

## **Resarcimientos adicionales a la indemnización por despido arbitrario**

*Gianfranco Bringas Díaz*<sup>1</sup>

### **Resumen Ejecutivo**

En el presente artículo, el autor estudia la posibilidad de otorgar una indemnización superior a la tarifada en los casos que se verifique un abuso del derecho en el acto del despido. Esta postura ya ha sido recogida por algunos magistrados en nuestro país que contribuye a la reparación íntegra del daño y rompe con la creencia de que la indemnización tarifada resarce todos los daños ocasionados por el despido arbitrario.

### **Alcances generales**

Para quien no ha estudiado el Derecho y no se ha visto envuelto en una disputa administrativa, judicial o privada, el método para resolver un problema de incumplimiento contractual debería ser más o menos simple: Bastaría con establecer si el incumplimiento se produjo y, una vez que fuera resuelto en sentido positivo, el perdedor debería acatar la norma prevista para el supuesto incumplido y la forma en que tal incumplimiento debe ser remediado.

Lastimosamente, en el Derecho del Trabajo, como en muchas otras disciplinas jurídicas, ello no sucede así, pues o bien se trata de normas que se prestan a interpretaciones diversas, no han sido redactadas de manera clara o han sido legisladas con errores o deficiencias, y uno de esos casos es la indemnización por despido arbitrario tarifada que propugna nuestro ordenamiento laboral, donde encontramos que el legislador tuvo la idea de redactar una indemnización **única** ante un despido arbitrario por todo el perjuicio causado a un trabajador.

Dicho ello, intentaremos descubrir la postura correcta de la indemnización tarifada partiendo de los orígenes de la indemnización que propugna el Código Civil vigente de 1984, para dar una respuesta que algunos magistrados de nuestros órganos de justicia ya asumen, sobre la reparación íntegra del daño en el despido y ante el abuso de un derecho.

### **I. Escisión del Derecho del Trabajo del Derecho Civil y las variaciones en cuanto a las indemnizaciones por incumplimiento o inejecución de obligaciones**

Revisando los albores del Derecho podemos observar que la conducta humana del “trabajo” como derecho y no como mercancía fue escindida o separada del Derecho Civil o Derecho Común a consecuencia de las características propias que con los años comenzó a desarrollarse en la disciplina especial del trabajo remunerado, donde una persona (trabajador) prestaba servicios para un tercero (empleador) y no para él mismo.

---

<sup>1</sup> Asesor de la Dirección de Capacitación y Difusión Laboral del Ministerio del Trabajo y del Empleo. Especialista en Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral, Tributario Laboral y Seguridad Social. Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de San Martín de Porres.

El primer motivo de disociación surgió ante la desigualdad de las partes de la relación contractual, ya que en el Derecho Civil existe equivalencia de poder entre el acreedor y el deudor, y en lo laboral prevalece el más fuerte-empendedor-contrá la parte débil- trabajador. A consecuencia de esta diferencia, la manifestación de voluntad del trabajador, conllevaba serias restricciones que traía como consecuencia abusos patronales. Por esta razón, los derechos no dependían de la voluntad del trabajador sino que se impusieron coactivamente para protegerlo ante posibles ilegalidades de la organización.

Precisamente sobre la protección en el Derecho del Trabajo, también se contemplaron diferencias en cuanto al incumplimiento de las obligaciones contractuales. El régimen de responsabilidad contractual civil se erigió sobre la base de dos principios; el primero contenido en el artículo 1314° del Código Civil, según el cual “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. El segundo consagrado por el artículo 1321° del mismo cuerpo normativo que establece que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve” (...). Es decir, el *quantum* indemnizatorio que intente reparar el daño o mitigar los efectos de un acto que causó un perjuicio, debe ser una cantidad equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación, y esto se conoce en el Derecho Común como la teoría de la reparación del daño, teniendo el juez la responsabilidad de dirimir la responsabilidad del sujeto.

Por su lado, con las modificaciones traídas por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral-LPCT- 728° y el artículo 38 y 31 de su reglamento, el derecho del Trabajo reservó la responsabilidad en el despido, un solo derecho pretoriano trastocándose el elemental principio del Derecho Común- **reparación íntegra del daño-**, a favor de los trabajadores que ven extinguir su contrato de trabajo por la ruptura arbitraria efectuada por el empleador; reparo exclusivamente pecuniario, el que a su vez, se ha desagregado del modo siguiente “... Una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba”.

