

1 Los daños punitivos en el V Pleno Casatorio Supremo Laboral

El V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional² ha decidido incorporar la teoría de los “daños punitivos” para sancionar, con fines ejemplarizantes, a los empleadores que despidan a sus trabajadores mediante el fraude o sin expresión de causa³.

De acuerdo a la opinión mayoritaria de los magistrados, no correspondería el pago de remuneraciones devengadas en estos supuestos porque esto equivaldría a establecer “una ficción jurídica o presunción absoluta”, que “sólo puede ser preestablecida por Ley”. En cambio, admiten no sólo el pago de una indemnización que cubra tanto el lucro cesante como el daño emergente y el moral, sino que han otorgado competencia al juez para que añada una adicional por “daño punitivo” con los límites que allí se establecen.

Resulta, por tanto, necesario analizar si la interpretación realizada sobre el despido fraudulento y el incausado, así como la indemnización por daño punitivo, tasada con un criterio específico explicitado en el tercer acuerdo del Pleno, es conforme con el orden constitucional y legal vigente en el país. Para ello, dividiremos el presente estudio en tres apartados: 1. La naturaleza jurídica de los despidos incausados y fraudulentos. 2. Las ficciones jurídicas y su función en el ordenamiento jurídico. 3. El daño punitivo y su recepción por el derecho continental y americano. De este modo podremos realizar un juicio de valor sobre los criterios que regirán las decisiones judiciales en esta materia en un futuro próximo.

1. Naturaleza jurídica de los despidos incausados y fraudulentos

El despido incausado y el fraudulento son construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, que tomaron forma definitiva en el año 2003 cuando establecieron que existen tres tipos de despidos con “efectos restitutorios (readmisión en el empleo)”, porque se realizan “con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos”⁴.

El primero de ellos es el despido nulo, previsto en el art. 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que concreta la protección a “derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución”⁵.

¹ Luz Pacheco Zerga. Abogada por la P.U.C. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la Universidad de Piura en campus Lima. email: luz.pacheco@udep.pe

² 4 agosto 2017. Cfr. http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/Jurisprudencia_Nro_1050_04-08-2017.pdf

³ De los quince magistrados, once suscriben la opinión mayoritaria y cuatro de ellos, discrepan al entender que sí es procedente el pago de remuneraciones devengadas, a lo que puede añadirse el pago de una indemnización por daños y cubiertos, a fin de cubrir los conceptos no cubiertos por aquellas. Cfr. Votos en minoría.

⁴ Exp. N° 0096-2001AA/TC, 13 marzo 2003, caso Llanos Huasco, fundamento jurídico 15.

⁵ Ibidem. El Tribunal concreta aún más y señala que se produce el despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.

El segundo, ya tipificado en un pronunciamiento anterior del mismo Tribunal⁶, es el denominado despido incausado, que se configura cuando el trabajador es despedido verbalmente o por medio de una comunicación escrita, pero sin expresar la causa que lo justifique. De este modo, entiende el Tribunal se logra "cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos"⁷.

Y, finalmente, el despido fraudulento es aquel que se realiza con "con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales"⁸. En este caso, aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, a la vez se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, "se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, (...) o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (...) o mediante la "fabricación de pruebas"⁹.

En estos casos es evidente que se trata de "circunstancias en las que *se vislumbra con claridad el abuso del derecho* en la subordinación funcional y económica"¹⁰. No obstante, para la mayoría de los magistrados reunidos para el V Pleno, si bien no hay diferencia entre el despido incausado y el fraudulento, en cuanto que ambos afectan directamente derechos constitucionales, este hecho no implica "la existencia de una ficción jurídica que determine el desarrollo de la labor efectiva en el periodo que transcurre entre el despido y la reposición del trabajador"¹¹. Más aún, marcan una distinción entre esos dos tipos de despido y el nulo, previsto en el art. 29 de la LPCL, en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato del art. 40 de la mencionada norma. Entienden los magistrados que no existe "una norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva"¹². No obstante, reconocen que la agresión de los derechos fundamentales justifica una indemnización que abarque todos los daños y perjuicios que el trabajador haya sufrido, entre los que la ausencia de pago de remuneraciones es uno evidente, que puede calificarse de lucro cesante. Por lo cual, este cálculo puede servir de base, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos por el despido, como indicador de cálculo del monto de la indemnización¹³.

