando:*
> *- Se despide 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.(...)*
> *Esos efectos restitutorios* [en el despido fraudulento] *obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22°, 103° e inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.*
> *Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:*
> *- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas"*".

Como se lee, el despido incausado es un despido donde la causa simplemente no es expresada. En ese sentido, su diferencia con un despido arbitrario normal es que éste sí presenta una causa, sólo que no llega a probarse. Así, esta figura va un poco más allá del simple despido arbitrario. El hecho de no presentar causa afecta no solamente el derecho a la estabilidad laboral, sino también el derecho de defensa y el debido proceso. Por ello el TC consideró que la medida protectora no podía ser otra que retrotraer las cosas al estado anterior al despido, para corregir la

[48] Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, J., "La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 49, 2002, p. 71.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

afectación a estos derechos[49]. Por ese motivo es que la nulidad es procedente en este tipo de despido, con la indemnización como medida secundaria o complementaria. Estos despidos se configuran cuando por ejemplo ocurre un despido verbal o un despido escrito donde no se indica la causa. Otros ejemplos de estos despidos son los contratos simulados de locación de servicios o de contratos laborales sujetos a modalidad, donde la extinción se da por la no renovación del contrato[50]. Como en realidad esos contratos son contratos laborales indeterminados, la decisión del empleador deviene en un despido que no ha cumplido el requisito mínimo de expresar alguna causa, más allá de que esta pueda ser juzgada de verdadera o falsa en un juicio.

Según la misma sentencia del caso *Llanos Huasco*, en el despido fraudulento la reposición busca cautelar la plena vigencia de los derechos constitucionales como el derecho al trabajo (Art. 22°), protección contra el abuso del derecho (Art. 103°) y el debido proceso (Art. 139° Inc. 3). Entonces, la lesión de estos derechos es lo que justifica la nulidad del despido y su reposición. Como también puede apreciarse, este tipo de despido es especialmente perverso en cuanto abarca supuestos donde se imputan hechos falsos o donde se fabrican pruebas.

Con la creación de estas nuevas figuras de despido se ha ampliado los supuestos de despidos nulos, o mejor dicho, de despidos pasibles de nulidad. El despido nulo de la LPCL, el despido incausado y el despido fraudulento permiten la reposición a los trabajadores del régimen privado. No obstante, esto no abarca a la totalidad de trabajadores del país. En el sector público, como se mostrará en el siguiente capítulo, también existen despidos pasibles de nulidad. De hecho, en el régimen público del que se va hablar, que es el del DLeg. 276, la nulidad del despido y la reposición es la única respuesta a todo lo que se considere despido incausado.

Jurisprudencial y doctrinariamente las figuras del despido incausado y el despido fraudulento son desarrolladas cada vez más. La meta parece ser equivaler estos despidos al despido nulo de la LPCL, con

---

[49] Cfr. VITTERI GUEVARA, J., "Tratamiento jurisprudencial del despido incausado", en ALVA LÓPEZ (Coord.), *El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 156-157.

[50] Véase por ejemplo los casos contenidos en la STC N° 01956-2011-PA/TC, STC N° 00587-2013-PA/TC y la STC N° 03683-2012-PA/TC.

Repositorio Institucional PIRHUA

todos los efectos que antes se mencionaron. En ese sentido el pago de las remuneraciones dejadas de percibir ha sido también reconocido, por la doctrina, como una consecuencia necesaria de la reposición por despido incausado y fraudulento[51]. Pero en esto último es donde se suele presentar un especial problema. Según la doctrina laboral el despido incausado y el fraudulento deben permitir el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, del mismo modo que lo ordena la LPCL en el especial caso del despido nulo. Las remuneraciones se deben pagar como si el trabajador hubiera prestado servicios efectivos al empleador, como si el despido no hubiera ocurrido. En ese sentido, el pago de estas remuneraciones devengadas no es diferente a la restitución o retribución de cualquier otro salario impago del empleador cuando el trabajador sí laboraba. Sin embargo, los juzgados no siempre han pensado igual, y no siempre han acatado esta pretensión. De hecho, muchas veces que la han declarado improcedente han sugerido una vía alternativa, la cual es pedir las remuneraciones dejadas de percibir a modo de indemnización, bajo las reglas de la responsabilidad civil[52]. Según esta idea, el trabajador no tiene un derecho al pago de las remuneraciones como tal, sino a un pago que sea equivalente a las remuneraciones. De esta manera se repararía el daño producido por el despido.

El primero de los casos mencionados se puede formular como que la remuneraciones dejadas de percibir se deben dar a título restitutorio (postura restitutoria). Esto es porque se entiende que el trabajador sí ha tenido derecho a su salario y otros montos remunerativos, a pesar de no haber trabajado. Por ello el empleador le debe restituir todo lo que le debe. La segunda postura no reconoce un derecho a las remuneraciones pero entiende que el trabajador merece algún tipo de pago por el tiempo que no laboró. La razón es que el tiempo no laborado fue a causa del despido ilícito de su empleador. En ese sentido el trabajador dejó de recibir sus remuneraciones por culpa del deudor, así que él debe pagar algún monto para que el trabajador no se vea afectado. Esto es pues una indemnización por las remuneraciones dejadas de percibir, y para ello se aplican las reglas de la responsabilidad civil (postura indemnizatoria). En esta segunda postura las remuneraciones dejadas de percibir se catalogarían como un lucro cesante por corresponder a un ingreso

[51] Cfr. TOYAMA, "La ampliación", *op. cit.*, p. 77-78.
[52] Véase por ejemplo la Cas. N° 2712-2009-Lima y la Cas. N° 7833-2012-Tacna.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

económico que la víctima del hecho dañoso (el despido) no ha podido incorporar a su esfera patrimonial.

El debate entre una y otra postura se ha dado sobre todo en el campo jurisprudencial. Pero desde la doctrina también se han formulado toda una gama de argumentos para sostener sobe todo a la postura restitutoria. La discusión se ha mantenido por largo tiempo, principalmente por el silencio que hacen las leyes al respecto. En efecto, en el caso del despido incausado y el despido fraudulento, éstas son creaciones jurisprudenciales. Por ello no hay regulación legal que les aplique directamente en lo respectivo al pago de remuneraciones. Las leyes laborales sólo reservan el pago de las remuneraciones dejadas de percibir para el especial caso del despido nulo de la LPCL. Así pues, mientras no haya una regulación expresa cabrá preguntarse si procede la restitución o la indemnización de las remuneraciones dejadas de percibir.

En síntesis se puede decir que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir es un efecto que normativamente no está previsto para todos los despidos pasibles nulidad que existen actualmente. En el régimen privado, sólo el despido nulo de la LPCL otorga un derecho por tales remuneraciones, dejando de lado al despido incausado y al despido fraudulento. Como se verá en la siguiente parte, los trabajadores del sector público atraviesan una situación similar. No obstante, tomando en cuenta sólo a los trabajadores del sector privado, potencialmente son muchos los que podrían verse inmersos en el problema del pago de las remuneraciones. Cualquiera podría ser una víctima de un despido incausado o de un despido fraudulento. Cuando los trabajadores lleguen a ser repuestos, o en la misma demanda donde solicitan su reposición, estos trabajadores querrán reclamar sus remuneraciones dejadas de percibir. Los reclamos que los trabajadores hagan por tales remuneraciones podrán hacerse en base a dos posturas o vías, la restitutoria y la indemnizatoria. De esta manera surge el dilema de cómo pedir el pago de estas remuneraciones.

1.3. El sector público. El régimen laboral del DLeg. 276

El ordenamiento jurídico de nuestro vasto sector laboral se encuentra dividido en dos grandes campos, el sector privado y el sector público. En el primero el empleador es un particular. En el segundo, el empleador es una entidad del Estado, un órgano de la Administración

Repositorio Institucional PIRHUA

Pública. El ámbito laboral privado es regulado primordialmente por el Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral o LPCL. En cambio, en el sector público coexisten varios regímenes diferentes. De hecho, el propio régimen privado de la LPCL se encuentra entre estos regímenes coexistentes del sector público. Con la exclusión del régimen de la LPCL que es en realidad privado, el sector público queda regulado por tres regímenes generales vigentes y otros varios regímenes para carreras y entidades públicas especiales. De estos regímenes generales netamente públicos el más antiguo es el del DLeg. 276 o Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. La norma data de 1984 y durante muchos años se mantuvo como el único régimen general para el común de trabajadores del Estado. Sin embargo todo eso cambió con la aparición de nuevos regímenes para el sector público. En 2008 fue publicado el Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, también conocido simplemente como régimen "CAS". Posteriormente, en 2013 fue publicada la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, con la cual se busca implementar un régimen laboral único para el sector público. En razón de ello, la Ley del Servicio Civil reemplazará progresivamente a los dos regímenes anteriores[53]. Actualmente éste es el panorama general de la regulación jurídica de quienes trabajan para el Estado.

El DLeg. 276 es una ley importante por el cambio que representó para el sector laboral público. Precisamente, esta ley fue la que cambió la percepción de la relación jurídica entre el empleado y la Administración Pública, la primera que la vio como una verdadera relación laboral. Antes de esta ley, en el ámbito público regía la Ley 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, que databa de 1950. La Ley 11377 adoptaba lo que se conoce como "teoría estatutaria o administrativista". Bajo esta teoría, el Estado conservaba una capacidad hegemónica y exclusiva para la constitución y regulación de los contenidos de la relación con sus empleados. Cosas como los beneficios, salarios y otros derechos laborales de los empleados públicos estaban subordinados al interés

[53] Cfr. HUAMÁN ORDÓÑEZ, L. y Jara Bautista J., "La Ley del Servicio Civil y el pronóstico de vida del régimen laboral administrativo especial de contratación de servicios", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 47 y el Informe N° 062-2013-OAJ-CNM del Consejo Nacional de la Magistratura, p. 2, disponible en https://www.cnm.gob.pe/webcnm/archivos/pdf/2013/infoinsti/leycivil2013.pdf (Consultado el 15.10.2015).

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

público y el funcionamiento adecuado del servicio. Ante este escenario, el DLeg. 276 vino a marcar un importante y positivo cambio frente al rígido trato de la ley anterior. En el marco de los importantes cambios que introdujo la Constitución de 1979, el DLeg. 276 implementó junta a ella la "teoría contractualista o laboral" del empleo público[54]. De ese modo, esta nueva postura sí se reconocía el carácter laboral de la relación entre el sujeto y la entidad pública que vendría a ser su empleador, sin negar por ello que también hubiera un interés público subyacente[55]. El cambio entre estas posturas fue una manifestación de la propia evolución de la doctrina laboral[56].Así, la tendencia del Derecho Laboral es expandirse hacia ámbitos donde anteriormente no se le permitía intervenir, buscando para ello el establecimiento efectivo de los derechos laborales y constitucionales de quienes fácticamente están dentro de una relación de trabajo subordinado. Por ello el Derecho Laboral siempre buscará en principio el planteamiento más tuitivo para las normas que afecten a los trabajadores. Este propósito del Derecho Laboral no borra sin embargo el matiz administrativista que poseen las relaciones del DLeg. 276 y de los regímenes laborales públicos en general. Así pues, la postura contractualista no extingue el interés público que canaliza a todos los actos de Administración pública, interés que puede traducirse en la aspiración de brindar un servicio eficiente y de calidad a los ciudadanos, sea cual sea este servicio[57]. La persecución de esta finalidad frena la intromisión total del Derecho Laboral. De ese modo, los trabajadores públicos estarán, por más derecho que tengan, sujetos a la afluencia del interés público Por ello las relaciones laborales públicas nunca llegarán a ser igual a las privadas, donde el interés del empleador no es el servicio sino el lucro. Los signos del interés público se pueden encontrar en la sujeción de las relaciones laborales a los límites que imponga el presupuesto público, así como las normas relativas a la ética pública[58]. Otra huella del interés público y en general del influjo administrativista es por ejemplo que las normas laborales públicas nunca hablan, entre

[54] Cfr. QUISPE CHÁVEZ, G., *Régimen Laboral de los trabajadores públicos*, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 37.
[55] *Ibíd.*, p. 36-39, CARRANZA HARO, J., "La Ley del Servicio Civil: La Administración Pública y los regímenes Laborales ¿quienes ganan, quiénes pierden", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 27-28 y PUNTRIANO ROSAS, C., "Nociones del servidor de confianza en la Ley del Servicio Civil", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 18.
[56] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 36.
[57] *Ibíd.*, p. 37.
[58] *Ibíd.*, p. 36-37.

Repositorio Institucional PIRHUA

ellas el DLeg. 276, de "trabajadores" sino de "servidores públicos", y tampoco hablan de "despido" sino de "destitución" o "cese definitivo". No obstante, el Derecho Laboral exige que a estos "servidores" se los vea como trabajadores, y su relación con la entidad pública como una relación laboral plenamente constituida[59].

El DLeg. 276 está destinado a desaparecer y ser reemplazado. Progresivamente la Ley del Servicio Civil abarcará todo el sector público laboral. No obstante ello, este régimen mantiene todavía un número considerable de trabajadores, cerca del 39% de la población laboral en las planillas del Estado, aproximadamente 198 mil trabajadores[60]. Esa cantidad de trabajadores no es nada despreciable, sino que demuestra que los vacíos y deficiencias concernientes a esta ley y a su régimen pueden llegar a afectar a muchas personas. Además el DLeg. 276 está entre los más protectores de los regímenes laborales públicos[61], si lo comparamos por ejemplo con el régimen del CAS, y junto con el régimen privado de la LPCL se consideran los dos regímenes laborales generales de nuestro ordenamiento jurídico, mientras los demás regímenes orbitan alrededor de ellos[62].

El título del DLeg. 276 señala la cualidad más especial y esencial de la norma, "Ley Base de la Carrera Administrativa". La ley se orienta, efectivamente, a los servidores públicos (trabajadores) que buscan ingresar a la llamada Carrera Administrativa. La Carrera Administrativa puede definirse como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública[63]. Básicamente la Carrera Administrativa es un sistema que estructura y organiza a los

[59] *Ibíd.*, p. 42.
[60] Cfr. CARRANZA, *op. cit.*, p. 27-28. Información suministrada por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) al año 2013.
[61] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 47.
[62] La STC N° 002-2010-PI/TC dijo justamente que "*El ordenamiento jurídico peruano contiene cuando menos* ***dos regímenes laborales generales, alrededor de los cuales giran otros más específicos****. Nos referimos a los regulados por los D. Leg. N°s 276 y 728,* (...) *los cuales contiene la legislación marco aplicable tanto al Sector Público como al Sector Privado, respectivamente* (...)" (Resaltado agregado). Aunque vale señalar que esta sentencia fue antes de la publicación de la Ley del Servicio Civil en 2013. Véase QUISPE, *op. cit.*, p. 39.
[63] Art. 1° del DLeg. 276.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

trabajadores en grupos ocupacionales y niveles sobre los que uno puede ir ascendiendo en base a sus méritos, tiempo de permanencia o capacitación[64].

La Carrera Administrativa está prevista en la Constitución, en su Art. 40° señala que:

> "*La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza*(...)".

La finalidad buscada con su implementación es que exista un cuerpo permanente y profesional de trabajadores que no se vean influenciados ni afectados por los gobiernos de turno y las fuerzas políticas. Por eso es que la Carrera Administrativa brinda el respaldo mínimo para que el trabajador pueda dedicarse de manera permanente al servicio que presta, como por ejemplo la estabilidad laboral. Asimismo, al establecer un ambiento más cómodo y motivador para el trabajador, los ciudadanos recibirán un servicio más óptimo y profesional[65].

El sistema de la Carrera Administrativa busca que el cuerpo de trabajadores sea el mejor posible para el servicio requerido. Por este motivo es que la entrada de cualquier trabajador a la Carrera Administrativa tendrá que pasar obligatoriamente por concurso público, además de cumplir otros requisitos que están en el Art. 12° del DLeg. 276 como ser ciudadano peruano, acreditar buena conducta y otros[66]. Si la persona postulante gana el concurso, y si además hay plazas vacantes, su ingreso a la Carrera Administrativa se hará efectivo con el correspondiente acto administrativo de nombramiento. A partir de allí es que la persona pasará a ser un trabajador de la Carrera Administrativa y podrá empezar a subir en los niveles de su grupo ocupacional.

---

[64] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 47-49

[65] Cfr. *Ibíd.*, p. 47.

[66] Art. 12° del DLeg. 276: "*Son requisitos para el ingreso a la Carrera Administrativa:*
a) Ser ciudadano peruano en ejercicio;
b)Acreditar buena conducta y salud comprobada;
c)Reunir los atributos propios del respectivo grupo ocupacional;
d) Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión;
e) Los demás que señale la Ley."

Repositorio Institucional PIRHUA

Los trabajadores de la Carrera administrativa no solamente poseen la oportunidad de ascender o pasar a un niveles superiores en base a su esfuerzo, también gozan de un repertorio de derechos y obligaciones, lo cuales se reparten entre los Art. 21° al Art. 24° del DLeg. 276. De estos, el Art. 24° es justamente el que enuncia la lista de los derechos laborales de estos trabajadores, como el derecho de huelga, sindicato, vacaciones, etc. Así también, el Art. 24° Lit. b) instaura el derecho de estabilidad laboral para estos trabajadores, el cual dice:

> "*Art. 24°.-Son derechos de los servidores públicos de carrera:*
> *(...)*
> *b. gozar de estabilidad: ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la Ley de acuerdo al procedimiento establecido;(...)*".

Así es como a estos trabajadores se les ha brindado la necesaria protección contra los actos de despido arbitrario; para ser válido, el despido tiene que basarse en causas especificadas por la norma. Como se mencionó antes, el hecho de que se use términos como "cese definitivo" y "destitución" no desvirtúa el hecho que se esté ante actos de despido, dejando a un lado el influjo administrativista. Aquellas figuras son, desde el ángulo laboral, ni más ni menos que actos de despido. La protección contra el despido que brinda el DLeg. 276 se asemeja en parte al del régimen privado de la LPCL, por eso son los dos regímenes principales de todo el sector laboral. No obstante, algunas diferencias pueden ser halladas mediante la lectura de ambas normas.

Una de esas diferencias es que el principio de inmediatez en el régimen privado no tiene un límite o plazo determinado en la norma, mientras que en el régimen del DLeg. 276 los procesos disciplinarios pueden iniciarse hasta no menos de un año de haberse tomado conocimiento de la falta del trabajador. Ello implica que incluso después de terminado el vínculo con el trabajador, la entidad puede iniciar los procedimiento respectivos para su sanción, lo que no ocurriría en el régimen privado[67]. Otra diferencia consiste en que el DLeg. incluye entre sus "causales de despido" hechos que para la LPCL no son propiamente despidos sino otras formas de extinción del contrato laboral. Por ejemplo

[67] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 146-147. El plazo de un año para iniciar el proceso sancionatorio está establecido en el Art. 173° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

Repositorio Institucional PIRHUA

el cese definitivo (Art. 35° DLeg. 276) reúne algunas causales que bajo la LPCL serían otras formas, diferentes al despido, de extinción del vínculo laboral, como el límite de 70 años (parecido a la jubilación anticipada de la LPCL) y otras que serían causales de despido por causas relativas a la capacidad del trabajador, como el cese por incapacidad física o mental o la ineptitud del trabajador. En cambio, las causales de destitución (Art. 28° DLeg. 276) son más parecidas a las causales del despido disciplinario que regula la LPCL. Otra diferencia más notable con el régimen privado es que la estabilidad laboral que instituye DLeg. 276 es una estabilidad absoluta. Esto quiere decir que si el despido no se ajusta a las causales de la norma se procederá a la nulidad del despido y a la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. A diferencia del DLeg. 276, la estabilidad laboral en el régimen privado es una estabilidad relativa, ya que el despido mantiene sus efectos extintivos, con única penalidad para el empleador de quedar obligado a pagar una indemnización al trabajador[68]. Esto tiene su clara excepción en el caso de los despidos nulos del Art. 29° de la LPCL, donde se permite la reposición.

Una semejanza con el régimen privado es que en ambos está impuesto el principio de proporcionalidad de las sanciones. No cualquier falta del trabajador conllevará necesariamente su despido, sino sólo aquellas que por su gravedad ameriten la salida del trabajador. Si las faltan son leves el trabajador sólo estará sujeto a sanciones menores como la amonestación verbal o la escrita[69]. El DLeg. 276 recoge el principio de proporcionalidad en sus Art. 27° y 28°; en el primero de ellos además establece ciertos criterios sobre los que deberá basarse el juicio de proporcionalidad, como los reincidencia o en nivel del servidor público[70]. En esto sí hay diferencia con el régimen privado, donde la

[68] Cfr. BLANCAS, *El despido*, *op. cit.*, p. 92 y ss.
[69] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 155-156.
[70] Art. 27° del DLeg. 276: "*Los grados de sanción corresponde a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad; sin embargo, su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante.* (...)
Una falta será tanto más grave cuanto más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido".
Art. 28° del DLeg. 276: "*Son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser*
sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo (...)".

Repositorio Institucional PIRHUA

proporcionalidad no está prevista normativamente pero sí en la jurisprudencia[71].

El Art. 24° Lit. b) del DLeg. 276 puede ser visto entonces como la disposición protectora contra el despido incausado o arbitrario para los trabajadores de la Carrera Administrativa, si bien también protege contra causales que el régimen privado se catalogan como de extinción contractual y no propiamente como de despido. La presencia de la causalidad como requisito para el despido es importante porque evita que el trabajador permanezca en una situación de inseguridad o precariedad[72], con respecto a su empleo y a las remuneraciones que percibe. El ambiento más cómodo y seguro es lo que se le pretende dar al trabajador de la Carrera Administrativa.

La reposición del trabajador injustamente despedido no está expresamente regulada en el DLeg. 276, pero como se mencionó antes esto es una consecuencia lógica y necesaria para cumplir con el nivel de protección que se le pretende dar a estos trabajadores. Frente al despido, la única reacción del DLeg. 276 es la reposición del trabajador, por lo tanto no se admite la subsistencia del despido ni el otorgamiento de una indemnización como en el régimen privado. Aunque la ley no señale que otros efectos debería tener la declaración de nulidad del despido en este régimen, como el derecho a las remuneraciones dejadas de percibir, su nivel de protección es en gran parte mejor que en el régimen privado, donde la regla general es la indemnización.

Hasta aquí se puede ver otro caso de despido susceptible de nulidad diferente al despido nulo de la LPCL. Los trabajadores de la Carrera Administrativa pueden llegar a ser repuestos toda vez que el despido no esté basado en las causales tipificadas en el DLeg. 276. Aunque comparten ciertos rasgos comunes, la protección que reciben estos trabajadores de la Carrera Administrativa presenta ciertas notas particulares y diferentes al despido nulo de la LPCL en el régimen privado.

[71] Véase por ejemplo la STC N° 00606-2010-PA/TC.
[72] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 47.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

1.4. Los trabajadores contratados en el régimen del DLeg. 276 y la Ley 24041

La protección contra el despido que aparece en el del DLeg. 276 no es para todos los trabajadores de ese régimen laboral. El Art, 24° Lit. b) del DLeg. 276 es explícito en señalar que los derechos y beneficios que otorga solamente se dirigen a los trabajadores de la Carrera Administrativa. En consecuencia, aquellos trabajadores del DLeg. 276 que no estén dentro de la Carrera Administrativa no estarán protegidos frente al despido arbitrario de su empleador. Lo cierto es que en este régimen público, no todos los trabajadores que entran al sistema de niveles, grupos y ascensos que implica la Carrera Administrativa. Un grupo especial de trabajadores laboran completamente al margen de esa organización, trabajadores a los que se les suele llamar "servidores públicos contratados" o simplemente "trabajadores contratados"[73]. A diferencia de los trabajadores de la Carrera Administrativa, los trabajadores contratados no entran por concurso público como exige la norma para el ingreso a la Carrera Administrativa. En cambio, ellos llegaban a ser admitidos a un puesto de trabajo a través de contratos de Servicios no Personales (SNP, modalidad de contratación que fue derogada al aparecer el CAS), contratos de locación de servicios y también por mérito del Art. 15° del DLeg. 276 (contratación por resoluciones administrativas)[74]. Conforme se menciona en el mismo Art. 15° del DLeg. 276, el contratamiento de estos trabajadores es para la realización de labores de naturaleza temporal o accidental pero también se permite la contratación para labores de naturaleza permanente. Las labores de naturaleza temporal serán aquellas donde se realicen trabajos como de obra y actividad determinada, labores en proyectos de inversión, labores de personal permanente impedido de prestar servicios, proyectos especiales, etc.[75] En cambio, las labores de naturaleza permanente se entienden como labores que son constantes porque tienen que ver con el funcionamiento mismo de la entidad pública, o sea que son inseparable respecto a ella[76]. Dicho de otro modo, en realidad vienen a ser las mismas

[73] *Ibíd.*, p. 50-51.
[74] Cfr. BERNUY MOGOLLÓN, M., "Los trabajadores repuestos de la Municipalidad Provincial del Cuzco en mérito de la Ley N° 24041 y su derecho de percibir las bonificaciones y beneficios del D. Leg. N° 276", *Soluciones Laborales*, no. 56, 2012, p. 127.
[75] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 50.
[76] Cfr. BERNUY, *op. cit.* p. 127.

Repositorio Institucional PIRHUA

labores que realizan los trabajadores de la Carrera Administrativa, sólo que por razones de necesidad, debidamente sustentados por la entidad administrativa, su contratación estará excusada de pasar por el concurso público[77].

Los trabajadores contratados para labores permanentes, a pesar de la naturaleza de su actividad, acceden al puesto de trabajo solamente de manera temporal. Según el Art. 15° del DLeg. 276, el trabajador contratado sólo puede ser renovado por no más de tres años consecutivos. Después de cumplido ese plazo el trabajador debería salir de la entidad, aunque la norma también le abre la posibilidad de ingresar a la Carrera Administrativa[78]. Pero esta posibilidad no implica un ingreso directo, el trabajador deberá participar del concursó público respectivo para recién pasar a ser parte de la Carrera Administrativa. Aparte, y aun antes del concurso, la entidad pública debe gestionar el presupuesto y la cobertura de una plaza vacante, además de demostrar la necesidad de cubrir esa plaza. Sólo después de eso se puede proceder a convocar un concurso público por el que el trabajador contratado podrá, si es que gana el concurso, acceder a la Carrera Administrativa[79]. En otras palabras, no es tan simple que el trabajador contratado opte por entrar a la Carrera Administrativa una vez cumplido el plazo de su contratación. El trabajador podría no ganar el concurso público, y aún de ganarlo tiene que esperar que se den las condiciones adecuadas para ocupar una plaza en la Carrera Administrativa.

Como se mencionó antes el Art. 24° del DLeg. 276, otorga la estabilidad laboral y otros derechos sólo a los *servidores públicos de carrera*, es decir, a los trabajadores de la Carrera Administrativa. Por consiguiente, estos trabajadores no gozan de los derechos y beneficios laborales del régimen público del DLeg. 276. Esto no solamente implica que no gozan de la protección contra el despido, tampoco tienen otros derechos esenciales para cualquier trabajador como el sindicato o la

[77] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 50.
[78] Art. 15° del DLeg. 276: "*La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contrato para todos sus efectos*".
[79] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 50.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

huelga[80]. Cabe resaltar que la salvedad que expresamente hace el Art. 24° del DLeg. no se muestra por ejemplo en el Art. 21° y Art. 23° del DLeg. 276, lo cuales hacen referencia a los *servidores públicos* en general para el tema de obligaciones y prohibiciones respectivamente. Así que, aunque sus labores tengan que ver con la actividad misma de la entidad pública, el trabajador no gozará de los derechos laborales mínimos. Así también, a pesar de realizar labores de naturaleza permanente, la relación laboral de los trabajadores contratados será siempre temporal conforme a las disposiciones del DLeg. 276.

El panorama para los trabajadores contratados se muestra hasta aquí poco confortante. El trabajador ocupa un puesto que está llamado a perdurar por ser una labor de naturaleza permanente, sin embargo él está destinado a salir luego de algún tiempo. Muchos incluso realizarán tareas similares o idénticas a las de los trabajadores de la Carrera Administrativa, pero sin el gozo de los derechos y beneficios laborales que estos tienen, entre ellos la protección contra el despido.

Esa sería la situación hasta ahora de los servidores públicos contratados, claramente injusta, pero el mismo año que se publicó el Decreto 276 se emitió una norma complementaria, la Ley 24041 que se dirigía justamente a los servidores públicos contratados que realizaban labores de carácter permanente. Con sólo tres artículos[81], el Art. 1° de la Ley 24041 recoge la cualidad principal y fin de la norma, disponiendo que:

> "*Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo No. 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 15° de la misma ley*".

[80] Cfr. BERNUY, *op. cit.*, p. 124.

[81] El Art. 2° de la Ley 24041 señala quienes están excluidos de su aplicación, el Art. 3° manda derogar las disposiciones contravinientes. Cabe resaltar que el encabezado de la norma es prácticamente igual a su Art. 1°. El encabezado de la ley dice: "*Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él*".

Repositorio Institucional PIRHUA

De esta forma la Ley 24041 otorgó a los servidores públicos contratados la misma protección que el Art. 24° Lit. b) del Decreto 276 otorgaba a los trabajadores de la Carrera Administrativa. El Capítulo V al que hace mención el artículo citado trata del régimen disciplinario de los trabajadores de la Carrera Administrativa. Dicho Capítulo regula el tipo de sanciones que se aplican como la amonestación escrita o el cese temporal (Art. 26°) y enuncia las causales de sanción (Art. 28°) que serían las "causales de despido" de este régimen laboral. En este capítulo V también es también donde se dispone el criterio de proporcionalidad sobre el cual deben aplicarse las sanciones. Todo esto que según el DLeg. 276 se aplicaba solamente a los trabajadores de la Carrera Administrativa, ahora en virtud de la Ley 24041 se aplica también a los servidores públicos contratados.

La protección que brinda la Ley 24041 no está de más si se contempla la fragilidad de su situación, todos los casos donde entidades públicas como Municipalidades, Ministerios y otras han despedido a sus trabajadores contratados [82] . Muchos de los despidos se realizan simplemente por la no renovación su contrato, a pesar de conocer que el trabajador ya llevaba más de un año en la entidad pública y a pesar de ser las mismas labores que realizan los de Carrera Administrativa, a los cuales no puede despedir tan fácilmente. Por ello estos actos de despido se muestran como arbitrarios e injustos. Así es como la Ley 24041 ha pintado un nuevo horizonte para estos trabajadores del DLeg. 276. Ahora muchos de ellos buscan ansiosamente durar el período de un año de servicios a fin de gozar de la estabilidad absoluta en su puesto de trabajo.

La Ley 24041 ejemplifica otro caso del Derecho Laboral distendiéndose hasta ámbitos que parecerían exclusivos del Derecho Administrativo. Muchos de los servidores públicos contratados han sido repuestos gracias a ella. En las sentencias no es poco común que se hable de principios laborales establecidos por la Constitución como el principio protector, la primacía de la realidad, el *indubio pro operario*, la adecuada protección contra el despido arbitrario y el derecho al debido proceso. Como ejemplo se pueden mencionar la STC N° 144-2004-AA/TC o la STC N° 554-2004-AA/TC[83]; la primera de ellas dice:

[82] Véase por ejemplo los casos contenidos en la STC N° 2474-2003-AA/ TC, STC Nº 3152-2003-AA/ TC, STC N° 1990-2003-AA/TC y la STC N° 1652-2003-AA/ TC.
[83] Sentencias citadas en ÁVALOS JARA, O. y PÉREZ PÉREZ, A., *Régimen laboral público: normativa básica y jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008, p. 197 y ss.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> "*En consecuencia, ha quedado acreditado en autos, que el demandante realizó labores de carácter permanente para la emplazada por 1 año y 24 días; por tal razón, a la fecha de su cese, había adquirido la protección del artículo 1º de la Ley N.º 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador que la Constitución ha consagrado en su artículo 26º, inciso 3), siendo aplicable, a su vez, el principio de primacía de la realidad, según el cual, no es la formalidad de los documentos la que se impone, si con los hechos se acredita que tal cosa no ha ocurrido, o que los contenidos de dichos documentos constituyen una deformación burda de lo que en la realidad ha sucedido.* (...) *En tal sentido, y en virtud de la precitada ley, el demandante no podía ser destituido sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.º 276, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedido sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso*".

La Ley 24041 equipara generosamente las condiciones entre trabajadores de la Carrera Pública y los servidores públicos contratados en cuanto a la estabilidad laboral. Sin embargo, la ley no dice nada sobre los otros derechos y beneficios laborales que gozan los trabajadores de la Carrera Administrativa. Según el tenor literal de la Ley 24041 y del DLeg. 276, un trabajador contratado y que es repuesto sigue sin gozar de los derechos esenciales para un trabajador, como la huelga, la sindicación, no ser trasladado a entidades distintas sin su consentimiento e incluso gozar de vacaciones remuneradas[84]. Estos derechos no son siquiera aludidos por la Ley 24041. Conforme a ello, los derechos señalados no son serán reconocidos para los trabajadores contratados que realizan labores permanentes. Asimismo, la estabilidad laboral al amparo de la Ley 24041 hace que el trabajador se quede en su puesto de manera permanente, pero no por ello lo incluye dentro de la Carrera Administrativa. La estabilidad que otorga la Ley 24041 no anula la exigencia de concurso público para ingresar a la Carrera Administrativa. Así es que la única igualdad en el tema de beneficios entre el trabajador de la Carrera Administrativa y el trabajador contratado es la estabilidad laboral y el régimen disciplinario aplicable a ambos.

Estas condiciones hacen que parezca poco ventajoso para el trabajador contratado adquirir su estabilidad laboral y solicitar su

[84] Cfr. BERNUY, *op. cit.* p. 124.

Repositorio Institucional PIRHUA

reposición en caso sea despedido. El trabajador que ya obtuvo su estabilidad laboral terminaría preservando su empleo pero lo haría sin gozar de los beneficios que sí gozan otros trabajadores que realizan labores semejantes, todo por no pertenecer a la Carrera Administrativa. El trabajador contratado entra así en una especie de limbo, ya no es propiamente un "trabajador contratado" porque ellos son temporales y ahora su estancia en el puesto es permanente. Pero tampoco llega a ser "trabajadores permanente" de la Carrera Administrativa[85]. En orden al interés público, el requisito del concurso público es ineludible para ingresar a la Carrera Administrativa, por ello el reconocer a estos trabajadores como "permanentes" de la Carrera Administrativa se vuelve imposible[86]. Un intento de atender este problema se dio con la Cas. N° 2470-2005-Piura, pero la misma concluyó que:

> *"Al habérsele reconocido en un proceso anterior (acción de amparo) al trabajador la calidad de contratado, la entidad deberá registrarlo en la planilla de remuneraciones de trabajadores contratados correspondiente, en tanto no se convoque a concurso público para posibilitar el acceso de este a una plaza vacante. En ese sentido sería un imposible jurídico la incorporación del servidor a la planilla de trabajadores permanentes de la entidad, toda vez que importaría tácitamente que se le reconozca la calidad de trabajador permanente; para lo cual, previamente debe existir una resolución expresa y nominativa (nombramiento) que lo nombre como tal, de conformidad con el D.Leg. N° 276".*

La sentencia es bastante concluyente, la reposición del trabajador no genera su ingreso al grupo de los trabajadores "permanentes" que son los de la Carrera Administrativa. Lo contrario implicaría un *imposible jurídico* porque la ley requiere que al trabajador de la Carrera Administrativa se le nombre como tal, y eso sólo ocurre con la resolución administrativa dada después de haber pasado por concurso público. La única solución es que siga en la planilla de los trabajadores contratados y esperar su oportunidad para participar en un concurso público. En ese sentido, la situación de estos trabajadores se torna casi absurda porque la persona a su costado puede hacer lo mismo que él pero recibe beneficios como las vacaciones, la capacidad de ascender de puesto, entre otros. En cambio él tiene que seguir esperando a que se convoque a concurso

[85] *Ibíd.*, p. 124.
[86] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 51-52.

Repositorio Institucional PIRHUA

público, el cual podría o no ganar. Existe pues una igualdad en la actividad realizada pero no en el trato recibido.

Esa situación fue la que motivó a algunos trabajadores contratados a exigir que se reconozcan los mismos derechos que el DLeg. 276 otorga a los trabajadores de la Carrera Administrativa. La concretización de estas aspiraciones se llevó a cabo en los casos de los trabajadores de la Municipalidad Provincial de Cuzco, casos como los contenidos en el Exp. N° 873-2010-0-1001-JR-LA-01; Exp.N° 0626-2011-0-1001-JR-LA-03; Exp. N° 01160-2011-0-1001-JR-LA-03 y Exp. N° 579-2009-0-1001-JR-LA-01[87]. En estos casos sí llegaron a reconocer los derechos y beneficios laborales que antes no gozaban como los consistentes en la inclusión a planillas, nivelación de la remuneración, vacaciones devengadas, gratificaciones por fiestas patrias y navidad, y muchos otros más. La sentencia de fecha 29.12.2011 del Tercer Juzgado Especializado de Trabajo del Cusco, Exp. N° 873-2010-0-1001-JR-LA-01, dice por ejemplo que:

> "*Entonces si ha quedado establecido que la labor que realiza el demandante tiene la calidad de permanente como trabajador de la Municipalidad demandada, no es razonable ni justo que no perciba los derechos que tal situación genere, siendo de aplicación el artículo 24 de la Constitución Política del Estado,* ***sobre irrenunciabilidad de derechos****, pero además no es razonable que estando en igual situación jurídica que otros trabajadores no goce de los mismos derechos. (...)*
> *Ampliando la materia, al haberse reconocido que demandante presta servicios de carácter laboral y de manera permanente, se entiende por tanto que tiene la condición de servidor público bajo los alcances del Decreto Legislativo 276 y su reglamento de modo que tiene derecho a que se le reconozca y pague los beneficios y derechos laborales que solicita*".

El razonamiento de la sentencia fue bastante sencillo, simplemente no es justo, ni razonable, que el trabajador no tenga los mismos derechos que otros que realizan las mismas labores. Por lo tanto debe entenderse que los derechos y beneficios laborales del DLeg. 276 le aplican sin restricciones. Aparte del Art. 24° de la Constitución, también pudo haberse usado el Art. 23° de la misma, la cual señala que: *Ninguna*

[87] Cfr. BERNUY, *op. cit.*, p. 126.

Repositorio Institucional PIRHUA

relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"[88].

Pero vale remarcar que en estos casos no se buscaba ingresar a la Carrera Pública, solamente el reconocimiento de los mismos derechos. El carácter de permanencia que haya adquirido el trabajador contratado sigue sin ser razón suficiente para que ingrese a la Carrera Administrativa. Para ello se requiere siempre pasar por concurso público, no obstante que se le deba reconocer al trabajador los mismos derechos y beneficios que el personal de la Carrera Administrativa. El reconocimiento además es para los períodos transcurridos desde el ingreso del trabajador hasta su salida, y desde su reposición hasta la fecha de las respectivas sentencias que reconocían estos derechos[89].

Conforme a estas sentencias, los trabajadores contratados pasan de tener una condición de temporales y sin derechos a ser permanentes gozando además de todos los beneficios que le otorga el DLeg. 276.

Ahora entonces la situación de los trabajadores contratados es mucho mejor. Ellos pueden adquirir la estabilidad laboral y además los otros derechos laborales que encierra el DLeg. 276. En caso de que no se les reconozcan pueden demandarlos y se les reconocería los derechos y beneficios adquiridos en el período conformado desde que entró a laborar hasta que fue cesado, y desde su reincorporación hasta el momento que interpuso la demanda en adelante. Hasta aquí el trabajador podría sentirse satisfecho con su situación laboral, ya repuesto y gozando de todos los derechos y beneficios correspondiente. Pero esto no siempre ocurre. Las sentencias mencionadas pueden servir para pretender el pago de remuneraciones y otros beneficio pero sólo por los períodos en los que estuvo trabajando para la entidad, los períodos entre su ingreso y el despido y entre la reposición y la sentencia respectiva. Por el período entre el despido y la reposición no podría solicitarse algún tipo de derecho de la misma manera que se solicitaron en las referidas sentencias, porque durante ese tiempo el trabajador no estuvo prestando sus servicios. No obstante, en muchos casos el trabajador también solicita algo por el período que duró el despido, ese tiempo durante el cual estuvo desempleado y sin percibir los ingresos propios del empleo que perdió.