Este facsímil malhecho de doce (12) sueldos como una reparación, que equivale a (8) años de servicios, tiene como causa o fundamento principal la seguridad jurídica que crearía el monto mínimo conocido desde un principio para las partes de una relación laboral. Para el trabajador porque ante el despido recibe inmediatamente una suma cierta de dinero que repara los daños experimentados ante el cese en el empleo como respuesta inmediata para evitar su desprotección y desocupación. Para el empleador, porque podía utilizar libremente su libertad de contratar y despedir, modificando los planteles de personal de su empresa sin afrontar serias responsabilidades<sup>2</sup>.

De esta forma, distanciándose parcialmente esta disciplina del sistema de “responsabilidad civil”, el que hace hincapié en la subjetividad de la persona, se instrumentó un sistema tarifado que poco tenía que ver con el daño realmente causado y que se determinaba, en lo

---

<sup>2</sup> MARTORELL. Ernesto Eduardo.”*Indemnización del daño moral por despido*”. Buenos Aires: Hammurabi, 1985.p, 213.

que hacía su cuantificación sobre pautas objetivas de la antigüedad del servicio y la remuneración percibida.

Es decir, se tornó la protección al empleo reconocido como derecho fundamental a un simple pago legal, olvidando el legislador los despidos que exceden el plano de lo normado, la antifuncionalidad ante el ejercicio de un derecho, la injusticias y el exceso de poder del empleador que causa un daño adicional distinto al cese en el empleo.

## **II. Insuficiencia de la indemnización tarifada en los casos de abuso del derecho.**

El ejercicio regular de los derechos del empleador dentro del ámbito de la LPCL, se halla esbozado en muchos de sus artículos tales como la posibilidad de variar las órdenes a sus trabajadores dentro de límites de razonabilidad, aplicar sanciones disciplinarias, imponer directrices y mandatos reglamentarios al colectivo. Sin embargo, en una particularidad de situaciones de difícil probanza encontramos que en el ejercicio de un derecho normado plenamente legal como el otorgamiento de la indemnización por despido tarifado, se ejerce un acto “abusivo y desmedido” de su facultad, y como consecuencia, genera un daño absolutamente injustificado distinto al cese en el empleo del trabajador, lo que a nuestro parecer no halla cobertura dentro de la tarifa legal, conocido como abuso del derecho.

El abuso del poder patronal lo que en doctrina comparada se entiende como despido abusivo<sup>3</sup> se produce en síntesis cuando ante la existencia del derecho de despedir (lo cual es lícito en la medida que exista una reparación dineraria (*indemnización*), se utiliza un derecho con exceso, dando lugar a un daño distinto del cese en el empleo que se traduce en un ánimo mal intencionado de causar un daño desproporcionado a otro.

Ante este despotismo: **¿Qué postura debemos tomar para calcular una indemnización por un despido abusivo distinto al ordinario?** .Bueno pues, la lógica nos hará ir por la tipicidad de la norma expresa legal señalada en la LPCL que instruye una reparación única por todo el perjuicio causado, empero, podría decirse que tal postura resulta anticonstitucional (contraria a la constitución) por el rango jerárquico que nuestro Estado otorga a la carta política si se lesionan derechos contenidos en ella, ante figuras como abuso del poder patronal.

El juslaboralista uruguayo De Ferrari<sup>4</sup> desarrolló la figura del despido abusivo, haciendo una distinción entre las indemnizaciones previstas por ley, de la indemnización por falta de preaviso y por ruptura abusiva del contrato, de acuerdo a los daños que ellas tendrían a reparar. En base a tal distinción sostuvo que la indemnización tarifada solo cubre los daños que en todos los casos causa el despido, y que se debe por parte del empleador por el simple hecho de rescindir el contrato; la indemnización por despido abusivo tiende a resarcir los daños provenientes de la ruptura brusca del contrato.

---

<sup>3</sup> Esta clase de despido lo regula la legislación de Francia, Nueva Zelanda y Uruguay. Puede verse el tema en: GOMEZ VALDEZ, Francisco. “*El contrato de Trabajo, parte general I*”, Lima: San Marcos, 2000, p.515-516.

<sup>4</sup> DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, T. II, Montevideo: Facultad de Derecho, 1962, p.210.