Por otro lado, no se debe perder de vista que la doctrina constitucional sobre el despido ha modificado sustancialmente los alcances del art. 34 de la Ley de Productividad y Competitividad

- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.° 26626).

- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050)".

⁶ Exp. N.° 1124-2002-AA/TC, 11 de julio de 2002 Caso Telefónica

⁷ Exp. N.° 0096-2001AA/TC, 13 marzo 2003, caso Llanos Huasco, fundamento jurídico 15. Si bien este es el criterio actualmente vigente, cabe precisar que no todo despido incausado vulnera derechos fundamentales: lo sería sólo si se realiza en fraude de ley. Lo contrario equivale a un sistema de estabilidad absoluta, aunque se afirme lo contrario.

⁸ Ibidem.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ Loc. Cit. El resaltado no es del original.

¹¹ V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, n. 3.2.

¹² Ibidem.

¹³ Cfr. V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, n. 3.2.

Laboral (LPCL), en cuanto ha establecido nuevas causales *que privan de eficacia el acto de despido* realizado por el empresario con violación de los derechos fundamentales¹⁴. El Tribunal Constitucional ha precisado que en "la vía de amparo no se cuestiona, ni podrá cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia del despido como elemento determinante del mismo, *de un motivo ilícito que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional*, de donde se puede inferir que el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales"¹⁵.

Se puede concluir de lo expuesto que, por un lado que el Pleno reconoce que ambos despidos –el incausado y el fraudulento- vulneran derechos fundamentales pero, sin embargo, les otorga validez jurídica, en cuanto logran extinguir el contrato de trabajo, ya que no subsiste la obligación de laborar ni la de remunerar los servicios. Los jueces consideran que plantearse la subsistencia de ambas obligaciones equivaldría a la construcción de ficciones jurídicas, que sólo se pueden establecer por ley y "porque la reparación judicial está diseñada para evitar que se continúe afectando el derecho en adelante"¹⁶. Siguiendo con este razonamiento, la obligación de pagar las remuneraciones devengadas no proviene de la ineficacia del acto de despido, sino de que exista una norma específica que así lo ordena: el art. 40 de la LPCL. En consecuencia, afirman, que no cabe aplicar este tratamiento al caso de los despidos incausados y fraudulentos porque equivaldría a crear una ficción jurídica.

Esta interpretación parece reducir el Derecho a la ley positiva y no tener en cuenta las instituciones jurídicas y los principios generales del derecho en general -y del peruano en particular-, en relación al abuso del derecho y a la eficacia jurídica de los actos que vulneran derechos fundamentales, así como el desarrollo que ha hecho el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica de estos despidos, tal como analizaremos a continuación.

2. Ficciones jurídicas y naturaleza jurídica de los despidos incausados y fraudulentos

Las ficciones jurídicas son mecanismos legales que tienen por finalidad aplicar una norma jurídica a un caso distinto al previsto en ella, extendiendo sus consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron diseñadas¹⁷. Es admitido unánimemente por la doctrina que se trata de ficciones legales, es decir, que sólo pueden provenir de un mandato legal y no de uno judicial¹⁸.

Al aplicar esta doctrina a la figura de los despidos incausados y fraudulentos el Pleno concluye que no existe ninguna norma legal que establezca que luego de producidos éstos "la relación laboral persiste en su existencia o que el trabajador tiene derecho al pago de

¹⁴ Cfr. Exp. 0206-2005-PA/TC (Caso César Antonio Baylón contra EPS EMAPA, Huacho).

¹⁵ Exp. N.º 03965-2007-PA/TC, Sentencia del 8 septiembre 2008, f.j. 5. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03965-2007-AA%20Resolucion.html> Las cursivas no son del original.