[88] *Ibíd.*, p. 125-126.
[89] *Ibíd.*, p. 127.

Repositorio Institucional PIRHUA

Por ese intervalo de tiempo es que muchos trabajadores que son repuestos o que van a demandar su reposición solicitan además un pago que reponga de alguna manera el tiempo que permanecieron sin trabajar.

La consecuencia más perjudicial que acarrea un despido es lógicamente la paralización del flujo de ingresos que el trabajador obtiene a título de remuneraciones. Estos ingresos además son muchas veces la única fuente de sustento para solventar sus necesidades. De ahí que lo más común en estos casos donde el trabajador quiere sacar algo por el período que duró el despido consiste en pretender un pago por las remuneraciones que se hubieran percibido si el despido no se hubiera cometido. Si un trabajador piensa demandar una compensación por el tiempo que duró el despido será principalmente por las remuneraciones dejadas de percibir en el transcurso de ese tiempo.

Como se mencionó en los apartados precedente, sobre estas pretensiones por las remuneraciones devengadas radica un problema bastante importante. Muchos se cuestionan sobre el cómo pedir tales remuneraciones dejadas de percibir por el período entre el despido y la reposición. En los procesos judiciales se han mostrado dos vías posibles para pretender un pago por las remuneraciones, la cuales podrían llamarse postura restitutoria y postura indemnizatoria . La primera vía consiste en exigir las remuneraciones tal como si el trabajador hubiera realizado un prestación efectiva de servicios. El pago que dictamine la sentencia será entonces por el íntegro de las remuneraciones que se hayan devengado y el monto recibido vendrá a ser, efectivamente, una remuneración para el trabajador. En la otra vía, la demanda exige un pago que sea, no por las remuneraciones como tal, sino una compensación equivalente al monto de las remuneraciones que se dejó de percibir. Esta situación no solamente atañe a los trabajadores repuestos por la Ley 24041. Como se vio en el capítulo anterior, los trabajadores del sector privado también pueden llegar a solicitar el pago de estas remuneraciones. Incluso los mismos trabajadores de la Carrera Administrativa atravesarían la misma situación. La norma sólo les atribuye el derecho a la reposición pero no a las remuneraciones dejadas de percibir, como sí lo hace en cambio el despido nulo de la LPCL.

En integración de todo lo dicho hasta ahora, los despidos pasibles de nulidad no son sólo los casos de despido nulo de la LPCL. En el régimen privado están el despido incausado y el despido fraudulento,

figuras construidas a partir de la jurisprudencia del TC. En el ámbito público están los trabajadores del régimen del DLeg. 276. Por un lado, los trabajadores de la Carrera Administrativa pueden solicitar la nulidad de su despido y su reposición conforme a las disposiciones del propio DLleg. 276. Por otra parte, los trabajadores contratados en el mismo régimen que realizan labores de carácter permanente también pueden ser repuestos al amparo de la especial Ley 24041. Estos son los casos de despidos pasibles de nulidad diferentes al despido nulo de la LPCL. A todos estos grupos de trabajadores se les permite la reposición a sus puestos de trabajo pero legalmente no tienen derecho a las remuneraciones que dejaron de percibir por el tiempo que estuvieron despedidos. Esto marca una gran diferencia con el despido nulo de la LPCL, que sí reconoce el derecho a estas remuneraciones. No obstante estos trabajadores ha solicitado el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir a los juzgados, generando así dos posibles vías para obtenerlas. Una será bajo la postura restitutoria, donde las remuneraciones se otorgan como remuneraciones efectivamente devengadas a favor del trabajador. La otra postura será la indemnizatoria, donde el trabajador solicitará una indemnización equivalente a estas remuneraciones. Estas son las vías que el trabajador tiene a su disposición para ver satisfecho sus pretensiones sobre las remuneraciones que dejó de percibir a causa del despido nulo.

Repositorio Institucional PIRHUA

Repositorio Institucional PIRHUA

CAPÍTULO II
EL PROBLEMA DE LAS REMUNERACIONES DEJADAS DE PERCIBIR

2.1. La postura restitutoria y sus argumentos

En los capítulos anteriores se expuso que los trabajadores sujetos a despidos nulos recurrentemente solicitan, una vez repuestos, un pago por las remuneraciones que dejaron de percibir. Un forma de solicitar este pago es como si justamente se tratara de una contraprestación. El pago que reciba entonces el trabajador será para todos los efectos una remuneración, como si el trabajador hubiera trabajado y se le adeudara los salarios respectivos. A esta postura se le puede llamar postura restitutoria porque justamente el pago viene a restituir los derechos negados durante el período de despido, en este caso, el derecho a sus remuneraciones.

La posición de que las remuneraciones deben darse a título restitutorio ha sido acogida por gran parte de la doctrina laboral[90]. En no pocos casos el Poder Judicial también se ha inclinado por ella[91]. Para su fundamentación se han armado varios y diversos argumentos, los cuales

[90] Cfr. TELLO PONCE, M., "Dime con qué proceso has sido repuesto y te diré si cobras remuneraciones devengadas. A propósito de la Casación Laboral N° 992-2012-Arequipa", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 174, 2013, p. 255 y ss., CHÁVEZ NÚÑEZ, M., "Pago de remuneraciones devengadas en caso de reposición a través de un proceso de amparo. A propósito de la Casación N° 2712-2009-Lima", *Soluciones Laborales*, no. 51, 2012, p. 60 y ss., QUISPE y MESINAS, *op. cit.*, p. 138-139 y TOYAMA, "La ampliación", *op. cit.*, p. 77.

[91] Véase por ejemplo la Cas. N° 044-2002-Lima, Cas. N° 2146-2005-Lima, Cas. N° 375-2006-Lima y la Cas. N° 213-2006-Lima.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

son, cuando menos, plausibles en cuanto su lógica y formulación. La acogida de esta postura es pues sobresaliente en parte de la doctrina y la jurisprudencia, como se demostrará más adelante. Por ello merece ser tomada en cuenta antes de decidir cómo debe reparase al trabajador por las remuneraciones dejadas de percibir durante el despido.

El punto de inicio sobre el que suele partir la postura restitutoria es que la remuneración no es una contraprestación a la estricta prestación efectiva de servicios por parte del trabajador, sino que basta la puesta a disposición de su fuerza de trabajo o la expectativa concreta de tal disponibilidad[92]. Bajo este pensamiento, el trabajador tiene derecho a una remuneración aún si no ha realizado actividad alguna en beneficio de la empresa. La única condición del pago estriba solamente en que el trabajador se encuentre en condiciones de prestar su fuerza de trabajo, o sea que esté disponible para trabajar. Esta "disponibilidad" del trabajador no consiste en una predisposición física sino que se centra, en cierta forma, con su voluntad para prestar los servicios. Esto no quiere decir que se paguen las ganas de trabajar del trabajador (valga la redundancia), sino que mientras no se manifieste una alguna voluntad de "no trabajar" debe entenderse que el trabajador siempre ha estado "disponible". Así, con esta idea se abarcarían situaciones en las que el trabajador no presta servicios por causas ajenas a su voluntad particular, como puede ser por mandato de la ley, acuerdos colectivos o incluso por culpa del empleador. El trabajador no debería ver un detrimento en su derecho a la remuneración si por causas como las señaladas no pudo realizar una prestación efectiva de labores. La remuneración no deja de ser por ello una contraprestación, pero será por disponibilidad y no por actividad efectivamente realizada.

Esta primera idea contradice claramente lo que ha sido el entendimiento común acerca de la remuneración, la cual se basa en la definición del Art. 6° de la LPCL que dice:

"*Constituye remuneración para todo efecto legal* ***el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios****, en dinero o en especie,*

[92] Cfr. TELLO, *op. cit.*, p. 257 y ÁVALOS JARA, O., "Las remuneraciones devengadas. ¿Pueden ser concedidas en un proceso de amparo?", disponible en http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.pe/2011/02/las-remuneraciones-devengadas-pueden.html (Consultado el 11.06.2015).

Repositorio Institucional PIRHUA

cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición (...)." (Resaltado agregado).

El artículo citado y especialmente la frase resaltada arriba son los que tradicionalmente avalan concebir a la remuneración como una contraprestación por los servicios del trabajador, pero servicios real y efectivamente realizados. Ese ha sido el criterio que la opinión general ha manifestado y entendido normalmente[93]. No obstante, ello no amilana a quienes defienden la idea de la remuneración como contraprestación a la puesta a disposición del trabajador. Al contrario, según esta teoría el dictamen de este artículo no implica que la prestación de servicios deba ser necesariamente "efectiva" o "real", pues ello no aparece en el texto del artículo. Asimismo, una prueba del valor de esta postura sería la existencia de casos donde no hay prestación efectiva de servicios y aún así el trabajador recibe un pago que a efectos legales constituye una remuneración. Estos casos son por ejemplo las vacaciones o las licencias de salud con goce de remuneraciones[94]. La tradicional hipótesis de remuneración por trabajo efectivo no lograría explicar estas situaciones, menos aun que dichos pagos sin trabajo efectivo sean catalogados como remunerativos. En contraste, estos pagos remunerativos sí quedarían explicados bajo la teoría de la puesta a disposición del trabajador; se tratarían de casos donde la falta de prestación se debería a un mandato de la ley y no a la voluntad del trabajador. Situaciones similares se pueden gestar a través de acuerdos individuales o colectivos, y estas tampoco quedarían explicadas si la remuneración se otorga sólo por trabajo efectivo pero quedan justificadas con la postura de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo[95].

La tesis de la puesta a disposición del trabajador también resalta el carácter subordinado de la relación laboral para respaldar su juicio. El

[93] Cfr. PIZARRO DÍAZ, M., *La remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral*, González & Asociados, Lima, 2006, p. 64-67.
[94] Cfr. TELLO, *op. cit.*, p. 257.
[95] En realidad, para quienes avalan la postura del trabajo efectivo, estos casos de remuneración sin trabajo son simplemente excepciones a la regla general de la contraprestatividad de la remuneración. Además la teoría de la puesta a disposición no llega a explicar por sí sola este tipo de pagos sino que adjunta otras teorías que conceden a la remuneración un carácter global o genérico además de incluso tener rasgos aleatorios; en resumen, la remuneración queda como una "*contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo*". Cfr. PIZARRO, *op. cit.*, p. 43 y ss.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

trabajador está subordinado y por tanto sometido a la dirección y órdenes del empleador, pero a partir de allí razonan que el trabajador necesita de la dirección del empleador para realizar sus tareas. No solamente las órdenes y mandatos del empleador son necesarios, también él es responsable de establecer las condiciones adecuadas para las tareas de los trabajadores, para la realización efectiva de esas tareas[96]. El trabajador necesita, en otras palabras, una serie de condiciones mínimas antes de prestar sus servicios, requisitos que son entera competencia del empleador. Esos requisitos mínimos pueden ser las indicaciones mínimas básicas para efectuar su tarea, la vestimenta pertinente o incluso el simple hecho de permitirle al trabajador entrar al centro de labores. Visto de otra forma, la subordinación en el contrato laboral genera que el cumplimiento del trabajador (su prestación efectiva de servicios) quede supeditado a las actuaciones del empleador (que establezca las condiciones mínimas para trabajar). Esa es la situación que parece promover la postura del servicio efectivo como condición para la remuneración, algo que ciertamente resulta difícil de sustentar[97]. La postura de la puesta a disposición del trabajador contrarrestaría este efecto de la subordinación y así el empleador sería el único afectado por su propio incumplimiento (no poner las condiciones adecuadas para efectuar el servicio) y el trabajador no vería un desmedro en su parte del contrato, la remuneración y otros derechos.

Otro argumento que suele usarse tiene que ver con el principio protector del Derecho Laboral. Este principio imprime el criterio sobre las cuales deben ser interpretadas las normas en materia laboral y brinda el carácter proteccionista que protagonizan las normas laborales. De hecho éste vendría a ser el principio "genérico" de los demás principios laborales[98]. Así, a partir de este principio también puede justificarse que el trabajador no se vea afectado en su salario cuando la falta de servicios efectivos es por culpa del empleador. Lo anterior se sincroniza con la teoría de la puesta a disposición del trabajador cuando habla de los hechos ajenos a la voluntad del trabajador, los actos del empleador en este caso, que impiden que el trabajador realice sus labores. En esos casos esta teoría justifica que el trabajador perciba sus remuneraciones a

[96] Cfr. TELLO, *op. cit.*, p. 257.
[97] Cfr. PIZARRO, *op. cit.*, p. 46.
[98] Cfr. TOYAMA, *Instituciones*, *op. cit.*, p. 61. Este principio fue introducido con la Constitución de 1979.

Repositorio Institucional PIRHUA

pesar de la falta de trabajo efectivo[99]. Por tanto, a partir de ambas ideas se puede concluir que no se debe impedir que un trabajador tenga derecho a las remuneraciones si el culpable de la falta de prestación efectiva de servicios es el empleador. El despido surge aquí como el caso más representativo. La ausencia de servicio efectivo que provoca el despido debe entenderse como imputable solamente al empleador que cometió el acto ilícito (despido incausado, fraudulento, lesivo de derechos fundamentales, etc.) para evitar pagar las remuneraciones al trabajador[100]. El principio protector del Derecho Laboral se suma a impedir que un trabajador que se vea injustamente afectado en el goce de sus remuneraciones por la decisión unilateral y además ilícita del empleador. Él trabajador mantiene el derecho a su salario porque él si estaba dispuesto a trabajar, sólo que el empleador no le permitió hacerlo.

Otro hecho que suele utilizarse como argumento es el despido nulo del régimen laboral privado, el cual sí reconoce un derecho a las remuneraciones dejadas de percibir en el Art. 40° de la LPCL:

"*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 procesal no imputables a las partes.*(...)." (Subrayado agregado).

La categoría de "despido nulo" en la LPCL es, como se sabe, una clasificación reservada para casos taxativamente señalados en el Art. 29° de LPCL. No obstante ello, para la postura restitutoria de la remuneraciones este artículo es una manifestación del principio proteccionista del Derecho Laboral y a su vez de la tesis de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo [101]. El razonamiento descrito anteriormente acerca del principio protector y la puesta a disposición del trabajador se acomodan muy bien a la disposición del Art. 40° de la LPCL. El trabajador no tiene por qué salir perjudicado en el goce de sus remuneraciones si se puso a disposición del empleador y éste le impidió trabajar mediante un acto de despido injustificado; eso es lo que parece querer decir el Art. 40°. Ahora bien, la aplicación de este artículo es para supuestos muy específicos pero su premisa suele ser objeto de una

[99] Cfr. PIZARRO, *op. cit.*, p. 51.
[100] Cfr. ÁVALOS, "Las remuneraciones devengadas".
[101] Cfr. TELLO, *op. cit.*, p. 258.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

interpretación extensiva o analógica para otros casos de despido que son sancionados con nulidad, como los casos de despido incausado, fraudulento y también los casos de nulidad al amparo de la Ley 24041 (despidos que normativamente no se catalogan como "despido nulo"). En estos casos, y al amparo del referido Art. 40°, la postura restitutoria también considera como justo el pago de las remuneraciones devengadas.

El problema con este argumento es que el despido nulo de la LPCL se muestra como exclusivo para casos muy concretos; normativamente no se aplicaría a otros casos aunque el despido también se sancione con nulidad. Cabe entonces preguntarse qué es lo que justifica ese tratamiento tan particular y diferenciado del resto de casos de nulidad de despido y reposición. Por lógica, el tratamiento debería justamente ser el mismo. Además, tanto en el despido nulo de la LPCL como en los demás despidos nulos (despido incausado, fraudulento, despido nulo al amparo de la Ley 24041), la nulidad del acto se fundamenta en la lesión de un derecho fundamental. Así, si en todos estos casos hay de por medio derechos fundamentales, simplemente no tendría sentido el trato tan diferenciado con respecto al despido nulo de la LPCL[102].

Una explicación centrada en la historia reciente del ordenamiento laboral ha sido sugerida para estos tratamientos tan diferenciados, y tiene que ver con la distancia temporal con que han surgido las diferentes "regulaciones" de despidos nulos[103]. El despido nulo de la LPCL se constituyó en la época de los noventa, antes de que se vislumbrara la posibilidad de obtener la reposición vía amparo en los casos de despido incausado y fraudulento. En efecto, el despido incausado y el despido fraudulento son figuras que empezaron a construirse jurisprudencialmente con el caso *FETRATEL* (STC. N° 1124-2001-AA/TC) y el caso *Llanos Huasco* (STC. N° 976-2001-AA/TC) en sentencias que datan del año 2002 y 2003 respectivamente. Entonces, el tratamiento especial del despido nulo de la LPCL (otorgamiento de las remuneraciones dejadas de percibir) respecto de otros despidos sancionados con nulidad se debería simplemente a falencias de la regulación más que a razones jurídicas sustantivas. Similar argumento

[102] Cfr. CHÁVEZ., *op. cit.*, p. 65.
[103] Cfr. HUAMÁN ESTRADA, E. y MOGOLLÓN ATOCHE, A., "Trabajadores repuestos mediante un amparo no tienen derecho a sus remuneraciones devengadas", disponible en http://actualidadsociolaboral.blogspot.com/2012/02/corte-suprema-cambia-de-criterio.html (Consultado el 16.06.2015).

Repositorio Institucional PIRHUA

podría usarse para la reposición al amparo de la Ley 24041, aunque no tanto por la diferencia temporal sino por el diferente contexto normativo en que aparecieron, uno en el régimen privado y otro en el régimen público del DLeg. 276. Por tanto, y en consecuencia, en todos los casos de despido nulo debería proceder el pago de las remuneraciones devengadas, ya que no existe una razón de fondo que justifique la procedencia de este pago para sólo unos casos específicos. Las imperfecciones de la regulación laboral deberían ser superadas en virtud del principio de igualdad, máxime si se trata de relaciones tan delicadas y protegidas como las relaciones laborales.

La idea de que el trato especial del despido nulo de la LPCL es un desatino de la legislación parece cobrar fuerza al leer el Proyecto de Ley General de Trabajo (PLGT) que ha sido pensado para reformar el régimen laboral privado. El PLGT no es obviamente una norma vigente y hasta la fecha no hay visos o señales claras de avance o de su posible publicación. Sin embargo, este proyecto de ley es tomado en cuenta por quienes apoyan el pago restitutorio de los salarios devengados. Vale señalar, que hasta el año 2008 el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE), entidad que tiene a su cargo el PLGT, ha conseguido que entre trabajadores y empleadores haya consenso en más del 90 por ciento de su articulado[104]. En ese sentido, la reforma del PLGT se muestra como una realidad bastante probable, si bien no necesariamente para un futuro cercano.

El cambio notable que introduciría el PLGT es añadir como despidos nulos, aparte de los casos de despido nulo según la LPCL, al despido fraudulento y al despido inacausado[105]. El proyecto busca entonces plasmar en la norma lo que ya existe en la jurisprudencia y homogeneizar su tratamiento. Aparte de ello, el PLGT introduce una acotación importantísima cuando habla de los efectos del despido nulo. En su Art. 133° Inc. 2 y en su último párrafo dice:

> "*Art. 133°.- Efectos de la sentencia que declara nulo el despido.*
> *La sentencia que declara nulo el despido ordena:*

[104] Cfr. APARICIO VALDEZ, L., "El nuevo rol de las relaciones laborales" en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 3, Palestra, Lima, 2008, p. 1960.
[105] Véase el *Proyecto de Ley General de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 31-33.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> *(...)*
> *2. El pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la de la reposición efectiva del trabajador.*
> *(...)*
> ***El período dejado de laborar por el trabajador*** *cuyo despido es declarad nulo,* ***es considerado como de trabajo efectivo para todos los fines****, incluyendo aquellos beneficios cuya percepción está condicionada a la prestación efectiva de labores, excepto para el derecho vacacional*"[106]. (Resaltado agregado)

La disposición del proyecto de ley es bastante clara, el tiempo que dura el despido *es considerado como de trabajo efectivo para todos los fines*. A pesar de ser sólo el bosquejo de una ley, el artículo citado ya ha sido considerado por algunos como un fuerte indicio del acogimiento de la teoría de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo y la consecuente aceptación del pago de las remuneraciones devengadas en casos de nulidad de despido[107]. Ciertamente el PLGT parece amparar esta postura, y además su eventual aprobación e inserción en el ordenamiento laboral peruano se muestra como algo verosímil y viable[108]. La posible futura ley sería de esta forma la solución legislativa a la diferencia de trato entre los despidos nulos por amparo y los nulos por la LPCL, al menos en lo que concierne al régimen privado.

Los argumentos de la postura restitutoria no terminan ahí. Otros también hacen referencia al Art. 55° de la Constitución que habla sobre los casos de amparo y el contenido que deben tener sus sentencias. La aplicación de esta norma en una demanda de pago de remuneraciones puede ser justificada si se toma en cuenta que el amparo ha sido la vía usada para declarar la nulidad de despidos diferentes al despido nulo de la LPCL. La sentencia de amparo declara la nulidad y ordena la reposición, y esto también da pie a la eventual demanda de pago de remuneraciones dejadas de percibir. Por eso las normas relativas al

---

[106] *Ibíd.* p. 33.
[107] Cfr. TELLO, *op. cit.*, p. 260 y DE LAMA LAURA, M., "No procede el pago de remuneraciones devengadas para un trabajador repuesto mediante amparo", *Soluciones Laborales*, no. 51, 2012, p. 145-146.
[108] Aunque hasta la fecha el referido proyecto de ley no muestra señales de avance, según Aparicio Valdez, el Consejo Nacional de Trabajo ha conseguido que entre trabajadores y empleadores haya consenso en más del 90 por ciento del articulado del proyecto de ley; esto al año 2008. Cfr. APARICIO, *op. cit.*, p. 1960.

Repositorio Institucional PIRHUA

amparo serían pertinentes para solicitar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el despido. En ese sentido es que se refieren al Art. 55° del CPConst. que dice:

> "*Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada*
> *La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:*
> (...)
> *2)* ***Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución*** *que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;*
> *3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando* ***que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación****;* (...)." (Resaltado agregado)

La parte del artículo donde dice que la *Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución* se refiere, evidentemente, a la nulidad del acto de despido. La parte que ordena *que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación* es la que ha sido objeto de una interpretación especialmente controvertida por parte de algunos. El razonamiento formulado es que el despido nulo por amparo no debe generar ningún tipo de efecto negativo en la persona que lo sufrió y las remuneraciones dejadas de percibir estarían entre estos efectos adversos que la sentencia de amparo debe corregir. El pago de las remuneraciones haría entonces *que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes* y la relación laboral se mantendría realmente inalterable, se lograría eliminar los perjuicios del acto nulo. Esta interpretación del Art. 55° del CPConst. pretende pues igualar el tratamiento de los despidos nulos por amparo al despido nulo de la LPCL[109].

Otro planteamiento similar al anterior dice que el tiempo que duró es despido es un período de suspensión imperfecta de la relación laboral, como efecto de la nulidad declarada por la vía de amparo[110]. Una suspensión imperfecta de la relación permitiría recibir remuneraciones sin prestación efectiva de servicios. La lógica para aducir esto es que el

[109] Cfr. CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 66.
[110] *Ibíd.*, p. 66, De Lama, "No procede", *op. cit.*, p. 145 y TOYAMA, "La ampliación", *op. cit.*, p. 77.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

despido nulo es un despido inexistente, por lo que la relación laboral siempre permaneció en el tiempo. El trabajador entonces se mantiene con todos sus derechos, y su falta de trabajo se le imputa al empleador y su despido irregular.

Entre los últimos argumentos que se podrían mencionar para amparar la postura restitutoria existen otros de carácter más práctico. Las remuneraciones que se dejaron de percibir podrían traer consecuencias graves en los aportes pensionarios y otros beneficios sociales, así como las retenciones y contribuciones al fisco[111]. Por ejemplo, si se pretende realizar los aportes pensionarios correspondientes al período de despido, se necesitan de las remuneraciones devengadas para determinar la base para dichos aportes. Igualmente pasaría con otros beneficios sociales y con las contribuciones al fisco. Peor aún, las consecuencias podrían llegar al extremo de negar cualquier obligación de pago de aportes durante el período de despido; la falta de remuneraciones implicaría la falta de aportes. Asimismo, la negación del aporte pensionario afectaría a los trabajadores adscritos al Sistema Nacional de Pensiones. Su acceso a la prestación por jubilación demoraría porque no se cumplirían los años de aporte que exige este régimen pensionario. También en el Sistema Privado de Pensiones habría un problema, ya que la pensión de jubilación se vería disminuida si no hay aportes durante el tiempo de despido[112].

La jurisprudencia ha visto casos más o menos numerosos donde se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a causa de un despido nulo, tanto en el TC como en la Corte Suprema además de algunos juzgados menores. La Corte Suprema y otros juzgados menores han acogido en un primer momento la postura restitutoria, bajo la mayoría de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, como el uso analógico o extensivo de los efectos del despido nulo y el concepto de suspensión imperfecta de labores son los que destacan. Como ejemplo se puede citar la Cas. N° 044-2002-Lima, que expone lo siguiente:

---

[111] Cfr. ALMEIDA BRICEÑO, V., "Las remuneraciones devengadas según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Primera Parte)", disponible en http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_17/doc_boletin_17_02.pdf (Consultado el 11.96.2015).

[112] Cfr. DE LAMA, "No procede", *op. cit.*, p. 145.

Repositorio Institucional PIRHUA

> "*Sexto.- Que, en consecuencia* ***si a través de una Acción de Amparo se ordena la reposición laboral, tal declaración supone la generación de efectos jurídicos sobre el período transcurrido desde que se produce la violación del derecho hasta su restitución por mandato judicial****, con la finalidad que la situación laboral del trabajador sea exactamente la misma, por cuanto que* ***el efecto de esta Garantía Constitucional guarda relación con una nulidad de despido****, ya que la reposición al empleo no se logra sólo por la actividad material del empresario dirigida a permitir el acceso del trabajador a la Empresa; sino que es necesario que la reincorporación sea una restitución completa al estado anterior, sin alteraciones unilateralmente establecidas por la Empresa en relación al contrato que unía a las partes (...)*". (Resaltado agregado)

Como se dijo, otros juzgados menores también se han inclinado por la postura restitutoria, como la sentencia de apelación de fecha 19.12.12, Exp. N° 02657-2012-0-1501-JR-LA-02, que dice:

> "*II.15 Motivando aún más, debemos incidir que,* ***los efectos del acto nulo declarado en el proceso de amparo es equivalente al de una nulidad de despido, aplicando de modo extensivo el artículo 40 de la Ley*** *; por lo mismo procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir, la misma que debe ser ventilada ante el Juzgado Especializado Laboral por razón de la materia.*
>
> *II.16 En tal virtud,* ***el período no laborado como consecuencia de un despido cuestionado en un proceso de amparo, constituye una evidente suspensión imperfecta de labores y, debe considerarse como de trabajo efectivo para todos los fines y efectos de la relación laboral****, conforme al artículo 54 del Decreto Supremo 001-96-TR, por lo que procede el pago de las remuneraciones devengadas, más los beneficios que por ley deben abonarse durante la relación laboral (vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, entre otros)*". (Resaltado agregado)

Los argumentos de la postura restitutoria se ven claramente reflejadas en estas sentencias. En la Cas. N° 044-2002-Lima la Corte Suprema reconoce que el despido lesionó derechos constitucionales, por tanto los efectos negativos del despido deben corregirse para llegar a *una restitución completa al estado anterior.* La Corte Suprema impone una especie de ficción retroactiva acerca de la relación laboral, la imagina como si nunca se hubiese roto. El trabajador ha realizado, bajo esta

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

ficción, una prestación de servicios y el empleador está obligado a pagar la contraprestación (remuneración) respectiva. En esta sentencia la Corte Suprema también equipara los efectos del despido nulo de la LPCL a los demás tipos de despido cuando dice que "*el efecto de esta Garantía Constitucional guarda relación con una nulidad de despido*". La segunda sentencia citada recoge también esta idea de aplicación analógica del despido nulo de la LPCL, pero además utiliza el argumento de la suspensión imperfecta de labores. Argumentos similares se repiten en otras sentencias como la Cas. N° 1724-2004-Lima, Cas. N° 103-2005-Lima, Cas. N° 2110-2005-Lima, Cas. N° 213-2006-Lima, Cas. N°2146-2005-Lima, Cas. N° 375-2006-Lima y la Cas. N° 2442-2005-Lima[113].

La postura restitutoria reviste un número apreciable de argumentos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia laboral. Así, en el contexto actual del ordenamiento laboral abría razones de peso para que todos los despidos sancionados con nulidad permitan también el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, y no sólo el despido nulo de la LPCL. En esta postura subyace por un lado el anhelo de una atención más proteccionista de la esfera jurídica del trabajador, como puede vislumbrarse en la teoría de la puesta a disposición de la fuerza del trabajador. Por otro lado, también subyace en esta postura un anhelo de equidad en el trato a todos los trabajadores, una igualdad respecto a los derechos que se les reconoce. Claramente no parece justo que sólo en el despido nulo de la LPCL se permita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Como se mencionó en uno de los argumentos, esta falta de igualdad existiría debido simplemente a falencias en la regulación y no a razones de verdadero derecho.

2.2. La postura indemnizatoria y su acogimiento en la jurisprudencia

La postura restitutoria fue en gran parte acogida por la Corte Suprema, sin embargo, en los últimos años la misma empezó a virar hacia el sentido contrario. Las sentencias más recientes de la Corte Suprema empezaron a denegar el pago de las remuneraciones devengadas cuando estas se solicitaban a título restitutorio. Los argumentos que antes generaron convicción a los magistrados de la Corte Suprema empezaron a ser desestimados en estas nuevas sentencias. Asimismo, en las mismas

[113] Casaciones mencionadas en TELLO, *op. cit.*, p. 261.

Repositorio Institucional PIRHUA

sentencias se empezó a sugerir que la vía adecuada y procedente era la vía indemnizatoria. De esta manera fue que se inició un cambio a nivel de la Corte Suprema, pasando de la postura restitutoria a la indemnizatoria para el pago de las indemnizaciones.

Acerca de este cambio en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibir a modo de restitución, la Cas. N° 2712-2009-Lima (emitida el 23.04.10 , publicada el 31.01.12) ha sido señalada como la gestora del rechazo hacia la postura restitutoria, tanto en la doctrina[114] como en la jurisprudencia[115]. No obstante ello, otras sentencias más antiguas que también rechazan el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a título restitutorio pueden ser halladas. Algunas de ellas son por ejemplo la Cas. N° 2105-2000-Lima, Cas. N° 2116-2000-Lima, Cas. N° 071-2001-Lima y la Cas. N° 0932-2002-Lima. Sin embargo, esto no significaba un acogimiento total de la postura indemnizatoria. En esa misma época también se pueden encontrar otras sentencias que fallaron a favor de las remuneraciones devengadas, como la Cas. N° 1154-2001-Lima, Cas. N° 044-2002-Lima, Cas. N° 649-2001-Callao y la Cas. N° 214-2002-Lima [116] . Probablemente en los años posteriores a estas sentencias la postura restitutoria fue la que se volvió mayoritaria en la jurisprudencia. En todo caso, la Cas. N° 2712-2009-Lima inclinó la balanza de manera determinante a hacia el lado opuesto, hacia el rechazo de la postura restitutoria. Así, en adelante las demandas formuladas bajo los lineamientos de la postura restitutoria han sido declarados improcedentes.

En esta nueva posición de la Corte Suprema aparece sobre todo la premisa de que de que no hay remuneración sin prestación efectiva de servicios, tal como tradicionalmente se ha interpretado conforme al carácter contraprestativo de las remuneraciones. Igualmente, la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema rechaza otros argumentos que sustentaban la postura restitutoria, tales como la aplicación analógica de los efectos del despido nulo y también la teoría de la suspensión imperfecta de labores, entre otros argumentos. El cambio sin embargo no ha sido bien visto por la doctrina laboral. Precisamente la doctrina ha criticado con vehemencia estas sentencias. Así por ejemplo se pueden

[114] *Ibíd.*, p. 256
[115] Véase por ejemplo la Cas. N° 5366-2012-Lambayeque o también la sentencia de fecha 19.12.2012 de la Corte Superior de Junín, Exp. Nº 02657-2012-0-1501-JR-LA-02.
[116] Cfr. CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 63-64.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

hallar comentarios que califican a estas sentencias de retrógradas y abiertamente contrarias al carácter tuitivo y protector del Derecho Laboral[117].

Entre las sentencias que se pueden citar está obviamente la Cas. N° 2712-2009-Lima que inició el cambio hacia el rechazo definitivo de la postura restitutoria. Entre sus fragmentos más resaltantes están:

> "(...) *el artículo 24 de la Constitución procura al trabajador el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que tiene como correlato la fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador, mientras que el artículo 6 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 establece que constituye remuneración para todo efecto legal "el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios"; de lo que* ***se desprende que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente prestado*** (...)". (Resaltado agregado)
>
> "(...) *La parte demandante* ***pretende que se identifique el carácter restitutorio del proceso de amparo con los efectos que el despido nulo tiene*** *en nuestra legislación laboral en torno al pago de los remuneraciones devengadas,* ***identificación que resulta errónea dada la naturaleza jurídica de cada institución****, sin perjuicio de sus diferencias prácticas, ya que el proceso de amparo se encuentra referido a la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que el proceso de nulidad se refiere, valga la redundancia, a la nulidad de un acto de despido* (...)". (Resaltado agregado)
>
> "(...) ***el proceso de amparo laboral no es un proceso sumarísimo de nulidad de despido****, sino que responde a la naturaleza preventiva y urgente de todo proceso constitucional destinado a la restitución inmediata de los derechos tangibles, pero no a declaraciones de nulidad que requieren mayor análisis* (...)". (Resaltado agregado)
>
> "(...) *si bien es cierto la reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo,* ***no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia****, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, no resultando aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, tal como lo establece el artículo 4 del Título Preliminar del Código*

[117] Cfr. DE LAMA, "No procede", *op. cit.*, p. 145.

Repositorio Institucional PIRHUA

> *Civil, dado que dicha nulidad se encuentra regulada por normas excepcionales* (...)". (Resaltado agregado)
>
> " *Cabe mencionar que en este caso* ***no es pertinente alegar que se ha producido una suspensión imperfecta del contrato de trabajo*** (...)". (Resaltado agregado)
>
> "(...) *es necesario enfatizar que no existe derecho a remuneraciones por el período no laborado* (...) ***lo cual no implica negar que efectivamente pueda existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños*** *al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador,* ***los mismos que deben ser evaluados e indemnizados****, según los hechos de cada caso concreto y ante el Juez y vía procedimental predeterminados por Ley para dicha pretensión* (...)". (Resaltado agregado)

Como puede leerse, la sentencia citada niega y rebate casi todos los argumentos con los que se sustenta la postura restitutoria. Según la sentencia casatoria, para la Corte Suprema entonces está más que claro que la remuneración es por prestación efectiva de servicios, sin eso no es posible otorgar una remuneración. Además, el despido nulo de la LPCL es un caso excepcional aplicado a causales muy específicas, por ello no es posible su aplicación por analogía en casos donde la nulidad y la reposición se obtuvieron vía amparo. Justamente, la referida sentencia considera que la sentencia de amparo tampoco genera ningún tipo de ficción retroactiva ni suspensión imperfecta de valores. De esta forma es que la sentencia casatoria concluye que los trabajadores repuestos no tienen un derecho a las remuneraciones dejadas de percibir[118].

Aparte de las razones para rechazar la postura restitutoria, la Cas. N° 2712-2009-Lima señaló, al final de su parte considerativa, algo igualmente importante. La resolución de que no hay un derecho a las remuneraciones dejadas de percibir no significa un completo desamparo de la situación del trabajador. Efectivamente, la Corte Suprema declara que existe un daño provocado al trabajador, daño por no haber podido gozar de sus derechos laborales durante el tiempo que estuvo despedido. En tal virtud esos daños merecen ser *evaluados e indemnizados* en la vía

[118] La Cas. N° 2712-2009-Lima tuvo sin embargo un voto en contra por parte del Magistrado Távara Córdova, quien consideró que los trabajadores sí tenían derecho a las remuneraciones alegando argumentos como la aplicación analógica de las reglas del despido nulo y la teoría de la suspensión imperfecta de labores.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

judicial correspondiente. Así, lo que se está señalando en la sentencia es que el trabajador debe pedir las remuneraciones dejadas de percibir pero a modo de indemnización, una indemnización de daños y perjuicios conforme al derecho civil. De esta forma es que la Cas. N° 2712-2009-Lima empezó el respaldo, por parte de la Corte Suprema, hacia la postura indemnizatoria.

Después de la Cas. N° 2712-2009-Lima otras casaciones siguieron sus mismos pasos. Básicamente con los mismos argumentos rechazaron las pretensiones de pago de remuneraciones dejadas de percibir. Entre ellas están por ejemplo la Cas. N° 992-2012-Arequipa, que junto a su predecesora fue objeto de críticas por parte de la doctrina laboral[119]. Otra sentencia que formó parte de este cambio fue la Cas. N° 7833-2012-Tacna, en la cual resalta cierta reafirmación del carácter indemnizatorio que tendría el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, como se puede leer a continuación:

> "*En ese sentido, es necesario enfatizar que no existe derecho a las remuneraciones por el periodo no laborado* (...) *lo cual no implica negar que efectivamente pueda existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto ante el Juez y vía procedimental predeterminados por Ley para dicha pretensión, razones por las cuales el recurso de casación deviene en fundado, por cuanto* ***el demandante a través de este proceso tal y como se ha señalado precedentemente lo que pretende es ser indemnizado por el periodo que no laboró a causa del despido arbitrario producido en su perjuicio***". (Resaltado agregado)

En la última parte del fragmento de sentencia citada se ratifica que lo que se pide no es, o no puede ser, la restitución de las remuneraciones como tal. El trabajador sólo tiene reconocido su derecho a ser indemnizado, mas no restituido. Aparte de las sentencias ya señaladas se puede mencionar la Cas. N° 5366-2012-Lambayeque, Cas. N° 3935-2011-Piura y la Cas. N° 1333-2012-Junín, entre otras. Estas y otras juntas han terminado por consolidar finalmente, a nivel de la Corte Suprema, el

[119] Sentencias objeto de amplias críticas en TELLO, *op. cit.*, p. 255-261, CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 60-68, DE LAMA, "No procede", *op. cit.*, p.144-146 y HUAMÁN y MOGOLLÓN, "Trabajadores repuestos".

rechazo total por la postura restitutoria dejando en el camino sólo a la postura indemnizatoria.

A diferencia de la Corte Suprema, el TC ha mantenido una línea más uniforme respecto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir. En el TC predomina la visión de que las remuneraciones son por trabajo efectivo [120]. Por esa razón fundamental es que sus sentencias jamás otorgan un pago por remuneraciones dejadas de percibir. Sin embargo, también ha reconocido que el trabajador si tendría un derecho a una indemnización por las remuneraciones. Ejemplo de esto es la STC Nº 1450-2001-AA/TC, la cual expresa lo siguiente:

> "*mediante jurisprudencia uniforme y reiterada, el Tribunal ha dejado plenamente establecido que* ***las remuneraciones de todo trabajador representan una contraprestación por las labores efectivamente realizadas*** (...) *aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasionaba un perjuicio durante todo el periodo que no laboró,* ***ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado****. Sin embargo,* ***la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía*** *que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales* (...) *En consecuencia, no habiéndose acreditado violación o amenaza de violación de derechos, la presente demanda deberá desestimarse,* ***sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del recurrente para que su reclamo por indemnización sea tramitado en la vía judicial pertinente***." (Resaltado agregado)

Así que la posición del TC es básicamente la misma que la de la Cas. N° 2712-2009-Lima y las sentencias que le sucedieron, no hay remuneraciones pero sí una indemnización por ellas. Pero a diferencia de la Corte Suprema el TC ha sostenido esta postura negatoria de las remuneraciones dejadas de percibir desde mucho antes que la Cas. N° 2712-2009-Lima, y la ha mantenido hasta la actualidad sin visos de algún cambio.