Barbagelata<sup>5</sup> ha sostenido que la indemnización tarifada cubre únicamente el daño que normalmente causa el despido, aunque, generalmente resulta insuficiente para absorber la integridad de los daños causados por aquel, y que siendo ilícito o abusivo debe resarcirse el trabajador con las indemnizaciones previstas en el régimen civil, tanto cuando el despido es en sí mismo ilícito, por sus móviles, por contrariar una regla de derecho, la moralidad, las buenas costumbres o el orden público, o por discriminatorio; cuando se acompaña de circunstancias que implican un comportamiento ilícito; cuando las conductas ilícitas son el antecedente inmediato del despido o cuando el despido opera en oportunidad de haber un ejercicio abusivo de la facultad de despedir.

En tanto para Pla Rodríguez,<sup>6</sup> quien prefiere hablar de despido "especialmente injustificado", estamos ante el mismo cuando se presenta una particular antijuridicidad en el despido, ya sea por los motivos que lo determinaron, por la forma en que se produjo, por la resonancia que tuvo o por la difusión que le dio el empleador. Habría entonces para el autor un despido "especialmente injustificado" cuando ocurra "un actuar particularmente objetable del empleador".

Podemos traducir a nuestro modo de ver de todas las posiciones, que lo sancionado de manera adicional por el cese, es el poder patronal al momento de ejercer su facultad contra el trabajador lo que implica demostrar "un daño adicional", que se traduce en una vulneración a otro derecho que a simple vista no se advierte, como son los derechos laborales inespecíficos tutelados por el ordenamiento jurídico con rango constitucional.

### **III. Abuso de derechos laborales inespecíficos para pretender una indemnización por daños en la vía ordinaria laboral.**

Tal como lo señala Palomeque López y Álvarez de la Rosa<sup>7</sup> existen los derechos específicos y los derechos inespecíficos laborales. El primero de ellos, tiene su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible su ejercicio fuera de las mismas. Por ejemplo la jornada ordinaria de ocho horas diaria o cuarenta y ocho horas semanales (artículo 25° de la Constitución), derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga (artículo 28° de la constitución) entre otros donde los titulares de estos derechos específicamente son los trabajadores remunerados o los empresarios en tanto son los sujetos de la relación laboral.

Por otro lado tenemos los derechos laborales inespecíficos, que si bien en nuestro país es incipiente y no se ha tocado mucho el tema, resulta muy atractivo su inserción en las acciones que inician los trabajadores ante los órganos jurisdiccionales.

---

<sup>5</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed. actualizada, T. I, vol. 2. Montevideo: Esparza, 1999, p.201.

<sup>6</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo. "Curso de Derecho Laboral" Tomo I, Vol. I. Montevideo: Ed. Acali, 1979, p.67.

<sup>7</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA Manuel. "*Derecho del Trabajo*". 9na ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Acero S.A., 2001, p.147.

Estos derechos inespecíficos deben ser entendidos como otros derechos constitucionales de carácter general, y por ello, no específicamente laborales, derechos fundamentales compartidos por todas las personas, por todos los ciudadanos, en su condición de personas pero que adquieren un contenido especial en la relación de trabajo, tales como el nombre, el honor, la dignidad, integridad física, la intimidad, la no discriminación y otros derechos que de igual manera el trabajador subordinado tiene por ser persona; que llegan a operar, al igual que la buena fe, como “clausula general” si lo podríamos llamar así en los contratos de trabajo.

En ese sentido, al ser “clausula general” la tutela de derechos fundamentales en los contratos de trabajo, la posición de quienes no admiten la posibilidad de indemnizar los daños sobre **la única** reparación por el daño sufrido como consecuencia de un despido arbitrario que señala la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, quedaría disconforme al sustento Constitucional que erige nuestra carta magna, teniendo en cuenta el carácter preferente y prioritario de la protección de los Derechos Fundamentales en nuestro país. Por ello, la corriente laboral que sostiene el argumento que reparar” por encima” de la tarifa lesionaría al ordenamiento laboral, sería custodio y defensor de la injusticia, cuya tutela sería ir en contra de lo ordenado por la Constitución como norma primaria de derechos.

#### **IV. Listado de derechos laborales inespecíficos resarcibles por abuso del derecho y por despido.**

Podemos reseñar algunos derechos laborales inespecíficos que alcanzaríamos ejemplificar en una situación expectante en el abuso de un derecho y en el despido que daría lugar a un resarcimiento por el daño causado.