¹⁶ V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, n. 3.2.

¹⁷ Cfr. MARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. (Madrid: Marcial Pons, 1989) 112.; MENDONCA, "Ficciones legales," en *Pensar el Derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*, ed. Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Lima: Ara Editores 2010), 201-202.

¹⁸ Cfr., por todos, HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, "Ficciones jurídicas," *Doxa*, no. 03 (1986): 141-144.

remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva"¹⁹.

Si bien es cierto, como acertadamente recuerdan los magistrados, que las "ficciones jurídicas o las presunciones absolutas sólo pueden ser predeterminadas por Ley"²⁰, al concluir que sería necesaria una ficción jurídica para que el contrato de trabajo subsista, cuando se ha realizado un despido que vulnera derechos fundamentales, parecen olvidar la doctrina sobre la invalidez del acto jurídico recogida en el Código Civil y reafirmada en sede casatoria ininterrumpidamente.

Las causales de nulidad y anulabilidad de un acto son las taxativamente determinadas por la legislación²¹, es decir, no proceden de acuerdo entre las partes sino por aplicación del principio de legalidad. Entre las causales de nulidad se encuentra la del fin ilícito, ya que un acto "no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado"²². Por eso, se puede definir la nulidad como un "instituto legal que sanciona al acto jurídico por vicio intrínseco insubsanable al tiempo de su celebración, siendo su finalidad la declaración de la inexistencia legal del acto realizado y, como consecuencia de ello, la inexistencia de sus efectos jurídicos"²³.

De acuerdo a la doctrina general sobre la validez del acto jurídico, recogida en el art. 140 del Código Civil, es indispensable que el fin de la acción sea lícito. Por tanto, "el ordenamiento jurídico no puede concebir ni permitir la realización de actos que produzcan efectos antisociales; por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del acto jurídico"²⁴

Los despidos incausados y fraudulentos tienen un fin ilícito –la vulneración de derechos constitucionales-²⁵, por tanto, nos encontramos ante supuestos de nulidad absoluta, que de acuerdo al art. 219, inciso 4 del Código Civil, no tienen eficacia jurídica alguna ya que, como ha precisado el Tribunal Constitucional, en ellos "se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica"²⁶. Se trata de actos con fin ilícito, es decir, nulos. Lo cual equivale a afirmar, que no tienen eficacia alguna para extinguir el contrato de trabajo. De allí que, sin necesidad de realizar una ficción jurídica, sea preciso aplicar criterios que se encuentran en la base del Derecho de Obligaciones y, por tanto, del Derecho del Trabajo, tanto en el Perú como en otros países con tradiciones jurídicas semejantes²⁷. En consecuencia, se

¹⁹ V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, III. 3.2

²⁰ Loc. Cit.

²¹ Cfr. Código Civil, arts. 219 y 221.

²² Exp. Nº 1011-97-Lima.El Peruano, 26/11/98, p. 2121.

²³ Exp. Nº 1610-1998-Lima. Data 30,000. Gaceta Jurídica.

²⁴ Exp. Nº 181-2001-Lima. Data 30,000. Gaceta Jurídica.

²⁵ Con la salvedad hecha en la nota n. 6 respecto a los despidos incausados.

²⁶ Loc. Cit. El resaltado no es del original.

²⁷ En España, por ejemplo, el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores califica como nulo aquel despido "que tenga como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien, se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas". Y, a continuación, establece que el despido nulo "tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir" (Estatuto de los Trabajadores, art. 55.6). Y el Tribunal Constitucional de ese país ha declarado, por ejemplo, en la Sentencia 112/2010, de 16 de noviembre de 2010 (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010) en el f.j. 2º: "Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al

debería reconocer no sólo el derecho de readmisión del trabajador, sino el pago de las remuneraciones devengadas en su sentido más amplio, que en nuestro país incluyen, de acuerdo al art. 40 de la LPCL, la compensación por tiempo de servicios y sus intereses²⁸.