De lo anterior se puede colegir que la posición del TC fue seguramente lo que influyó para el cambio que se dio en la Corte

[120] Véase por ejemplo la STC N° 1112-98-AA/TC y la STC N° 725-98-AA/TC.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

Suprema. De hecho, la Cas. N° 2712-2009-Lima hace referencia expresa al criterio del TC cuando menciona que las remuneraciones son sólo por trabajo efectivo[121]. De esta manera las posturas en el ámbito judicial y constitucional se unieron y han formaron una sola, a favor de la indemnización de las remuneraciones pero en rechazo de su pago a título restitutorio. A partir del cambio dado por la Corte Suprema y su alienación hacia la postura del TC, el panorama del trabajador despedido y luego repuesto ha cambiado trascendentemente. Cuando la Corte Suprema permitía el pago de las remuneraciones a modo restitutorio no cerraba la puerta a quienes lo pedían a modo de indemnización. Como se señaló antes, hace algunos años se podían encontrar sentencias que adoptaban una u otra postura. Así, el trabajador podía solicitar la indemnización o la restitución de sus remuneraciones, con iguales posibilidades de éxito en ambas. Pero actualmente las opciones del trabajador se han reducido a una, la indemnización por las remuneraciones dejadas de percibir. El predominio entonces de la postura indemnizatoria se debe más que nada al rechazo que la jurisprudencia ha hecho de la postura restitutoria

A todo esto, el rechazo que se ha hecho a la postura restitutoria es debatible. Sin duda, la posición tradicional de que la remuneración es por servicio efectivo es el principal obstáculo para que en estos despidos también se otorguen las remuneraciones. En ese sentido, algunos argumentos como la disposición de la fuerza de trabajo o la suspensión imperfecta de labores parecen algo forzados en cuanto solución a este impedimento. Probablemente la mejor justificación para permitir el pago de las remuneraciones dejadas de percibir sea el principio protector del Derecho Laboral, sin la necesidad de acoplarla a la teoría de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Bajo este principio es que se puede justificar que el contrato laboral exista muchas veces un tratamiento diferente frente a otros contratos. En este caso, que se permita en

[121] La Cas. N° 2712-2009-Lima señaló que: "*(...) se concluye que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que tiene como correlato la fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador, lo que concuerda con lo previsto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 en cuanto se precisa que la remuneración para todo efecto legal constituye "el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios", lo que no se ha configurado en el presente caso por parte del trabajador durante el tiempo dejado de laborar;* ***interpretación que es concordante con el criterio del Tribunal Constitucional al respecto en casos análogos*** (...)". (Resaltado agregado)

Repositorio Institucional PIRHUA

especiales circunstancias el pago de la contraprestación a pesar de no haber realizado su parte del contrato (trabajo efectivo). En ese contexto el pago de las remuneraciones sería una forma especial de protección a una de las partes, en el marco de una relación contractual sumamente delicada y sensible como es la laboral. Tal vez incluso sea una medida de protección al trabajador y de sanción al empleador[122]. Esa parece ser la razón para que en el despido nulo y las leyes laborales anteriores se permitiera el pago de las remuneraciones. En todo caso, lo cierto es que actualmente se está generando un trato desigual a los trabajadores, y se podría decir que hasta discriminatorio. Sólo los que son sujetos a un despido nulo de la LPCL pueden solicitar el pago de las remuneraciones dejando de lado a quienes sufren un despido incausado, fraudulento o un despido nulo dentro del régimen del DLeg. 276. Las razones para esto parecen corresponder más a simple política legislativa que a verdaderas razones jurídica. En ese sentido, la aplicación analógica de las disposiciones del despido nulo de la LPCL no serían suficientes para sobrepasar ese impase. Como se ha visto, la jurisprudencia rechaza que haya una aplicación analógica de tales disposiciones, a las que considera una regulación especial. Por ello, la igualdad de trato sólo se lograría plenamente cuando las normas laborales reconozcan el derecho a las remuneraciones para todos los trabajadores con despidos pasibles de nulidad.

El pago de las remuneraciones dejadas de percibir podría tener cierta legitimidad, pero la jurisprudencia del TC es clara es señalar que la remuneración procede sólo por trabajo efectivo. La Corte Suprema se ha volcado también hacia esa postura trayendo como consecuencia la denegatoria absoluta del pago de las remuneraciones a título restitutorio. Así, mientras las normas laborales no impongan ningún cambio, esta jurisprudencia estará obligando a todos los trabajadores que son repuestos a sus empleos a pedir sus remuneraciones a modo de indemnización. Así pues, por el momento la postura indemnizatoria es la que domina respecto al problema de las remuneraciones dejadas de percibir. La responsabilidad civil se muestra de esta forma como la única solución disponible para que estos trabajadores vean satisfechas sus pretensiones.

[122] Para Toyama el pago de las remuneraciones dejadas de percibir no tiene carácter resarcitorio pero sí podría contener cierto matiz sancionatorio para el empleador. Cfr. TOYAMA, "La ampliación", *op. cit.*, p. 78.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

2.3. Una mirada especial a los casos de la Ley 24041

Los trabajadores contratados del DLeg. 276 repuestos al amparo de la Ley 24041 también han enfrentado la disyuntiva entre la postura restitutoria y la indemnizatoria. La mayoría de estos trabajadores solicita su reposición y el pago de sus remuneraciones a través de la vía de amparo. Sin embargo, también está disponible la vía contencioso administrativa, que es de hecho la vía ordinaria para los trabajadores del sector público.

En los casos en los que la reposición se solicita vía amparo, las pretensiones de los trabajadores se han topado con la rígida postura del TC sobre el pago de las remuneraciones. Aparte de denegar el pago de las indemnizaciones, el TC consideraba que tal pedido debe hacerse a manera de indemnización en la vía correspondiente, de manera similar a la exposición que hizo la STC Nº 1450-2001-AA/TC citada anteriormente. Los casos de amparo para la reposición y pago de remuneraciones de los trabajadores protegidos por la Ley 24041 son varios. De hecho, estos casos han llegado a adquirir una distinguida uniformidad en su decisión y contenido, sin mayores variaciones entre un caso y otro. Así, las sentencias empiezan reconociendo que la Ley 24041 es aplicable al trabajador y que tiene derecho a la reposición, pero el pago de remuneraciones no procede porque se requiere prestación efectiva de servicios. Al final, igual que otros casos, el TC termina dejando a salvo el derecho del trabajador a la indemnización que le corresponda.

Un caso que puede servir de ejemplo es la STC. N° 2130-2003-AA/TC que trata de un trabajador de la Municipalidad Provincial de Talara que ocupaba un puesto de Técnico en Enfermería. El trabajador solicitó que se reconozca su condición de contratado permanente y que se le pagara las remuneraciones dejadas de percibir. La Municipalidad Provincial de Talara por su parte alegó que sus labores no eran de naturaleza permanente. En la sentencia el TC reconoció que el trabajador realizaba labores permanentes y que había laborado por cuatro años. Por lo que le correspondía la protección de la Ley 24041 y sólo podía ser despedido por las causas previstas en el Capítulo V del Dleg. 276. El despido vulneró, según el TC, *los derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso, prescritos por los artículos 2°, inciso 15); 22°, 26°, 27° y 139°, inciso 3), de*

nuestra Constitución. En lo que respecta a las remuneraciones dejadas de percibir, el TC se manifestó de la siguiente manera:

> *"6.* ***En el extremo referente al pago de las remuneraciones durante el tiempo que duró el cese****, este Tribunal ha establecido que ello* ***no procede por cuanto la remuneración es una contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponder al actor****.*(...)
> *Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,*
> ***FALLA***
> ***REVOCANDO*** *en parte la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara* ***FUNDADA,*** *en parte; en consecuencia, ordena que la demandada proceda a reincorporar a don Cosme Olivos Yacila, en su condición de contratado, en el puesto que desempeñaba al momento de su cese o en otro de igual nivel o categoría;* ***dejándose a salvo su derecho de reclamar la indemnización en la forma legal que corresponda*** *(...)".* (resaltado agregado)

El TC ha mantenido esta línea jurisprudencial con una notable homogeneidad. Tanto así que el texto que conforma el fundamento 6 de la sentencia citada aparece en los fundamentos de varias otras sentencias, como por ejemplo la STC. N° 2474-2003-AA/ TC (fundamento 6), STC. N.º 3152-2003-AA/ TC (fundamento 6), STC. N° 1990-2003-AA/TC (fundamento 7), STC. N° 1652-2003-AA/ TC (fundamento 4), STC. N° 3008- 2004- AA/ TC (fundamento 7), STC. N° 2026-2003-AA/ TC (fundamento 4), STC. N° 1503-2003-AA/ TC (fundamento 7), Exp. N° 1996-2003-AA/ TC (fundamento 4), STC. N° 1998-2003-AA/ TC (fundamento 4), Exp. N° 2475-2003-AA/ TC (fundamento 4), STC. N° 1134-2004-AA/ TC (fundamento 4), Exp. N° 3229-2003- AA/ TC (fundamento 4), STC. N° 1708-2004-AA/ TC (fundamento 7) y la STC. N° 2541-2003-AA/ TC (fundamento 5), STC. N° 1079-2002-AA/ TC (fundamento 4).

El número de casos de la Ley 24041 es aún mayor a las sentencias señaladas. Así, la postura indemnizatoria de las remuneraciones dejadas de percibir es claramente la que impera en el TC, en los casos de la Ley 24041 y en otros de nulidad de despido. Sin embargo, algunos casos relativos a la Ley 24041contienen votos con fundamentos singulares que

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

intentan equipar estos casos a los del despido nulo de la LPCL, más o menos concordante con la teoría de la puesta a disposición de la fuerza laboral. Los casos son escasos y en ese sentido poco trascendentes, pero en ellos se sugiere que el derecho a la indemnización por el daño causado bien podría inspirarse por analogía en la reglas del despido nulo y su consecuencias como el pago de las remuneraciones caídas[123].

Los casos de la Ley 24041 vía amparo han alcanzado, como se ve, un alto nivel de predictibilidad en sus resultados, pero ésta no es la única vía judicial disponible. De hecho, la vía ordinaria para estos casos es el proceso contencioso administrativo que regula la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Sobre esto el mismo TC ha dicho, en la STC N° 03941-2010-PA/TC, que los trabajadores del Decreto 726 (incluye a los trabajadores de la Ley 24041) deben impugnar sus despidos en la vía contencioso administrativa. La vía de amparo queda desde entonces relegada a casos de urgencia o por inidoneidad de la vía ordinaria[124].

En los casos de la Ley 24041 vistas en el proceso contencioso administrativo la situación se muestra más sujeta a debate. Algunos han seguido la misma senda de los casos de remuneraciones devengadas vistos por la Corte Suprema, como la sentencia de fecha 09.06.2003, Apelación Nº 1484-2002-Cusco, que expone:

[123] Los fundamentos singulares pertenecen al Magistrado Manuel Aguirre Roca, en la STC N° 3237-2003- AA/TC, STC N° 3004-2003- AA/TC y la STC N° 2541-2003-AA/TC. En estos casos el Magistrado habla de indemnización pero por una aplicación analógica de las reglas del despido nulo. En otros casos el Magistrado continúa equiparando el amparo al despido nulo, pero sin decir expresamente si se trata de un derecho de indemnización o restitución; esto por ejemplo en la STC N° 1652-2003-AA/TC, STC N° 2026-2003-AA/TC y la STC N° 1306-2002-AA/TC.

[124] Cfr. DE LAMA, "Los trabajadores del Estado y las vías procesales pertinentes para impugnar sus despidos", *Soluciones Laborales*, no. 55, 2012, p. 103-106. De hecho, antes de esta sentencia se dijo algo semejante en el caso *Baylón Flores*, STC N° 206-2005-PA/TC. Dicha sentencia fue una de las que ayudó a definir las figuras del despido incausado y el despido fraudulento, en este caso la cuestión de su vía procedimental. La sentencia menciona expresamente los casos de reposición de la Ley 24041, entre otros del sector público, como casos donde la reposición debía darse por la vía contencioso administrativa y no por amparo. Más recientemente fue emitida la STC N° 2383-2013-PA/TC, caso *Elgo Ríos*, que estableció criterios para determinar la subsidiariedad del amparo.

Repositorio Institucional PIRHUA

> "*Octavo.- Que, respecto al extremo de remuneraciones devengadas, esta Sala Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que este concepto demandado debe ampararse, por cuando al determinarse judicialmente la nulidad de la resolución de cese temporal emitida por la demandada, al restablecerse la relación laboral después de la citada nulidad, existe de hecho un período donde la afectada no realizó labor efectiva, pero por decisión unilateral del empleador; Noveno.- Que, el período descrito en el considerando anterior, no se encuentra regulado en el sector público, por ende* ***debe aplicarse en forma analógica lo normado en el régimen laboral de la actividad privada sin restricción de ninguna naturaleza****, de conformidad con lo establecido en el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil*". (Resaltado agregado)

La sentencia utiliza el argumento de la aplicación analógica del despido nulo de la LPCL, como se ha visto en otras sentencias citadas anteriormente. Según el texto, el Art. IV del Título Preliminar del CC sólo prohíbe la aplicación analógica de una norma cuando ésta restrinja derechos o imponga excepciones. De esta forma sería posible utilizar las reglas del despido nulo de la LPCL a casos del DLeg. 276.

Este criterio cambió al parecer por influencia de la Cas. N° 2712-2009-Lima, como lo demuestra la sentencia de fecha 17.06.2014 , Exp. 00029-2011-0-2801-JM-LA-01. En esta sentencia se cita varios de los fundamentos de la Cas. N° 2712-2009-Lima (no aplicación analógica del despido nulo, no ficción retroactiva de labores prestadas, no suspensión imperfecta de labores, etc.) e igualmente deja a salvo el derecho de solicitar una indemnización por las remuneraciones dejadas de percibir. La sentencia dice:

> "***SÉPTIMO:*** *Que en la misma sentencia de la Corte Suprema* (Cas. 2712-2009-Lima) *considera que en todo caso, lo expuesto no implica negar que efectivamente* ***pueda existir clara verisimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador*** *los mismos que deben de ser evaluados e indemnizados según los hechos de cada caso concreto.* ***Esto significa que cualquier pretensión de esta naturaleza debía ser efectuada en vía de indemnización de daños y perjuicios*** *pero no como reintegro de remuneraciones como ha ocurrido en el caso de autos*". (Resaltado agregado)

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

En otros casos del contencioso administrativo se hace alusión al TC y su postura de pago de remuneraciones sólo por labor efectiva. Así por ejemplo, la sentencia de fecha 24.01.2013, Exp. 00049-2011-0-2801-JM-LA-01, dice:

> "***DÉCIMO SEXTO*: *Respecto del pago de remuneraciones dejadas de percibir. Al respecto este despacho se remite a lo precisado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2541-2003-AA/TC*** *que señala "… en cuanto al extremo referente al pago de remuneraciones durante el tiempo que duro el cese, este Tribunal ha establecido que ello no procede por cuanto la remuneración es una contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle…"; por tanto esta pretensión, deviene en improcedente*". (Resaltado agregado)

Hasta aquí los casos de la Ley 24041 no difieren mucho del panorama general que se ha esbozado en los otros casos. La posición actual parece adherirse a la postura indemnizatoria del pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Aún así, una particularidad que podrían tener estos casos es que las normas aplicables al régimen público parecen ser más explícitas sobre el requisito de trabajo efectivo para la remuneración[125]. Según el Art. 35° Inc. 1 Ley 28411[126], Ley General del Sistema de Presupuesto, cualquier concepto devengado que amerite un pago a favor del trabajador requiere la previa acreditación de la actividad realizada por el trabajador o el derecho que sustente el pago. Así, conforme a esta norma, el trabajador debería acreditar que prestó labores si quiere que se le reconozca algún crédito por parte del Estado. La disposición de la Ley 28411 fue discutida en algunos casos, como la sentencia de fecha sentencia del 05.09.2011, Exp. 1726-2010-0-1601-JR-LA-04, que dijo:

---

[125] En el régimen privado, el Art. 6° de la LPCL define lo que es la remuneración pero no dice expresamente que sea contraprestación por trabajo efectivo.

[126] Art. 35° Inc.1 de la Ley 28411: "*El devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor. El reconocimiento de la obligación debe afectarse al Presupuesto Institucional, en forma definitiva, con cargo a la correspondiente cadena de gasto*".

Repositorio Institucional PIRHUA

> "***<u>SÉPTIMO</u>: Sobre las remuneraciones no percibidas***
> *La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente STC N° 4355-2009-AC/TC expresa en su Fundamento 4), que: "el artículo 35.1 de la Ley N.° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, norma que deroga la Ley Nº 27209 y vigente desde el 1 de enero del 2005, establece que el devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce* ***previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor…";*** *en este contexto existiendo límites normativos para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir sin la efectiva realización del trabajo, no resulta amparable disponer el pago de las remuneraciones no abonadas, por lo que, la demanda en este extremo debe rechazarse*".

Sin embargo otra sentencia dijo en cambio que dicha disposición no podía afectar el derecho de los trabajadores. Éste fue el caso de la sentencia de fecha 10.06.2003, Apelación Nº 1321-2002-Cusco, que dijo:

> "*todo cese, cuando es injustificado, origina daño económico al trabajador sujeto a dicha medida y posteriormente cuando se restablece la relación laboral, deja un período donde el afectado no realizó labor efectiva por decisión unilateral del empleador, y lógicamente aquél se ve perjudicado económicamente.*(…) *Que si bien las Leyes de Presupuesto de la República establecen que no deben existir pagos de remuneraciones por días no laborados, ello debe entenderse que esa carencia de labor debe provenir de la decisión del trabajador*".

El fragmento de sentencia citada parece aducir tácitamente la teoría de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Para que una labor se considere no efectiva ésta debe venir de la voluntad del trabajador, y no de otros agentes como el empleador y su decisión de despedirlo. Con este argumento se sortearía el impedimento de la Ley 28411 que regula el presupuesto de las entidades públicas. Sin embargo, esta sentencia es anterior a la inclinación que ha tenido la Corte Suprema por denegar el pago de las remuneraciones a título restitutorio. Lo mismo se puede decir de la sentencia de fecha 09.06.2003 (Apelación Nº 1484-2002-Cusco) que se citó anteriormente y que reconocía el derecho a las remuneraciones dejadas de percibir. En razón de ello y lo que se ha visto hasta ahora, lo más probable es que en la vía contencioso administrativa también se haya acogido la postura indemnizatoria, en concordancia a la

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

posición actual de la Corte Suprema y del TC. En todo caso, si el proceso llega hasta la Corte Suprema es casi seguro que se negará el pago de las remuneraciones a título restitutorio dejando abierta sólo la vía indemnizatoria.

Salvo por esta controversia sobre la Ley 28411, la situación de los trabajadores repuestos por la Ley 24041 es prácticamente la misma que los demás trabajadores que son despedidos y luego reincorporados. El rechazo al pago de las remuneraciones a título restitutorio se ha impuesto en el campo contencioso administrativo y constitucional. Al igual que otros trabajadores, aquellos que son repuestos en virtud de la Ley 24041 tendrán que solicitar sus remuneraciones a modo de indemnización. La duda ahora será en qué medida la indemnización que puedan recibir complacerá los deseos de estos trabajadores por sus remuneraciones no percibidas a causa del despido.

2.4. El lucro cesante como forma de reparación

A.- ¿La indemnización debe ser igual a las remuneraciones dejadas de percibir?

Según las sentencias del TC y la Corte Suprema, al trabajador no se le puede restituir las remuneraciones devengadas pero sí puede acceder a un pago que las compense o las reemplace. Eso se dejaba entrever cada vez que repetían frases como "*dejándose a salvo su derecho* [del trabajador] *de reclamar la indemnización en la forma legal que corresponda*"[127] justo después de denegar el pago de las remuneraciones a título restitutorio. Las demandas de indemnización de daños y perjuicios serían entonces la respuesta para los trabajadores que reclaman por las remuneraciones dejadas de percibir. La posibles demandas en ese sentido tendrán por lo tanto que hacerse bajo las reglas de la responsabilidad civil para obtener un pago por dichas remuneraciones. Por consiguiente también, las posibles demandas tendrán, entre sus primeros pasos, que catalogar el daño sufrido, según sea daño emergente, lucro cesante o daño moral. Luego de eso vendrá la tarea de acreditar la existencia y magnitud del daño.

[127] STC N° 2130-2003-AA/TC.

Repositorio Institucional PIRHUA

Respecto a la clasificación de los daños, las remuneraciones y demás beneficios dejados de percibir han sido catalogados en la mayoría de los casos como lucro cesante porque son vistos como un ingreso económico cuya realización o efectividad ha quedado frustrada a causa del despido[128]. La indemnización sustituiría entonces los bienes que se hubieran integrado al patrimonio del trabajador de no haber ocurrido el despido, que es en lo que consiste el daño por lucro cesante. Pero la duda aquí surge respecto de cómo debe calcularse la magnitud de ese daño y su correspondiente indemnización. Obviamente el trabajador buscará que su indemnización sea cuantitativamente igual al íntegro de las remuneraciones que dejó de percibir, como en todos esos casos donde se solicitaba las remuneraciones bajo la postura restitutoria. Sin embargo, bajo la responsabilidad civil esto no tiene que ser necesariamente así. Por diferentes razones la indemnización puede resultar diferente al monto de las remuneraciones que hubiera percibido el trabajador.

En la jurisprudencia ambas opciones se han mostrado como posibles. Por ejemplo la sentencia de fecha 12.08.13 emitida por la Corte Superior de Justicia de Cuzco, Exp. N° 00029-2013-0-1001-JR-LA-0. En dicha sentencia se otorgó una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir. El caso trataba de un trabajador de la Carrera Administrativa del DLeg. 276 que luego de ser repuesto mediante amparo solicitó la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante y por daño moral. En el análisis del lucro cesante, curiosamente la entidad pública demandada expuso los argumentos usados para denegar el pago de las remuneraciones devengadas a título restitutorio (remuneración como contraprestación por servicios efectivos, no aplicación analógica del despido nulo de la LPCL, no ficción retroactiva) además del impedimento que impondría la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto señalada anteriormente. Ante la respuesta de la entidad pública la Corte Superior de Cuzco remarcó que la demanda era de indemnización y no de pago de remuneraciones, pero advirtió que la indemnización tomaría como referencia estas remuneraciones devengadas, tal como se soslaya del texto de la sentencia:

[128] En algunos casos se la ha visto como daño emergente. Véase la Cas. N° 5721-2011-Lima y la sentencia de fecha 03.12.2009 del Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> "(...) *el actor no reclama en si el pago de remuneraciones y beneficios laborales sino la indemnización de daños y perjuicios por el despido del que fue objeto.* ***Situación muy distinta es el hecho que esta indemnización sea cuantificada tomando como referencia las remuneraciones y beneficios laborales que ha dejado de percibir (lucro cesante) como consecuencia del despido****, es decir los ingresos que ha dejado de percibir como consecuencia del despido dispuesto por la demandada que no es en si una típica pretensión de pago de remuneraciones y beneficios sociales*". (Resaltado agregado)

El juzgado incluyó, ya en el cálculo de la indemnización por lucro cesante, no sólo a los salarios devengados (la remuneración básica), sino también a las gratificaciones por fiestas patrias y navidad, CTS, pagos por concepto de *escolaridad*, bono vacacional y bono de alimentos (estos tres últimos fueron obligaciones nacidas por un convenio colectivo). Para calcular el lucro cesante, la Corte Superior de Cuzco tomó como base el monto que el trabajador recibía por cada concepto (remuneración básica, gratificación, CTS, etc.) y en base al tiempo transcurrido entre el despido y la reposición determinó cuánto de ese concepto hubiera recibido de no darse el despido. La fórmula es relativamente sencilla y a primera vista se muestra como la más lógica para estos casos, básicamente es la remuneración percibida antes del despido por el tiempo que éste duró. En el presente caso, para los conceptos de remuneración básica y gratificación, la exposición de los magistrados fue la siguiente:

> "*2.3.1. Las* ***remuneraciones dejadas de percibir****; la consecuencia inmediata que genera el despido, es que el trabajador deje de percibir sus remuneraciones (lucro cesante), por tanto este debe ser resarcido, desde el 1 de enero del 2011 al 30 de abril del 2012 (16 meses).*
> *El actor percibía una remuneración de S/. 2000.00 nuevos soles antes de su cese como se aprecia de las boletas de pago de los meses de octubre a diciembre del 2010 (fojas 14 a 16).*
> *Por tanto el lucro cesante consistente en las remuneraciones dejadas de percibir por el periodo que duró el despido equivalen a la suma de* ***S/. 32,000.00 nuevos soles.***
>
> *2.3.2. Sobre el concepto de* ***gratificaciones por fiestas patrias y proporcionales de navidad****.*
> *Conforme se ha desarrollado precedentemente, el despido le ha generado lucro cesante además consistente en las gratificaciones dejadas de percibir por el periodo que duro su despido. La gratificación de fiestas patrias del 2011 equivale a la suma de S/.*

Repositorio Institucional PIRHUA

> *2000.00 nuevos soles por fiestas patrias y S/. 2000.00 nuevos soles por Navidad; y por gratificaciones de fiestas patrias del 2'012 la suma de S/. 1333.33 nuevos soles (4 sextos hasta el 30 de abril del 2012): todas ellas considerado una remuneración compensable de S/. 2000.00 nuevos soles.*
> *Por tanto el total equivale a la suma de* ***S/. 5333.33 nuevos soles***".

El procedimiento expuesto en la sentencia no reviste de mayor complejidad. Alguno que otro concepto requerirá de precisiones más complejas, como la CTS por ejemplo, pero en general será muy fácil calcular el monto indemnizatorio. Simplemente la indemnización completa aquello que el trabajador hubiera recibido de haber seguido trabajando en el tiempo que duró el despido. En el caso citado por ejemplo, la indemnización por la gratificación por fiestas patrias de 2012 son los "*4 sextos*" que completan la gratificación "disminuida" que el trabajador efectivamente recibió por su trabajo (se reincorporó en junio de 2012). La misma directriz marcó el cálculo de la indemnización en los otros montos como la CTS y el bono de alimentos.

De este caso se puede concluir que a efectos prácticos no hay diferencia entre la indemnización y la postura indemnizatoria. El análisis del daño por lucro cesante se redujo a calcular cuánto hubiera recibido el trabajador de no haber ocurrido el acto de despido. Los únicos factores que se tomaron en cuenta fueron el monto del concepto remuneratorio y el tiempo que duró el despido. Lógicamente eso da como resultado el íntegro de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir.

De ese modo, la postura indemnizatoria y la restitutoria parecen compartir cierta identidad en términos cuantitativos. Su diferencia estaría más que nada en el aspecto sustancial, en el derecho que justifica el pago en uno y otro caso, porque la indemnización por daños y perjuicios no busca defender ni restituir derechos lesionados sino reparar los efectos de dicha lesión[129]. El cálculo basado sólo en lo que el trabajador pudo haber recibido de no darse el despido es prácticamente como hacer una ficción retroactiva como la que planteaba la postura restitutoria. Esto puede representar cierto consuelo a quienes apoyan la postura restitutoria y obviamente también al trabajador a quien se le denegó el pago de remuneraciones devengadas.

[129] Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 62.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

Pero la otra opción que puede plantearse en estos casos es que la indemnización no sea cuantitativamente igual a las remuneraciones dejadas de percibir. La respuesta a si esta alternativa es posible podría buscarse en los factores que intervienen en el cálculo del daño por lucro cesante. En el caso antes expuesto por ejemplo, los jueces solamente tomaron en cuenta la remuneración y el tiempo transcurrido, lo que inevitablemente conduce al íntegro de las remuneraciones dejadas de percibir, pagadas no como restitución sino como indemnización. Así, la pregunta más pertinente sería ¿existen otros factores a tomar en cuenta en la cuantificación de la indemnización? Una respuesta positiva llevaría a la adición de esos otros elementos o factores al cálculo del lucro cesante. En consecuencia los montos otorgados bajo la postura indemnizatoria o la restitutoria no resultarían, o no siempre resultarían, iguales.

Un ejemplo de lo anterior puede verse también en la jurisprudencia nacional. En la Cas. Nº 2677-2012-Lima, un trabajador de la Carrera Administrativa del régimen del DLeg. 276 fue despedido y reincorporado luego de poco más de ocho años. Su demanda era por lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida. Acerca del lucro cesante, el trabajador solicitó S/.70,000.00 nuevos soles como reparación señalando que la estimación de su perjuicio debía tomar en cuenta "*los conceptos remunerativos que habría percibido de haber continuado laborando, a similitud de lo percibido en el lapso de mi cese por los servidores de igual categoría que no fueron cesados y siguieron laborando para la demandada*" [130]. El trabajador entonces solicitaba el íntegro de las remuneraciones que le hubieran tocado de haberse dado el despido. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia de fecha 30.09.2011 (Exp. N° 06158-2010-0-1801-JR-CI-19) se advirtió que el trabajador no había acreditado la cuantía de las remuneraciones dejadas de percibir. El trabajador había presentado una boleta de pago de cuando ya había sido repuesto, y a falta de pruebas el juez estimó su indemnización de un modo prudencial. El fundamento de la indemnización fue como sigue:

> "*Décimo Tercero: que, en este aspecto,* ***tomando en cuenta nuevamente que el actor no estuvo impedido de obtener otros ingresos a parte de los que pudo haber obtenido de seguir laborando para la emplazada****, y considerando que la remuneración mínima vital a mayo del 2001, cuando fue despedido, ascendía a Cuatrocientos*

[130] Extracto de los argumentos del trabajador citado por la propia sentencia de primera instancia.

Repositorio Institucional PIRHUA

> *diez Nuevos Soles, resulta este monto un adecuado referente a efectos de cuantificar el lucro cesante; en ese sentido considerando el período que estuvo sin laborar para la demandada desde abril de 1993 a mayo del 2001, resulta noventa y ocho meses, al monto de Cuatrocientos diez Nuevos Soles por mes, resulta un total de Cuarenta mil ochenta Nuevos Soles que debe abonar la demandada a favor del actor por concepto de lucro cesante*". (Resaltad agregado)

La sentencia efectivamente le concede el pago de S/. 40,080.00 nuevos soles por lucro cesante. En segunda instancia se le negó el pago por lucro cesante por no estar suficientemente acreditado. Finalmente, en la Cas. Nº 2677-2012-Lima se confirmó la sentencia de primera instancia diciendo que:

> "*Que, estando a lo señalado, se observa que la Sala Superior menciona que no obra referencia a las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante, a pesar que a fojas diecisiete existe una boleta de pago, que fue admitida como medio probatorio y que informa el monto de su remuneración al momento del despido.* ***Tal monto, sin duda, no es el que debe computarse para efectos de la reparación*****, pues el hecho del despido** ***no significó que las horas que se encontraba libre -dada la inexistencia de vínculo laboral- no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias****; es decir, dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello: (i) significaría otorgarle al demandante pago por labor no efectuada; y, (ii)* ***constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral.***(...)
>
> *Que, en ese sentido, este Tribunal Supremo concluye señalando: (i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una "falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima", quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que* ***el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no***

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> ***canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada*** (...)". (Resaltado agregado)

La falta de pruebas sobre las remuneraciones dejadas de percibir obviamente perjudicó al trabajador. Pero más allá de eso, lo que resalta de la sentencia de primera instancia y la sentencia casatoria es que introducen un nuevo factor a tener en cuenta, los otros ingresos que pudo haber obtenido el trabajador. La Cas. Nº 2677-2012-Lima es incluso explícita al afirmar que *el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas*. Para los jueces de la Corte Suprema asimilar el lucro cesante a las remuneraciones dejadas de percibir sería igual a otorgar un pago por labor no efectuada, lo que contraviene la postura que mantiene actualmente en concordancia con la del TC. Pero además, esa asimilación del lucro cesante con las remuneraciones no percibidas generaría un *enriquecimiento indebido*, y aquí es donde introduce los "*otros ingresos*" que pudo haber percibido el trabajador. Sin bien la sentencia no hace un mayor análisis de lo que significan esas otras ganancias, este punto marca una clara diferencia con los que se vio anteriormente en la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Cuzco.

Para saber si el proceder de esta casación tiene alguna validez habría que determinar cuáles pueden ser los factores que intervienen en el cálculo del lucro cesante y cómo deben aplicarse en el cómputo del daño y la indemnización. La búsqueda de estos otros elementos tendría que partir de una análisis más profundo de lo que conoce como lucro cesante y también de la responsabilidad civil en general.

La responsabilidad civil tiene sus raíces en la raíz latina *spondere* que tenía como acepción comprometerse o ligarse como deudor[131]. Pero este compromiso u obligación al que puede estar sometido una persona solo aparece o empieza a existir cuando de por medio hay una daño sufrido por otro sujeto. El daño es lo que activa el mecanismo de la indemnización, sin daño no hay responsabilidad civil[132]. Así que la

---

[131]Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., "La responsabilidad civil", Derecho PUCP, no. 54, 2001, p. 389, disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527/6607 (Consultado el 08.08.2015).

[132] Cfr. Cfr. BARROS BOURIE, E., "Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual", p. 10, disponible en file:///C:/Users/Gonzalo/Downloads/4.%20Responsabilidad%20extracontractual%20(Enrique%20Barros)%20(3).pdf (Consultad el 08.08.2015)

Repositorio Institucional PIRHUA

persona imputada como responsable es aquella que debe responder ante un daño que se le causa a otra persona. Cuando se habla de daño se comunica la idea de una pérdida, detrimento, disminución, menoscabo, etc., que afecta a la víctima en lo relativo a sus bienes, a su propia persona, a sus ventajas o beneficios de carácter patrimonial o extrapatrimonial[133]. La manera más simple de ver el daño es como la diferencia entre dos estados de cosas, el anterior y posterior al evento dañoso[134]. Así, muchas veces se habla de un "*status quo preexistente*"[135], una "*situación anterior al daño*", un "*estado de las cosas anterior*"[136] que ha sido alterado, violado, lesionado o negativamente afectado por el evento dañoso. La finalidad de la indemnización entonces no será otra que restablecer el *status quo* preexistente. La reparación busca suprimir la alteración o desequilibrio causado a la esfera jurídica de la víctima y regresar a ese estado anterior de las cosas. En otras palabras, la responsabilidad civil busca eliminar los efectos negativos producidos por un evento dañoso aspirando en cuanto sea posible a alcanzar un estado semejante al que hubiera existido de no haberse producido el evento dañoso[137].

La vuelta a ese estado anterior de las cosas será casi siempre una aspiración imposible por diversos motivos, pero esto no impide que la reparación abarque la mayor cantidad de daños. En el campo de los daños materiales o patrimoniales donde se ubica el lucro cesante, los efectos dañosos son económicamente cuantificables. Ello hace que la reparación se pueda acercar bastante a la posición patrimonial que tenía el sujeto afectado por el daño. Al contrario dicha aspiración se ve disminuida

---

[133] Cfr. BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 220-221.

[134] *Ibíd.*, p. 257.

[135] Véase LEYSSER LEÓN, H., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 1°ed. Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 4-6.

[136] Véase BARROS, *Tratado de responsabilidad, op. cit.*, p. 246-247.

[137] *Ibíd.*, p. 216. Curiosamente, esta finalidad reparadora aparece en el Código Civil de Portugal, cuyo Art. 2364° define legalmente la responsabilidad civil de la siguiente manera:
"*La responsabilidad civil consiste en la obligación para el autor del hecho o de la omisión, de reponer a la persona lesionada en la situación de que gozaba antes de la lesión, y de indemnizarla de todo el daño que ella ha sufrido*". Véase CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 21.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

cuando se trata de daños morales, no apreciables en dinero[138]. Entonces, en campo patrimonial, el daño afecta la *incolumidad, integridad o indemnidad* de la esfera patrimonial de la víctima[139], y la indemnización revertirá los efectos del daño para reponer esa integridad patrimonial deteriorada, tal como si el daño no hubiera ocurrido.

De lo anterior surge una primera advertencia sobre la indemnización de los daños, especialmente lo patrimoniales, y es que dicha indemnización no debe generar un enriquecimiento indebido o injusto para la víctima del daño. Si la indemnización tiene como fin la reparación entonces dicha reparación debe corresponderse con la medida del daño[140]. Esta preocupación por el enriquecimiento indebido de la víctima se manifiesta cuando por ejemplo se prohíbe la acumulación de indemnizaciones[141], un tema que puede discutirse en supuestos como las prestaciones por el seguro, por accidentes laborales, por la seguridad social o en las indemnizaciones hechas en el ámbito penal[142]. Así, cuando la indemnización es mayor que el daño experimentado por la víctima se desvirtúa la función reparadora que tiene la responsabilidad civil. Por ello es que en los daños patrimoniales la indemnización detenta cierto carácter neutral. La reparación atiende solamente al daño efectivo y no a la condición de las partes o a la gravedad del hecho[143].

Sobre el lucro cesante, éste puede definirse de manera simple como la pérdida de la ganancia que se habría obtenido si el daño no hubiese llegado a ocurrir[144]. En esos casos lo que hay es un incremento de la esfera patrimonial que ha quedado frustrado, sin realizar, por culpa del causante del daño[145]. Conforme a lo que anteriormente se ha dicho, la indemnización del lucro cesante tendrá como meta que el patrimonio de la víctima quede como si ese incremento fuese efectivo. De esa manera

---

[138] Cfr. BARROS, *Tratado de responsabilidad, op. cit.*, p. 216.
[139] Cfr. URIBURÚ BRAVO, J., *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano*, Grijley, Lima, p. 146.
[140] Cfr. MANZANARES CAMPOS, M., *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008, p. 171.
[141] *Ibíd.*, p. 171 y CORRAL, *op. cit.*, p. 144.
[142] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 144-146.
[143] Cfr. BARROS, *Tratado de responsabilidad, op. cit.*, p. 266.
[144] Cfr. SEMPERE y SAN MARTÍN, *op. cit.*, p. 56.
[145] Cfr. MANZANARES, *op. cit.*, p. 171.

Repositorio Institucional PIRHUA

se recupera la integridad de su patrimonio y se restablece el *status quo* preexistente al daño.

Por lo anterior se deduce que la indemnización por lucro cesante debe ser equivalente al aumento de patrimonio que fue frustrado. Al patrimonio ingresa, por medio de la indemnización, lo que hubiera ingresado igualmente por otros medios si es que el daño no hubiera ocurrido. Pero en estos casos también se debe cuidar que la indemnización por lucro cesante no constituya una causa de enriquecimiento de la víctima[146]. Así pues, una indemnización mayor a la ganancia frustrada no reconstruye la integridad del patrimonio, la supera. De este modo, el otorgamiento de un monto mayor por indemnización generaría un incremento que no se habría realizado por otros medios, un enriquecimiento indebido. Como una categoría de los daños materiales, este cuidado de no enriquecer indebidamente a la víctima será relativamente fácil de observar en cada caso concreto. La función en el lucro cesante es reparar sólo el daño, así que la indemnización no será por las necesidades de la víctima, sino a su efectiva expectativa de ingreso[147].

El cuidado de no enriquecer indebidamente ya se muestra en una de las primeras reglas o particularidades del lucro cesante, y es que para calcular el lucro cesante se debe hallar el ingreso neto. Esto es los ingresos menos los gastos. Así, aunque la mayoría de las veces se define al lucro cesante como la ganancia frustrada y la falta de ingresos, a veces se hace la aclaración de que *el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir*, sino que es una renta líquida o neta[148]. De esta forma, el verdadero lucro cesante es lo que queda después de deducir los gastos o los recursos que el perjudicado hubiera debido invertir para producir la ganancia[149]. De esta manera la indemnización del lucro cesante se aproxima a la reparación del daño efectivo al patrimonio de la víctima. Asimismo, la indemnización que cuida de seguir esta regla evitará la generación de un enriquecimiento indebido. Al final la reparación

[146] Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, J., *Elementos constitutivos de la responsabilidad civil*, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 173.
[147] Cfr. BARROS, *Tratado de responsabilidad, op. cit.*, p. 279.
[148] Cfr. MANZANARES, *op. cit.*, p. 49 y DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual*, T. II, 7° ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 42.
[149] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 147.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

guardaría mayor coherencia con la finalidad del resarcimiento en general que es la reparación de los perjuicios ocasionados y la vuelta al estado anterior al daño.