➤ **El derecho a la reunión.** El artículo 2.12 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho *“A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.*

Este derecho tiene especial connotación en el ámbito laboral, porque es reconocida la facultad que los trabajadores puedan reunirse fuera de la jornada de trabajo dentro del local empresarial para el libre albedrío, donde las personas afectadas contra este derecho pueden interponer ante los tribunales una acción de amparo para contrarrestar la prohibición, sin desmedro de la interposición en la vía ordinaria de una acción por el daño que pudo haber causado.

➤ **El derecho a la igualdad y no discriminación.** El artículo 2.2 de la constitución establece que toda persona tiene derecho *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole.*

La igualdad ante la ley cobra arraigo sobretodo en el campo laboral, principalmente por los diversos casos de discriminación sexual y racial antes, durante y después de la relación laboral, siendo que se articula de manera correcta cualquier tipo de discriminación, lo cual también protege la dignidad del trabajador y el derecho a un contrato de trabajo con base a los derechos mínimos heterónomos<sup>8</sup> como los beneficios sociales o a suscribir un contrato en igualdad de condiciones que una persona de igual categoría.

➤ **La libertad ideológica y religiosa.** El artículo 2.3 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho “a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de idea o creencias (...)

El Tribunal Constitucional en la sentencia signada con N° 0895-2001-AA/TC (Lució Valentín Rosado Adana contra el Seguro Social de Salud) reconoció la vulneración a la libertad religiosa, sobre el cual podemos inducir un daño distinto en el despido si se manifiesta de manera pública las convicciones religiosas de practicar un determinado culto o la humillación y degradación frente a una convicción.

➤ **El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.** El artículo 2.7 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “*Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias*”. Asimismo el artículo 2.6 señala que toda persona tiene derecho a “*que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*”

Estos derechos constitucionales tienen mayor relevancia en un despido abusivo como por ejemplo cuando dolosamente se hacen de público las causales de conducta que determinaron el despido-independientemente de lo cierto del comportamiento atribuido- y ello limita las posibilidades de reinserción en el mercado de trabajo y afecta el derecho constitucional al trabajo como los derechos constitucionales al honor y a la buena reputación.

El Tribunal Constitucional también ha señalado el reconocimiento de otros derechos no enumerados en la constitución vinculados con el principio de dignidad como por ejemplo “la verdad”, que también abriría paso al resarcimiento por daños por el incumplimiento de la regla general “no causar daño a otra persona”.

Sumado a lo señalado por el Tribunal, concordamos plenamente con el autor nacional Neves Mujica el cual afirma que” (...) los motivos resaltados (por nuestra Constitución) no son los únicos prohibidos, sino son los más perniciosos; cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa debería quedar comprendido”,<sup>9</sup>lo cual

---

<sup>8</sup> Los derechos mínimos heterónomos son aquellos derechos nacidos de una norma legal que fijan pisos a la autonomía privada que no pueden ser disminuidos, conocidos también como el núcleo duro por debajo del cual no se puede negociar.

<sup>9</sup> NEVES MUJICA, Javier.”*Introducción al derecho laboral*”, Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p.109.

también ha sido refrendado por Elmer Arce<sup>10</sup> quien alega que el listado contenido en nuestro texto constitucional no es “(...) cerrado e invariable, sino, por el contrario, su carácter de “lista enunciativa” revela la intención del constituyente de no dejar fuera ninguna razón prohibida sea ésta presente o futura”<sup>11</sup>

➤ **La libertad de expresión.** El artículo 2.4 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho “*A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley*” (...)

La libertad de expresión la encontramos ante vulneraciones en la negociación colectiva conforme a lo previsto en el artículo 55° del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que establece la facultad de las organizaciones sindicales de solicitar al empleador información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, además, tenemos el derecho a la información vulnerándose en supuestos de despidos fraudulentos por filaciones políticas que impiden haber ejercido su derecho a la libertad de expresión y opinión.

➤ **Derecho a la salud y protección al discapacitado.** El artículo 7 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho “*A la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su contribución y defensa. La persona incapacitada (...) tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad*”. Asimismo, el artículo 4° señala que “*se protege al niño, al adolescente y a la madre (...) también a la familia (...)*”

La protección al derecho a la salud puede encontrarse vulnerada ante el “abuso” del patrón en simular un contrato distinto del que realmente le corresponde al trabajador acordando contratos de orden civil cuando la naturaleza del servicio obedece a un contrato laboral y por consiguiente sin la contratación de un seguro social o los deberes ante los riesgos profesionales. Imaginemos que el trabajador además de encontrarse en la informalidad es despedido, haciéndose cargo de todos los gastos por maternidad de su derechohabiente al no haber contado con un seguro, pidiendo prestamos, generándose un stress psicológico situaciones de crisis, angustia, dolor con consecuencias múltiples que afectan diversas áreas de su salud y la de su familia. No sería tolerable que el derecho a la salud, garantizado como derecho fundamental, se debilitase cuando el trabajador se encuentra en una situación que reclama una protección eficaz.