Esta interpretación se encuentra refrendada por el Código Procesal Constitucional que establece que, cuando se declara fundada la demanda de amparo, necesariamente se declara la "nulidad de la 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"²⁹. Y, consecuentemente, se debe ordenar la "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"³⁰. Lo cual, en el ámbito laboral implica la readmisión ya que se reconoce la plena vigencia del contrato de trabajo. De hecho, cuando el Tribunal Constitucional califica a un despido como fraudulento o incausado lo priva de legitimidad constitucional y, por tanto, *de eficacia jurídica*³¹.

Este ha sido también el criterio del voto en minoría en el Pleno bajo comentario, según el cual al ser los despidos inacusados y fraudulentos manifestaciones de un despido lesivo de derechos constitucionales, la consecuencia es la "nulidad del acto y por lo tanto, los efectos de la declaratoria de un despido incausado o fraudulento deben ser exactamente iguales al despido nulo"³².

El trabajador, cuando tiene lugar un despido fraudulento o incausado, cesa de percibir los beneficios económicos, sean legales o convencionales que le correspondían, inclusive los pensionarios que, si bien son futuros se acumulan al tiempo de servicios. Y si "el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales"³³, es indispensable restablecer la relación laboral entre las partes como si nunca se hubiese interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído el pronunciamiento es el acto mismo del despido³⁴.

Por tanto, el empleador está obligado a resarcir su incumplimiento no sólo readmitiendo al trabajador, sino también con el pago de las remuneraciones devengadas, la compensación por tiempo de servicios y el reconocimiento del tiempo de servicios, como si no se hubiera producido el despido. De no hacerlo así, se mantendría abierta la puerta para una autorización tácita de despidos abusivos, pues en un análisis económico del derecho (costo-beneficio) -que sustituye

mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que "tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación" (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

²⁸ "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 periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses".

²⁹ Código Procesal Constitucional, art. 55.2.

³⁰ Código Procesal Constitucional, art. 55.3.

³¹ Esta calificación a este tipo de despido se ratifica en el Exp. N° 0206-2005-TC/AA, fundamento jurídico 7.

³² Cfr. Voto en minoría de los jueces Vicente R.; Walde J.; Jacinto J. Rodríguez M. y Omar Toledo R., n.11.

³³ Exp. N.º 03965-2007-PA/TC, Sentencia del 8 septiembre 2008, f.j. 5. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03965-2007-AA%20Resolucion.html> Las cursivas no son del original.

³⁴ Cfr. Voto en minoría de los jueces Vicente R.; Walde J.; Jacinto J. Rodríguez M. y Omar Toledo R., n.11.

la justicia por el mero rédito económico-, resultará más rentable despedir fraudulenta o incausadamente que respetar los derechos constitucionales de los trabajadores.

Respalda esta tesis la Corte Interamericana de Justicia, la cual, cuando se pronunció sobre la reincorporación de tres magistrados peruanos al Tribunal Constitucional, dejó sentado que:³⁵

“Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte debe disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados. La Corte observa que el 17 de noviembre de 2000 el Congreso de la República del Perú dispuso la reinstalación de los magistrados en sus respectivos cargos (supra 26 y 56.30), la cual ya se efectuó. No obstante, esta Corte considera que, adicionalmente, el Estado debe resarcir a dichos magistrados por los salarios y prestaciones dejados de percibir (supra 56.31). También estima necesario el resarcimiento de las costas y gastos en que hubieran incurrido las víctimas con motivo de las gestiones relacionadas con la tramitación del caso ante la justicia, tanto en la jurisdicción interna como internacional³⁶.

Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que *el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia*. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible³⁷.

Por tanto, cuando se comete un despido lesivo de derechos fundamentales, como es el resuelto por la Corte o los que pudieran contener los incausados o fraudulentos, la responsabilidad del empleador no se agota en pagar los salarios caídos sino que debe extenderse a los demás derechos laborales que correspondan según la legislación vigente. Se puede emplear similar argumento al que esgrimió la Corte en esa oportunidad, cuando precisó que la “reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional³⁸ requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.