La importancia de restar los gastos a los ingresos brutos puede ser ilustrada a través del típico ejemplo del taxista cuyo vehículo ha quedado inutilizado por el evento dañoso. A primera vista su lucro cesante consistiría en las ganancias estimadas que hubiera obtenido de haber seguido usando el taxi para trabajar, pero bajo un examen más riguroso se advertiría que la actividad generadora de tales ganancias lleva aparejado gastos como son el combustible, el mantenimiento de piezas, etc. Dichos gastos se convierten entonces en un ahorro para el taxista ya que los mismo han dejado de realizarse a causa de la inutilización del vehículo[150]. La indemnización de las ganancias brutas dejadas de percibir más el ahorro de los referidos gastos, ahorro que proviene justamente del propio evento dañoso, generan un beneficio extra para el taxista. La consecuencia final es que el taxista se ha hecho más rico de lo que sería si el daño no se hubiera ocasionado y siguiera trabajando con el taxi.

Relacionado a esta idea de los ingresos brutos, en la doctrina extranjera se puede hallar una regla llamada *compensatio lucri cum damno* como una medida que evita el enriquecimiento injusto de la víctima, el aumento patrimonial que va más allá del daño[151]. Esta regla

---

[150] Cfr. TORRES ROMERO, P., "La reclamación del lucro cesante por paralización de un taxi tras un accidente de tráfico", disponible en http://indemnizacionglobal.blogspot.com/2012/05/ blog-post.html (Consultado el 07.08.2015).

[151] Algunos trabajos extranjeros que hablan de la *compensatio lucri cum damno* son: DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, MARTÍNEZ SARRIÓN (Trad.), 2° ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 327 y ss., CAMACHO DE LOS RÍOS, F., "Compensatio lucri cum damno", en GARCÍA SÁNCHEZ *et al.* (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Vol. I, Salamanca, España, p. 151 y ss., ROCA, E., "Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño", *Anuario de Derecho Civil*, T. LVII, fasc. 3, 2004, p. 901 y ss., VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales. Tipología y valoración*, 1° ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 306 y ss., MONTES, Á., "Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 595, 1989, p. 1965 y ss., ALDAX, M., "Aplicación de la regla "compensatio lucri cum damno" en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura", *Lecciones y ensayos*, no. 90, 2012, p. 19 y ss., disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/ revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0090.pdf (Consultado el 08.06.2015) y MEDINA CRESPO, M., "El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte", disponible en

consiste en que el daño resarcible se ve disminuido cuando junto a él confluye también una ventaja o un beneficio, lo cual altera el contenido real de ese daño[152]. Conforme a ello se deben tomar en cuenta las ventajas relacionadas con el evento dañoso para cuantificar el monto del resarcimiento. La finalidad de compensar los daños producidos con los "bienes producidos" por el evento dañoso es hallar la verdadera entidad del daño. Si la esfera patrimonial del sujeto sufre un detrimento y un incremento, la verdadera afectación negativa (daño) a su esfera patrimonial resultará de la compensación de ambas[153]. En ese contexto entonces, cuando hay perjuicios y beneficios para la víctima, los perjuicios solos no serán el daño efectivamente causado o daño resarcible, y por tanto la indemnización tampoco será igual a esos perjuicios. La indemnización será igual a la determinación exacta del monto del daño, que sólo se logrará descontando de las consecuencias perjudiciales las consecuencias beneficiosas[154]. Dicho planteamiento se muestra como lógico si lo que se busca es el justo resarcimiento que restaure las cosas a su estado antes del evento dañoso, de lo contrario habría un enriquecimiento indebido[155].

La *compensatio lucri cum damno* no es una compensación vista como la forma de extinguir obligaciones entre personas que son acreedoras y deudoras recíprocamente. Más bien es una forma de valuación exacta del daño efectivamente causado[156]. Por consiguiente la figura atiende a la dimensión del daño de la víctima y no a quién gana y quién pierde. Lo importante es la diferencia entre el daño y el beneficio y no al revés. De otro modo se podría llegar a una situación absurda donde la víctima del hecho dañoso estuviera obligado a devolver las ventajas recibidas al causante del hecho, si estas ventajas fueran mayores al daño[157]. El daño resarcible debe ser visto pues como un ente unitario y no como la reunión de dos unidades contrapuestas (daño y lucro). El daño no deducido es sólo un componente para hallar el verdadero daño

---

http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/marianoMedinaLucroCesante.pdf. (Consultado el 27.08.2015).

[152] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 327.

[153] *Ibíd.*, p. 328.

[154] Cfr. ALDAX, *op. cit.*, p. 24.

[155] Véase la sentencia de fecha 15.12.1981 del Tribunal Supremo español, citado en ROCA, *op. cit.*, p. 905-906.

[156] Cfr. ALDAX, *op. cit.*, p. 27.

[157] Cfr. MONTES, *op. cit.*, p. 1967.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

resarcible, el cual se hará tangible cuando se compense con el lucro. Así se refleja la verdadera afectación negativa al patrimonio de la víctima[158].

Para la doctrina esta regla tiene sus orígenes en el Derecho Romano[159]. En efecto, en los textos del Digesto y en la legislación justinianea se habría contemplado la compensación de daños con lucros, de pérdidas con beneficios. Por ejemplo cuando un empleado compraba esclavos para educarlos y luego revenderlos, sin permiso del verdadero dueño, el posible daño al negocio del dueño se compensaba con el lucro obtenido[160]. Sin embargo éste y otros casos que aparecen en el Derecho Romano sólo hacen cierta referencia de lo que sería la *compensatio lucri cum damno*, sobre los casos donde se puede realizar una compensación y donde también estaría prohibido hacerla. Como regla o como principio general no estuvo realmente instituido ni categorizado aunque sí se esbozaron ciertos elementos claves[161]. El desarrollo subsiguiente de esta figura vino de Alemania y posteriormente de Italia[162]. No obstante su admisión como regla en la responsabilidad civil y la propia determinación de parámetros para su uso han sido materia de debate por la doctrina[163].

La compensación de los perjuicios con las ventajas relacionadas a un mismo hecho (el evento dañoso) parece coherente con el principio de reparación integral de los daños. De hecho la *compensatio lucri cum damno* se puede ver como una derivación de este principio[164], aunque también puede relacionársele con la prohibición de enriquecimiento injusto[165]. En todo caso, lo que se busca es ajustar la indemnización al daño contemplado en su real dimensión, el daño efectivamente causado.

---

[158] *Ibíd.*, p. 1968.
[159] Cfr. ALDAX, *op. cit.*, p. 22, CAMACHO, *op. cit.*, p. 152 y ss. y DE CUPIS, *op. cit.*, p. 332.
[160] Cfr. CAMACHO, *op. cit.*, p. 152-153.
[161] *Ibíd.*, p. 167.
[162] Véase las referencias usadas en CAMACHO, *op. cit.*, p. 151, ALDAX, *op. cit.*, p. 22 y DE CUPIS, *op. cit.*, p. 329.
[163] Cfr. CAMACHO, *op. cit.*, p. 151.
[164] Cfr. ALDAX, *op. cit.*, p. 24.
[165]Cfr. ROCA, *op. cit.*, p. 905 y VICENTE, *op. cit.*, p. 306. Según esta última autora, un sector de la doctrina considera que este criterio es una aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado y otro sector considera que deriva simplemente de la reparación integral del daño.

Repositorio Institucional PIRHUA

Normativamente la *compensatio lucri cum damno* no se encuentra explícitamente regulada pero en Italia se considera que su fundamento se encuentra en el Art. 1223° de su Código Civil[166], el cual dice:

> "*El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo deben comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor cuanto la ganancia no conseguida por este, siempre que sean consecuencia inmediata y directa de aquellos*"[167].

Para la doctrina el texto del citado artículo basta para afirmar que el resarcimiento abarca solamente el daño realmente causado y no el daño que pudo haberse producido de no haber concurrido un beneficio o ventaja[168]. La *ganancia no conseguida* que señala el artículo citado deviene de compensar la pérdida de esa ganancia con el beneficio que sí se haya obtenido. Así se conocería exactamente cuánto es que se ha dejado de ganar, y cuánto hay que resarcir por ello. De manera similar se alude al Art. 1106° del Código Civil español como la base legal de esta figura[169], en cuanto dice:

> "*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*".

Incluso en Argentina hubo un intento de legislar de manera más expresa esta regla en el Proyecto del Código Civil de 1998, en cuyo Art. 1641° se lee.

> "*Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad:*(...)
> *b) Si el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor* (...)".

---

[166] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 328.
[167] Traducción tomada de VISINTINI, G., *Responsabilidad contractual y extracontractual*, LEYSSER LEÓN (Trad.), 1° ed. ARA, Lima, 2002, p. 471.
[168] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 328.
[169] Cfr. MONTES, *op. cit.*, p. 1966-1967.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

Sobre las reglas para compensar los beneficios con los daños, la exigencia principal es que el beneficio esté relacionado al mismo evento que causó el daño. El beneficio debe estar causalmente relacionado con el hecho dañoso, en el mismo grado que lo está también el daño[170]. Esta relación de causalidad entre el beneficio y el evento es lo que determinará finalmente si éste es compensable. Así por ejemplo, los actos de donación u otras liberalidades en favor de la víctima del daño no serían compensables. No habría una relación causal directa entre el evento dañoso y el beneficio percibido. La causa de la donación estaría más en la propia voluntad del donante. En ese sentido, el beneficio se relaciona más a voluntad del donante que al evento dañoso. Además, sucesos caritativos de ese tipo no son consecuencia normal o regular de cualquier hecho generador de daños. Por ello no se podría establecer una relación causal adecuada entre ambos hechos. En ese sentido se muestran más bien como anómalos o excepcionales al hecho que produce el daño. Desde otro ángulo, la no compensación de donaciones y actos parecidos se justificaría por un simple criterio de equidad y justicia. En razón de ello, el responsable del daño no debería verse favorecido por la espontánea caridad de terceras personas[171]. Igualmente se han señalado otros casos donde el beneficio percibido está más vinculado a la suerte y el azar que al evento dañoso. Si por ejemplo luego de evento la víctima decide invertir en la bolsa o jugar en la lotería y afortunadamente termina obteniendo importantes ganancias por esos actos. Tal ganancia no estaría suficientemente relacionada al evento dañoso, o en todo, la relación que se pudiera establecer no sería jurídicamente relevante[172]. Así pues, este tipo de ventajas o beneficios no serían compensables al daño. En esto casos el daño y el lucro serían dos elementos diferentes e independientes, y no componentes de una misma entidad (el daño resarcible). Así se justificaría que el daño exista a pesar de que la ganancia obtenida sea notablemente superior[173].

Pero quizás un caso más comentado y discutido sobre la posibilidad de compensar daños con lucros es aquél donde la víctima recibe la asistencia de un seguro. En esos casos se suele argumentar que cuando el seguro es voluntario, lo que recibe tiene su causa en el mismo contrato de

[170] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 331.
[171] *Ibíd.*, p. 331.
[172] Cfr. MONTES, *op. cit.*, p. 1971.
[173] *Ibíd.* p. 1968.

Repositorio Institucional PIRHUA

seguro y su cumplimiento, no tanto en el hecho dañoso[174]. En ese sentido, los servicios y asistencia que brinde el seguro son una contraprestación a las primas que pagó previamente la víctima, primas que representan entonces un sacrificio económico para la víctima[175]. Por lo tanto realizar una compensación en estos casos significaría beneficiar al autor por los actos, y los gastos, que la propia víctima ha realizado para salvaguardarse. Por otra parte, cuando se ha hablado de seguros "obligatorios" como el seguro social, la explicación es que la prestación del seguro y la indemnización tienen distintos fundamentos, si bien pueden haber nacido de un mismo hecho[176]. Para que una ganancia pueda entonces ser considerada lucro compensable, ésta debe mostrarse como "gratuita". Esto es libre de sacrificios precedentes. Si no fuera así la causa del beneficio sería el propio sacrificio de la víctima, como el pago de las primas de seguro[177].

Donde sí se ha propuesto la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* es por ejemplo en los supuestos de fallecimiento de un hijo. La posible y futura ayuda económica que el hijo hubiera dado a sus padres cuando creciera (pérdida de la chance) podría compensarse con todos los futuros gastos que ahora no llegarán a realizarse. El fallecimiento de un hijo es obviamente un hecho terrible, pero desde un punto de vista puramente pragmático su fallecimiento implica un "ahorro" para sus padres en cuanto ya no tendrán que gastar en su alimentación, vestimenta, educación, etc. Lo que ellos en su vejez pudieran haber recibido de su hijo lo reciben en cierta forma con el ahorro de esos gastos. La futura ayuda económica no realizada (pérdida de la chance) y el ahorro de los gastos de manutención del hijo (lucro) provienen incuestionablemente de un mismo hecho, el fallecimiento del hijo. Por ello sería justificable su compensación[178]. De manera similar, aunque más cuestionable, también se ha sugerido la compensación cuando quien fallece es el cónyuge y la víctima recibe a cambio una pensión de viudedad. El apoyo económico que el cónyuge superviviente ha dejado de recibir se compensa con lo que empieza a recibir como pensión de viudedad[179]. En otro caso diferente, cuando un camión embiste contra un

[174] Cfr. ROCA, *op. cit.*, p. 907.
[175] *Ibíd.*, p. 907 y MONTES, *op. cit.*, p. 1970.
[176] Cfr. ROCA, *op. cit.*, p. 918 y VICENTE, *op. cit.*, p. 310-311.
[177] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 334-336.
[178] Cfr. ALDAX, *op. cit.*, p. 20 y ss. y MEDINA, *op. cit.*, p. 48.
[179] Cfr. MEDINA, *op. cit.*, p. 43.

Repositorio Institucional PIRHUA

edificio y provoca daños que lo vuelven inhabitable. Si los dueños o inquilinos del edificio optan por destruirlo y vender el terreno a un tercero, las ganancias por tal negocio serían compensables con los daños sufridos[180]. En este caso se entiende que las ganancias por la venta del terreno no hubieran ocurrido si el edificio no hubiera sido embestido por el camión. De esa forma es que se puede trazar una línea causal entre la destrucción del inmueble y las ganancias de la compraventa. También se propuesto como un escenario para casos de la *compensatio lucri cum damno* la expropiación de fundos o terrenos. En ellos puede ocurrir que la expropiación sólo sea por una parte del terreno. La otra parte no expropiada podría verse beneficiada por la ejecución de la obra pública que ha motivado la expropiación. Si efectivamente hubo una ventaja especial e inmediata para la parte no expropiada del terreno, esa ventaja se tendrá en cuenta para deducirla de la indemnización por la expropiación[181].

En nuestra doctrina nacional este criterio de la *compensatio lucri cum damno* no figura. Tampoco así en la jurisprudencia. La única excepción encontrada es una mención hecha por Espinoza Espinoza pero que no llega a profundizar sobre la figura[182]. Bajo ese escenario, su aplicación en nuestro ordenamiento podría verse como improbable por no

---

[180] Éste fue un caso real visto por el Tribunal Supremo español en sentencia de fecha 15.12.1981. Según Roca, éste sería el único caso relativo a la compensación visto por éste órgano judicial. Cfr. ROCA, *op. cit.*, p. 905.

[181] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 338.

[182] Espinoza habla del criterio de *compensatio lucri cum damno* en un sólo párrafo, basándose y citando a los italianos Di Majo, Trimarchi, Salvi y Corradi. El referido párrafo dice: "*La reparación busca una satisfacción del interés lesionado pero "por equivalencia"[(473)]. Por ello, es bueno tener en cuenta que "el haber sufrido un daño no debe constituir una causa de enriquecimiento injusto"[(474)]. Este criterio se funda en el criterio de la compensatio lucri cum damno, "por la cual, en la determinación cuantitativa del daño resarcir, se deducen las eventuales ventajas económicas que, para la víctima, se hayan derivado del hecho dañino"[(475)]. Comparto totalmente la opinión de quien sostiene que "hablar hoy de compensatio lucri cum damno significa principalmente interrogarse sobre la existencia, sobre el fundamento normativo y sobre los presupuestos de aplicación de tal instituto, al cual, en el sector de la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, está asignado por la jurisprudencia una importante* función *práctica: el ser criterio jurídico para la correcta y equitativa determinación del daño resarcible en las concretas situaciones en las cuales el dañado que ha sufrido un perjuicio injusto, haya conseguido también incrementos de naturaleza patrimonial en dependencia del mismo hecho dañino"[(476)]*". Véase ESPINOZA, *El*ementos *constitutivos, op. cit.*, p. 173.

Repositorio Institucional PIRHUA

tener ningún tipo de sustento. No obstante, la referida regla podría sustraerse de nuestras propias normas. Como se mencionó antes, en Italia se considera que la *compensatio lucri cum damno* está contenida en el Art. 1223° de su Código Civil y en España esta regla derivaría del Art. 1106° de su Código Civil. Los enunciados de ambos artículos son equivalentes por cuanto dicen que la indemnización es por los daños sufridos y las ganancias dejadas de percibir, que aludiría a daños valorados en su real dimensión (compensados con los lucros). Pues bien, nuestro CC tiene su propio artículo que dice lo mismo. En el Art. 1321° del CC se puede leer:

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

De una comparación entre los artículos de los distintos códigos se puede concluir que no guardan mayor diferencia. Al menos no en cuanto lo que abarca el daño resarcible, daño sufrido y ganancia no obtenida. De hecho, entre el artículo de nuestro CC y el de la norma italiana es posible establecer una relación más estrecha. Ambos estarían inspirados en el Art. 1151° del *Code* francés[183], por lo que el contenido y sentido en ambos sería básicamente el mismo.

El análisis aquí expuesto probablemente sea todavía superficial. La importación de figuras y principios jurídicos necesita siempre de un estudio profundo y escrupuloso para su correcta incorporación al ordenamiento jurídico receptor[184]. Aun así, la aplicación de esta regla parece cuando menos plausible, sobre todo porque se condice con la finalidad de la responsabilidad civil de reponer el *status quo* preexistente. Aquél estado anterior de las cosas quedaría sobrepasado sin el evento dañoso originó un beneficio que la indemnización no tomó en cuenta. La lógica subyacente en todo esto debería ser suficiente para animar a los

[183] Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, J., "La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil", *Derecho PUCP*, no. 56, 2003, p. 748, disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10595/11067 (Consultado el 08.08.2015).

[184] Cfr. LEYSSER LEÓN, H., *El sentido de la codificación civil*, Palestra, Lima, 2004, p. 255 y ss.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

jueces, siempre con prudentes razonamientos, a compensar los daños con los beneficios relacionados al hecho generador del daño.

Pero la *compensatio lucri cum damno* no es el único fenómeno que puede intervenir al momento de determinar el daño por lucro cesante. A veces ocurre un hecho que no se origina de manera coetánea con el daño, pero que sin embargo afecta la eficacia de éste. El caso que se propone es el de una viuda que se vuelve a casar, de manera que obtiene un sustento económico similar al que le confería su anterior marido. En ese caso, el daño que consiste en la falta de apoyo económico de su anterior pareja ha cesado por el nuevo matrimonio con su actual cónyuge. El daño entonces habrá desaparecido total o parcialmente en la medida que la viuda mantenga un nivel de vida igual o inferior a la que tenía con su primer matrimonio. En esta situación no se ha realizado una compensación de daños y lucros, sino que se ha verificado que el evento dañoso ha dejado de producir efectos negativos en la víctima. Por eso se le llama a este fenómeno *cesación del daño producido*[185].

La diferencia entre la *cesación del daño producido* y la *compensatio lucri cum damno* no parece en realidad tan clara. Sin embargo, conforme a los ejemplos vistos se puede conjeturar algunos aspectos límite entre ambos. En la *cesación del daño producido* cambian completamente las situación o contexto en el que se ha producido el daño, por lo que éste deja de producir efectos. De alguna forma la víctima es devuelta a una situación similar a la anterior en donde se produjo el daño. Eso es lo que ocurre en el caso de la viuda, su segundo matrimonio la devuelve a la situación en la que estaba con su primer matrimonio. En cierta forma lo reemplaza. Así, eso es lo que pasaría si por ejemplo en la expropiación se le otorgara un nuevo terreno al propietario expropiado. No obstante, esto no significa que por la nueva situación no haya daños a indemnizar. Como se mencionó antes la cesación puede ser parcial o total. Ello dependerá de que tan igual sea la nueva situación a la anterior. En el caso de la viuda dependerá si el nuevo matrimonio provee un nivel de vida similar al del matrimonio anterior. En el caso del propietario expropiado dependerá si el nuevo terreno otorgado tiene el mismo valor que el terreno que le fue expropiado. En caso sea inferior se entenderá que aún subsiste un daño parcial que merece ser indemnizado. Pero la situación en la que el daño había

[185] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 339-340.

Repositorio Institucional PIRHUA

aparecido se ha extinguido por completo. Esa podría ser la forma de diferenciar entre una y otra figura.

Otra cosa que también podría pasar es que a pesar de la comisión de un acto ilícito y a pesar de la lesión a un derecho, el daño simplemente no se haya configurado. Por ejemplo si un trabajador sufre una lesión pero ésta aún le permite seguir laborando sin mayores inconvenientes. La lesión puede generar menoscabos que merezcan ser resarcido, como las medicinas, tratamientos , etc. Pero en el plano del lucro cesante, donde estarían sus remuneraciones laborales, la situación del trabajador se mantiene inalterada. La relación laboral del trabajador continúa igual, y así también el apercibimiento de sus remuneraciones. En ese sentido, el daño no ha sido compensado ni cesado, simplemente no ha llegado a existir, por lo que se está ante una *inexistencia originaria del daño*[186].

En suma, el resarcimiento del lucro cesante no debe tomar en cuenta solamente el ingreso o la ganancia bruta dejada de percibir. Otras circunstancias pueden desprenderse del evento dañoso, no solamente la afectación negativa del patrimonio de la víctima. El hecho que generó la frustración de las ganancias pudo generar también el ahorro de los gastos implicados en la generación de esas ganancias. El hecho pudo también haber producido algún otro tipo de ventaja, no solamente un ahorro sino un verdadero incremento del patrimonio. Este incremento representa entonces un lucro que no existiría de no ser por el evento dañoso, el mismo que causó el daño. En esos casos el daño y el nuevo lucro se compensarían, en virtud de la regla *compensatio lucri cum damno*. Por otro lado, otros eventos diferentes al que provocaron el daño pueden generar la *cesación del daño producido* haciendo innecesaria una indemnización. Por último podría llegar a ocurrir que a pesar del hecho ilícito y de la lesión a un derecho no se haya llegado a configurar un daño real y efectivo. En ese caso se estará ante una *inexistencia originaria del daño.* La finalidad de todo todas estas reglas no será otra que valorar la verdadera dimensión del daño para así determinar el resarcimiento más justo y adecuado al caso concreto.

La aplicación de estas reglas a los casos de remuneraciones dejadas de percibir seguramente abriría las puertas a nuevos factores a tomar en cuenta, diferentes a los conceptos remunerativos (salario, gratificaciones,

[186] *Ibíd.*, p. 340.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

CTS, etc.) y al tiempo que duró el despido. La Cas. Nº 2677-2012-Lima citada anteriormente habló de otras ganancias u otros ingresos que pudo haber obtenido el trabajador mientras estaba despedido, a la vez que dictaminaba que la indemnización por lucro cesante no podía ser igual a las remuneraciones dejadas de percibir. La sentencia no dice más acerca de estos ingresos, pero da una pista sobre qué otros elementos pueden añadirse al cálculo del lucro cesante por remuneraciones dejadas de percibir. Por todo ello es que se puede intuir que la indemnización por lucro cesante no será necesariamente igual a las remuneraciones dejadas de percibir. Lo siguiente entonces será determinar con mayor exactitud qué otros elementos pueden confluir para el cálculo del lucro cesante en casos de remuneraciones devengadas dejadas de percibir.

B.- El cálculo del lucro cesante en casos de despido. Los ingresos por nuevos empleos.

El cálculo del lucro cesante suele presentar algunos problemas. Por ser una ganancia aun no adquirida su cálculo requiere de cierta capacidad de abstracción, de estimación de cuál sería el curso de los hechos si no ocurriera el daño[187]. Así que a pesar de tratarse de daños patrimoniales valorables en dinero, su cálculo está sujeto a una previsión hipotética que no le permitirá llegar al monto exacto del daño[188]. Por ejemplo en el caso del taxista cuyo vehículo quedó inutilizado, sus ingresos por el servicio que ofrecía sólo pueden ser estimados. Nunca se llega a tener plena certeza de cuánto hubiera ganado de no haber ocurrido el evento dañoso. Por otro lado, a veces se tiene incertidumbre sobre la extensión temporal del daño, lo que dificulta aun más determinar la magnitud total del lucro cesante. Por ejemplo los casos de muerte, lesiones o discapacidades. El cálculo de su lucro cesante por las remuneraciones dejadas de percibir tendría que juzgar hasta qué edad hubiera trabajado la persona si no hubiera ocurrido el hecho. Dicha valoración llega a ser difícil de realizar, por lo que requiere de cierta cautela por parte del juez[189].

En comparación con lo anterior, el cálculo del lucro cesante en casos de remuneraciones dejadas de percibir por despidos declarados nulos se muestra con ciertas ventajas. En la mayoría de estos casos se

[187] Cfr. BARROS, *Tratado de responsabilidad, op. cit.*, p. 259.
[188] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 148.
[189] *Ibíd.*, p. 148-149.

Repositorio Institucional PIRHUA

verán ingresos fijos y ciertos (las remuneraciones) al momento de calcular el monto del lucro cesante. Algunas excepciones serán los trabajadores que ganaban por comisión o los casos donde se alegue que hubiera habido un ascenso o aumento a favor del trabajador despedido. Además que el daño se extiende por un período bien determinado de tiempo. El tiempo entre que es despedido y luego repuesto a su centro de labores[190]. Esto hace que determinar la magnitud del daño sea un poco más fácil que, por ejemplo, el caso del taxista o del trabajador incapacitado. Cuando la ganancia es fija y el período de tiempo está bien definido la cuantificación del lucro es sencilla[191], y se puede llegar a un considerable nivel de certeza, por lo menos en las ganancias brutas.

Pero como se mencionó anteriormente el lucro cesante no siempre se corresponderá con las ganancias dejadas de percibir. Otros elementos pueden concurrir en ese mismo período de despido en el que dichas ganancias están siendo frustradas. Esas circunstancias atenuarían la magnitud real del daño y debería ser compensadas con las remuneraciones no percibidas. Como deja entrever la Cas. Nº 2677-2012-Lima, el lucro cesante no sería igual a las remuneraciones no percibidas porque pudo haber obtenido otros ingresos. Aunque no está realmente explicado, a lo que seguramente se refiere es que el trabajador pudo haber conseguido otro empleo durante el tiempo que estuvo despedido. Esos ingresos serían ganancias compensables con las pérdidas que significaron el no apercibimiento de las remuneraciones.

Los ingresos por un nuevo empleo serían la principal eventual circunstancia que podría acontecer en casos donde el trabajador es despedido y luego repuesto. El trabajador despedido no va a esperar que sus ahorros lo mantengan hasta ser reincorporado, más aún si su sueldo no le permitía tener ahorros. Al momento en que es despedido puede que el trabajador ni siquiera conozca sobre las vías legales para impugnar su despido, por lo que durante un tiempo considere que nunca volverá a su antiguo empleo, Además, el tiempo entre el despido y la reincorporación

[190] En estos casos se podría decir que hay un lucro cesante actual. Respecto al momento del hecho generador del daño, todo lucro cesante es futuro, pero respecto de la sentencia que establece la indemnización, el lucro cesante se puede considerar actual (el ingreso frustrado que pudo haberse percibido entre el evento dañoso y la sentencia) o futuro (el ingreso frustrado que pudo haberse percibido desde la sentencia en adelante). Cfr. MANZANARES, *op. cit.*, p. 44.

[191] *Ibíd.*, p. 46.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

puede ser sumamente largo. En la sentencia anteriormente citada de la Corte Superior de Justicia de Cuzco (Exp. N° 00029-2013-0-1001-JR-LA-0) el despido del trabajador duró un año. En el caso visto en la Cas. Nº 2677-2012-Lima duró incluso ocho años. En ese tiempo es ilógico pensar que el trabajador se mantendrá sólo con sus ahorros o con lo que perciba su pareja o con lo que reciba de terceros. Ciertamente un persona común buscará en ese período de tiempo otra fuente de ingresos para solventar sus gastos y los de su familia si la tuviera. Así, el trabajador muy probablemente se consiga un empleo alternativo y temporal mientras espera su reingreso a su antiguo puesto. Aunque el salario sea menor y las condiciones no sean tan buenas como en su empleo anterior, este empleo evitará que el trabajador caiga en el completo desamparo. De esta forma, este nuevo empleo o trabajo alternativo implica un ingreso económico para el trabajador. El detalle es que se trataría de un ingreso que no hubiera existido si el trabajador no hubiera sido despedido. En ese sentido, dichos ingresos reducirían el monto del lucro cesante porque se compensarían con las remuneraciones no percibidas. La omisión de este factor podría generar que el cálculo del lucro cesante no sea el real y entonces habría un enriquecimiento indebido para el trabajador.

Un ejemplo puede ilustrar mejor este cómo los ingresos por otros empleos distorsionan la medida del lucro cesante y su correspondiente indemnización. Un trabajador es despedido y reincorporado luego de un año, período en el cual dejó de percibir remuneraciones por veinte mil soles. Durante ese tiempo, luego de pasar dos meses desempleado, el trabajador encuentra un nuevo empleo, con menor salario, pero que lo ayuda a superar las dificultades. Por el período que estuvo en ese empleo temporal, el trabajador recibió en remuneraciones la cantidad de trece mil soles, hasta que una sentencia judicial lo reincorpora a su antiguo trabajo y demanda consecuentemente las remuneraciones dejadas de percibir, que ascendían a veinte mil soles. Si el despido no hubiera ocurrido, durante ese año el patrimonio del trabajador sólo habría visto el ingreso de veinte mil soles. En el supuesto que es despedido, si se le indemniza con el íntegro de las remuneraciones devengadas, los veinte mil que ingresan a su patrimonio se suman a los trece mil que adquirió por el trabajo alternativo. Así, por ese año el trabajador se ha hecho trece mil soles más rico de lo que hubiera sido si no hubiera ocurrido el despido. La verdadera magnitud del daño al trabajador debería hallarse compensando ambos montos, de forma que recibiría una indemnización

de seis mil. Este monto unido a los trece mil del trabajo alternativo juntarían los veinte mil que el trabajador dejó de percibir por el despido.

La regla de la *compensatio lucri cum damno* podría aplicarse en estos supuestos donde hay ingresos por trabajaos alternativos y nuevos. Como se mencionó en esta regla se habla de ingresos causalmente relacionados al mismo hecho que generó el daño. Esa relación causal jurídicamente relevante podría ser fijada entre el acto de despido y el nuevo trabajo. Si el trabajador no hubiera sido despedido ciertamente no hubiera obtenido el otro empleo, ni las remuneraciones que éste otorgaba. Pero se podría alegar que eso no es suficiente. Cuando se explicó sobre la *compensatio lucri cum damno* se mencionó que no todos los ingresos producidos paralelamente al año eran compensables. Los que serían ingresos por donaciones u otras liberalidades no serían compensables porque la causa del ingreso sería en realidad la voluntad de la persona que realiza esa liberalidad. Igualmente se podría pensar que el acceso a un nuevo empleo tiene como verdadera causa la decisión de contratar del nuevo empleador y no el acto de despido. Lo que solía decir la doctrina era que la relación causal que se establezca entre el ingreso y el evento dañoso debía ser del mismo grado que la relación entre dicho evento y el daño que provocaba[192]. Si se analiza esto en nuestro ordenamiento resultará que en la responsabilidad contractual la causalidad se establecería conforme a la teoría de la causa próxima[193]. El Art. 1321° del CC prescribe que para la responsabilidad contractual los daños deben ser consecuencia inmediata y directa de la inejecución del contrato[194]. Conforme a esto y a lo anterior, el lucro compensable también debería ser consecuencia directa e inmediata del evento dañoso. En los casos de despido los lucros compensables deben entonces ser consecuencia directa e inmediata de éste. La duda es si las remuneraciones por nuevos empleos pueden ser vistas como consecuencia directa e inmediata del

[192] Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 331.
[193] Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual*, T. I, 7° ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 312.
[194] Art. 1321° del CC: "*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

Repositorio Institucional PIRHUA

acto de despido. Las remuneraciones que el trabajador dejó de percibir son sin duda consecuencia directa e inmediata del despido. Pero en las remuneraciones de un nuevo empleo hay de por medio la decisión del empleador de ese empleo. El despido puede poner el escenario para que el trabajador busque un nuevo empleo, pero eso no implicará que halle uno. Si el trabajador tiene suerte podría hallar un nuevo empleo, sólo si es aceptado por el nuevo empleador. Esta es la principal observación que se podría plantear si se quiere aplicar la regla de la *compensatio lucri cum damno* con las remuneraciones obtenidas por nuevos trabajos.

No obstante lo anterior, este obstáculo podría ser sorteado mediante otra interpretación del Art. 1321° del CC. Sobre este artículo se considera tradicionalmente que opta por la teoría de la causa próxima. El hecho causal sería entonces el hecho inmediatamente anterior a la producción del daño y los hechos precedentes serían meras condiciones[195]. Sin embargo esto no sería realmente el sentido de la norma. Como se mencionó antes, este artículo está vinculado al Art. 1223° del Código Civil Italiano. Según la doctrina de ese país lo dicho en su norma no impide que se tomen en cuenta daños que no son realmente "próximos" al evento dañoso, mientras se pueda establecer que el daño no se hubiera producido sin la situación generada por el hecho dañoso. En ese sentido, la jurisprudencia de ese país ha considerado que no obstante el texto del referido artículo, los daños resarcibles son los que se configuran como consecuencia normal y ordinaria del hecho dañoso. La teoría causal entonces sería la de la causalidad adecuada[196]. De esta suerte, esta misma conclusión de la doctrina y jurisprudencia italiana puede llevarse a cabo en nuestro país. Así, en la responsabilidad contractual se aplicaría la causalidad adecuada, de la misma manera que es usada en la responsabilidad extracontractual[197].

---

[195] Cfr. PAZOS HAYASHIDA, J., "Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio", en GUTIÉRREZ CAMACHO y MURO ROJO (Dir.), *Código Civil comentado*, T. VI, 2° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 678-680.

[196] Cfr. ESPINOZA, "La influencia", *op. cit.*, p. 749-751. Para Espinoza el Art. 1321° del CC confunde lo que es establecer la causalidad de hecho o fáctica para imputar la responsabilidad a un determinado evento y la causalidad jurídica para determinar los daños resarcibles. Lo prescrito en el Art. 1321° del CC regula la causalidad jurídica, esto es, el límite del *quantum* resarcitorio.

[197] *Ibíd.*, p. 753 y Pazos, *op. cit.*, p. 680-681.

Repositorio Institucional PIRHUA

Conforme a la interpretación descrita el lucro compensable, al igual que el daño, no tiene que ser una consecuencia inmediata al evento dañoso. El requisito sería que sea una consecuencia normal y ordinaria del hecho que produce el daño (causalidad adecuada). Las remuneraciones por nuevos trabajos se ajustan a esta descripción. Como ya se dijo, si el período de despido se alarga el trabajador buscará la manera de obtener nuevos ingresos. Eso es lo que se puede presumir que ocurrirá en la mayoría de los casos. Así que el acceso a un nuevo empleo y el apercibimiento de las correspondientes remuneraciones están causalmente relacionadas al acto de despido. Esto se condice con el caso ya mencionado del edificio que es seriamente deteriorado por un camión que chocó contra él. Posterior al evento dañoso (el choque del camión) los dueños demuelen el edificio y lo venden a terceros que finalmente paga una suma considerable. Entre el evento dañoso y las ganancias recibidas hay otra serie de actos como las negociaciones y el contrato de compraventa celebrado. Aún así se consideró que esta ganancia era compensable con los daños materiales sufridos.

Incluso si la *compensatio lucri cum damno* no resultase aplicable por la cuestión de la causa quedaría por ver si es aplicable la *cesación del daño producido*. El caso de la viuda y su nuevo matrimonio guarda cierta semejanza al trabajador que obtiene un nuevo empleo. En ambos se accede a una nuevo estado que reemplaza el que fue deteriorado por el daño. Por tanto el daño se puede entender como cesado, porque ahora tiene un nuevo empleo por el que percibe remuneraciones. Esto, sin perjuicio de que las remuneraciones en el nuevo empleo sean inferiores y que por tanto el daño se considere cesado sólo parcialmente. En ese caso el trabajador mantendría su derecho a indemnización por la diferencia.

Más allá de qué regla o figura avala la resta de estas remuneraciones, lo cierto es que en otros países sí está previsto el descuento de las remuneraciones por otros empleos. Éste es el caso de por ejemplo España. Allí, el despido "improcedente" (arbitrario) permite al trabajador optar entre la reposición o la indemnización. Si el trabajador escoge la reposición tiene también el derecho a los "salarios de tramitación" (los salarios dejados de percibir). Pero la misma norma dice que se debe hacer el debido descuento si el trabajador consiguió un nuevo trabajo. Eso se puede en el Art. 56° Inc. 2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España, que dice:

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> "*En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación*".

Como se ve en ese país sí se toma en consideración los salarios de otros empleos, al punto que es la misma norma quien manda que se compense con las remuneraciones no percibidas. De hecho la jurisprudencia de ese país tiene desarrollado las reglas para compensar las remuneraciones. Así, el descuento no se aplica sobre los montos totales de lo percibido (por el nuevo empleo) y lo no percibido (por el viejo empleo). El descuento se hace conforme a los días trabajados en el nuevo empleo, a fin de no perjudicar al trabajador en los aportes a la seguridad social y otros similares que no percibió en su anterior empleo. Estos entonces podrían ser incluidos en la indemnización. El empleador es quien debe probar la existencia de un nuevo empleo. En caso que pruebe el nuevo empleo pero no el monto exacto del salario se tomará entonces el salario mínimo para efectuar el descuento[198].

En todo esto, lo que subyace es la intención de evitar un enriquecimiento injusto del trabajador[199]. En el *status quo* anterior que la responsabilidad civil busca restituir no tienen cabida los ingresos por nuevos trabajos porque son hechos originados por el mismo evento que alteró el estado de las cosas. En el estado anterior al daño (el trabajador que no es despedido) esos ingresos simplemente no hubieran existido. Al ser despedido el trabajador tiene el tiempo y la motivación para buscar un nuevo empleo y permanecer en él hasta ser repuesto en su anterior trabajo. De esa forma el trabajador consigue el trabajo alternativo porque fue despedido de su anterior empleo, ese nuevo empleo viene a ser entonces una consecuencia (beneficiosa) del acto de despido. Si las ganancias por el nuevo empleo no son observadas durante la determinación del *quantum* indemnizatorio el resultado será que el

[198] Cfr. RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 371-373. El autor señala que también existen casos en la jurisprudencia española donde el descuento se ha hecho por el monto total de las remuneraciones.
[199] *Ibíd.*, p. 373.

trabajador se habrá vuelto más rico de lo que sería si no hubiera despedido. Su compensación o descuento evitaría por tanto un incremento adicional más allá de la indemnización.

Esto no debería llevar a que todo ingreso obtenido durante el tiempo que duró el despido deba ser compensado. Conforme a los parámetros de la *compensatio lucri cum damno* los lucros deben gozar de un vínculo jurídicamente relevante con el evento dañoso. Eso excluiría a las donaciones, a la herencia o lo que se haya ganado en un juego de azar o por invertir en la bolsa. Esas ganancias no se muestran como una consecuencia directa del hecho que generó el daño y tampoco son resultados normales y ordinarios a situaciones de despido[200].

Acerca del caso de la Cas. Nº 2677-2012-Lima vista anteriormente, los jueces hablan de otras ganancias y parecen referirse con ello a las remuneraciones por nuevos empleos. Sin embargo esto no significa que en la jurisprudencia se estén descontando estas remuneraciones como se hace en España. En la referida casación los ingresos por otros empleos no dejan de ser una simple mención y ni siquiera de manera completamente expresa. El monto que finalmente se otorga por lucro cesante se determinó de manera "prudencial" [201] multiplicando la remuneración mínima en ese entonces por el tiempo que duró el despido. En el referido caso parecen usar el argumento de los "*otros ingresos*" como un justificativo para tomar como base la remuneración mínima vital y no la remuneración que el trabajador postulaba para el cálculo de su indemnización. Esto se denota en cuanto que ni siquiera llegan a afirmar que estos otros ingresos existieron ni tampoco determinaron su cuantía, sólo los presumieron. Incuestionablemente el trabajador despedido debió haber laborado en algún otro empleo durante los ocho años que duró su despido, pero no por ello se desmerece un análisis más esmerado de toda la situación que evite las meras presunciones. Lo óptimo sería que tanto

[200] Cfr. BARROS, *Tratado de responsabilidad*, *op. cit.*, p. 904. Precisamente el autor menciona un caso inglés de un trabajador ilícitamente despedido. El trabajador consiguió un nuevo trabajo con una renta inferior pero a la vez compró acciones de esa nueva empresa. La compra de esas acciones le contrajo ganancias considerables. En el juicio se decretó que las rentas del nuevo trabajo debían ser deducidas por ser beneficios que tenían una relación causal directa con el daño. En cambio las ganancias de su inversión no fueron deducidas por no configurarse esa relación causal directa.

[201] La sentencia de primera instancia y la Cas. Nº 2677-2012-Lima justifican el monto indemnizatorio por la aplicación del al Art. 1332° del CC que señala el uso del criterio de equidad en caso de no poderse determinar el monto preciso del resarcimiento.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

las remuneraciones dejadas de percibir como las remuneraciones por trabajos alternativos se acrediten en su existencia y en su cuantía para la adecuada compensación de las cantidades.

En otro caso por ejemplo, sin necesidad de hablar de otros ingresos la indemnización también toma como base a la remuneración mínima vital. La razón era que no había acreditado con documentos los que sería su sueldo dejado de percibir. El caso era de un profesor despedido por una universidad y reincorporado luego de dos años y siente meses. En este caso las remuneraciones fueron vistas como daño emergente y no como lucro cesante, y su indemnización se determinó de la siguiente forma:

> "*Señala el demandante que el daño emergente configura en relación a las remuneraciones dejadas de percibir en los años 2002, 2003 y 2004, más los intereses que se devenguen, bonificaciones, promociones en pre y posgrado. En este contexto se tiene que el demandante tenía la condición de profesor auxiliar a tiempo parcial y fue cesado el 4 de octubre de 2002; pero fue restituido en dicho cargo, de modo que se aprecia que el daño emergente estaría dado por el tiempo en que dejó de trabajar y en consecuencia dejó de percibir sus haberes por el lapso de 2 años y 7 meses* (...)
> *En este contexto, si bien es cierto, no es posible pagar remuneraciones completas por una labor que no se realizó; es también cierto que el demandante fue perjudicado al no haber sido ratificado y le corresponde ser indemnizado por esta actitud, debiendo el Juzgador señalar el monto de manera prudencial y de acuerdo a la naturaleza y gravedad de los daños y circunstancias en la que se produjeron debiéndose tener en cuenta, que el monto indemnizatorio presentado por el demandante, además de ser genérico y desproporcionado no ha sido sustentado con documento valedero que pudiera servir de referencia; por lo expuesto, este Juzgador considera que el daño emergente se debe valorizar con relación a la remuneración mínima vital, actualmente en S/. 550.00 nuevos soles mensuales a razón de 12 remuneraciones mínimas por año dejado de trabajar, y al ser aproximadamente 2 años y 7 meses, se estima en 31 remuneraciones mínimas vitales mensuales; dando como resultado la suma de S/. 17,050.00 nuevos soles por concepto de daño emergente*".

Para otro caso, los otros posibles ingresos también son mencionados pero la remuneración se basa solamente en el parecer

Repositorio Institucional PIRHUA

prudencial del juez, sin tomar como base la remuneración mínima vital. En la Cas. N° 5721-2011-Lima un trabajador fue despedido y repuesto luego de veintiocho meses, más de dos años. Su demanda ascendía a S/. 800,000.00 nuevos soles por lucro cesante, daño emergente (fue desestimada), daño moral y daño al proyecto de vida (fue desestimado). En primera instancia se le otorgó por lucro cesante la suma de S/. 25,000.00 nuevos soles, bajo el siguiente argumento:

> "*Respecto de lucro cesante, indica que el actor no ha acreditado de modo alguno que se encontrara impedido de realizar otras labores que le permitieran tener otro ingreso económico, aparte de su sueldo, por tanto, la liquidación de remuneraciones resulta sólo referencial por lo que de conformidad con el artículo 1332 del Código Civil fija la indemnización en un monto prudencial y razonable de acuerdo con la realidad económica del medio*".

Sin embargo la sentencia de segunda instancia deja de lado a las *otras labores*, sin explicar por qué. Así pues, toma como referencia para el cálculo sólo a la remuneración del trabajador (S/. 4,169.94 nuevos soles) y su tiempo de despido (veintiocho meses) haciendo la expresa salvedad que *no se están cancelando las remuneraciones.* De esa manera, en la segunda instancia se le llega a otorgar al trabajador la suma de S/. 100,000.00 nuevos soles, un monto cercana a lo que sería el íntegro de sus remuneraciones. La Cas. N° 5721-2011-Lima avaló este monto.

Comparando éste y los otros casos vistos se puede concluir que a la jurisprudencia nacional le falta más homogeneidad y desarrollo respecto a pago de las remuneraciones. La sentencia de fecha 12.08.13 emitida por la Corte Superior de Justicia de Cuzco es bastante rescatable en cuanto al orden y cuidado que tiene. El análisis se realiza por cada concepto remunerativo individualmente. Pero la misma descuida un factor que es, como se ha estado señalando, muy importante para determinar el resarcimiento más justo en estos casos, los ingresos por nuevos empleos. La Cas. Nº 2677-2012-Lima es expresa es señalar que la indemnización por lucro cesante no puede ser igual a las remuneraciones dejadas de percibir y de manera más discreta sugiere que el trabajador pudo percibir otros ingresos que reducen el daño. La Cas. N° 5721-2011-Lima deja de lado esos otros ingresos que si fueron tomados en cuenta en su primera instancia y otorga una indemnización cercana a lo que sería el íntegro de las remuneraciones no percibidas. A todo esto, nunca se llega a establecer de manera cierta que los trabajadores percibieran remuneraciones de

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

nuevos empleos, sólo se llega a presumir. En los dos últimos casos la indemnización se determina por criterio de equidad, prescribiendo cuáles eran sus puntos de referencia pero sin cálculos numéricos que expresaran la dimensión del daño.

El ejemplo de España podría ser el modelo a seguir para los jueces peruanos. Sin embargo, lo que sería cuestionable en la jurisprudencia española es que se presuma el salario mínimo cuando no se pueda probar el monto exacto de las remuneraciones por el nuevo empleo. Esa presunción del monto mínimo en realidad no tiene sentido a no ser que se lo vea como una sanción para el empleador que no logra probar la cuantía exacta de los salarios a descontar. Aquello podría estar justificado en un contexto laboral, pero en el estricto ámbito de la responsabilidad civil no estaría permitido. Allí lo que se busca es acercarse lo más posible al daño efectivamente causado para otorgar la indemnización más justa. En ese sentido, el juez fácilmente puede observar que en ciertos empleos las remuneraciones serán mucho mayores al salario mínimo, y por tanto su valoración del lucro a descontar no puede ser la del salario mínimo. Con la debida prudencia y criterio, el juez debería entonces determinar los salarios a descontar por montos mayores a la remuneración mínima. Eso se acercaría más a la indemnización del verdadero daño causado. Curiosamente, en los casos nacionales vistos hubo dos que también tomaron como base a la remuneración mínima vital, sólo que fue para calcular las remuneraciones del trabajador en su antiguo empleo. Aquello tampoco tiene sentido si por la profesión del trabajador es posible estimar una remuneración mayor a la mínima. En esos casos pes parece que también se está sancionado al trabajador que no sustenta el monto de sus remuneraciones.

Hasta aquí podrían establecerse los parámetros básicos para determinar cómo sería el análisis del lucro cesante en los casos de despido con posterior reposición. La indemnización analizará los diferentes conceptos remunerativos y cuántos de estos se dejaron de percibir a causa del despido. Pero también, cuando el empleador lo señale y lo pruebe, los jueces tomarán en cuenta los ingresos por eventuales nuevos trabajos. Estos nuevos ingresos se descontarán de las remuneraciones no percibidas, preferentemente realizando el descuento día por día y no por montos totales. En caso los nuevos ingresos no pudieses ser probados en cuanto su cuantía el juez determinará la posible cuantía de esas remuneraciones, que no necesariamente será igual a la

Repositorio Institucional PIRHUA

remuneración mínima. Con el descuento de estos ingresos se estará llegando por fin a la verdadera dimensión del daño, al daño efectivamente ocurrido y se evitará un enriquecimiento indebido del trabajador. Los jueces son quienes finalmente deberán realizar el análisis, de la manera más razonada y prudente, y evitando recurrir al criterio de equidad del Art. 1332° de CC cuando puedan contar con las pruebas necesarias a su disposición.

El descuento de las remuneraciones por otros empleos se debería aplicar, conforme a los parámetros señalados, a todos los casos donde luego del despido se ordena la reposición del trabajador. En los casos de los trabajadores repuestos por la Ley 24041 se ve por ejemplo que entre el despido y la reposición suele pasar un período de nueves meses hasta dos años[202]. El tiempo parece suficiente como para que trabajador haya encontrado un nuevo empleo y perciba una remuneración que le permita mantenerse. El empleador (la entidad pública) será quien tenga la carga de alegar y probar que el trabajador percibió ingresos por nuevos empleos, a fin de realizar el debido descuento. Si ello llega a ocurrir el resultado final será una indemnización que se corresponda con el daño efectivamente causado y no una que signifique un enriquecimiento indebido de la víctima, lo cual no es el fin de la responsabilidad civil.

Como conclusión final se puede decir que la postura restitutoria y la indemnizatoria no tienen los mismos efectos. Entre ambas la mejor para el trabajador ciertamente es la restitutoria porque le asegura el íntegro de sus remuneraciones. Bajo la postura indemnizatoria muy posiblemente consiga una suma menor. Como se mencionó antes el pago del íntegro de las remuneraciones tiene sentido cuando es visto desde el ángulo laboral. El principio protector es lo que mejor justificaría este derecho, además de la obvia desigualdad que subsiste actualmente entre el despido nulo de la LPCL y los demás despidos pasibles de nulidad, incluyendo al despido nulo bajo la Ley 24041. Sin embargo, la situación obliga a solicitar dichos pago como una indemnización, bajo los principios y reglas de la responsabilidad civil. Estos principios y reglas no están para brindar una protección especial al trabajador, como se esperaría en el Derecho Laboral. La responsabilidad civil busca reparar

[202] Véase la STC N° 2474-2003-AA/ TC, STC Nº 3152-2003-AA/ TC, STC N° 1990-2003-AA/TC, STC N° 1652-2003-AA/ TC y la STC N° 3008- 2004-AA/TC.

Repositorio Institucional PIRHUA

un daño, que no es lo mismo que restituir un derecho negado. Por ello no puede dar indemnizaciones que desde su óptica generen un enriquecimiento indebido para el trabajador. Así, mientras la jurisprudencia o las leyes no cambien, las reglas de la responsabilidad civil se seguirán aplicando a los trabajadores que solicitan el pago de sus remuneraciones. Entre estos casos estarán lo trabajadores contratados del régimen del DLeg. 276 que han sido repuestos gracias a la Ley 24041.

Repositorio Institucional PIRHUA

CAPÍTULO III
LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES EN CASOS DE DESPIDOS SANCIONADOS CON NULIDAD

3.1. El daño moral por despido.

A.- El reconocimiento del daño moral provocado por el despido

El pago de las remuneraciones dejadas de percibir ha sido el principal problema en los casos de despidos pasibles de nulidad diferentes al despido nulo de la LPCL. Sin embargo ése no es la única pretensión que pueden tener los trabajadores que son despedidos y luego repuestos. Aunque menos común, en no pocos casos la pretensión por las remuneraciones viene acompañada por la pretensión de indemnización de daños morales. Así, el trabajador pretende no sólo la reparación de los daños económicos que sufrió durante el despido, sino también algún tipo de compensación por el sufrimiento emocional que pudo haber experimentado.

El resarcimiento de daños morales o extrapatrimoniales en casos de despido ciertamente contrae mayores escollos que los daños materiales. El perfil particular que tendría la indemnización en estos casos es sin duda más difícil de bosquejar con líneas exactas. En estos daños subsiste una dificulta inherente sobre su prueba y su valoración pecuniaria debido a su naturaleza intangible o incorpórea [203]. Además están la poca uniformidad jurisprudencial y las eternas discusiones doctrinales que

[203] Cfr. MARCOS OYARZUN, F., *Reparación integral del daño. Daño moral*, Bayer Hermanos, Barcelona, 2002, p.93.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

giran en torno a este concepto, de las que resultan diferentes posturas acerca de su contenido, clasificación, forma de reparación, entre otros temas. Todo eso puede repercutir en la indemnización que se otorgue en casos de despidos declarados nulos.

No obstante lo anterior, como un inicio se puede decir que en los procesos judiciales se ha reconocido, entre argumentos muy básicos a otros más trabajados, la generación de daños morales a causa de un despido injustificado, como lo muestran los siguientes extractos de sentencias:

> "*Corresponde indemnizar a la accionante porque ha sufrido un daño moral al habérsele despedido injustificadamente y que su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años, habiéndole, este hecho producido un daño efectivo y sentimental* "
> Resolución de fecha 17.12.97 del Décimo Sexto Juzgado Especializado en los Civil de Lima

> "(...) *en cuanto al daño moral en sí, debe tenerse en cuenta que resulta normal que a cualquier persona, el despido lo afecte en un interés jurídico relevante, como lo es el de la tranquilidad familiar y en su dignidad como trabajador, teniendo en cuenta el cese en el cargo y la consecuente disminución de sus ingresos en ese momento, lo que en definitiva afecta emocionalmente a quien lo sufre, puesto que se presenta una situación de intranquilidad familiar derivada precisamente de la inseguridad de obtener ingresos* (...)".
> Resolución de fecha 30.09.2011 del Primer Juzgado Civil de Lima

> "*Que, no obstante lo dicho, el daño moral debe ser indemnizado, pues no cabe duda que la conducta de la demandada menoscabó los sentimientos y generó aflicción al demandante. Ello constituye una máxima de experiencia, pues lo habitual es que el individuo que pierde sus labores ingrese a una etapa de desconcierto y de penuria que lo afecta*".
> Cas. 5721-2011-Lima

> "*Es natural afirmar que todo despido genera dolor y aflicción en los sentimientos del trabajador; no es razonable que un trabajador que vive de sus remuneraciones o ingresos producto de su trabajo se sienta tranquilo, conforme o feliz ante la perdida repentina de su fuente de ingreso; es natural que sienta dolor aflicción, inseguridad, angustia ante la falta de los ingresos de los que rutinariamente gozaba, con mayor razón si tiene a su cargo una familia. Por tanto un*

Repositorio Institucional PIRHUA

> *despido necesariamente genera daño moral en el trabajador*". Resolución de fecha 12.08.2013 de la Corte Superior de Justicia de Cuzco

Las veces que los jueces han considerado que un despido injustificado puede generar daños morales en el trabajador despedido no son pocas ni tan recientes, como puede verse arriba. Las sentencias citadas aceptan que el despido pueda provocar un daño, que catalogan como daño moral, incluso si el trabajador ya ha sido reincorporado a su puesto de trabajo. Así por ejemplo, un juez dice que el trabajador "*ha sufrido un daño moral al habérsele despedido injustificadamente y que su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años*". Una de las sentencias citadas incluso se anima a afirmar que "*un despido necesariamente genera daño moral en el trabajador*". Así que, según el sentido de dicha sentencia, la pérdida de sus remuneraciones siempre producirá daños morales en el trabajador. Si esto es realmente así, entonces se podría decir que todo trabajador que atravesó por un despido nulo tiene el derecho a recibir una indemnización por daño moral. Pero la validez de esta premisa se analizará más adelante.

Además de estos y otros casos judiciales donde se reconoce la existencia del daño moral en casos de despido, el Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de Huancayo del año 2008 también admitió como posible la demanda de daños morales por despido injustificado. Lo más resaltante aquí era que el Pleno se preguntó sobre esta posibilidad de demandar daño moral en casos de despido arbitrario, donde la LPCL ya prevé una indemnización tarifada. La pregunta formulada y discutida en el Pleno fue bastante explícita:

> "*¿Procede demandar indemnización por daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante y daño moral), en la vía laboral como consecuencia de un despido arbitrario o únicamente corresponde la pretensión de indemnización por despido arbitrario que regula la legislación laboral?*"

No obstante el cuestionamiento del Pleno, su respuesta se alejó de lo sustantivo, la existencia de daños susceptibles de indemnización como el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En cambio, su conclusión se inclinó hacia el aspecto procesal de la cuestión, sobre la procedencia de una demanda por estos daños en el fuero laboral. Eso se

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

refleja en la conclusión del Pleno, donde ya ni siquiera se habla explícitamente de daños por despido.

> "*El Pleno adoptó por mayoría la postura número dos que enuncia lo siguiente: En una relación laboral se generan derechos y obligaciones recíprocas entre el empleador y el trabajador, las cuales ante el incumplimiento generan responsabilidades laborales y civiles, siendo competencia del juzgado conocer la materia relativa a la indemnización por daños y perjuicios que se demanden las partes contratantes conforme a los previsto en el artículo 4, inciso 2, acápite j) de la Ley Procesal del Trabajo así como en virtud de los principios de tutela jurisdiccional efectiva, especialidad y economía procesal; sin embargo, al momento de sentenciar sobre dichas pretensiones deberá tomarse en cuenta la probanza del daño*".

En todo caso, conforme al referido Pleno el despido arbitrario es capaz de generar daños morales meritorios de indemnización y es posible solicitar su reparación en un proceso judicial, a pesar incluso de la indemnización por despido arbitrario. Con mayor razón entonces se pudo haber dicho que en los despidos susceptibles de nulidad también se podría solicitar la referida indemnización por daño moral. En estos segundos casos no hay indemnización tarifada y el ordenamiento sólo ordena la reposición. En ese sentido se podría alegar que falta una indemnización para terminar de cubrir todos los daños causados por el despido.

Pero lo mostrado hasta ahora sólo exhibe la idea general de que el daño moral por despido es indemnizable. Un planteamiento más profundo se hace necesario para descubrir los derechos, valores o bienes de carácter "moral" que son afectados por el despido. Igualmente, un estudio se hace necesario para determinar algunas pautas con la que los daños califiquen como daños jurídicamente relevantes. Así por ejemplo, uno de los fragmentos de sentencia citados dice que todo despido genera *necesariamente* un daño moral. Aquella declaración no debe significar que todo lo que "sufre" el trabajador a causa del despido resulta en un daño moral indemnizable. Un entendimiento así sería completamente exagerado. Bajo el principio de reparación integral se dice que "todos" los daños deben repararse. En la práctica, aquello simplemente desmoronaría el sistema judicial porque cualquiera podría solicitar indemnizaciones por daños ínfimos e insignificantes. Lo cierto es que todo daño moral debe poseer cierta entidad y ser lo suficientemente grave

Repositorio Institucional PIRHUA

para motivar el accionar del poder judicial. Que "todos" los daños deban reparase significa que todos los daños suficientemente graves deben repararse. Si no posee esa cualidades no puede considerársele un daño moral resarcible Así pues, con los daños cuya magnitud o medida sea ínfima deben ser tolerados [204]. Conforme a ello, dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, las meras molestias y disgustos que resultan comunes o deriven de cualquier incumplimiento de un contrato deberían ser excluidas de lo que se considere daño moral resarcible [205]. La reparación se avoca a aquellos derechos o intereses que resulten jurídicamente relevantes. Una locución latina señala que *Minima non curat praetor*[206], "de las minucias no se ocupa el juez"[207].

Una diferencia relevante con los daños patrimoniales es que en los daños morales la función reparadora de la responsabilidad civil posee un diferente matiz. Así, por ser daños no apreciables en dinero resulta claro que la reparación no recompone los efectos del daño, no se le devuelve la indemnidad de su esfera moral. Por ello se dice que la función de la indemnización no es propiamente reparar sino mitigar el dolor, una función aflictivo consolatoria[208]. Complementario a esto, también se ha dicho que el daño moral puede cumplir una especial función "desincentivadora" y sancionadora de los acto dañosos [209]. En la responsabilidad civil desde hace años se ha postulado que la indemnización cumple diferentes funciones, que pueden resumirse en función compensatoria, punitiva y preventiva (deterrence)[210]. La función de punición se dirige hacia el causante del daño y la función de prevención mira hacia los futuros y posibles actos semejantes cometidos por cualquier sujeto en la sociedad. Aunque la función reparatoria o compensatoria sea la función primaria de toda indemnización, las otras funciones también están presentes, si bien con un menor protagonismo.

---

[204] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p.146-147.

[205] Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por Incumplimiento de Contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 47-48.

[206] Cfr. GARCÍA CALDERÓN, A., "Daño moral", Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lumen, Lima, 1945, p. 26.

[207] Cfr. NICOLIELLO, N., *Diccionario del Latín Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1999, p.193.

[208] Cfr. LEYSSER, *La responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 199.

[209] *Ibíd.*, p. 268-272.

[210] Cfr. ROSAS BERASTAIN, V., "La responsabilidad civil extracontractual a la luz de sus funciones: utilidad de os daños punitivos como medida de sanción y prevención", en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 2, Palestra, Lima, 2008, p. 1030 y ss.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

En los daños morales sin embargo estas funciones se vuelven más tangibles, eso sin descuidar que la principal función sigue siendo reparar, o estos casos compensar o mitigar, el daño causado[211]. Por lo tanto, la indemnización de los daños morales no busca exactamente reconstituir el *status quo* preexistente, eso es imposible por la propia naturaleza del daño. El monto de la indemnización por daño moral tiene primero que guardar cierta proporción con el daño, de manera que se pueda establecer que el daño ha quedado mitigado o compensado. Segundo la indemnización deberá cuidar de ser una forma de sanción para el responsable del daño y una prevención para futuras y eventuales actos dañosos de otros sujetos.

Otro problema presente es que bajo el concepto de daño moral o daño extrapatrimonial se engloban bienes muy heterogéneos que a veces merecen ser objeto de un estudio por separado. El análisis del daño moral no puede ser superficial y liviano, más bien debe gozar de la debida profundidad y cuidado[212]. Ello amerita que el análisis del daño moral se haga separando cada uno de los diferentes fenómenos que pueden ser considerados como daños. Pero con la cautela de no llegar hacia una fragmentación extrema del daño moral en variadas categorías. Los bienes extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas, así que la fragmentación del daño moral en diversas categorías posee cierta cuota de artificialidad. Cuando esto es llevado al extremo es que se corre el riesgo de otorgar reparaciones superpuestas para un mismo daño[213]. Por eso, lo correcto es atender a los tipos de daños moral cuyas particularidades ameritan que se los atiendan de forma separada y diferenciada, sin perjuicio de que en la sentencia se los repare como un sólo monto como a veces sucede. Así pues, el examen del daño moral en casos de despido afectos de nulidad atenderá a las categorías más distintivas que se engloban bajo el concepto general de daño moral.

Sobre las categorías de daños morales han surgido diversos debates y apasionadas discusiones doctrinales. La aparición y proliferación de nuevas clases de daño como el "daño estético", "daño a la salud", "daño a la vida en relación" no han logrado la aceptación unánime de los

---

[211] *Ibíd.*, p. 1040-1041.
[212] Cfr. MARCOS, *op. cit.*, p. 102-103.
[213] Cfr. FIGUEROA YAÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012, p. 142.

Repositorio Institucional PIRHUA

juristas[214]. De hecho la crítica a los nuevos tipos de daños se basa en que no están creando alguna categoría fundamental y sustancialmente diferenciada de las demás[215]. Sin necesidad de entrar en esta discusión, y para el especial caso de los despidos sancionados con nulidad, algunas formas de daños pueden ser descartadas de plano. Así por ejemplo los "daños corporales" o el llamado "daño estético" serían virtualmente imposibles de configurarse por un acto de despido, por lo que no es necesario hablar de ellos. Esto, sin llegar a cuestionarse sobre su valor como categoría de daño. Para sabe cuáles son las categorías de daños que sí acontecen ante un despido se puede revisar las sentencias judiciales.

En los fragmentos de sentencia citados anteriormente se menciona repetidamente que es natural y normal que todo despido genere dolor y aflicción a los sentimientos del trabajador. Al parecer los jueces entienden que, ordinariamente y en el común de los casos, el despido provoca una afectación negativa en el ámbito emocional del trabajador. En ese sentido, el daño al que se están refiriendo esas sentencias sería el daño moral entendido como *pretium doloris* o "precio del dolor"[216].

El *pretium doloris* ha sido por mucho tiempo el alcance y contenido tradicional del concepto de daño moral. Básicamente consiste en la afectación a los sentimientos y emociones de la persona, una lesión no apreciable en dinero[217]. Por tradición este concepto se identifica con lo que se conoce como daño moral, lo cual puede acarrear cierta confusión respecto al concepto del daño moral. Bajo una clasificación propuesta en la doctrina, el daño moral tiene dos acepciones. La primera es el daño "daño moral en sentido lato o impropio" que englobaría a todos los daños de índole no económica como las lesiones físicas, los daños a derechos de la personalidad y otros. La segunda acepción es el "daño moral en sentido estricto", que hace referencia a lo que normal y tradicionalmente se ha entendido por daño moral. Esto es la afectación a la esfera sentimental o afectiva de la persona. El perjuicio y mal provocado es la dolencia, la angustia o el sufrimiento a nivel anímico o mental[218]. En ese sentido, el "daño moral en sentido estricto" y el *pretium doloris* se identifican; ambos hace referencia a la afectación de los

[214] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 154 y ss.
[215] Cfr. LEYSSER, *La responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 220-221.
[216] Cfr. BARROS, "Curso de Derecho", *op. cit.*, p. 128.
[217] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 149.
[218] Cfr. LEYSSER, *La responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 192-193.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

sentimientos, emociones y ánimo de las personas. Así, como *pretiun doloris* o como daño moral en sentido estricto, lo que se tiene es una categoría de daño inmaterial, la categoría más básica y clásica[219], que puede englobarse dentro del concepto de daño moral en sentido lato. Ese tipo o categoría de daño es el que aparece mencionado en las sentencias citadas sobre despidos declarados nulos.

Los daños de esta categoría atienden a la esfera anímica e íntima del sujeto. En sí mismas no se manifiestan al exterior, por lo que sólo cabe presumirlas. Esto, a diferencia de por ejemplo otras afectaciones que pueden ser catalogadas como daño psicológico. Aunque ambas pueden ser vistas como dolencias de la psiquis del sujeto, la segunda posee un carácter patológico, y por lo tanto, diagnosticable y analizable por los peritos correspondientes[220].

Como se ha dicho antes, no cualquier tipo de afectación moral constituye un daño resarcible. Así pues, respecto del *pretium doloris* no cualquier tipo de aflicción en la esfera anímica del sujeto será un daño moral resarcible. Para que el daño sea resarcible se exige que posea cierta entidad o intensidad. Esa gravedad del daño es lo que lo hará meritorio de una respuesta desde el derecho. Pero aparte del requisito de poseer una magnitud o gravedad considerable, el golpe anímico sufrido debe ser por el menoscabo de un derecho o un bien socialmente digno y legítimo para la sociedad[221]. Cuando el sujeto posee un interés que es genuino y conforme al ordenamiento jurídico, el mismo ordenamiento lo acoge bajo su tutela y le brinda protección[222]. Así, los intereses de las personas y su eventual daño se vuelven jurídicamente relevantes. Un caso que suele aparecer como ejemplo de lo contrario es la concubina que sufre por la muerte de un hombre casado[223]. Así que si el hecho no menoscaba un derecho, un interés o una expectativa legítima, aunque se haya experimentado un sufrimiento éste no será considerado como un daño

[219] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 155.
[220] Cfr. GHERSI, C., *Cuantificación económica. Daño moral y daño psicológico*, 3° ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 231 y ss.
[221] Cfr. TABOADA CÓRDOVA, L., *Elementos de la Responsabilidad Civil*, 2° ed. Grijley, Lima, 2003, p. 64-66.
[222] Cfr. QUINTANILLA, M., *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Lerner, Córdoba, 2008, p. 126.
[223] Cfr. TABOADA, *op. cit.*, p. 64-66.

moral. La resarcibilidad del daño estará entonces en función de su gravedad y su relación a un derecho o un interés jurídicamente relevante.

El daño moral en sentido estricto es lo que se ha visto en la mayoría de los casos judiciales de indemnización por nulidad de un despido. Sin embargo su tratamiento no goza de mucha uniformidad.

Por ejemplo la Cas. Nº 2677-2012 Lima vista en el tema de las remuneraciones no percibidas. El trabajador de la Carrera Administrativa, cuyo despido duró como ocho años, también solicitó una indemnización de S/120,000.00 nuevos soles por daño moral y daño al proyecto de vida. El monto de estos daños no fue objeto de debate en la sentencia casatoria, de hecho el daño al proyecto de vida fue por completo desestimado en la sentencia de primera instancia de fecha 30.09.2011, Exp. N° 06158-2010-0-1801-JR-CI-19. En esa misma sentencia se describe que el trabajador argumentaba que "*la pérdida abrupta de su trabajo y remuneraciones le ha ocasionado aflicción y sufrimiento, efectos nocivos y perniciosos a su salud física y mental*". Ante ello, la respuesta del juez fue la siguiente:

> "(...) *que, en cuanto al daño moral en sí, debe tenerse en cuenta que resulta normal que a cualquier persona, el despido lo afecte en un interés jurídico relevante, como lo es el de la tranquilidad familiar y en su dignidad como trabajador, teniendo en cuenta el cese en el cargo y la consecuente disminución de sus ingresos en ese momento, lo que en definitiva afecta emocionalmente a quien lo sufre, puesto que se presenta una situación de intranquilidad familiar derivada precisamente de la inseguridad de obtener ingresos, sin embargo tal como ya se señaló al momento de analizar la situación del actor en cuanto al lucro cesante, su fuerza laboral no se encontraba restringido para ser prestada en cualquier otra actividad, o por lo menos no lo ha acreditado, pero que sin embargo el hecho mismo del despido, el que después se determinó que fue arbitrario y contrario al debido proceso, situación que se prolongó durante ocho años y dos meses, produjo un daño moral en el actor que debe merecer el monto indemnizatorio que se ajuste a un criterio razonable y equitativo, tomando en cuanta además de ello que el artículo 1985° del Código Sustantivo comprende al daño moral dentro de la indemnización que se deriven de la acción u omisión generadora del daño.-*
> (...) *que, para proceder a determinar el monto indemnizatorio por el daño moral ocasionado, debe precisarse que el monto dinerario que se señale no resarcirá el daño moral de una persona, teniendo en*

Repositorio Institucional PIRHUA

> *cuenta que se trata de un valor abstracto que se circunscribe al sentimiento personal que opera en la esfera de su intimidad, lo cual afecta tanto a su sentimiento interno y al de su familia, lo que conlleva se imponga una sanción pecuniaria a la demandada por tal concepto, para lo cual el Juzgador se encuentra facultado por imperio de la ley para hacer uso del prudente arbitrio, por ello se considera que la suma de DIEZ MIL NUEVOS SOLES, resulta ajustado al daño moral ocasionado*".

Lo primero que resalta de la sentencia es que el juez define cuál sería el objeto del daño, la afectación a un interés jurídico relevante al que él llama "*tranquilidad familiar*". Este interés jurídico es afectado porque el despido produce un paro brusco del apercibimiento de ingresos, lo cual produce en la persona una situación de intranquilidad y estrés. El trabajador ya no sabe cómo mantendrá a su familia, por lo tanto sufre emocionalmente. Sin embargo la misma sentencia se encarga de decir que la angustia experimentada por el trabajador podría verse limitada o mermada en cuanto su gravedad. Como en el caso del lucro cesante, el juez presume, sin llegar a probarlo, que en los ocho años que el trabajador estuvo despedido debió haber laborado en otros trabajos. Su razonamiento parece ser que si el estado de desempleo causado por el despido generaba angustia en el trabajador y afectaba su "tranquilidad familiar", gracias al nuevo empleo entonces el trabajador recupera la tranquilidad familiar que perdió, o por lo menos la recupera parcialmente. Con ello y bajo un *criterio razonable y equitativo* el juez termina por determinar un monto indemnizatorio menor al solicitado. De los S/120,000.00 nuevos soles pedidos inicialmente sólo se le otorgan S/10,000.00 nuevos soles.

La sentencia comentada contiene otros detalles como la afectación a la dignidad del trabajador y que la indemnización del daño moral es vista aquí como una sanción para el empleador. Sin embargo es lo que se ha dicho anteriormente, el interés jurídico afectado y las mermas al daño, lo que ofrece mejores pistas para establecer parámetros a la indemnización del daño moral en casos de despido con posterior reposición del trabajador.

Un caso visto por la Corte Superior de Junín (Exp. Nº 02657-2012-0-1501-JR-LA-02) trataba sobre una trabajadora cuyo despido duró dos años con tres meses. Su demanda por daño moral fue por S/. 58,116.23 nuevos soles. La trabajadora adujo que el despido resquebrajó su entorno

familiar, que truncó su proyecto de vida y sus aspiraciones de especialización. La Corte Superior de Junín dijo al respecto que:

> "(...) *no ha demostrado* [la trabajadora] *respecto a la forma en que la ruptura del vínculo laboral lo ha perjudicado en el plano familiar, ya que se desconoce que tenga carga familiar, es decir, que sustente económicamente su hogar, si tiene hijos bajo sus cuidado, si están en edad escolar o superior, es decir, no presenta acreditada información necesaria sobre su entorno familiar y social; o, también si ha sido discriminado al momento de solicitar otro empleo, y respecto a que se habría truncado sus estudios de especialización. En tal situación procesal de ausencia de material objetivo probatorio respecto a tales agravantes del daño moral ocasionado, que sin duda se ha producido, por el sólo hecho del despido, impide que el Colegiado pueda otorgarle lo que pide en una suma elevada como S/. 58,116.23.*
> (...) *Empero, reiteramos que el sólo hecho de haber sido despedido sin causa justa, y verse desempleado de un momento a otro, es obvio que el actor padeció aflicción, angustia y sufrimiento moral, como se le causaría a cualquier persona; por lo tanto, si bien no es medible este daño en una forma cuantitativa, el criterio del presente Colegiado ha sido de pronunciarse amparando esta pretensión, disponiendo a la luz de los principios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad, la suma de S/. 7,000.00 nuevos soles, como indemnización por daño moral, tal como se ha pronunciado en sentencias anteriores, estimando así los agravios del demandante*".

Como se lee, otra vez se habla de un entorno familiar desestabilizado o una armonía familiar rota por el acto de despido. Lo nuevo acerca de esto es que la sentencia señala algunos elementos que servirían de indicativos para sustentar ese daño, como la carga familiar, la edad de los hijos (en edad escolar o superior), etc. La Corte Superior de Junín exige que la trabajadora sustente con estos elementos la gravedad de su daño moral. Esto aclara un poco más lo que sería el interés jurídico afectado por el despido. Así, en la primera sentencia comentada se habla de una estabilidad familiar que puede ser entendida de varias maneras y abarcar diferentes aspectos (la convivencia, la salud, la seguridad, etc.), pero en esta sentencia la Corte Superior de Junín reconduce esta idea hacia aspectos de tipo económico, como la carga familiar y la capacidad de pagar la educación de los hijos. Así, la intranquilidad que se genera en el trabajador deviene de no tener cómo pagar esos gastos. Igualmente el principio de equidad aparece otra vez mencionado para la determinación del monto indemnizatorio.

Repositorio Institucional PIRHUA

Un caso más reciente es la Cas. 139-2014-La Libertad. El contexto de este caso es especial porque el trabajador pertenecía a un grupo particular de trabajadores que fueron despedidos en la época de los noventa[224]. Para ellos se promulgó una norma especial, la Ley 27803, que les ofrecía optar por distintas formas de reparación. Las opciones eran la reposición, la indemnización, la jubilación adelantada y la capacitación y reconversión laboral[225]. El trabajador optó por la indemnización, o sea que no fue repuesto a su antiguo empleo. Sin embargo, el trabajador consideró que su compensación no cubría el daño moral sufrido, por lo que pidió aparte una indemnización de S/. 25,000.00 nuevos soles por dicho concepto. La sentencia de primera instancia de fecha 10.06.2013 del Tercer Juzgado Especializado de Trabajo de Trujillo amparó la pretensión del trabajador, aunque por un monto de S/. 15,000.00 nuevos soles, bajo los siguientes argumentos:

> "(...) *resulta evidente que, el demandante, al haber sido objeto de un despido lesivo de sus derechos constitucionales, resulta incuestionable que se le ha ocasionado un daño moral, por la lesión de sus sentimientos, sufrimiento y aflicción que generan la pérdida arbitraria del puesto de trabajo; y, por ende, la privación de las remuneraciones que tienen naturaleza alimentaria; asimismo, el despido le ha causado la afectación a su paz espiritual, tranquilidad personal y familiar* (...) *no cabe duda que la pérdida arbitraria e injusta de su puesto de trabajo, ha ocasionado al actor angustia, aflicción espiritual y en general sentimientos negativos; no solamente por la descalificación atentatoria de su dignidad que importó la separación de su centro de trabajo; sino también por la privación de sus remuneraciones que tienen naturaleza alimentaria; por lo cual en forma prudente y equitativa se fija el monto indemnizatorio por este concepto en la suma de S/. 15,000.00 Nuevos Soles*".

A pesar de que no es un caso de despido con posterior reposición, esta sentencia guarda argumentos similares a los vistos en las sentencias anteriores. Todo despido genera aflicción al trabajador por el hecho de dejar de percibir sus remuneraciones. Las remuneraciones son pues algo

[224] En esa época hubo despidos colectivos a varios trabajadores del sector público, especialmente a los que estaban en empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada. Posteriormente estos despidos fueron declarados irregulares y se emitió la referida ley para promover medidas para reparar a los trabajadores afectados.

[225] Art. 3° de la Ley 27803.

Repositorio Institucional PIRHUA

muy valioso y esencial para el trabajador porque muchas veces serán su única fuente de ingresos para mantener a su familia y a él mismo. Por medio de ellas el trabajador es capaz de pagar los gastos recurrentes de su vida diaria, la comida, el alquiler, la escuela de sus hijos etc. Su empleo le permite mantener cierto nivel de vida. Así pues, más que la *tranquilidad familiar* lo que el despido afecta es la capacidad económica del trabajador. El trabajador podría o no tener una familia que mantener, pero su empleo y su salario son siempre importantes para su subsistencia y la satisfacción de sus necesidades. En ese sentido, el interés jurídico relevante que es afectado bien podría llamarse estabilidad económica o seguridad económica del trabajador. Este interés consistiría en la capacidad de contar con los recursos económicos suficientes para solventar sus necesidades y mantener cierto nivel de vida. Esto es lo que lo que podría considerarse como una expectativa o un interés jurídicamente relevante porque es un interés lógico y razonable que todo trabajador se formula cuando accede a un empleo que es estable. En ese sentido, este interés guarda relación con el normal cumplimiento del contrato, cumplimiento que es roto por el acto de despido.