El criterio aprobado en el último Pleno según el cual, el despido incausado y fraudulento tiene eficacia jurídica, pues extingue el contrato y, consecuentemente, no es viable el pago de remuneraciones devengadas pues no se ha prestado un servicio efectivo, contiene a mi juicio una doble ficción legal: la de equiparar la naturaleza jurídica de los despidos incausados y fraudulentos con la de los despidos arbitrarios, pero calificando la extinción como suspensión perfecta del contrato, y sin responsabilidad del empleador por haber impedido la prestación de los servicios. Estas ficciones van más allá de lo que el Derecho reconoce porque en las ficciones

³⁵ Las cursivas no son del original.

³⁶ Sentencia del 31 de enero de 2001, fundamento jurídico 120.

³⁷ Sentencia del 31 de enero de 2001, fundamento jurídico 121. Las cursivas no son del original.

³⁸ Internacional en ese caso y nacional, en los que estamos analizando.

legales "el legislador no hace sino equiparar formalmente, y para un determinado efecto, sin tocar para nada a la verdadera naturaleza de la causa" puesto que esa equiparación se reduce a que la ley les atribuya el mismo efecto, pero se reconoce que los supuestos *a* y *b* no son en sí mismos idénticos ni equivalentes³⁹. Y, podemos apreciar que, en este caso, los juzgadores van más allá, inclusive que las ficciones legales.

Retiremos que calificar un despido violatorio de derechos fundamentales como ineficaz jurídicamente es lo mismo que declarar su nulidad: aplicar estos criterios no responde a técnicas de ficciones ni invenciones jurídicas, sino a estricta coherencia con los principios generales y las instituciones bases del derecho de obligaciones y del orden constitucional, que proscribe el abuso del derecho recogida en el art. 103 de la Constitución⁴⁰. Y, respecto a las remuneraciones devengadas, ha sido criterio constante del Tribunal Constitucional, considerarlas un derecho del demandante, que puede hacer valer "en la forma legal que le corresponda"⁴¹. Cabe entonces preguntarse siguiendo el criterio bajo comentario: si no hay derecho a remuneraciones devengadas porque no hubo prestación de servicios ¿en base a qué título jurídico se puede demandar una indemnización que las comprenda?

3. El daño punitivo y su recepción en el derecho continental y americano.

Respecto a los daños que se siguen a los incumplimientos contractuales, resulta innegable la influencia creciente del sistema jurídico anglosajón en los países sudamericanos, cuyo derecho proviene más bien de la tradición jurídica continental europea. Ha sido un aporte de corte romano-germánico el "reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados, pero todo ello con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida"⁴².

En cambio, el sistema anglosajón busca, mediante la indemnización por daños punitivos, que el juez pueda valorizar los daños causados y ordenar un pago adicional que según su criterio, no sólo favorezca a la víctima, sino que, además, tenga valor ejemplarizante y disuasivo de la conducta perjudicial⁴³. También se le conoce como "daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante"⁴⁴. A la vez, se busca evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante o que destruya completamente el futuro financiero del demandado. Para ello, como una técnica de balance, está previsto sopesar los siguientes factores: a) Naturaleza y gravedad de la conducta del agente causante del daño; b) Prudencia para aplicar el castigo pecuniario de acuerdo a la solvencia de la parte culpable; c) Antecedentes

³⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Ficciones y conceptos formales en el Derecho* (Cizur Menor: Thomson & Aranzadi, 2008) 31-32.

⁴⁰ Constitución del Perú, art. 103: "La Constitución no ampara el abuso del derecho".

⁴¹ Exp. 2040/2004-AA/TC, f.j. 9.

⁴² GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria / HERRERA LOZANO, María Carolina, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages," *Estudios Socio-Jurídicos* 5, no. 1 (2003).

⁴³ "The costs that are awarded to a person due to negligence that has caused personal injury or damage to personal property. It is more than the item is worth but considerably so. It is a payment by the person to the injured party as a punishment for reckless behaviour". Cfr. Blacks Law Dictionary, <http://thelawdictionary.org/punitive-damages/>

⁴⁴ Cfr. GARCÍA MATAMOROS, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages."

en cuanto a advertencias o a la facultad de haber evitado los daños; d) Naturaleza de la opresión infringida y el bienestar del causante⁴⁵.