Para explicar lo anterior, en la doctrina se dice que, más que un derecho subjetivo, el daño moral lesiona un interés de la persona, lo cual viene relacionado al concepto de "bien". Un bien sería pues todo lo que puede satisfacer una necesidad humana. En ese sentido, el interés es la posibilidad de que una necesidad experimentada por el sujeto sea satisfecha mediante un respectivo bien[226]. En el ámbito contractual el daño moral tiene que afectar un interés relacionado al contenido del contrato y las obligaciones que se deban cumplir en el marco de la relación. Así pues, la indemnización sólo tomará en cuenta aquellos daños que tengan relación con la convención que liga a las partes del contrato, hacia ellos se centrará y limitará[227]. Por ende la lista de daños resarcibles no debe recargarse ni extrapolarse a sucesos que, aunque negativos para la víctima, no se deducen como un interés legítimo relacionado al contrato y su apropiado cumplimiento. En ese sentido sería indemnizable la frustración de una pareja cuando su banquete de bodas es mal servido. También la preocupación que experimentaría el dueño de un auto que mandó a repararlo y le es devuelto luego de tres meses. Asimismo, si por causa de un incumplimiento contractual una familia

[226] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 155.
[227] Cfr. PÉREZ, *op. cit.*, p. 51.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

entera se queda sin electricidad por varios días[228]. En todos estos casos hay expectativas o intereses creados a partir del correcto cumplimiento del contrato. Estos consistían en acceder a un bien o en conservar uno que ya tenían, como la electricidad, con lo cual satisfacían sus necesidades. Aparte vale mencionar que los intereses no deben apuntar a bienes jurídicos concretos y tipificados, ni que deban formularse de manera sistemática. Los bienes e intereses podrán ser cualquiera que tenga naturaleza inmaterial, mientras sean considerados legítimos[229].

Si esto se lleva al contrato laboral, su normal cumplimiento implica principalmente el pago de las remuneraciones. Pero paralelamente también implica el respeto al carácter estable de la relación, además del respeto a otros derechos laborales. Así, la percepción continua de su salario es para el trabajador el principal bien que el trabajador obtiene por medio de su empleo, con la remuneración solventa sus gastos diarios. Por lo tanto posee intereses legítimos en que este apercibimiento se mantenga. De esta forma, el trabajador espera que con el curso normal de su trabajo se satisfagan esos intereses, y el verlos ser frustrados por el despido le generará un daño o afectación a nivel emocional. Claramente, la cesación de sus remuneraciones puede provocar muchos problemas al trabajador. No obstante, no cualquier drama o calamidad que experimente un trabajador despedido debería vincularse a un interés legítimo. Él trabajador podría por ejemplo retrasarse en el pago de la renta, del colegio de sus hijos o del pago de la tarjeta de crédito. Él también podría darse cuenta que por su edad no le será nada fácil conseguir otro trabajo. Ciertamente eso le generará una profunda angustia. Pero otro tipo de problemas pueden surgir del despido. Su esposa podría reprocharle por perder el empleo y finalmente abandonarlo o ser objeto de burla por parte de sus amigos. Estas últimas consecuencias, por trágicas que sean, no constituyen el rompimiento de un interés legítimo y razonablemente derivado de no percibir sus remuneraciones. ¿Qué empleador por ejemplo se puede imaginar que al despedir a su trabajador lo está empujando hacia un divorcio? En cambio si es razonable suponer que la pérdida de su empleo y sus remuneraciones afectarán gravemente su capacidad o estabilidad económica.

[228] *Ibíd.*, p. 44-45.
[229] *Ibíd.*, p. 47-48.

Repositorio Institucional PIRHUA

El contrato laboral puede ser vista como una fuente indefinida de ingresos que afecta a la capacidad económica del trabajador. En ese sentido el interés razonablemente esperado del trabajador estará en lo económico. Pero ese carácter económico no hace que la eventual afectación a ese interés sea más leve. Al contrario, el cese de las remuneraciones representa un asunto serio para cualquier trabajador. El Derecho Laboral ha resaltado la vital importancia que conlleva el apercibimiento de las remuneraciones. De hecho a las remuneraciones se le atribuyen un carácter alimentario, parecido, pero no idéntico, a los alimentos del Derecho de Familia. Esto es porque lógicamente casi todas las familiar dependen de ese ingreso para cubrir sus necesidades básicas como comida, salud y otros. Por ello se justifica que por ejemplo el pago de las remuneraciones tenga prioridad sobre las demás obligaciones del empleador, por su carácter de alimentario y esencial para el trabajador[230].

Con relación a lo anterior, la doctrina laboral también ha resaltado la importancia de la protección del trabajador ante el despido y lo importante que es para éste mantener su empleo. La protección contra el despido que brindan las leyes ofrece cierta estabilidad económica al trabajador, de manera que la pérdida de su empleo lo puede sumir en la miseria y el desamparo[231]. Asimismo, también se ha dicho que el fundamento de la protección contra el despido recae, más que el derecho de estabilidad, en el derecho de "seguridad social" del trabajador, una seguridad que debe ser entendida como de carácter económico[232]. Así pues, la sola pérdida del empleo produce una sensación de inseguridad y perturbación en el trabajador. Ese sería el daño moral más común en casos de despido, la inseguridad que experimenta el trabajador en cuanto su capacidad económica[233].

El empleo brinda pues cierta seguridad al trabajador, un estado anímico sosegado y tranquilo porque vive seguro de poder mantener a su familia y a sí mismo. La ruptura de la estabilidad laboral rompe también con esa seguridad "económica" que antes sentía el trabajador. El trabajador despedido entra en un estado de preocupación, de angustia y

[230] Cfr. QUISPE, *op. cit.*, p. 34.
[231] Cfr. MARTORELL, E., *Indemnización del daño moral por despido*, 2° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 95.
[232] Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, C., *El Derecho*, *op. cit.*, p. 23.
[233] Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "Las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido", *Soluciones Laborales*, no. 68, 2013, p. 13-22.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

hasta de desesperación[234]. La razón es claramente que pierde su principal y tal vez única fuente de riqueza, el soporte para solventar sus necesidades y las de su familia. La reflexión que podría hacerse a todo esto es que el trabajador que accede a un trabajo con estabilidad laboral genera en su mente la expectativa de acceder a una, por decirle de algún modo, estabilidad o seguridad económica. Esta idea alude a la seguridad de contar con los recursos económicos necesarios para mantener cierto estilo de vida y solventar las necesidades de la persona y su familia. Hacia eso es lo que parecen apuntar las sentencias antes comentadas cuando hablaban de la tranquilidad familiar.

El daño moral entonces será la angustia o intranquilidad que sienta el trabajador por perder sus remuneraciones. Sin embargo el detrimento hacia ese interés puede no ser tan grave como se pensaba. En la Cas. Nº 2677-2012-Lima se dice que el trabajador no estaba impedido de obtener ingresos por otros trabajos. Por ese motivo se redujo el monto indemnizatorio a uno menor que el pedido por el trabajador. Aquello tiene sentido. Si el trabajador consigue un nuevo trabajo ha recuperado su estabilidad económica. La angustia que antes sentía por no tener medios

[234] Figueroa Estremadoyro establece cierta relación entre la estabilidad laboral y la *estabilidad emocional* de trabajador. Él ha dicho que la estabilidad laboral tiene como fundamentos un factor psicológico, un factor económico, un factor social y un facto jurídico. Lo curioso es que en su exposición inadvertidamente empieza a razonar sobre el daño (moral) que provoca el despido. En el factor psicológico se dice:
"(...) *el humano tiende a lo estable en todo sentido. El propio mundo, el universo debe tener estabilidad en sus Leyes Físicas para mantener el equilibrio adecuado y poder subsistir. No podrían darse seres ni cosas sin la correspondiente estabilidad. El hombre también requiere estabilidad emocional, en el hogar, en su salud para vivir sin mayores tensiones y libre de muchas enfermedades y con mayor razón en el trabajo, puesto que es una fuente para poderse mantener, desarrollar su capacidad y cumplir con su misión. Nada hay más que perturbe al hombre lo que es inestable, lo impreciso; de aquí que la angustia, en que no se sabe de nada, es el estado que más preocupa y aterra*".
Y a continuación, sobre el factor económico dice:
"(...) *es de interés del trabajador contar permanentemente con una renta, con un ingreso diario que al par le da seguridad económica y social, tanto en el momento en que vive como en sus proyecciones hacia el futuro.* (...) [el Estado debe] *garantizar al trabajador para que rinda sin la amenaza de un despido injusto, sin desmoralizarlo, ante la posibilidad de que dicho esfuerzo quede frustrado por la súbita pérdida del trabajo y que sus esperanzas, así como la de los suyos, de conseguir un futuro mejor no sean realidad*". Véase FIGUEROA ESTREMADOYRO, H., *Nueva Ley de la Estabilidad Laboral y su Reglamento. Analizada, concordada y comentada por Hernán Figueroa Estremadoyro*, Inkari, Lima, 1988, p. 4-5.

Repositorio Institucional PIRHUA

de subsistencia desaparece, o por lo menos disminuye considerablemente. En ese sentido, el acceso a un nuevo empleo sería también aquí, en el campo de los daños morales, un factor que disminuye la dimensión del daño. En estos casos no parece apropiado referirse a la regla de la *compensatio lucri cum damno* por cuanto no se podría hablar precisamente de un "lucro" moral que compense el daño moral[235]. En todo caso, lo cierto es que un nuevo empleo afecta la esfera emocional del sujeto y le devuelve cierta tranquilidad. Para evaluar el daño moral en estricto se puede tratar de imaginar que sentiría ordinariamente una persona normal en las mismas circunstancias[236].

Lo que se debería buscar es el interés o expectativa que el trabajador pudo haber tenido conforme a su empleo y sus necesidades económicas, porque eso reflejaría el grado de angustia que pudo haber experimentado ante el despido. En la ya comentada sentencia de fecha 12.08.13 de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, Exp. N° 00029-2013-0-1001-JR-LA-0, cuyo despido duró un año y cuatro meses, el trabajador recibió como lucro cesante el íntegro de sus remuneraciones no percibidas. Pero en cuanto al daño moral, cuando solicitó un monto de S/. 53,066.66 nuevos soles, la Corte sólo le otorgó S/.2,000.00 nuevos soles. El trabajador señaló que el daño moral consistía en la lesión a su dignidad, a su proyecto de vida, a su honor y buena reputación, entre otras cosas. Sus argumentos fueron descartados por falta de pruebas, pero además la Corte observó como una circunstancia especial que el trabajador había ingresado por contratos bajo modalidad o temporales. De hecho, su despido en realidad se dio por la finalización de su contrato temporal. Así, para la Corte este hecho significaba que el trabajador ya estaba "preparado" para salir de ese empleo, por lo que su daño moral sería mínimo. La sentencia dice.

> "*Siendo esto así, conocía la fecha de finalización del contrato de trabajo modal y conocía de la temporalidad de los contratos celebrados, por tanto era conciente y conocía que este podía extinguirse al solo vencimiento del plazo pactado, por tanto, si conocía de esta probabilidad latente y cierta de extinción, al producirse la misma el daño moral es mínimo. Es recién con la*

[235] En sentido contrario piensa De Cupis, quien señala que también en los daños no patrimoniales las ventajas se pueden compensar con los daños. Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 328.
[236] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 167.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> *asesoría de su Abogado y la sentencia de amparo en que se percata que su contrato modal se había desnaturalizado y se convierte en indeterminado.*
> *(...) Siendo esto sí, el despido del actor le ha generado daño moral mínimo el que razonablemente debe ser resarcido en la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES*".

Así, conforme a esta sentencia se deduce que un contrato temporal permite suponer que un trabajador podría ya estar emocionalmente "preparado" para salir de un empleo. Por lo tanto ya no posee ningún interés en que dicho empleo lo ayude a mantener su estabilidad económica. En consecuencia, si ya no hay interés vinculado al empleo, tampoco hay daño, o como dice la sentencia, este daño sería mínimo.

Pero estos no son los únicos factores que podrían afectar la determinación del daño. En la Cas. N° 5721-2011-Lima, que se vio también en el tema de las remuneraciones devengadas, el despido duró dos años y cuatro meses. Respecto al daño moral, la primera instancia lo indemnizó con S/. 25,000.00 nuevos soles, la apelación la elevó hasta S/. 200,000.00 nuevos soles y la casación la dejó en S/. 50,000.00 nuevos soles. Irónicamente en todas las instancias se aludía al criterio de equidad para determinar sus montos indemnizatorios. En la exposición de argumentos, la Corte Suprema señaló que no había duda de que se había generado un daño moral por el desconcierto que causa perder un trabajo. Su razonamiento para determinar el daño moral fue como sigue:

> "*Que, no obstante lo dicho, el daño moral debe ser indemnizado, pues no cabe duda que la conducta de la demandada menoscabó los sentimientos y generó aflicción al demandante. Ello constituye una máxima experiencia, pues lo habitual es que el individuo que pierde sus labores ingrese a una etapa de desconcierto y de penuria que lo afecta. Sin embargo, en casos como el propuesto el desconsuelo queda mermado porque a once días útiles del despido se emitió la sentencia del Tribunal Constitucional, que indicaba una ruta a seguir, que es la que precisamente siguió el demandante, auxiliado por el Sindicato de Empleados, lo que supone una ayuda que también debe ser evaluada*[237]*. Es, siguiendo el criterio aquí expuesto, que este*

[237] Lo que la sentencia señala es que once días útiles después del despido del trabajador se emitió la STC N° 1124-2001-AA/TC. Ese fue el conocido caso de la Federación de Telefónica del Perú, caso FETRATEL, que marcó el inicio de lo que sería el despido incausado y el despido fraudulento. Así, la sentencia de este caso sirvió como sustento

Repositorio Institucional PIRHUA

> *Tribunal Supremo considera que se ha dictado una indemnización excesiva por este tipo de daño, tanto por las razones anotadas como porque la inexistencia de ingresos económicos es reparado en parte por la reparación por lucro cesante que ahora se está entregando. En esa línea interpretativa, se fija el monto de la indemnización por daño moral en la suma de S/. 50,000.00 Nuevos Soles (cincuenta mil con 00/100 Nuevos Soles) que constituye una suma que representa la mitad de lo entregado por lucro cesante y que tiene en cuenta además de lo ya expuesto, las características vitales del demandante (persona de cuarenta y siete años cuando ocurrieron los hechos) y su posibilidad de reponerse del ánimo mellado, más aún si el despido tampoco puede suponer que el individuo entre en un estado de postración que lo imposibilite a seguir su existencia".*

Muchas cosas sobresalen en la sentencia citada. En primer lugar se vuelve a decir que el despido hace que el trabajador entre a un estado de desconcierto y penuria, de hecho para la Corte esto hasta constituye una *máxima de la experiencia*. Pero otra vez se vuelve a decir que tal angustia experimentada puede ser mermada. La diferencia de esta sentencia con la Cas. Nº 2677-2012-Lima es que no señala a un posible nuevo empleo como un factor que merme el daño moral, y eso que se pudo presumir que este nuevo empleo existió debido a que el despido duró más de dos años. La sentencia más bien señala como un factor que aliviaba el daño moral la mera existencia de una vía procesal idónea para recuperar su empleo, vía procesal que además empezó a existir a tan sólo once días útiles del despido. El sólo hecho de saber que existe una vía jurídica para impugnar el despido sería, a criterio de la Corte, suficiente para rebajar el monto indemnizatorio por daño moral. Ello parece ciertamente absurdo y exagerado, la simple posibilidad de recuperar su empleo no sería un verdadero paliativo para la angustia del trabajador. Sin embargo ése fue el argumento de la Corte Suprema para rebajar el monto indemnizatorio.

La sentencia también señala que la edad del trabajador también debía ser tomada en consideración porque, conforme se puede leer, éste es un indicativo de su posibilidad de reponerse y "*seguir su existencia*". Del texto de la sentencia no está claro si la edad del trabajador en concreto (cuarenta y siete años) es un aumento o una merma para el

---

para que se declare fundada la demanda de amparo interpuesta por el trabajador para obtener su reposición.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

monto indemnizatorio. Simplemente se dice que se le está tomando en consideración. No obstante, una forma de entender esto es que la edad del trabajador importa para sus posibilidades de obtener un nuevo empleo. Probablemente a eso se aluda cuando se habla de reponerse y de "*seguir su existencia*", a la obtención de un nuevo trabajo y fuente de ingresos. En todo caso es lógico suponer que un trabajador de mayor edad sea consciente de que tiene menos posibilidades de conseguir un empleo, lo que le generará una angustia mayor.

La Corte también señala que el daño moral ya está siendo reparado en parte por la propia indemnización de lucro cesante. Por medio de tal indemnización la aflicción sufrida quedaría en parte mermada. De hecho la propia sentencia fija como monto indemnizatorio la mitad del monto recibido por lucro cesante. Los factores como la edad del trabajador, la vía procesal idónea y la indemnización del lucro cesante aparecen entonces como meras excusas para rebajar el monto solicitado por el trabajador. La indemnización del daño moral parece más bien estar definida en función de la indemnización por lucro cesante. Muchos jueces ajustan la reparación del daño moral en función de la reparación por daños materiales, eso es cierto en muchos casos. Pero si ambas categorías de daño son independientes, lo correcto sería que los montos indemnizatorios se justifiquen de manera independiente y no en función de otras indemnizaciones.

Por último queda por observar en este caso que ninguna de las "mermas" del daño impidió que se diera una indemnización por S/. 50,000.00 nuevos soles, porque para la Corte *no cabe duda que la conducta de la demandada menoscabó los sentimientos y generó aflicción al demandante*. Además el monto de la indemnización es la mitad del lucro cesante, por lo que parece estar más en función de la indemnización por lucro cesante que de los factores que se mencionan.

Anteriormente se habló del caso contenido en Cas. N° 139-2014-La Libertad y cómo su sentencia de primera instancia hablaba de la importancia de las remuneraciones para el trabajador. El trabajador no había sido repuesto pero había obtenido una indemnización en virtud de una norma especial, la Ley N° 27803. Pero además, en primera instancia se le otorgó una indemnización por daño moral de S/.15,000.00 nuevos soles. No obstante ello que se avaló la indemnización del daño moral en primera instancia, la sentencia de segunda instancia la revocó bajo

Repositorio Institucional PIRHUA

argumentos que fueron recogidos por la Casación N° 139-2014-La Libertad, entre ellos está que:

> "*el actor no ha presentado prueba directa o indirecta que acredite la producción de algún daño moral que deba ser objeto de indemnización en esta vía, puesto que, si bien es cierto que el artículo 1332 del Código Civil no exige una prueba precisa del daño extrapatrimonial sufrido por la víctima para los efectos de su cuantificación, ello no exime la carga que tiene el pretensor de acreditar la existencia de los hechos concretos que habrían provocado el daño moral que alega haber sufrido.* (...)
> *Es necesario tener presente que el artículo 16 de la Ley N° 27803 establece que la compensación económica prevista en ella "no comprende los años no laborados" y, por tanto, se infiere que los alcances de la compensación cobrada por el actor, al no incluir el lucro cesante (por los años no laborados), abarca fundamentalmente el daño emergente y el daño moral; razón por la cual resultaría incorrecto conceder una nueva indemnización al actor por este concepto.* (...)
> *En consecuencia, si la producción de un despido inconstitucional ya posee dentro del sistema jurídico un mecanismo de restitución del derecho lesionado, no es correcto suponer que la sola producción de este hecho (del despido inconstitucional) supone automáticamente inferir la existencia de un daño moral, como el que es materia de la demanda. Para ello es necesario alegar y probar la existencia de hechos que, como consecuencia del despido inconstitucional, de que se trate, constituyan indicativos inequívocos de la producción del daño moral invocado.* ***f.*** *Se concluye, entonces, que sí existió un daño resarcible en agravio del demandante, pero que éste ya ha sido reparado por los instrumentos creados Ad Hoc por la Ley N° 27803 y que la sola probanza del hecho del despido irregular no constituye razón ni prueba suficiente para concluir que existe un daño moral adicional que deba ser reparado, pues para ello sería necesaria la alegación y probanza de eventos o circunstancias concretas que, con motivo del despido, hubieran producido un sufrimiento o gran aflicción catalogable como daño moral que dé lugar a resarcimiento, como en otras ocasiones ha ocurrido, pero no se ha presentado en este caso".*

Lo que resalta en este caso en que expone una mayor rigurosidad en lo que se refiere a la probanza del daño. Así, la sentencia señala que *no es correcto suponer que la sola producción de este hecho (del despido inconstitucional) supone automáticamente inferir la existencia de un*

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

daño moral. Esto concuerda con lo que se espera en un análisis de responsabilidad contractual. Los daños morales son presumibles en determinados contextos, como por ejemplo un incumplimiento contractual. Sin embargo, para determinar si procede la indemnización el daño debe pasar de un daño presumible a un daño cierto. El hecho del propio incumplimiento del contrato no acredita que como consecuencia de éste se haya provocado un daño moral [238]. El incumplimiento contractual lesiona obviamente un derecho, pero la indemnización no busca restituir el derecho lesionado sino mitigar y desaparecer los efectos negativos de dicha lesión[239]. La entidad exacta del daño siempre será presumible [240], pero la existencia de perjuicio moral por el incumplimiento de un contrato no puede ser meramente contingente. Así, la presunción de su existencia tiene que ser contrastada[241]. En el caso de la sentencia citada, la lesión al derecho del trabajador no es suficiente para acreditar un daño moral resarcible. En todo caso, si tal daño se llegó a producir, ya ha sido reparado por la indemnización impuesta por la norma especial. Para una indemnización adicional es necesario probar los hechos que sustenten o permitan demostrar la existencia de ese daño.

Otra entidad tiene un criterio distinto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dice que en casos de daño moral en sentido estricto, la propia sentencia que ampara la demanda constituye por sí misma una reparación adecuada para el daño. La excepción se daría para casos sumamente graves de violaciones a los derechos humanos y un intenso sufrimiento causado, donde sí procedería una indemnización monetaria[242]. La relevancia de la postura de la CIDH es que ha aplicado este criterio a un caso de despido ocurrido en Perú. El caso trata de unos jueces del TC despedidos injustamente, *Tribunal Constitucional V.s Perú* [243]. En aquella oportunidad la CIDH no otorgó ninguna

[238] Cfr. PÉREZ, *op. cit.*, p. 133.
[239] Cfr. SEMPERE y SAN MARTÍN, *op. cit.*, p. 62.
[240] Cfr. QUINTANILLA, *op. cit.*, p. 32.
[241] Cfr. PÉREZ, *op. cit.*, p. 140.
[242] Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 33, 1999, p. 339-340.
[243] Esta sentencia ha sido mencionado por ejemplo en la Cas. N° 2712-2009-Lima, la que empezó a denegar el pago de las remuneraciones a título restitutorio. La sentencia casatoria la señala para indicar que la posible indemnización por las remuneraciones tomaría justamente el monto de éstas como un factor para determinar la reparación. Pero también esto ha sido usado para abogar por el pago de las remuneraciones a título

Repositorio Institucional PIRHUA

indemnización por daño moral. En la sentencia, la CIDH señaló que la reintegración de los jueces a sus antiguos puestos y la propia sentencia que amparaba la indemnización constituían en sí mismas una reparación del daño moral. En consecuencia una indemnización pecuniaria no era necesaria ni procedente, como se expone a continuación:

> "*La Corte, conforme a una constante jurisprudencia internacional, considera que la obtención de una Sentencia por parte de las víctimas, como culminación de un proceso que ampare sus pretensiones, es por sí misma una forma de satisfacción70. En el caso sub judice, se trata de magistrados de un alto tribunal de justicia constitucional que fueron destituidos. Consta en el expediente que, el 17 de noviembre de 2000 (supra 26 y 56.30), mediante una resolución del Congreso, los magistrados fueron restituidos en sus funciones, es decir, por el propio órgano que los había removido de sus cargos. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano". La Corte considera que esos hechos constituyen per se una reparación moral; igual reparación moral entraña la presente Sentencia*".

Sobre esto cabe decir que algo que caracteriza a los casos que se están viendo es que tiempo después del despido se emite una sentencia que dice que el despido fue ilegal y se ordena la reposición del trabajador a su antiguo puesto de trabajo. Aquello podría ser considerado como una reparación *in natura* del derecho a la estabilidad laboral y por ende también de la estabilidad económica del trabajador. La sentencia y la reposición repararía la dignidad afectada del trabajador y la angustia que sufrió cuando estuvo despedido. El trabajador incluso recibe una indemnización por lucro cesante que contrarresta los efectos materiales del despido. Con todo se podría postular que en casos de despido declarado nulo no procede el pago de ningún monto de dinero, porque cuando la reparación bien puede conseguirse *in natura* no siempre se justifica imponer una condena pecuniaria [244] . De hecho, algunos laboralistas dicen que el daño moral por despido arbitrario se repara *in natura* con la publicación de la sentencia[245].

---

restitutorio. Véase por ejemplo la sentencia de fecha 19.12.2012 de la Corte Superior de Junín, Exp. Nº 02657-2012-0-1501-JR-LA-02.

[244] Cfr. REY DE CASTRO, A., *La responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972, p. 347-348.

[245] Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, p. 23-24.

Repositorio Institucional PIRHUA

Ese razonamiento no parece ser realmente justo, que las sentencias y reposiciones se consideren *per se* una reparación del daño moral. Eso anularía cualquier posibilidad de una indemnización pecuniaria, lo que incluye casos donde el trabajador sí pudo haber sido seriamente afectado. Sin embargo la idea de reparación *in natura* del daño moral no carece de cierta lógica, porque al fin y al cabo la reposición le pone fin a las dolencias del trabajador. Eso es lo que pudo haber dicho por ejemplo la Cas. N° 5721-2011-Lima cuando quiso reducir el monto indemnizatorio, en lugar de aludir a la mera existencia de una vía procesal idónea para alcanzar la reposición. Ante esta disyuntiva, la respuesta podría ser que la sentencia y la reposición se consideren la reparación efectiva e íntegra en aquellos casos donde el interés del trabajador por su capacidad económica se ha visto afectada a niveles mínimos. Sin embargo esto deja de lado que la indemnización por daño moral no solamente se da para satisfacer el interés de la víctima sino que también debe significar un desincentivo para futuras acciones y en cierta forma también una sanción para el responsable. Como se mencionó antes, la responsabilidad civil cumpliría estas tres funciones, reparación, punición y prevención. Si se considera que no debe haber indemnización porque hay una reparación *in natura* con la reposición, probablemente se pierda la oportunidad hacer uso de las otras funciones de la responsabilidad civil.

De hecho hubo un caso reciente que analizó si la reposición cubría el daño moral cuando este fuese mínimo. El caso visto por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Exp. N° 3183-2010-0-1706-JR-CI-01. En este caso, un trabajador del régimen privado fue despedido pero gracias a una medida cautelar fue repuesto en tan solo dos meses, mientras seguía su proceso de amparo. El trabajador solicitó una indemnización de S/.5 000.00 nuevos soles por daño emergente (por los costos del proceso de amparo) y S/. 350 000.00 nuevos soles por daño moral. Para sustentar el daño alegaba que con sus ingresos mantenía a su familia, que llevaba veinte años en la empresa, que fue objeto de burlas y mofas por su despido, que perdió a su grupo amical, el trajinar judicial para obtener su reposición y que hubo daño al proyecto de vida por frustrar su expectativa de ascender en la empresa. La empresa demandada señaló que el daño era mínimo pues había sido repuesto tan sólo dos meses después de su despido. De hecho esta cuestión fue parte de los puntos controvertidos. En la primera instancia, la sentencia de fecha 09.09.2013 dijo lo siguiente:

Repositorio Institucional PIRHUA

"*Ahora bien, se desprenda de la proceso de amparo 5521-2009 que ante el despedido arbitrario, es manifiesto que existió una afectación en la esfera psicológica del demandante, en cuanto es propio que estas circunstancias causen aflicción en el despedido al ser separado de su medio laboral, disminuidos en sus ingresos mensuales ordinarios y afectado el normal transcurrir de su vida, pero debe quedar establecido que el actor no ha logrado probar en concreto cuál era el numero de carga familiar afectada, que ha sido objeto de burlas y mofas, y que ha perdido el grupo amical; por otro lado en cuanto al argumento de los sufrimientos en el trajinar judicial, no quedan del todo verificados, pues se ve contrarestado este argumento por la pronta respuesta judicial al ser repuesto en vía cautelar a sólo dos meses de haber sido despedido; por lo que estamos entonces ante una víctima directa del daño que es un trabajador adulto que fue despedido del trabajo por un periodo de dos meses, cuya relación laboral con su empleador se rige por el régimen laboral Privado.*
Estos daños, incuantificables por su naturaleza, son mínimamente cuantiosos en los casos de este tipo, máxime si la duración del despido fue corta, *durante dos meses, deben repararse estableciendo un suma prudencial, de conformidad con el artículo 1985 del código civil; debe ordenarse el pago de la reparación en la suma de MIL NUEVOS SOLES, por concepto de daño moral*. (...)
Finalmente ha de absolverse el punto controvertido referente al de que si los daños fueron resarcidos por la entidad demandada con la reposición del demandante a su centro de trabajo. ***Este juzgado considera, que la reposición no agota el resarcimiento, pues son también funciones de la reparación civil los fines preventivos.*** *Que si bien es cierto que las indemnizaciones laborales sean tasadas e incluyan los daños; no lo es materia civil pues es autoridad del juez civil valorar lo hechos y determinar la entidad del daño y si ha sido efectivamente reparado*". (Resaltado agregado)

La Corte Superior de Lambayeque con su sentencia de fecha 13.10.2014 terminó elevando la indemnización por daño moral a S/.5 000.00 nuevos soles[246] por lo siguiente:

"*En el presente caso, corresponde al órgano jurisdiccional garantizar que se reparen las consecuencias producidas y se efectúe el pago de*

[246] La sentencia de la Corte Superior de Lambayeque puede encontrarse comentada en "Para Sala Civil se debe indemnizar por daño moral a persona despedida arbitrariamente", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 202, 2015, p. 156-159. El comentario del artículo más bien rechaza el fallo de la Corte Superior argumentando que la indemnización no procedería si el trabajador ya ha sido repuesto.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> *una justa indemnización como compensación de dicha lesión, pues, el daño moral resulta patético, ello en razón a que el despido repentino y a la vez arbitrario, dejó al demandante sin la fuente de ingresos de sostenibilidad de su familia; que su trabajo lo venía desempeñando por un aproximado de veinte años y que generó en el entorno laboral una afrenta que menoscabó sus sentimientos, además, tuvo que desplegar actividades de atención a su proceso judicial a efecto de ser efectiva su reincorporación laboral definitiva;* (...)
> *Se enfatiza además a este respecto que, como lo enseña la doctrina y lo asume la jurisprudencia, el daño moral está referido al dolor propio y al producido en el entorno familiar cercano, lo cual no exige de una actividad probatoria acuciosa cuando, como en el caso sub materia, es manifiesta la aflicción del demandante que, tras haber venido laborando por un aproximado de veinte años, repentinamente se quedó sin trabajo debido a una conducta arbitraria de la empleadora demandada. En tal contexto, considera el Colegiado que el monto señalado por el A quo resulta diminuto, correspondiendo ser aumentado proporcionalmente a la suma de cinco mil nuevos soles*".

La sentencia de segunda instancia es un tanto repetitiva al compararla con las otras sentencias citadas. Factores como la carga familiar, nunca acreditada realmente, y el trajinar del proceso judicial son usados para sustentar la indemnización. Como novedad aparece el tiempo que el trabajador estuvo en la empresa, veinte años. Su inclusión podría resultar válida, en cuanto permite dilucidar la seguridad que el trabajador sentía respecto a su empleo y el cobro de sus salarios. Un despido sorpresivo evidentemente afectaría esa tranquilidad que sentía el trabajador. Pero lo más resaltante está en la sentencia de primera instancia. Ahí los argumentos del trabajador son rechazados y se declara que el daño es mínimo. Sin embargo, no por ello el daño causado se compensa con la reposición del trabajador, aunque el despido sólo haya durado dos meses. La razón no es otra que permitir que la indemnización también cumpla sus otros fines, especialmente la preventiva.

Por los factores que ya se han mencionado, algunas veces el trabajador no experimentará un desasosiego sobresaliente por el desempleo, por más injusto y lesivo de derechos que éste haya sido. Ante un eventual despido no sufre igual un trabajador de mediana edad que es padre de varios niños que un trabajador joven que aún vive y es mantenido en parte por sus padres. De hecho en el segundo de los casos puede que el joven trabajador no haya experimentado ninguna pena por

Repositorio Institucional PIRHUA

perder su empleo. A lo mucho pudo haber sentido la molestia de haber sido despedido, como cualquiera lo sentiría, pero ninguna preocupación seria acerca de su subsistencia y sus responsabilidades. En esos casos la indemnización pecuniaria no sería realmente un paliativo del dolor, sino una simple dádiva del juez y quizás un castigo para el empleador. En sentido opuesto, un menoscabo sustancial de la estabilidad económica del trabajador implicaría una angustia descollante durante el período de despido, al punto que la sentencia y la reposición no parecen ser suficientes para compensar todo ese sufrimiento.

El análisis escrupuloso de los hechos puede llevar a deducir mejor el grado de angustia que experimentó un trabajador. La cuestión es si cuando la angustia parece haber sido mínima o casi nula el trabajador amerita aún así una indemnización. La respuesta dependerá de si se acepta que la indemnización se avoca solamente a satisfacer y mitigar el dolor de la víctima o si también tiene implica una sanción para el trabajador y una forma de prevención de actos futuros. Ambas opciones conllevan problemas prácticos. La mayoría de demandas por daño moral siempre hacen alusiones superficiales de lo que constituyó el daño y los casos de despido no son la excepción, como se ha visto en los casos citados. Amparar en esos casos una indemnización por cuestiones de sanción al trabajador podría significar la distorsión de la otra función, la aflictivo consolatoria, porque se indemniza sin que haya un daño adecuadamente determinado[247]. Esto además podría ser visto como un enriquecimiento injusto de la víctima. Además que con esto seguirían las demandas carentes de hechos y pruebas sobre el daño. Si siempre se va a recibir algo, no hay necesidad de esforzarse en sustentar el daño aludido. Pero al no indemnizar se podría crear cierto clima de impunidad a favor de los empleadores. La opción entre una y otra no es fácil. En todo caso, lo más óptimo parece ser abogar porque la indemnización en esos casos proceda, en virtud de la funciones sancionadora y preventiva de la responsabilidad civil. Sin embargo, el monto tendrá que ser el mínimo considerable.

La idea de seguir este criterio es que si en todos los casos de despido se otorga una indemnización por daño moral, entonces ese podría

[247] Cfr. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R., "Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática", *Themis*, no. 50, 2005, p. 281, disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8777/9164 (Consultado el 03.07.2015)

Repositorio Institucional PIRHUA

generar efectivamente un efecto disuasorio para los empleadores. No obstante, cuando el daño sea mínimo o no sea probado la indemnización será mínima. Un monto que podría ser otorgado sería el equivalente a una remuneración mínima. De esta forma se evita enriquecer de manera notoria y desproporcionada al trabajador que no sufrió o que no se molestó en desarrollar los fundamentos de su demanda. De esa forma, aún cuando se otorgue dinero, igual se estaría incentivando a los demandantes para que formulen mejor sus demandas. Si el trabajador despedido alude a hechos genéricos o si no presenta pruebas, su reparación debería ser la mínima posible.

Con esto y lo ya visto anteriormente se puede empezar a perfilar cómo debería ser la indemnización del daño moral en casos de despido con posterior reposición. Lo que el trabajador tendrá que alegar en su demanda es que el despido ha dañado menoscabado seriamente la estabilidad económica que gozaba gracias a su empleo. Para sustentar esto el trabajador deberá señalar los hechos y pruebas pertinentes, como la carga familiar que tiene, sus deudas, su gastos ordinarios, etc. Incluso puede señalar que tal fácil le hubiera sido conseguir otro empleo semejante al que perdió, por factores como la edad, la profesión que realiza, la situación del mercado laboral, etc. Todo lo que pueda justificar que el trabajador se haya sentido gravemente angustiado por el detrimento de su capacidad económica y la necesidad de seguir manteniendo a su familia y a él mismo. Por su parte el empleador puede señalar hechos que demuestren que la angustia sufrida por el trabajador no tan grave. Principalmente los ingresos por otros trabajos claramente devuelven cierta tranquilidad al trabajador despedido. El juez determinará, con un reflexivo y moderado razonamiento, la indemnización en función de todos estos factores. Su sentencia entonces deberá reflejar el cuidadoso examen que ha hecho para llegar a fijar la compensación por el daño moral.

Esto claramente contrasta con las sentencias que se han visto. Algunas ciertamente señalan algunos elementos que tomaron en consideración, pero no detallan más acerca de su razonamiento para llegar al *quantum* indemnizatorio, simplemente lo avalan con el uso del criterio de equidad. Esto puede llegar a ser peligroso. Ante la falta de rigurosidad en las pruebas de la existencia del daño el juez llega a tener un campo muy amplio para determinar la indemnización. Aquello propicia y favorece el uso desnaturalizado y hasta perverso del daño

Repositorio Institucional PIRHUA

moral[248]. Los elementos que señalan como factores el daño pueden servir como excusa para determinar arbitrariamente el monto indemnizatorio. Esto es reprochable, tanto si la indemnización es notoriamente menor o mayor al daño sufrido.

Un ejemplo de la instrumentalización del daño moral se ve en la sentencia de fecha 03.12.2009 del Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, Exp. N° 12389-2006, que también se vio en el tema de las remuneraciones dejadas de percibir. El profesor despedido por una universidad y que pedía una reparación de S/. 1,000,000.00 nuevos soles obtuvo por el pago de sus remuneraciones la módica suma de S/. 17,050.00 nuevos soles. Pero en cambio, por el daño moral su indemnización alcanzó los S/. 200,000.00 nuevos soles, bajo el argumento siguiente.

> "*En el presente caso, al demandante, la conducta de* [la universidad] *le ha causado daño moral, por cuanto ha sido víctima de ciertos padecimientos; en este sentido el Despacho advierte por sentido común, que al demandante se le ha ocasionado sufrimiento a su persona, en razón a que se le han vulnerado sus derechos, al haberlo cesado corno profesor de la facultad de Derecho de la Universidad demandada; evidenciándose en el trajinar judicial para lograr se le reponga, por lo que en conclusión debe resarcirse el daño señalado. Evidentemente que establecer un monto económico para resarcir el daño moral, es complicado, por lo que el Despacho tomará en consideración, el camino recorrido por el demandante para defender su derecho a que lo indemnicen por el daño ocasionado, como se aprecia de las sentencia judiciales razón por la cual el Despacho considera el monto prudencial de S/. 200,000.00 por concepto de daño moral*".

Que la indemnización por daño moral sea tan superior a la de lucro cesante (aquí vista como daño emergente) no es *per se* algo erróneo o equivocado. Ambos son categorías de daños autónomos e independientes. Por lo tanto el monto de una no debería afectar a la otra. Lo que sí es criticable es que se haya llegado a la extraordinaria suma de S/. 200,000.00 nuevos soles sin haber descritos los hechos y pruebas que sustenten la proporción entre la indemnización y el daño. La sentencia sólo señala una general vulneración a los derechos del trabajador y la

[248] Cfr. PÉREZ, *op. cit.*, p. 145.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

angustia que experimentó en el *trajinar judicial para lograr se le reponga*. Si bien la desazón y el disgusto por seguir procesos judiciales podría ser tomado en cuenta, por sí sola no justifica un monto tan alto. Tampoco una alusión general a los derechos violados del trabajador. La sentencia nunca se pone a analizar elementos como la carga familiar del trabajador, o si consiguió un nuevo empleo u otros de los factores señalados anteriormente. Aunque incluso sustentando su decisión en esos factores el monto S/. 200,000.00 nuevos soles parece realmente exagerado para el daño moral producto de un despido. Este caso representa el abuso que se puede llegar a hacer del criterio de equidad, cómo sin mayor análisis se puede afirmar que una desmesurada y desproporcionada indemnización es sólo un *monto prudencial* que ha considerado el juez. Así pues, mientras el sistema judicial no sea más estricto en la prueba del daño moral, éste podrá ser utilizado para esconder e indemnizar otros daños diferentes[249].