Mientras que en Inglaterra esta figura es aceptada, con algunas limitaciones, no ha tenido el mismo éxito en la Europa continental. De hecho, en Francia no se acepta el daño punitivo, porque se incurriría en un enriquecimiento injustificado. Además, la Corte de Casación se ha negado a darle a la responsabilidad civil un carácter de función penal porque "...la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño"⁴⁶. Sin embargo, los jueces franceses han reconocido indirectamente estos daños al incluirlos en los perjuicios morales, así como por medio de la acción civil ejercida por sindicatos o asociaciones para proteger el interés colectivo que representan. Y, en materia laboral imponen, en ciertos casos, un límite mínimo en la indemnización que debe pagar el empleador (en casos como el despido sin justa causa o el accidente de trabajo), independientemente del daño causado, o se tiene en cuenta un aumento en la suma reconocida por perjuicios por causa de la gravedad de la culpa⁴⁷.

La recepción en España es similar: no se admiten los daños punitivos como tales pero sí se admite la indemnización por daño moral⁴⁸. Así, por ejemplo, en la STS 05-02-2013 (Rc 89/2012), se reitera la doctrina del Tribunal Supremo español en relación con el cálculo de la indemnización por daños morales, cuando haya sido con vulneración de derechos fundamentales. Y en ella se insiste en "el carácter no automático de la indemnización, y en la exigencia de alegar adecuadamente las bases y los elementos clave de la indemnización reclamada, así como la necesidad de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria"⁴⁹.

En los países de América Latina la recepción ha sido similar a la de la Europa continental⁵⁰. Es decir, recogida implícitamente bajo los daños morales, pero no de manera explícita porque en nuestra común tradición jurídica, esa indemnización es una forma de pena privada, que no parece compatible con nuestros ordenamientos. De hecho, en el Perú viola tanto el principio de legalidad como el de seguridad, según los cuales, "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"⁵¹. Y, en estos casos, se condena al pago de una indemnización por un acto que previamente no había sido tipificado (daño punitivo). En cambio, resulta más acorde con el orden jurídico imperante, ordenar el pago de la indemnización, con criterio de equidad, en beneficio de la parte perjudicada con el despido y ordenar, en la sede correspondiente, el pago de las multas que correspondan por incumplimiento de las obligaciones laborales.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ VINEY, Genevieve, *Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets* (Paris: LGDJ, 1988) 8 y ss.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA MATAMOROS, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages."

⁴⁸ Cfr. Ibid.

⁴⁹ Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta, Cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Cronica-de-Jurisprudencia/Cronica-de-la-jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo--2012-2013-,n.12.1>

⁵⁰ Cfr. estudio ya citado . GARCÍA MATAMOROS, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages," n.4.

⁵¹ Constitución del Perú, art. 2, inciso 24 d.

No obstante, el V Pleno Casatorio ha decidido optar por introducir este tipo de indemnización, en los casos de despido incausado y despido fraudulento. En estos supuestos el trabajador tendrá no sólo el derecho a demandar la reposición en el empleo, sino que "podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas. El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, *el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda*"⁵². Este criterio pone en evidencia que se reconoce el perjuicio que se sigue a la no acumulación de tiempo de servicios por efecto del despido sufrido, pero se soluciona recurriendo a un criterio que es discutible, pues implica una nueva ficción: la de calcular la indemnización en base a los aportes que el trabajador hubiera tenido que realizar de haber seguido laborando.

Como hemos afirmado en el primer apartado de este estudio, este tipo de ficción sólo puede ser establecida por el legislador. Una interpretación teleológica del ordenamiento parece indicar que para calcular una indemnización que supere el daño emergente y moral, así como el lucro cesante que supere los criterios objetivos de valoración, sería necesaria norma expresa, ya que las indemnizaciones en materia laboral se encuentran tasadas por el legislador⁵³.