En general, de las sentencias vistas se puede concluir que los jueces nunca dejarán de otorgar algún monto en indemnización por daño moral. En efecto, todas las establecieron el pago de una indemnización por daño moral. Los jueces están convencidos que el despido injustificado siempre producirá algún grado de daño moral pasible de compensación, aún si el trabajador demandado no describe ni sustenta los hechos que le generaron el agravio o sufrimiento. En realidad esto no es diferente a cualquier otro proceso judicial donde se busque una compensación por daño moral. Al demandante le bastará alegar un hecho genérico para que el juez presuma la existencia de un daño moral.

La situación actual de la casuística no es la mejor y se debe aspirar a un cambio. Lo que se detecta es que las indemnizaciones se entregan sin mayor análisis de los hechos. Además las sentencias carecen de uniformidad en cuanto su argumentación, algunas veces toman en cuenta los ingresos por nuevos empleos, otras veces la carga familiar, otras veces el carácter temporal del contrato, hasta incluso la existencia de una vía procesal idónea para obtener la reposición laboral. Algunos de estos factores realmente influirán en el ánimo del trabajador, otros no. Pero aparte todos esos factores son mayormente introducidos por el propio juez en su sentencia, según su arbitro en ese momento. Ello causa la falta de homogeneidad en las sentencias y en las indemnizaciones otorgadas.

[249] *Ibíd.*, p. 133.

Repositorio Institucional PIRHUA

Sin recogemos los datos de las sentencias vistas resultará que la mayoría duró entre dos y tres años, es decir una diferencia de sólo meses. Sin embargo los montos indemnizatorios son en un caso de siete mil nuevos soles, en otro de cincuenta mil y en otro llega hasta doscientos mil. Eso cuando además otro despido que duró ocho años apenas recibió diez mil, uno que duró año y medio recibió dos mil y otro que duró sólo dos meses y recibió cinco mil nuevos soles. A casi todos estos montos se llegó por pura especulación y por el criterio "prudencial" del juez. Esto evidencia en realidad la falta de consistencia y uniformidad en las sentencias, y la necesidad de establecer criterios para el análisis del daño y justificación de la indemnización.

La naturaleza de los daños inmateriales justifica que las pruebas para demostrarlos no sean tan rigurosas como en los daños materiales y que el juez pueda presumirlos a partir de pruebas indirectas y hechos demostrados[250]. Aun así es recomendable, y necesario, que se añadan más elementos de juicio sobre la gravedad del daño y su correspondiente reparación. Con ello es que se puede llegar a uniformizar las sentencias y evitar montos compensatorios con una diferencia abismal, como la que existe entre doscientos mil y dos mil nuevos soles, montos dados en las sentencias vistas. Las resoluciones judiciales tienen que estar adecuada y suficientemente fundamentadas, por una cuestión de orden público. Lo contrario ocurre cuando el *prudente arbitrio* del juez se aplica entre márgenes muy extensos[251]. A todo esto, se ha visto como el criterio de equidad del Art 1332° del CC aparece en muchas de las sentencias, incluso en la cuantificación de los daños materiales. El uso de este criterio es obviamente una gran ayuda cuando los daños no pueden ser probados, pero su uso torna abusivo cuando la falta de pruebas se debe al descuido o simple dejadez de las partes, o a una pobre y escasa argumentación[252]. Eso es lo que ha ocurrido en estos casos, tanto para los daños morales como para el lucro cesante.

La posible solución puede ser que se exija a los trabajadores argumentar su daño moral en base al menoscabo a su capacidad o

[250] *Ibíd.*, p. 144.
[251] Cfr. QUINTANILLA, *op. cit.*, p. 43.
[252] Cfr. REBAZA GONZÁLEZ, A., "La cuantificación de los daños de imposible probanza con criterio de equidad. Aproximación al artículo 1332 del Código Civil", en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 2, Palestra, Lima, 2008, p. 1059.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

estabilidad económica, que es lo que permite evidenciar si el trabajador ha experimentado una angustia considerablemente grave. Los hechos y las pruebas estarán dirigidos a demostrar la carga familiar del trabajador, si tenía otros ingresos, entre otros que ya se señalaron. Las demandas que no estén sustentadas en hechos concretos que acrediten el deterioro de la estabilidad económica del trabajador podrían considerarse como casos donde el daño moral fue mínimo. Asimismo, al ser considerado un daño mínimo se podría otorgar una indemnización mínima, como el equivalente a la remuneración mínima vital. Esto mantendría cierto equilibrio entre las funciones de la responsabilidad civil. Por un lado se compensaría los posibles daños sin llegar a enriquecer indebidamente a la víctima. Por otro lado, la indemnización mantendría su efecto disuasorio ante casos futuros y serviría de sanción al empleador. Bajo este esquema entonces, quienes no sustenten adecuadamente su daño moral simplemente recibirán la mínima indemnización posible. De esta manera, se estaría obligando a los demandantes a sustentar mejor sus demandas, las cuales obligarán también a emitir sentencias más trabajadas y críticas. Todo ello a su vez generara que la jurisprudencia se vuelva más uniforme, igualitaria y predecible.

B.- Un elemento especial en casos de la Ley 24041. Las *interrupciones tendenciosas*

El mismo análisis que se ha tratado de perfilar en el acápite anterior podría ser usado en los casos de los trabajadores repuestos por la Ley 24041. En general su situación no dista mucho de la de los otros trabajadores que son repuestos a causa de la nulidad de su despido. Sin embargo en estos casos es posible encontrar algunos hechos particulares.

Como se mencionó antes, los trabajadores contratados que eran repuestos por la Ley 24041 eran reincorporados pero no por ello gozaban de las mismas condiciones laborales que los trabajadores de la Carrera Administrativa. A los trabajadores se les seguía negando derechos como las vacaciones, huelga, sindicatos, etc. Pero esto fue corregido gracias a un grupo de sentencias que reconocieron dichos derechos y beneficios laborales para los trabajadores de la Ley 24041. Bajo ese escenario entonces, el año de servicios que prescribe la Ley 24041 no sólo implica el acceso a la estabilidad, sino también el acceso a otros derechos laborales. Por lo tanto el hecho de haber sobrepasado el año de servicios es algo trascendental para el trabajador contratado. El cumplimiento de

un año de servicios significa que su puesto es estable y que gozará de beneficios que no tuvo durante el tiempo anterior, beneficios que no resultarían insignificantes o nimios para ningún trabajador (vacaciones remuneradas, la nivelación de salarios o en la seguridad social).

Cuando es despedido a pesar de haber cumplido el año de servicios, el trabajador contratado del régimen del DLeg. 276 no sólo ve menoscabado su estabilidad económica, también ve truncadas sus expectativas de mejorar su condición laboral. Ello constituye un interés legítimo y relevante vinculado a su relación laboral. Por lo tanto sería un elemento a tener en cuenta al momento de juzgar el daño moral. Este daño va más allá del simple hecho del despido y de las remuneraciones, porque se trataba de ver mejoradas sus condiciones laborales y obtener cierta igualdad con los trabajadores de la Carrera Administrativa.

Pero los casos de este grupo especial de trabajadores presentan además otra particularidad. A veces sus empleadores que son las entidades públicas realizan interrupciones más o menos breves de la prestación de labores. Con diversas razones les piden a sus trabajadores que no vayan a laborar por algún número de días. Su intención no es otra que evitar que los trabajadores sobrepasen el año de servicios para que se les deje de aplicar la ley 24041. La jurisprudencia ha llamado a estos actos *interrupciones tendenciosas*.

Uno de los primeros casos donde se habló de las *interrupciones tendenciosas* fue la STC N° 1084-2004-AA/TC Puno. La trabajadora en este caso llevaba incluso más de tres años laborando para la entidad pública. La entidad empleadora sostuvo durante la demanda que hubo períodos durante los cuales no prestó servicios. El mayor de ellos había durado todo un mes. Sin embargo el TC desestimó ese argumento diciendo:

> "*En relación con los alegatos de las accionadas, según los cuales el vínculo laboral no fue continuo y que la demandante no lo había acreditado, es necesario advertir que la política administrativa tendiente a impedir que surta efectos la Ley N º 24041,* ***interrumpe tendenciosamente la vigencia de los mismos para evitar la generación de derechos****; por lo que es de aplicación el artículo 26º de la Constitución, que regula los principios de la relación laboral, estableciendo la igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos, así como la*

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

> *interpretación favorable de una norma al trabajador en caso de duda insalvable, más aún cuando los demandados no han acreditado que durante el lapso de interrupción de los contratos contaron con los servicios de otra persona que cumpliera las funciones de la amparista*". (Resaltado agregado)

Los casos de *interrupciones tendenciosas* se han presentado en diferentes ocasiones. Igualmente se han rechazado diciendo que ello no evita que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la estabilidad laboral conforme a la Ley 24041, tal como lo hizo el TC en el caso citado. De hecho con la Cas. 5807-2009-Junín se terminó por establecer esto como precedente vinculante, conforme al siguiente texto:

> "*Que, este Supremo Tribunal considera que la interpretación del artículo 1° de la Ley N° 24041, es el siguiente: "Se considera que las breves interrupciones de los servicios prestados, por servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, no afectan el carácter ininterrumpido de dichos servicios si las interrupciones han sido promovidas por la Entidad Pública empleadora para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido, que le brinda la Ley N° 24041; siendo que dichos servidores no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causales previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en dicha norma*".

Otras sentencias que siguen este criterio son la Cas. 1774-2010-Cuzco, Cas. N° 9190-2008-Cuzco, Cas. N° 4628-2009-Tacna, Cas. N° 6553-2009-del Santa y la Cas. N° 2803-2010-Callao.

Las llamadas *interrupciones tendenciosas* pueden ser vistas como un agravante del daño moral. Estos actos suponen un proceder doloso dirigido exclusivamente a privar al trabajador de sus derechos laborales. De este modo, al elevar el monto indemnizatorio a causa de este acto, la indemnización tendría un efecto de sanción al empleador y de disuasión a futuros empleadores que quieran hacer lo mismo.

Así que, aparte de los factores que intervendrían en cualquier caso de despido seguido de reposición, los casos de trabajadores repuestos por la Ley 24041 pueden llegar a tener un agravante especial. Aquellos casos donde haya *interrupciones tendenciosas* dirigidas a impedir la estabilidad

Repositorio Institucional PIRHUA

laboral y reposición del trabajador merecen una pena mayor al promedio. Ello conllevaría la disuasión y el declive de estos actos en el futuro.

3.2. El daño al proyecto de vida

El concepto de "daño al proyecto de vida" no goza de un acogida unánime por parte de la doctrina nacional, pero lo cierto es que hay casos judiciales donde es invocado e indemnizado, como se verá más adelante. Por ello, esta categoría de daño merece ser tomada en consideración para el presente estudio. De la teoría que se ha formado en torno a ella se podría deducir si tal daño puede configurarse en los casos donde el trabajador es despedido y posteriormente repuesto en su antiguo empleo. Asimismo se podrían dilucidar los aspectos de su posible reparación para estos casos de despidos sancionados con nulidad.

El proyecto de vida puede definirse como "*el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración.*(...) *Lo que la persona decide hacer con el don de su vida"* [253]. El proyecto entonces es la vocación o sentido de realización que cada persona fórmula para con su propia vida, las aspiraciones, en su sentido más elevado e íntimo, que cada persona busca alcanzar. Este proyecto de vida viene a ser algo tan excelso y trascendente para la persona que su realización es lo que daría sentido a su existencia. La formulación de esta teoría está visiblemente rodeada de matices filosóficos; de hecho, su concepción parte de la filosofía existencialista, donde se toma que el "proyecto" es la constitución ontológica existencial del hombre[254]. El ejemplo más usado para describir lo que significa el daño al proyecto de vida es el pianista que pierde algunos dedos en ambas manos y por tanto ya no puede tocar. En el ejemplo claramente el pianista ve arruinada la vocación que eligió para sí (ser pianista), la vocación por la que tanto trabajó quedó frustrada y eso le causará un grave dolor. Por ello el daño a este proyecto es tan radical que incide en el sentido mismo de la vida[255].

---

[253]Cfr. Fernández Sessarego, C., *Derecho a imaginar el derecho*, 1° ed. Indemsa, Lima, 2011, p. 740.

[254] Cfr. CALDERÓN PUERTAS, C., *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*, 1° ed. MOTIVENSA, Lima, 2014, p. 109.

[255] Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El daño al proyecto de vida", *Derecho PUCP*, no. 50, 1996, 88-89, disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925/5934 (Consultado el 27.08.2015).

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

El daño al proyecto de vida es, para quienes lo postulan, una categoría diferente e independiente del daño moral. Su inclusión como daño resarcible viene aparejado a la teoría más general de "daño a la persona". Bajo esta teoría, el "daño a la persona" es el concepto general sobre el cual se enmarcan todos los daños inmateriales o extrapatrimoniales. Así pues, el daño a la persona se divide en daño psicosomático, donde estaría el daño psicológico y el daño moral en sentido estricto[256], y el daño a la libertad de la persona, donde estaría el daño al proyecto de vida. Por ello el daño al proyecto de vida es diferente respecto del daño moral, no solamente habría una diferencia de grado o magnitud sino que además cada daño respondería a aspectos diferentes de la persona, la libertad y la integridad psicosomática. Así es como se justifica que el daño al proyecto de vida sea una categoría autónoma e independiente de las otras, especialmente del daño moral[257].

A pesar de la teoría que se ha descrito, la tesis sobre el daño al proyecto de vida ha sobrellevado críticas considerables sobre su pertinencia como categoría de daño extrapatrimonial. Las principales razones recaen en que tales proyectos pueden cambiar a lo largo de la vida del sujeto y que además el proyecto resulta invisible para cualquiera que no sea la persona que lo tenga. Por esta razón los proyectos de vida muy rara vez serían resarcibles, porque el sujeto dañante tendría que tener plena conciencia sobre la existencia de ese proyecto y por ende actuar con premeditación de frustrarlo. Aquello obviamente no sucedería en el común de los casos[258]. También por ejemplo, como consecuencia de ser cambiante e invisible, el daño al proyecto de vida resultaría impagable por seguros de responsabilidad civil. Además, la crítica también señala que el resarcimiento de este tipo de daños incentivaría demandas maliciosas en cuanto que muchas personas moldearían su

[256] Cfr. FERNÁNDEZ, *Derecho a imaginar*, *op. cit.*, 738, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El daño al "Proyecto de Vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e (Consultado el 03.09.2015). De hecho para Sessarego el "daño moral" es un término impropio y debe considerarse como un daño psíquico de menor intensidad, que no llega a ser patológico.

[257] Cfr. FERNÁNDEZ, "El daño al proyecto de vida", *op. cit.*, p. 85 y ss.

[258] Cfr. LEYSSER LEÓN, H., "Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura", *Advocatus*, no. 18, 2008, p. 85 y ss.

Repositorio Institucional PIRHUA

"proyectos" antes el juez para obtener una mayor indemnización. De hecho se alega incluso que se estaría juzgando a las personas por sus aspiraciones personales, lo que significa un trato desigual e injusto para las víctimas[259]. Por estas razones, la crítica sugiere que se debería seguir haciendo uso del daño moral (en sentido lato) y trabajar más en su desarrollo[260] como concepto que englobe los sentimientos, las lesiones física y derechos de la personalidad[261]. Por otro lado, también se ha dicho que este daño al proyecto de vida no es más que una forma grave de daño psíquico[262].

Basado en estas críticas, una conclusión previa podría ser que el proyecto de vida puede ser visto simplemente como una forma de daño moral en sentido estricto. El daño consistiría en una frustración cierta y dolosa de un plan o proyecto especialmente importante para la víctima. Al fin y al cabo se trata de un daño en el ámbito interno y subjetivo de la víctima. Ese *sentido existencial* de la persona, con sus eventuales frustraciones y sus eventuales cambios, no deja de ser una sensación elaborada por su intelecto, o su espíritu si se quiere, y en ese sentido su diferencia sobre cualquier otra emoción o sentimiento radicaría solamente en su elevada y especial estima por parte de la víctima, en la medida que esto pueda sustentarse. Por ello se puede concluir que el daño al proyecto de vida puede verse como un daño moral en sentido estricto[263], y que por ello sería más adecuado incluirlo dentro de los factores que inciden en el daño moral que solicitarlo como una categoría por separado.

---

[259] Ibíd, p. 238 y ss.

[260] Ibíd, p. 238.

[261] Cfr. LINARES ÁVILES, D., "Reflexiones sobre la cuantificación del daño moral en nuestro país", disponible en http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/ (Consulado el 18.08.2015).

[262] Cfr. MILMANIENE, J., "El daño psíquico", en GHERSI (Coord.), *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Vol. 1, 2° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 64-65. El autor no habla expresamente de un "proyecto de vida" pero utiliza los ejemplo del pianista que se lesiona las manos o el deportista que se lesiona las piernas para explicar cómo dichas lesiones bloquean el logro de las *ansiadas metas u objetivos vitales* de las víctimas, lo que origina un *serio daño psíquico*. Esta asimilación del daño al proyecto de vida como un daño psíquico es mencionada y criticada por Fernández Sessarego en FERNÁNDEZ, *Derecho a imaginar*, *op. cit.*, p. 835-836.

[263] Una observación parecida tiene Trazegnies en DE TRAZEGNIES, T.II, *op. cit.*, p. 112.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

Pero la doctrina que sí está a favor de este tipo de daños también ha señalado límites a su resarcibilidad. Así por ejemplo se señala que el hombre puede diseñar múltiples proyectos a lo largo de su vida, pero que su proyecto de vida será aquél que tenga el carácter de fundamental para su existencia. Por lo tanto, no todos los planes o intenciones de la persona serán un proyecto de vida[264]. Otra advertencia que se hace es que, aunque todas las personas sin excepción tendrían un proyecto de vida, algunas personas no tienen un proyecto de vida claramente definido. El proyecto de vida en muchas personas puede ser modificado y cambiado, lo que lo convierte en algo incierto, inseguro, carente de fuerza vital[265]. Así, bajo esas circunstancias el daño al proyecto de vida no presentaría consecuencias de especial magnitud y no ameritaría una especial indemnización. Incluso también se señala que la persona puede llegar a sustituir su proyecto de vida por el vivenciamiento de otras actividades y valores, los cuales de hecho le otorgarían un nuevo sentido a su vida. Ello sin duda ayudaría a sobrellevar el daño causado[266]. En suma, si el proyecto de vida no se muestra como algo valioso para la persona no se podría hablar de un trauma existencial que merezca algún tipo de compensación. La magnitud del daño al proyecto de vida guarda estrecha relación, y proporción, con el interés e intensidad con que la persona se compromete con su proyecto[267].

Lo que resalta hasta aquí es que tanto las posturas en contra como a favor del daño al proyecto de vida observan que posee importantes límites. No cualquier tipo de frustración a un proyecto significará un daño resarcible. Para ser resarcible, el daño tiene que estar revestido de especiales notas de certeza sobre su existencia y su importancia para la persona afectada, por ello en una posible demanda el alegato de un daño al proyecto de vida podría encontrar un fuerte obstáculo en la prueba del daño.

De los expuesto se genera la incógnita de cómo puede verse el daño al proyecto de vida en casos de despido con posterior reposición. A primera vista, la permanencia en un empleo no parece algo significativamente valioso para la realización del *sentido existencial* de una persona. La verdad de hecho es que la mayoría de las personas

[264] Cfr. FERNÁNDEZ, *Derecho a imaginar*, *op. cit.*, p. 834.
[265] *Ibíd.*, p. 843.
[266] *Ibíd.*, p. 842.
[267] *Ibíd.*, p. 842.

Repositorio Institucional PIRHUA

pueden salir de su trabajo (por renuncia, por despido o por otra causa) y pasar a un nuevo empleo sin que eso signifique un trauma considerable que les genere un vacío existencial. A lo mucho estas personas podrán experimentar un desasosiego por el quebrantamiento de sus expectativas económicas y laborales, pero esto guardaría más relación con el derecho de estabilidad laboral que con un proyecto de vida claramente definido y avocado a la realización de la propia persona. La excepción podría estar en aquellos que posean un especial sentido de vocación o de pertenencia al trabajo que realizan, pero serían casos difíciles de encontrar y aún más difíciles de probar. De hecho, muchas personas podrían considerarse como *vocacionalmente desorientadas*[268], a las que se les hace difícil encontrar su vocación. Para ellos por ejemplo su proyecto de vida sería, cuando mucho, algo incierto, carente de mayor trascendencia y valor[269]. En ese sentido, el despido en la gran mayoría de los casos no afectaría un proyecto de vida notorio o visiblemente establecido.

A esto se le suma que al reponerse al trabajador a su antiguo puesto habría una reparación *in natura* del posible proyecto de vida frustrado por el despido. Si la frustración del proyecto de vida tiene que ver con la permanencia en un empleo, la reposición termina por renovar el normal desarrollo de ese proyecto de vida. En ese sentido, no tendría mucho sentido exigir una pago de dinero cuando el daño ya ha sido repuesto. Conforme a lo anterior se puede concluir que aun si se puede presumir que el trabajador posee un trascendente y fuerte sentido de vocación, la reposición bastaría para que siga realizando esa vocación. Si por ejemplo un maestro de escuela es despedido y luego de un tiempo repuesto, la posible vocación que se haya formado respecto a ser maestro se mantiene intacta porque vuelve a trabajar en la escuela. Si su empleo formaba parte de su sentido existencial entonces éste no se ha visto alterado realmente. De hecho, el maestro despedido puede que haya laborado como profesor en otras instituciones, por lo que mantiene el ejercicio de su vocación. A lo mucho este maestro podría haber experimentado cierto fastidio y aflicción por toda la situación, pero esto se correspondería más con los daños morales en sentido estricto.

---

[268] Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", p. 47, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF (Consultado el 03.09.2015).

[269] Cfr. FERNÁNDEZ, *Derecho a imaginar*, *op. cit.*, p. 843.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

El ejemplo anterior trataba de un trabajo donde se podría presumir que había cierto sentido de vocación. La mayoría de profesiones y de empleos no permiten suponer lo mismo. Las personas pueden pasar de uno a otro empleo atendiendo, más que a su "vocación", a sus intereses y necesidades económicas. Incluso si la hubiera, la propia doctrina que avala el proyecto de vida dice que es posible que, ante su imposibilidad, ésta puede ser sustituida por otro proyecto. De esa manera el presunto daño desaparece.

Como se mencionó en el caso de los jueces destituidos visto por la CIDH, la reparación atendió solamente a los daños materiales y cualquier tipo de daño moral se consideró reparado con la sentencia y la reposición de los jueces. Aunque no se vio de manera explícita el proyecto de vida en este caso, su tratamiento presumiblemente hubiera sido el mismo que el daño moral, su reparación estaría dada con la reposición[270].

Por todo lo anterior, la reparación pecuniaria del proyecto de vida se presenta como algo virtualmente imposible en casos de despido con posterior reposición del trabajador.

En cuanto la casuística, las pretensiones de reparación por daño al proyecto de vida suelen adolecer de una formulación heterogénea. Así por ejemplo, en la Cas. N° 4700-2006-Del Santa[271] la trabajadora de una municipalidad incluye el proyecto de vida dentro del daño moral, como se puede leer en el siguiente extracto de la sentencia:

> "(...) *por daño moral,* [la trabajadora] *indica que se le configura este daño, dado que se ha afectado su proyecto de vida, al violar su derecho constitucional a la libertad de trabajo, entre otros derechos* (...)".

En la sentencia de fecha 12.08.13 emitida por la Corte Superior de Justicia de Cuzco, Exp. N° 00029-2013-0-1001-JR-LA-0, donde el

[270] En sentido contrario piensa Manzanares Campos quien sostiene que en este caso la indemnización que se pagó, en base a los sueldos dejados de percibir, estaba indemnizando el truncamiento al proyecto de vida, materializado en la expectativa de trabajo. Cfr. MANZANARES, *op. cit.*, p. 66.

[271] La casación no examina el tema de los daños sino que se dirige al tema de la facultad del juez para incorporar pruebas de oficio. No obstante, en ella se lee que la sentencia de primera instancia no otorgó ninguna indemnización por considerar que el despido no fue irregular.

Repositorio Institucional PIRHUA

trabajador recibe por lucro cesante el íntegro de sus remuneraciones. Su demanda engloba el proyecto de vida entre los elementos que justificarían el daño moral.

> "*El actor sostiene que el despido del que fue objeto en fecha 3 de enero del*
> *2011 le ha generado daño moral por lo siguiente:* (...)
> *- Ha entorpecido y hasta cierto punto truncado su proyecto de vida* (...)".

La Corte Superior de Justicia de Cuzco responde:

> "*Sobre la afectación a su proyecto de vida, no se ha aportado prueba alguna que acredite esta afectación, y en la demanda no se explica cómo es que se produce esta afectación*".

En Cas. N° 2677-2012-Lima donde se llegó a indemnizar el lucro cesante y el daño moral, el trabajador alegaba daño al proyecto de vida por haberse frustrado expectativas de su promoción y ascenso en la Carrera Administrativa. La referida casación menciona que:

> "*En lo que corresponde a la pretensión del pago de indemnización por concepto de daño moral y daño al proyecto de vida, debe desecharse ésta última porque no se ha acreditado que las expectativas del demandante eran efectivamente ascender en su carrera administrativa; mientras que en relación al daño moral tiene en cuenta que resulta normal que a cualquier persona el despido lo afecte*".

En este caso, los argumentos para rechazar el proyecto de vida fueron aún más desarrollados en la sentencia de primera instancia de fecha 30.09.2011 del Décimo Noveno Juzgado Civil de Lima (Exp. N° 06158-2010-0-1801-JR-CI-19). En ella se puede leer lo siguiente:

> "(...) *que, si bien todo ser humano, como ser libre tiene expectativas de superación, no por ello las mismas se convierten en realidad por el simple transcurso del tiempo, la superación tiene su correlato en las acciones que se realicen con la finalidad de alcanzar la meta que uno se proyecta; si bien aparece que el actor fue nombrado como personal administrativo de la demandada desde el ocho de abril del 1990, hasta el dieciséis de marzo de 1993, que fue destituido conforme a la Resolución que obra a fojas seis y siete de autos, no ha acreditado*

Repositorio Institucional PIRHUA

> *que en el tiempo que estuvo al servicio de la emplazada haya sido objeto de reconocimientos, promociones o ascensos, o que por su lado haya desplegado actividades con la finalidad de conseguir estas, como estudios o capacitaciones, que permitan vislumbrar que sus expectativas eran efectivamente ascender en su carrera administrativa; si bien el proyecto de vida como concepto es el ideal que uno se forma sobre su propio futuro, lo cual definitivamente es de difícil probanza, no menos cierto es que la persona realiza actos concretos con la finalidad de cristalizar estas aspiraciones, por lo que no basta con señalar que se hizo un proyecto de vida, sino que además debe reflejarse en hechos objetivos que permitan apreciar cual era realmente su proyecto de vida, lo cual en este caso no resulta acreditado*".

Como se ha leído hasta ahora, en los casos de despido con posterior reposición se pueden presumir ciertas expectativas de superación y crecimiento profesional, pero las mismas deben ser sustentadas con hechos y pruebas concretas.

En el caso ya visto de la Cas. N° 5721-2011-Lima, donde se llegó a indemnizar el lucro cesante y el daño moral, la sentencia casatoria recoge lo siguiente sobre por qué se desestimó en primera instancia la indemnización por daño al proyecto de vida:

> "*Sobre el daño al proyecto de vida no se ha probado que el despido le haya impedido realizar alguna expectativa cierta e inminente, más allá de la angustia, máxime que habiendo sido reincorporado al servicio activo, de alguna manera se le ha mitigado dicho menoscabo extrapatrimonial, no resultando amparable el daño al proyecto de vida*".

Es de suponer que el trabajador despedido alegó en su demanda una general "expectativa frustrada" como daño a su proyecto de vida y el juez de primera instancia lo rechazó por la obvia falta certeza y detalle sobre el supuesto daño. Pero lo más resaltante es que afirma que la posible angustia por esta expectativa frustrada termina siendo reparada con la reposición. Algo que ya se había mencionado con el análisis de la doctrina. De hecho mucho de lo analizado previamente sobre esta categoría de daño se ha visto reflejado en estas sentencias. En la mayoría de casos de despido no se configura la frustración de un proyecto vital para la vida del trabajador. Más bien se deja entrever que la intención de

Repositorio Institucional PIRHUA

alegar este daño no es otra cosa que incrementar la indemnización por daños extrapatrimoniales.

Sin embargo, no todos los casos son negativos para quien alega un daño al proyecto de vida. En un particular caso un juez destituido recibe en segunda instancia la indemnización de S/.200,000.00 nuevos soles por daño al proyecto de vida, además de recibir la misma suma por daño moral[272]. El argumento para otorgar dicho monto fue que:

> "*si bien no se ha afectado de forma definitiva el proyecto de vida del demandante, sí es cierto que se han afectado seriamente las mejores oportunidades de acceder a un cargo superior, dentro del área de desempeño profesional por la que había optado*".

Pero los jueces de la Sala Superior nunca tomaron en cuenta que el juez destituido recibía una pensión de cesantía, un hecho que ocultó cuando interpuso su demanda. Además, tampoco se tomó en cuenta que luego de su destitución el ex juez había abierto un estudio de abogados y también ejercía la carrera de docente en un centro universitario de prestigio. Incluso consiguió ser nombrado vocal provisional de una sala civil de la Corte Superior, cargo al que renunció mientras aún se seguía el proceso de responsabilidad civil[273].

De esto se deduce que el juez destituido no sufrió graves daños de carácter emocional o a su proyecto de vida. Su "proyecto de vida" de ascender en la carrera de la magistratura era cuando menos presumible, y aunque existiera termina siendo "sustituido" por una nueva orientación vocacional, la asesoría privada y la enseñanza. Entonces, en el referido caso es presumible y especulable que por todo el asunto el juez destituido haya experimentado una desazón, pero esta nunca podría estar sujeta a una valorización tan exagerada que otorgue montos exorbitantes, máxime si parte de los daños han sido disminuidos al conseguir y trabajar en un nuevo empleo.

---

[272] El caso fue el de la sentencia de fecha 24.07.2007 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 1853-2006. La sentencia en cuestión fue objeto de crítica en LEYSSER, "Inflando los resarcimientos", *op. cit.* p. 237-238.

[273] Estos hechos son comentados como parte de la crítica a dicha sentencia en LEYSSER, "Inflando los resarcimientos", *op. cit.* p. 235.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

Muy parecido fue el caso del profesor despedido de una universidad, Exp. N° 12389-2006. Como se mencionó en la parte de daño moral su indemnización por este daño fue de los S/. 200,000.00 nuevos soles. Su despido había durado dos años con siete meses. No obstante la ya cuantiosa suma recibida, por daño al proyecto de vida también termina recibiendo una reparación de S/. 100,000.00 nuevos soles bajo el siguiente argumento:

> "(...) *con respecto al daño al proyecto de vida está acreditado que la conducta de la demandada* [universidad] *ha afectado la proyección del demandante en su vida profesional, por cuanto se le separó de dicha institución, lo cual trajo como consecuencia un daño en sus proyecciones dentro de dicha institución educativa, más aún si se toma en cuenta que el demandante es una persona dedicado al estudio e investigación, conforme consta en autos ya que cuenta con diversos títulos y grados, siendo evidente que la conducta de la demandada truncó sus expectativas profesionales, por lo que a pesar de que no es posible cuantificar este tipo de perjuicio, debe considerarse una cantidad a mano de resarcimiento que permita de algún modo que el demandante pueda verse compensado, por lo que este Despacho señala como cantidad prudencial la suma de S/. 100,000*".

En el contexto de la vida de un profesor universitario es razonable, o al menos discutible, que éste tenga cierta expectativa de desarrollo personal a través de sus estudios e investigaciones. En ese sentido se puede hablar de una expectativa o interés que termina por ser frustrado a partir de un despido injusto. En el caso concreto el susodicho profesor ha tenido cierta trayectoria académica y lo demuestra con sus diversos títulos y grados. Sin embargo esto no quiere decir que durante los casi tres años que estuvo despedido se hayan truncado investigaciones, cursos u otras actividades que aportaran a esa trayectoria académica. Los jueces en todo caso están especulando. Aquí podría suceder como en el caso del juez destituido que donde orientó su vocación a otros trabajos. De todas maneras gracias a la reposición igual puede seguir progresando en su trayectoria académica.

La expectativas de crecer y desarrollarse profesionalmente podrían llegar a ser vistas como un daño al proyecto de vida, pero nada obsta para que también sean vistas como un daño moral en sentido estricto, un *pretium doloris*. Como se mencionó antes, el *sentido existencial* que una persona elabora para sí mismo no deja de ser diferente a otras emociones

Repositorio Institucional PIRHUA

o sentimientos. La posible diferencia es que la primera tenga una mayor consideración y aprecio respecto de las demás. Pero esto tendría que ser demostrado. Como daño moral el crecimiento profesional sería un interés jurídico relevante vinculado al cumplimiento del contrato. Sin embargo, a diferencia del interés de estabilidad económica, ésta no sería común a todos los casos de despido. No se podría decir que todos los trabajadores buscan tener cierta trayectoria dentro de una misma empresa. Además que tendrían que haber signos exteriores para que el empleador pueda tener cierta conciencia de estas expectativas. Como en el caso visto que el profesor había obtenido diferentes diplomas y títulos. Eso hace que sea razonable pensar que tenía la visión de seguir creciendo. El ver estos como daños morales y no como proyectos de vida podría resultar beneficioso para el sistema judicial. Eso si lo que se quiere es sentencias más justas. En el caso del profesor despedido por ejemplo, si su expectativas profesionales fueran vistas como simple daño moral y no como un daño a su preciado s*entido existencial*, daño al proyecto de vida, la indemnización muy probablemente no hubiera sido la misma. Como daño moral, el juez la hubiera tenido mucho más difícil de sustentar que merecía la indemnización de S/. 100,000.00 nuevos soles, máxime si por los otros daños morales ya había otorgado S/. 200,000.00 nuevos soles, una cantidad que por sí misma ya es exagerada. A todo esto, la intención del juez parece ser más bien compensar al trabajador por su relativamente pequeña indemnización por las remuneraciones no percibidas. Por los daños patrimoniales sólo recibió la suma de S/. 17,050.00 nuevos soles por no sustentar sus remuneraciones. Así, con uso de su criterio *prudencial* el juez extendió la indemnización de los daño morales para cubrir todo lo que consideraba, sin pruebas, la reparación que merecía el trabajador despedido. Este tipo de actitudes deberían ser dejadas de lado, porque puede llevar a un enriquecimiento indebido de la víctima, lo que muy probablemente pasó en este caso.

Así, aun asumiendo como posible la existencia de un "daño al proyecto de vida", éste resulta difícil de sustentar en un caso de despido con posterior reposición. El presunto daño al proyecto de vida en caso de despido sería la frustración de las expectativas de crecimiento y desarrollo profesional. Aquellas expectativas no serían algo común en todos los trabajadores que son despedidos. Además, si lo que se alega es que el trabajador tenía expectativas de desarrollo profesional, éstas tendrían que tener signos exteriores que lo hicieran conocible para los de su entorno laboral. Algo que tampoco ocurriría en el común de los casos.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

En ese sentido, la reparación de estos daños se muestra prácticamente improbable en un caso de despido con posterior reposición. Pero aún si llegasen a ser demostrados, el juez tendría que tomar en cuenta que con la reposición ya se está compensando, al menos en parte, el daño a las expectativas profesionales del trabajador. Por ello, la indemnización por estos daños no debería ser por sumas extravagantes y desproporcionadas. A todo esto ayudaría que estos daños o expectativas frustradas fueran vistas como daño moral en sentido estricto o *pretium doloris*. De esa forma se restarían las posibilidades de que su indemnización sea desproporcionada y conlleve un enriquecimiento indebido para la víctima.

Como se ha visto es prácticamente imposible que se indemnice un daño al proyecto de vida en casos de despido con posterior reposición. A lo mucho se puede presumir que el trabajador ha seguido cierta trayectoria o que tiene cierto espíritu de vocación. Pero para que sea indemnizado esto tiene que ser probado.

Como se vio en la parte de daño moral, los trabajadores contratados del régimen del DLeg. 276 sí tiene algún tipo de expectativa profesional. Al completar el año de servicio no sólo adquieren la estabilidad en su empleo sino también la oportunidad de gozar de los mismos derechos laborales que los trabajadores de la Carrera Administrativa. Además que también cuentan con la posibilidad de participar en un concurso público e ingresar a la Carrera Administrativa. Estas expectativas sí se podrían considerar comunes a todos los trabajadores contratados. Sin embargo, su frustración apenas será un factor a considerar para la indemnización del lucro cesante. Como se ha dicho el posible daño terminará siendo reparado con la reposición. Además, aún cuando se pueda justificar una indemnización esta nunca deberá ser por montos muy elevados. En estos casos no puede ocurrir lo mismo que en otros donde la indemnización por daño al proyecto de vida ha generado reparaciones exorbitantes y claros enriquecimientos indebidos para la víctima.

3.3. Los daños morales "excepcionales" en los casos de despido

Todo acto de despido lesiona el derecho a la estabilidad laboral del trabajador. De este derecho es que se pueden derivar ciertas expectativas para el trabajador, como los respectivos a su capacidad económica o su desarrollo profesional. Sin embargo, en algunos casos el despido puede

Repositorio Institucional PIRHUA

lesionar otros derechos diferentes a la estabilidad laboral. En esos casos cabe preguntarse si esas lesiones ameritan algún tipo de indemnización o no.

En el Derecho Laboral se ha trabajado la hipótesis, todavía muy incipiente en nuestro país, de si es posible otorgar una indemnización adicional a la indemnización tarifada que se otorga por despido arbitrario. Lo que se plantea como posibilidad es exigir una indemnización de daños y perjuicios en aquellos casos donde ya hay una indemnización ordenada por la norma laboral, que es un pago tarifado conforme a los años del trabajador en la empresa y su remuneración[274]. La conclusión desde el Derecho Laboral ha sido que la indemnización por despido arbitrario cubre el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral que causa el despido arbitrario[275]. Cuando hablan del daño moral que es compensado con la indemnización laboral acotan que se trata del daño moral "normal" causado por el despido. Este daño moral "normal" consistiría en la sensación de inseguridad causada por el desempleo[276]. No obstante, junto a los daños "normales" que causa el despido pueden generarse excepcionalmente otros daños de carácter extrapatrimonial. Estos daños vendrían a ser "anómalos" para un caso de despido pues su aparición no es una consecuencia natural de éste[277]. Así, esos daños no tienen que ver con el derecho de estabilidad laboral y las consecuencias que su lesión genera, como lo son la falta de ingresos y en la sensación de inseguridad económica.

Para estos casos especiales se ha propuesto la etiqueta de *despidos pluriofensivos* como aquellos que involucran la lesión de otros derechos aparte del derecho a mantener el puesto de trabajo[278]. También han sido sugeridos los nombres de *despido abusivo* o *despido especialmente injustificado* como aquel donde el poder patronal del empleador es

[274] Este tema ha sido visto en TOYAMA, "Las demandas", *op. cit.* p. 13-22 y BRINGAS DÍAZ, G., "Resarcimientos adicionales a la indemnización tarifada por despido arbitrario", *Soluciones Laborales*, no. 64, 2012, p. 29-38. . En estos artículos destaca las referencias a laboralistas extranjeros como el argentino Martorell y los uruguayos De Ferrari y Plá Rodríguez. En menor medida también habla del tema GARCÍA MANRIQUE, Á,. "El daño moral en las relaciones de trabajo", *Soluciones Laborales*, no. 18, 2009, p. 10-14.
[275] Cfr. TOYAMA, "Las demandas", *op. cit.*, p. 16.
[276] *Ibíd.*, p. 22.
[277] *Ibíd.*, p. 19-20.
[278] *Ibíd.*, p. 19 y ss.

Repositorio Institucional PIRHUA

utilizado de manera especialmente ilícita al vulnerar un derecho que normalmente no está involucrados en los actos de despido[279]. Estas teorías concluyen pues que cuando se configure un despido ajustado a estas características se podrá pedir una indemnización adicional a la indemnización tarifada por despido arbitrario.

Al margen de juzgar si la indemnización por despido arbitrario cubre todos los daños "normales" del despido[280], lo que resalta de estos trabajos es que se habla de despidos especialmente dañosos en cuanto lesionan derechos diferentes al de la estabilidad laboral. En ese sentido, cuando se habla del *despido abusivo* se dice que el daño extraordinario tiene que ver con la lesión a los *derechos laborales inespecíficos*. Estos no son más que los derechos constitucionales que tienen que ver con la libertad (ideológica o religiosa por ejemplo), la igualdad, el honor y la intimidad. Por tanto se tratan de derechos que toda persona posee, trabajador o no, sólo que en el marco de una relación laboral estos derechos adquieren un contenido especial[281]. Si el despido llega a lesionar uno de estos *derechos laborales inespecíficos* se configura entonces un *despido abusivo*. Por ejemplo en el trabajador que tiene una impecable hoja de vida pero es despedido y acusado de apropiarse indebidamente de dinero de la empresa, lo cual menoscaba su buena

[279] Cfr. BRINGAS, *op. cit.*, p. 30-31. El término "despido abusivo" pertenece al uruguayo De Ferrari, el término "despido especialmente injustificado" pertenece al uruguayo Plá Rodríguez. El término *despido abusivo* no sólo ha tenido cierta acogida en nuestro país. También en Chile se le menciona, véase Gamonal, S., "Evolución del daño moral por término del contrato en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaís*, no.39, 2012, p. 161-176 y ss., disponible en http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200006 (Consultado el 03.09.2015) y Domínguez Águila, R., "Reparación del daño moral por despido injustificado", Revista chilena de derecho, no. 2, 1998, p.431-445, disponible en http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/194076 (Consultado el 02.09.2015).

[280] Aunque vale señalar que Leysser ofrece otra explicación, desde el derecho civil, acerca de la naturaleza de la indemnización por despido arbitrario. El autor considera que hay una diferencia entre el resarcimiento de la responsabilidad civil, que intenta cubrir todos los daños, y las "indemnizaciones" que son una forma de reparación que busca paliar el daño pero sin aspirar a restablecer el *status quo* preexistente. En ese sentido las "indemnizaciones" bien podrían o no llegar a cubrir todos los daños. Entre estas "indemnizaciones" estaría la indemnización tarifada por despido arbitrario. Cfr. LEYSSER LEÓN, H., "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano", *Revista Jurídica del Perú*, no. 63, 2005, p. 136-139.

[281] Cfr. BRINGAS, *op. cit.*, p. 31-33.

Repositorio Institucional PIRHUA

imagen [282] . Así, si se lesiona uno de estos *derechos laborales inespecíficos* se puede pretender una indemnización adicional a la que otorga la LPCL por despido arbitrario. Por otro lado, cuando se habla de *despido pluriofensivo* se refieren a despidos que lesionan cualquier derecho diferente al derecho a la estabilidad laboral y las afecciones que se deriven de ésta. La diferencia de esta teoría con la del *despido abusivo* es que no hace distinción entre derechos netamente laborales y no laborales (*derechos laborales inespecíficos*). Conforme a ello, el requisito para acceder a una indemnización adicional es que se lesione cualquier derecho diferente al de la estabilidad laboral. Bajo esta postura no importaría si se trató de un derecho laboral como la participación en un sindicato o si se afectó de alguna forma la libertad del trabajador. En ambos casos procedería una indemnización[283].

De estos planteamientos, la postura del despido pluriofensivo se muestra como la más adecuada. La razón es que si se acogiera está no se estaría dejando de lado a los derecho laborales diferentes a la estabilidad laboral. En síntesis se podría decir que si se comprueba que dolosamente el acto de despido ha vulnerado otros derechos es posible exigir una indemnización adicional. Aquella indemnización adicional atenderá solamente a ese derecho vulnerado en vista que los demás daños ya fueron reparados por la indemnización por despido arbitrario de la LPCL.

La teoría expuesta hasta ahora ya hace referencia a lo que sería una categoría nueva de los daños morales. Los *derechos laborales inespecíficos* de los que se habla se identifican en gran parte con los llamados "derechos de la personalidad".

La lesión a los derechos de la personalidad suele verse como una categoría propia y autónoma en el campo de los daños morales[284]. La temática de los derechos de la personalidad ha sido objeto de estudios acerca de su naturaleza y alcances y no ha estado libre de debates doctrinales sobre ciertos aspectos. En cuanto sus características se puede decir que estos derechos o bienes gozan de un carácter personalísimo por

[282] Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Op., cit. p. 12.
[283] Cfr. TOYAMA, "Las demandas", *op. cit.*, p. 19-20. El autor sugiere como un ejemplo de despidos pluriofensivos a los despidos nulos del Art. 29° de la LPCL, donde se protegen derechos laborales como el sindicato y otros que encajarían en la nominación de *derechos laborales inespecíficos* como la igualdad y la libertad de opinión.
[284] Cfr. CORRAL, *op. cit.*, p. 154-156.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

su esencialidad e inseparabilidad de la persona humana, ya que tienen que ver con las facultades mínimas indispensables para desarrollar su personalidad[285]. Estos bienes son esenciales porque se sitúan en el ámbito interno de la persona, contraponiéndose a los bienes externos como las cosas o servicios[286]. Entre estos bienes de la personalidad estarían la vida e integridad física, las libertades (ideológica, de expresión, religiosa, etc.), la dignidad (el honor, la intimidad, la imagen) y la identidad (derecho al nombre, etc.) [287]. Como se ve, muchos de estos bienes coinciden con lo que abarca los *derechos laborales inespecíficos*.

Aparte de su condición de inherentes a la persona, otras características comunes son su carácter subjetivo, absoluto y vitalicio. En ellos también resalta que se los reputa como extrapatrimoniales porque no pueden evaluarse en dinero y porque no existen para incrementar el patrimonio de su titular[288], con excepciones como la explotación de la imagen. Estos derechos también son de naturaleza privada porque no recaen sobre la persona considerada como ciudadano o administrado sino sobre la persona considerada en sí misma. Por esta razón no sólo son eficaces respecto del poder público sino respecto de todos los demás[289].

Respecto a su inclusión dentro de los daños resarcibles bajo el sistema de la responsabilidad civil, su entrada al grupo de los daños morales ha sido parte de la evolución de este campo. En una etapa inicial el daño moral se identificaba plenamente con el *pretium doloris* pero la doctrina y la jurisprudencia empezó a extender su ámbito de protección hacia las lesiones en contra del honor y la intimidad entre otros[290]. Diversos autores nombran entre los componentes del daño moral (en sentido lato o amplio) a los derechos de la personalidad de manera

---

[285] Cfr. BONILLA SÁNCHEZ, J., *Personas y derechos de la personalidad*, 1° ed. Reus, 2010, p. 34 y BUSTOS PUECHE, J., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2° ed. Dykinson, Madrid, p. 18-20.

[286] Cfr. BUSTOS, *op. cit.*, p. 18-19.

[287] Cfr. LASARTE, C., *Compendio de Derecho de la persona y del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 17 y ss.

[288] Cfr. BONILLA, *op. cit.*, p.32-38, BUSTOS, *op. cit.*, p.40-44 y QUISBERT, E., "Derechos De La Personalidad", disponible en http://jorgemachicado.blogspot.pe/2012/05/depe.html#sthash.Uo2OtBu4.dpuf (Consultado el 14.09.2015).

[289] Cfr. BUSTOS, *op. cit.*, p. 40-41.

[290] Cfr. PERÓN, S., "Los derechos de la personalidad y el resarcimiento del daño", en CALDERÓN PUERTAS *et al*. (Coords.), *Observatorio de Derecho Civil*, Vol. 14, Motivensa, Lima, 2012, p. 142-144 y JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *op. cit.*, p. 277.

separada de los padecimientos anímicos (daño moral en sentido propio)[291], los cuales pueden originarse sin que intervenga algún derecho de la personalidad, como por ejemplo la desazón provocada por un incumplimiento contractual. La función de su indemnización sería tanto satisfactoria como punitiva[292], por tratarse del daño a un bien muy esencial para el hombre.

Los derechos de la personalidad son derechos que gozan de rango constitucional, pero no todos los derechos constitucionales son derechos de la personalidad[293] y un ejemplo de esto son los propios derechos laborales constitucionales (estabilidad laboral, sindicación, huelga, etc.). Por más importantes que sean los derechos labores para el hombre no constituyen en estricto facultades mínimas e indispensables para el desarrollo de la personalidad. En ese sentido, pertenecen más a la persona en su condición de trabajador, no en cuanto persona misma.

No obstante lo anterior, no habría obstáculo para que estos derechos constitucionales laborales gocen de una especial protección por parte de la responsabilidad civil, igual que los derechos de la personalidad. La razón sería que todos vienen a ser derechos fundamentales, relevantes para el desarrollo de la persona. Así, en la indemnización de daños y perjuicios por estos derechos también se podría aplicar una especial función sancionadora y preventiva. De esa manera, la indemnización de cada caso individual de lesión a estos derechos significaría reforzar la protección jurídica de la colectividad entera frente a agresiones semejantes.

En el régimen laboral privado hay un ejemplo muy claro de despido que lesiona derechos constitucionales, el llamado despido nulo descrito en el Art. 29° de la LPCL. En estos casos, los despidos están basados en motivos claramente antisindicalistas, discriminatorios, que incluye a mujeres embarazadas y personas con VIH o SIDA, o de represalia al derecho a la tutela judicial efectiva[294].

---

[291] Cfr. LEYSSER, *La responsabilidad civil, op. cit.*, p. 286-290, REY DE CASTRO, *op. cit.*, p. 346-347 y DE TRAZEGNIES, T.II, *op. cit.*, p. 111. En sentido contrario, LASARTE, *op. cit.*, p. 33. En casos de lesiones a derechos de la personalidad, el autor identifica este tipo de indemnización pecuniaria como un *pretium doloris*.
[292] LEYSSER, *La responsabilidad civil, op. cit.*, p. 209.
[293] Cfr. BUSTOS, *op. cit.*, p. 39.
[294] Cfr. JIMÉNEZ LLERENA, *op. cit.*, p. 163.

Repositorio Institucional PIRHUA

Otro ejemplo útil para ilustrar los despidos que lesionan otros derechos además del de estabilidad laboral sería el despido fraudulento. Como se describió antes, estos despidos son especialmente graves porque son realizados con un ánimo perverso. Actos que configuran este despido es la imputación de hechos notoriamente inexistentes o falsos. También aquellos casos donde el despido fue realizado con engaños al trabajador, o incluso donde se fabrican pruebas[295]. Como puede verse, el despido fraudulento es especialmente malicioso y dañino porque dolosamente imputa faltas y hechos falsos a un trabajador. Conforme a ello es lógico que ese despido afecte anímicamente al trabajador. Por ejemplo si al trabajador se le acusa de robar bienes de la empresa o se le acusa de alta negligencia. Aparte de la humillación que pueda sentir podría incluso tener dificultades para conseguir otro empleo.

Con todo esto, se puede decir que en algunos casos de despidos sancionados con la nulidad y la reposición del trabajador es posible solicitar una indemnización por la afectación a derechos de la personalidad y otros derechos constitucionales. Los casos de despido nulo de la LPCL y el despido fraudulento serían los más representativos de estos supuestos.

Esta posibilidad de reclamar indemnizaciones por lesiones "adicionales" en casos de despidos sancionados con nulidad no ha tenido verdadero desarrollo en la jurisprudencia. A lo mucho es posible encontrar algunos casos de despido arbitrarios donde el trabajador acusa a su empleador de haberlo acusado falsamente de un delito penal[296]. Las demandas en este sentido no procedieron porque no se determinó que hubiera dolo en el proceder de los empleadores. Sin embargo, en la Cas. N° 1420-2009-Del Santa destaca el voto en contra de uno de los magistrados porque revela el daño que le habría causado el despido al trabajador. Parte del fundamento del voto decía:

---

[295] Véase la definición de despido fraudulento hecha por el propio TC en el famoso caso *Llanos Huasco*, STC N° 976-2001-AA/TC.

[296] Véase la Cas. N° 1420-2009-Del Santa y la Cas. N° 2683-2002-La Libertad. Ésta última es comentada en "¿Cuándo cabe indemnización por daños y perjuicios en la vía civil tratándose de un despido arbitrario?", *Análisis Laboral*, no. 328, 2004, p. 43-46. El comentario se muestra a favor de la sentencia casatoria en cuanto exige que se pruebe el dolo y la intencionalidad de la denuncia calumniosa.

Repositorio Institucional PIRHUA

> "(...) *se ha producido un despido injustificado por parte del banco demandado, al haber dado por concluido el contrato de trabajo a plazo indeterminado del demandante por presunta falta grave, poniendo en tela de juicio su desempeño laboral, si se tiene en cuenta que en el proceso penal se resolvió declarar no ha lugar a la apertura de instrucción en contra del demandante por delito contra el patrimonio hurto en agravio del Banco de Crédito el Perú Sucursal - Chimbote; lo que le ha causado daño sicológico acreditado con el informe psicológico de fojas cincuenta y tres en el que se ha diagnosticado síndrome depresivo por haber sido despedido del trabajo injustificadamente, máxime si el recurrente cuenta con carga familiar que atender* (...)"

Como se lee, la imputación de hechos falsos podría causar un daño especial a los trabajadores. La acusación de un actuar delictivo o de negligencia puede ocasionar un malestar adicional al trabajador, aparte de que ya podría sentir por no tener empleo.

Aunque las categorías de despido fraudulento y despido nulo se restringen al ámbito civil, el régimen de la Carrera Administrativa del DLeg. 276 presenta un escenario adecuado para casos similares. Los trabajadores de la Carrera Administrativa también gozan de derechos como la huelga y el sindicato. Además que sus causales de despido son parecidas a las del régimen privado. En ese sentido, estos trabajadores también podrían ser víctimas de por ejemplo un imputación penal falsa. Por lo tanto, si el despido a un trabajador de la Carrera Administrativa presenta notas semejantes a un despido nulo o fraudulento del régimen privado, entonces el trabajador podría solicitar la indemnización acorde a las afectaciones sufridas.

Respecto al despido incausado se ha dicho que éste atenta básicamente contra el derecho constitucional al trabajo[297]. Sin embargo y a pesar de ello, bajo la propuesta del *despido pluriofesnsivo* el despido incausado no daría lugar a una indemnización especial. La razón que se aduce es que no se está generando un daño extraordinario y diferente al

[297] La STC N° 976-2001-AA/TC del conocido caso *Llanos Huasco* señala que la nulidad y restitución en este despido procede para "*cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos*".

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

que normalmente causa un despido[298]. Así, en un despido incausado no se comete la imputación de un crimen o de una conducta negligente, no se inventan pruebas ni se engaña al trabajador. En esos casos no se lesiona la libertad o la intimidad del trabajador, tampoco sus derechos laborales más allá del derecho a la estabilidad laboral. Probablemente en estos casos se podría acusar un actuar malicioso del empleador en cuanto simula contrataciones temporales y otras cosas parecidas. Pero esas circunstancias serían agravantes de la lesión al derecho de la estabilidad laboral, no la prueba de la lesión a algún otro derecho. Conforme a ello tiene sentido que los despidos incausados no sean considerados como *despidos pluriofensivos*.

Esto trae a colación el caso de los trabajadores contratados repuestos al amparo de la Ley 24041. La forma como ocurren los despidos de estos trabajadores los hace parecer a un despido incausado del régimen privado. Como se mencionó antes, el despido incausado se puede configurar cuando se simula un contrato de locación de servicios o cuando se desnaturaliza un contrato laboral temporal. Precisamente los trabajadores contratados son "despedidos" cuando se les dice que su contrato temporal ya no les será renovado, a pesar de realizar tareas de carácter permanente y haber pasado el año de servicios. Por lo tanto se puede establecer cierto parecido entre ambos. Esto sin llegar a decir que los trabajadores contratados del régimen del DLeg. 276 son víctimas de un despido incausado, porque tal figura es exclusiva del régimen privado.

Conforme a lo comparación que se ha hecho entre el despido incausado y el despido de los trabajadores contratados del DLeg. 276 se podría decir que estos últimos tampoco constituyen un caso de *despido pluriofesnsivo*. En la parte de daño moral se vio que en estos casos a veces los empleadores realizan *interrupciones tendenciosas* como una forma de evitar que lleguen a acceder a la protección que brinda la Ley 24041. Sin embargo esto sería un agravante del daño moral normalmente causado por el despido, esto es, por la lesión al derecho de estabilidad laboral. En estos casos no podría haber un daño adicional al daño normal causado por el despido, como sería la imputación de un delito o la afectación a un derecho de la personalidad o derechos laborales. De

[298] Cfr. TOYAMA, "Las demandas", *op. cit.*, p. 20. Por esta misma razón Toyama no considera al despido incausado un *despido pluriofensivo*. En sentido contrario parece estar Bringas Díaz. Cfr. BRINGAS, *op. cit.*, p. 33-34.

Repositorio Institucional PIRHUA

hecho, y como se mencionó anteriormente, mientras no gocen de la estabilidad de la Ley 24041 los trabajadores contratados no pueden gozar de los derechos laborales que sí gozan los trabajadores de la Carrera Administrativa como por ejemplo la huelga. A estos derechos recién podrían acceder una vez accedan a la estabilidad laboral en virtud de la Ley 24041[299].

Bajo estas circunstancias, los casos de despido nulo por la Ley 24041 no podrían ser imputados como *despidos pluriofensivos*. Estos casos de despido no presentan las circunstancias que impliquen la lesión de un derecho fundamental diferente a la estabilidad laboral. Por ello, no habría en ellos daños "excepcionales" que merezcan una indemnización adicional. La indemnización del daño moral en los casos de despido a trabajadores contratados del DLeg. 276 se reduciría entonces a los intereses y expectativas jurídicamente relevantes relacionadas al derecho de estabilidad laboral, que es el derecho que se lesiona con el despido. Éstas podrían resumirse en la expectativa de estabilidad económica del trabajador y en su expectativa de desarrollo profesional.

[299] La Ley 24041 no otorga derecho laborales más allá de la estabilidad laboral. Pero como se mencionó antes hubo unos casos contra la Municipalidad Provincial de Cuzco donde los trabajadores lograron acceder a los mismos derechos laborales que los trabajadores de la Carrera Administrativa. Algunos de estos casos están en el Exp. N° 873-2010-0-1001-JR-LA-01 y el Exp. N° 0626-2011-0-1001-JR-LA-03.

Repositorio Institucional PIRHUA

Repositorio Institucional PIRHUA

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las normas laborales ha dejado un enorme vacío en lo que concierne al período que transcurre entre el despido y la reposición. Esta situación afecta a varios trabajadores en diferentes regímenes laborales, entre los que podemos nombrar los trabajadores del régimen privado víctimas de un despido incausado o fraudulento, los trabajadores de la Carrera Administrativa del DLeg. 276 y los trabajadores contratados del DLeg. 276 repuestos al amparo de la Ley 24041. Así pues, muchos trabajadores de estos regímenes no quedan totalmente satisfechos con la reposición a su antiguo puesto de trabajo. La casuística demuestra que ellos exigen más por el tiempo que permanecieron despedidos. La exigencia de alguna forma de reparación por el período de desempleo busca finalmente que se corrijan todos los afectos adversos producidos por el acto de despido.

En ese sentido las demandas de los trabajadores se han centrado más que nada en las remuneraciones y beneficios laborales dejados de percibir durante el despido. Ello constituye la afectación más evidente que sufre todo trabajador despedido y luego repuesto. No obstante, los agravios morales también han salido al escenario de este tipo de demandas. Así, y a pesar del vacío de las normas laborales, los pagos por remuneraciones devengadas y por daños morales se presentan como reales contingencias de un despido declarado nulo. Tanto el empleador privado como el público están sujetos a que demandas de este tipo les lleguen a pesar de ya haber repuesto al trabajador.

Repositorio Institucional PIRHUA

SEGUNDA.- Sobre las remuneraciones dejadas de percibir, la postura restitutoria que propugnan los laboralistas se muestra sin dudas como la más ventajosa para el trabajador porque ordena el pago total e íntegro de las remuneraciones y demás beneficios laborales devengados durante el despido. Efectivamente, esta postura busca que se le paguen las remuneraciones al trabajador tal como si éste hubiera laborado durante el período de despido. Para ello la postura restitutoria se ha servido de toda una lista de argumentos siendo los más usados la teoría de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, la aplicación analógica de las disposiciones del despido nulo de la LPCL y la ficción retroactiva de una suspensión imperfecta de labores. Pero más allá de estos argumentos, la situación actual de los trabajadores presenta una cuestión de justicia material. Así, sólo los trabajadores víctimas de un despido nulo bajo el régimen privado tienen reconocido el derecho al pago íntegro de sus remuneraciones. En aras de la igualdad los demás trabajadores privados o públicos sujetos a un despido sancionado con nulidad también deberían gozar de ese derecho.

Esta postura restitutoria fue acogida en un tiempo por los juzgados pero actualmente está completamente descartada. La Corte Suprema y el TC son firmes en decir que la remuneraciones sólo proceden por trabajos efectivamente realizados. Como están las cosas, cualquier trabajador que demande el pago de sus remuneraciones a modo de restitución verá su demanda ser declarada improcedente.

TERCERA.- Por lo anterior, judicialmente los trabajadores tendrán que solicitar sus remuneraciones dejadas de percibir a modo de indemnización por lucro cesante, como efectivamente se ha dado en algunos casos. Sin embargo, la indemnización de las remuneraciones bajo la forma de lucro cesante no generará resultados exactamente iguales a los pagos hechos bajo la postura restitutoria. El resarcimiento de la responsabilidad civil no busca devolver o restituir derechos que ha sido lesionados, que es lo que se plantea en la postura restitutoria. La indemnización se dirige a borrar los efectos de la lesión a ese derecho, cosa que es muy distinta. Así, en la responsabilidad civil se trata de evitar que la indemnización sobrepase el daño efectivamente causado porque eso generaría un enriquecimiento indebido de la víctima.

En la indemnización del lucro cesante esto implica seguir una serie de reglas para hallar la verdadera dimensión del daño. Algunos fenómenos

Repositorio Institucional PIRHUA

deben ser tomados en cuenta cuando además del monto de los ingresos dejados de percibir. Por ejemplo si el evento dañoso implicó un ahorro de gastos, si hubo una cesación total o parcial del daño o si éste no llegó a existir pese a la lesión a un derecho de la víctima. Aparte de estos destaca además la regla conocida como *Compensatio lucri cum damno*, por la cual los ingresos o lucros generados en el mismo evento dañoso deben ser compensados con el daño producido. De esta manera se puede llegar a determinar la verdadera magnitud del daño y por consiguiente la indemnización más justa para el caso concreto.

CUARTA.- Por lo anterior, en el cálculo del lucro cesante por las remuneraciones no percibidas debería incluirse los ingresos que el trabajador obtuvo por otros empleos en el tiempo que duró su despido. Esto en aplicación de la regla conocida como *compensatio lucri cum damno*. La inclusión de este factor en la determinación del daño guarda relación con los fines de la responsabilidad civil, que es la reparación del daño efectivamente sufrido.

En la casuística el tratamiento del lucro cesante por casos de despido necesita de un mayor desarrollo. En algunos casos se ha devuelto el íntegro de las remuneraciones dejadas de percibir tomando en cuenta sólo los conceptos remunerativos y el tiempo que duró el despido. Otras casos han llegado a hacer mención de otros factores, entre ellos los ingresos por nuevos empleos. Pero su referencia sólo llega a ser superficial, sin un análisis adecuado y escrupuloso. Asimismo existe un abuso del criterio de equidad. Los jueces se escudan bajo este criterio sin mayores miramientos, y más que nada les sirve para excusarse de elaborar cálculos más trabajosos, pero más exactos, de los elementos que determinan el daño por lucro cesante. El uso de este criterio sin duda ahorra el trabajo de los jueces, pero también puede generar desigualdades en las indemnizaciones.

QUINTO.- La vía de la responsabilidad civil ciertamente es más desventajosa para el trabajador que la postura restitutoria. Pero es la única herramienta disponible bajo el panorama actual y sus reglas deben seguirse a fin de no desvirtuar sus función. No obstante, desde el derecho laboral hay argumentos suficientes para abogar por un derecho a las remuneraciones. Estos son principalmente el principio protector y la manifiesta situación de desigualdad que subsiste actualmente entre los trabajadores. Por lo tanto se hace recomendable un cambio en la

Repositorio Institucional PIRHUA

jurisprudencia. En última instancia este cambio también debería darse en las normas laborales. Si el derecho a las remuneraciones ya se reconoce para un grupo de trabajadores, lo justo sería que todos los trabajadores sujetos a despidos nulos sancionados con nulidad tengan ese mismo derecho.

SEXTO.- En los casos de daño moral, aunque sea por montos mínimos los jueces siempre otorgarán una compensación. Los jueces consideran como un hecho irrebatible que el trabajador siempre entrará en un estado de angustia por dejar de recibir sus remuneraciones. Por ello las demandas por daño moral no se molestan en explicar ni sustentar en qué consiste su agravio sino que recurren a alusiones genéricas. La falta de exigencia por sustentar los daños genera también que la indemnización quede muy abierta al arbitrio del juez. Como consecuencia, en casos donde el período de despido es similar, pueden haber indemnizaciones por montos muy distintos.

Una posible manera de revertir esto sería exigir que las demandas traten de acreditar el menoscabo a los intereses jurídicamente relevantes que tenía el trabajador respecto a la permanencia en su empleo. El principal y más común de estos intereses sería el interés de mantener cierta estabilidad económica, con la cual solventar las necesidades del trabajador y su familia así como mantener cierto nivel de vida. Así, elementos que permitirían dilucidar el menoscabo a esta expectativa legítima serían la carga familiar, la edad del trabajador, sus ingresos por otros trabajos, etc.

Demandas y sentencias que verdaderamente tomen en cuenta estos factores podrían revertir la situación actual de nuestra jurisprudencia. Las demandas que demuestren no afectar seriamente al trabajador o que no sustenten sus daños deberían considerase como casos donde el daño moral es mínimo. La indemnización de este daño moral mínimo podría ser el monto de una remuneración mínima vital. Con ello, los trabajadores demandantes estarían presionados a realizar demandas más elaboradas, lo que a su vez inspiraría sentencias mejor fundamentadas y por consiguiente indemnizaciones más homogéneas.

Repositorio Institucional PIRHUA

SEXTO.- En los casos de los trabajadores repuestos por la Ley 24041 pueden ocurrir *interrupciones tendenciosas* hechas por sus empleadores a fin de evitar que accedan a la estabilidad laboral. Estos hechos deben tomarse como un agravante del daño moral que eleve el monto de la indemnización.

SÉPTIMO.- El daño al proyecto de vida difícilmente podría proceder en casos de despido con posterior reposición. La permanencia o no en un empleo no parece ser algo que afecte gravemente el "sentido existencial" de la persona. A lo mucho el trabajador podrá ver frustradas algunas aspiraciones laborales o profesionales, un interés de crecimiento profesional devenido de su permanencia en el trabajo. Sin embargo esto las guarda más relación con el daño moral que con un proyecto de vida. Aparte, con la reposición del trabajador estas aspiraciones estarían siendo reparadas.

Aun así, la jurisprudencia ha indemnizado en algunos casos el daño al proyecto de vida sin mayor fundamento, de manera arbitraria y hasta por montos desproporcionados.

OCTAVO.- Algunos despidos pueden presentar daños extraordinarios y ajenos a la estabilidad laboral, como son los daños a los derechos de la personalidad y otros derechos constitucionales. Los casos de despido nulo del régimen privado y de despido fraudulento serían ejemplos de estos casos. En ellos cabría entonces solicitar una indemnización por el derecho lesionado, aparte del daño moral por el propio hecho del despido. No obstante, los actos de despido en los trabajadores de la Ley 24041 no presentan las características de estos despidos especialmente lesivos, por lo que no procedería una indemnización en ese sentido.

Repositorio Institucional PIRHUA

BIBIOGRAFÍA

"¿Cuándo cabe indemnización por daños y perjuicios en la vía civil tratándose de un despido arbitrario?", *Análisis Laboral*, no. 328, 2004, p. 43-46

"Para Sala Civil se debe indemnizar por daño moral a persona despedida arbitrariamente", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 202, 2015, p. 156-159.

ALDAX, M., "Aplicación de la regla "compensatio lucri cum damno" en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura", *Lecciones y ensayos*, no. 90, 2012, p. 19-54.

ALMANSA PASTOR, J., *El despido nulo*, Tecnos, Madrid, 1968.

APARICIO VALDEZ, L., "El nuevo rol de las relaciones laborales", en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 3, Palestra, Lima, 2008, p. 1955-1965.

ÁVALOS JARA, O. y PÉREZ PÉREZ, A., *Régimen laboral público: normativa básica y jurisprudencia*. Grijley, Lima, 2008.

BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

BERNUY MOGOLLÓN, M., "Los trabajadores repuestos de la Municipalidad Provincial del Cuzco en mérito de la Ley N° 24041

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

y su derecho de percibir las bonificaciones y beneficios del D. Leg. N° 276", *Soluciones Laborales*, no. 56, 2012, p. 123-127.

BLANCAS BUSTAMANTE, C., *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo*, 1° ed. ADEC-ATC, Lima, 1991.

— *El despido en el derecho laboral peruano*, 1° ed. ARA, Lima, 2002.

— "La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral", *Diálogo con la jurisprudencia*, no. 167, 2012, p. 21-28.

BONILLA SÁNCHEZ, J., *Personas y derechos de la personalidad*, 1° ed. Reus, 2010.

BRINGAS DÍAZ, G., "Resarcimientos adicionales a la indemnización tarifada por despido arbitrario Gianfranco", *Soluciones Laborales*, no. 64, 2012, p. 29-38.

BUSTOS PUECHE, J., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2° ed. Dykinson, Madrid, 2008.

CALDERÓN PUERTAS, C., *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*, 1° ed. MOTIVENSA, Lima, 2014.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F., "Compensatio lucri cum damno", en GARCÍA SÁNCHEZ *et al.* (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Vol. I, Salamanca, España, p. 151-167.

CARRANZA HARO, J., "La Ley del Servicio Civil: La Administración Pública y los regímenes Laborales ¿quienes ganan, quiénes pierden", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 25-36

CHÁVEZ NÚÑEZ, M., "Pago de remuneraciones devengadas en caso de reposición a través de un proceso de amparo. A propósito de la Casación N° 2712-2009-Lima", *Soluciones Laborales*, no. 51, 2012, p. 60-68.

CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

DE CUPIS, A. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, MARTÍNEZ SARRIÓN (Trad.), 2° ed. Bosch, Barcelona, 1975.

DE LAMA LAURA, M., "No procede el pago de remuneraciones devengadas para un trabajador repuesto mediante amparo", *Soluciones Laborales*, no. 51, 2012, p. 144-146.

— "Los trabajadores del Estado y las vías procesales pertinentes para impugnar sus despidos", *Soluciones Laborales*, no. 55, 2012, p.103-106.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual*, T. I, 7° ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

— *La responsabilidad extracontractual*, T. II, 7° ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

ESPINOZA ESPINOZA, J., *Elementos constitutivos de la responsabilidad civil*, 1° ed.
Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a imaginar el derecho*, 1° ed. Indemsa, Lima, 2011.

FIGUEROA ESTREMADOYRO, H., *Nueva Ley de la Estabilidad Laboral y su Reglamento. Analizada, concordada y comentada por Hernán Figueroa Estremadoyro*, Inkari, Lima, 1988.

FIGUEROA YAÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

GARCÍA CALDERÓN, A., "Daño moral", Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lumen, Lima, 1945.

GARCÍA MANRIQUE, Á,. "El daño moral en las relaciones de trabajo", *Soluciones Laborales*, no. 18, 2009, p. 10-14.

Repositorio Institucional PIRHUA

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 33, 1999, p. 329-348.

GHERSI, C., *Cuantificación económica. Daño moral y daño psicológico*, 3° ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

HUAMÁN ORDÓÑEZ, L. y JARA BAUTISTA, J., "La Ley del Servicio Civil y el pronóstico de vida del régimen laboral administrativo especial de contratación de servicios", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 37-49.

JIMÉNEZ LLERENA, A., "El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio", *Laboren*, no. 7, 2007, p. 155-185.

LASARTE, C., *Compendio de Derecho de la persona y del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2011.

LEYSSER LEÓN, H., *El sentido de la codificación civil*, Palestra, Lima, 2004.

— "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano", *Revista Jurídica del Perú*, no. 63, 2005, p. 109-160.

— "Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura", *Advocatus*, no. 18, 2008, p. 229-243.

— *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 1°ed. Normas Legales, Trujillo, 2004.

MANZANARES CAMPOS, M. *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008.

MARCOS OYARZUN, F., *Reparación integral del daño. Daño moral*, Bayer Hermanos, Barcelona, 2002.

MARTÍN RIVERA, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008.

MARTORELL, E., *Indemnización del daño moral por despido*, 2° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

MILMANIENE, J., "El daño psíquico", en GHERSI (Coord.), *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Vol. 1, 2° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 63-72.

MONTES, Á., "*Compensatio lucri cum damno* en el resarcimiento del daño por el deudor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 595, 1989, p. 1965-1977.

NICOLIELLO, N., *Diccionario del Latín Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1999.

PAREDES ESPINOZA, B., "Individualización de los fundamentos que configuran el despido", en ALVA LÓPEZ (Coord.), *El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 91-114.

PAZOS HAYASHIDA, J., "Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio", en GUTIÉRREZ CAMACHO y MURO ROJO (Dir.), *Código Civil comentado*, T. VI, 2° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 678-680.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por Incumplimiento de Contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006.

PERÓN, S., "Los derechos de la personalidad y el resarcimiento del daño", en CALDERÓN PUERTAS *et al*. (Coords.), *Observatorio de Derecho Civil*, Vol. 14, Motivensa, Lima, 2012, p. 135-144.

PIZARRO DÍAZ, M., *La remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral*, González & Asociados, Lima, 2006.

Proyecto de Ley General de Trabajo: edición especial, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

PUNTRIANO ROSAS, C., "Nociones del servidor de confianza en la Ley del Servicio Civil", *Actualidad Jurídica*, no. 236, 2013, p. 17-23.

QUINTANILLA, M., *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Lerner, Córdoba, 2008.

QUISPE CHÁVEZ, G., *Régimen Laboral de los trabajadores públicos*, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

QUISPE CHÁVEZ, G. y MESINAS MONTERO, F., *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

REBAZA GONZÁLEZ, A., "La cuantificación de los daños de imposible probanza con criterio de equidad. Aproximación al artículo 1332 del Código Civil", en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 2, Palestra, Lima, 2008, p. 1055-1069.

REY DE CASTRO, A., *La responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972.

RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

ROCA, E., "Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño", *Anuario de Derecho Civil*, T. LVII, fasc. 3, 2004, p. 901-928.

ROSAS BERASTAIN, V., "La responsabilidad civil extracontractual a la luz de sus funciones: utilidad de os daños punitivos como medida de sanción y prevención", en CASTILLO FREYRE (Coord.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol. 2, Palestra, Lima, 2008, p. 1023-1054.

SAMAMÉ PACHECO, B., *La legislación sobre estabilidad laboral y el empleo atípico en el Perú*, 1° ed. OIT, Lima, 1989.

SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2003.

TABOADA CÓRDOVA, L., *Elementos de la Responsabilidad Civil*, 2° ed. Grijley, Lima, 2003.

TELLO PONCE, M., "Dime con qué proceso has sido repuesto y te diré si cobras remuneraciones devengadas. A propósito de la Casación Laboral N° 992-2012-Arequipa", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 174, 2013, p. 255-261.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J., *Instituciones del Derecho Laboral*, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

—"La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica", *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 49, 2002, p. 61-78.

—"Las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido", *Soluciones Laborales*, no. 68, 2013, p. 13-22.

URIBURÚ BRAVO, J., *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano*, Grijley, Lima, 2009.

VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales. Tipología y valoración*,1° ed. Bosch, Barcelona, 1994.

VISINTINI, G., *Responsabilidad contractual y extracontractual*, LEYSSER LEÓN (Trad.), 1° ed. ARA, Lima, 2002.

VITTERI GUEVARA, J., "Tratamiento jurisprudencial del despido incausado", en ALVA LÓPEZ (Coord.), *El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 153-172.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

LINKOGRAFÍA

"Informe N° 062-2013-OAJ-CNM", del Consejo Nacional de la Magistratura (Consultado el 15.10.2015). Disponible en: <https://www.cnm.gob.pe/webcnm/archivos/pdf/2013/infoinsti/leycivil2013.pdf>

ALDAX, M., "Aplicación de la regla "*compensatio lucri cum damno*" en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura", *Lecciones y ensayos*, no. 90, p. 19-54 (Consultado el 08.06.2015). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0090.pdf>

ALMEIDA BRICEÑO, V., "Las remuneraciones devengadas según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Primera Parte)" (Consultado el 11.96.2015). Disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_17/doc_boletin_17_02.pdf>

ÁVALOS JARA, O., "Las remuneraciones devengadas. ¿Pueden ser concedidas en un proceso de amparo?" (Consultado el 11.06.2015). Disponible en: <http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.pe/2011/02/las-remuneraciones-devengadas-pueden.html>

BARROS BOURIE, E., "Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual" (Consultado el 08.08.2015). Disponible en: file:///C:/Users/Gonzalo/Downloads/4.%20Responsabilidad%20extracontractual%20(Enrique%20Barros)%20(3).pdf>

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "Reparación del daño moral por despido injustificado", *Revista chilena de derecho*, no. 2, 1998, p.431-445 (Consultado el 02.09.2015). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/194076>

ESPINOZA ESPINOZA, J., "La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil," *Derecho PUCP*, no. 56, 2003, p. 733-757 (Consultado el 08.08.2015). Disponible en:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10595/11067>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral" (Consultado el 03.09.2015). Disponible en: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El daño al "Proyecto de Vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Consultado el 03.09.2015). Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El daño al proyecto de vida", *Derecho PUCP*, no. 50, 1996, 47-97 (Consultado el 27.08.2015). Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925/5934>

GAMONAL, S., "Evolución del daño moral por término del contrato en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaís*, no.39, 2012, p. 161-176 (Consultado el 03.09.215). Disponible en: <doi: 10.4067/S0718-68512012000200006>

HUAMÁN ESTRADA, E., "La reposición en sede laboral frente a todo despido lesivo de derechos constitucional. Comentarios a raíz del primer pleno jurisdiccional laboral supremo y la casación n° 3979-2011-tacna", *ITA IUS ESTO*, 9° ed., 2012, p. 118-124 (Consultado el 15.10.2015). Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/9.6Huam%C3%A1nEstrada.pdf>

HUAMÁN ESTRADA, E. y MOGOLLÓN ATOCHE, A., "Trabajadores repuestos mediante un amparo no tienen derecho a sus remuneraciones devengadas" (Consultado el 16.06.2015). Disponible en: <http://actualidadsociolaboral.blogspot.com/2012/02/corte-suprema-cambia-de-criterio.html>

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R., "Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática", *Themis*, no. 50, 2005, p. 273-282, (Consultado el 03.07.2015). Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8777/9164, consultado el 3 de setiembre de 2015>

LINARES ÁVILES, D., "Reflexiones sobre la cuantificación del daño moral en nuestro país" (Consulado el 18.08.2015). Disponible en: <http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/>

MEDINA CRESPO, M., "El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte" (Consultado el 27.08.2015). Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/marianoMedinaLucroCesante.pdf.>

QUISBERT, E., "Derechos De La Personalidad" (Consultado el 14.09.2015). Disponible en: http://jorgemachicado. blogspot. pe/2012/05/depe.html#sthash.Uo2OtBu4.dpuf>

TORRES ROMERO, P., "La reclamación del lucro cesante por paralización de un taxi tras un accidente de tráfico" (Consultado el 07.08.2015). Disponible en: <http://indemnizacionglobal.blogspot.com/2012/05/blog-post.html>

VIDAL RAMÍREZ, F., "La responsabilidad civil", *Derecho PUCP*, no. 54, 2001, p. 389-399 (Consultado el 08.08.2015). Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527/6607>