Consideramos que en nuestro país, al igual que sucede en Colombia, en el ámbito civil, la legislación en materia de responsabilidad parte de un principio indemnizatorio, que rechaza de base la posibilidad de que el juez "llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados"⁵⁴.

Este criterio ha sido sostenido tanto en sede civil como en laboral. Así en la Casación N° 699-2015-Lima, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Lima al resolver la demanda de un trabajador que había obtenido en sede laboral el pago de la indemnización por despido injustificado, amparó su pedido de otorgarle una indemnización por daño moral, pero no la de lucro cesante ni la de daño emergente, que habían sido compensadas en la vía laboral. A criterio de la Sala, el haber sido despedido sin causa justa, produjo sufrimiento en el demandante, quien sufrió un posible deterioro de su imagen ante sus familiares y la sociedad. Además, precisó que el daño moral consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso.

Y, en la jurisdicción laboral, la Casación N° 139-2014-La Libertad ha señalado expresamente que el daño moral no se presume: debe probarse directa o indirectamente. Y resaltó el hecho de que si bien el artículo 1332 del Código Civil no exige una prueba precisa del

⁵² Acuerdo 3.6

⁵³ Cfr. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, arts. 38 y 76.

⁵⁴ GARCÍA MATAMOROS, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages."

daño extra patrimonial sufrido por la víctima para su cuantificación⁵⁵, esto no exime de la carga de la prueba al demandante, quien debe acreditar la existencia de los hechos concretos que habrían provocado el daño moral que alega haber sufrido. Más aún, si se tiene en cuenta que la labor del juez debe guiarse por criterios de equidad y no de punición al momento de fijar la cuantía de la indemnización.

4. Conclusiones

Las ficciones jurídicas sólo pueden ser impuestas por vía legislativa y consisten en aplicar las reglas jurídicas de un hecho a otro distinto. Este instituto es distinto a emplear las reglas de la invalidez de los negocios jurídicos y del abuso del derecho, que son aplicables a todo el Ordenamiento, tanto a los despidos nulos como a los incausados y fraudulentos, cuando violen derechos fundamentales⁰⁰⁰.

La no prestación del servicio, una vez producido uno de estos despidos, es por responsabilidad del empleador y no del trabajador. De allí su derecho a cobrar las remuneraciones devengadas durante el juicio, que han de comprender, tal como lo estableció en su momento la Corte Interamericana de Justicia para tres magistrados peruanos, todos aquellos beneficios reconocidos por la legislación durante la vigencia del contrato de trabajo, ya que la reparación del daño, para ser tal, requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*) de los derechos, la cual ha de comprender también una indemnización por los daños ocasionados.

La indemnización por daño punitivo parece vulnerar principios constitucionales y generales del Derecho de obligaciones y del Derecho Laboral, que afectan la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Esperemos que en futuras reuniones de los magistrados supremos vuelvan a analizar esta importante cuestión, a la vista de las consecuencias jurídicas y económicas que pueden seguirse a esta teoría importada del derecho anglosajón, que no se condice con nuestra tradición jurídica, ni parece aportar un auténtico beneficio a los trabajadores.

Bibliografía

- GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria / HERRERA LOZANO, María Carolina. "El concepto de los daños punitivos o punitive damages." *Estudios Socio-Jurídicos* 5, no. 1 (2003).
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Ficciones y conceptos formales en el Derecho*. Cizur Menor: Thomson & Aranzadi, 2008.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. "Ficciones jurídicas." *Doxa*, no. 03 (1986): 141-147.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Rafael. *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 1989.
- MENDONCA. "Ficciones legales." en *Pensar el Derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, 193-205
- Lima: Ara Editores 2010.
- VINEY, Genevieve. *Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets*. Paris: LGDJ, 1988.

⁵⁵ "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"

PACHECO ZERGA, Luz. "Los daños punitivos en el V Casatorio Supremo Laboral." *Soluciones Laborales*, no. 117 (2017): 56-63.