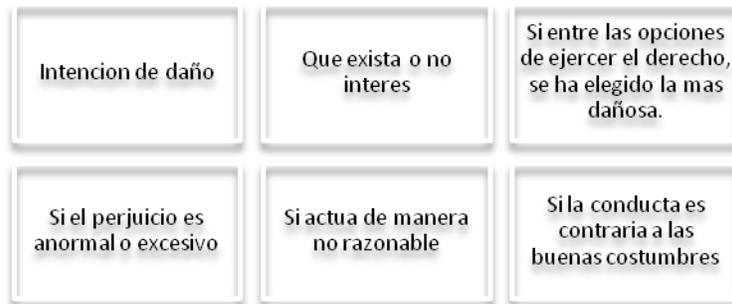
Para identificar el abuso de un derecho laboral inespecífico adicionalmente se deberá tener en cuenta los siguientes sucesos cometidos por el empleador contrarios al ejercicio regular de su poder patronal. **(Ver gráfico N° 1)**

---

<sup>10</sup> ARCE ORTIZ, Elmer.”La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales”. Segunda Edición. Lima: Ara Editores, 2006, p.138.

<sup>11</sup> El artículo 3° de la Constitución Política señala expresamente que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

(Gráfico N° 1)



## V. Indemnización adicional a la reposición de un trabajador ante abuso de derechos inespecíficos.

Para el Tribunal Constitucional la forma como se restituyen los derechos vulnerados por un despido inconstitucional es mediante la reposición del trabajador en su puesto laboral. En esa línea, en el ámbito del amparo, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas- tratándose de despidos sin expresión de causa (llamados generalmente despidos improcedentes)<sup>12</sup> y nulos- no es el pago de una indemnización-, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.

Sin embargo, podemos observar en algunas situaciones antes de la reposición, que adicionalmente los empleadores cometieron actos vejatorios contra el trabajador, resquebrajando su dignidad como persona, haber sido insultado en frente de sus compañeros por su aspecto étnico, amenazado e injuriado, mitigado su honor e integridad de manera pública.

En este escenario **¿podríamos decir que la reposición al centro laboral al igual que la indemnización tarifada repara el cese sin expresión de causa en el empleo y por consiguiente satisface plenamente el derecho ante actos abusivos?**, en lo absoluto, puesto que nos encontramos ante derechos constitucionales distintos y completamente dispares, tampoco podríamos mencionar que la reconstrucción del daño causado( reposición) compensa el perjuicio , de ahí que se sostenga que el despido es un acto no susceptible de anulación que implica el solo efecto para el futuro de la amenaza del derecho invocado.

---

<sup>12</sup> Desde setiembre de 2002, el Tribunal Constitucional ha modificado radicalmente el sistema de protección de la estabilidad laboral a partir del caso Telefónica correspondiente al expediente N° 1124-2001-AA/TC. Las sentencias que ha venido emitiendo el TC luego de un año de haber fijado el nuevo criterio jurisprudencial de protección laboral, concluyen como ya es sabido la ampliación de los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente de los despidos sin expresión de causa (llamados generalmente despidos improcedentes).

En casos como estos y ante la vulneración de derechos laborales inespecíficos, habría que deducir la acción de cobro de una indemnización por daños y perjuicios de manera adicional a la reposición por despido sin expresión de causa.

No podría interpretarse lo mismo en el caso de despido nulo cuando se reponga al trabajador o cuando se le indemnice ya que la única reparación tarifada a la que hace referencia el art. 34 de la LPCL solo es para los casos de despido arbitrario, vale decir, que resulta viable solicitar al juez además de las remuneraciones dejadas de percibir, una pretensión indemnizatoria por otro tipo de daños por lo general de naturaleza no patrimonial.

En tal sentido, el “exceso” en la actuación de un derecho, ya sea permitido o no, que causa el empleador un daño desproporcionado que no se haya reparado por medio de la reposición ni la indemnización tarifada, debe ser resarcido, no para reparar el daño ya que a nuestro modo de ver ello resulta imposible, sino para mitigar los efectos que causo la arbitrariedad. Sería engañar a la verdad manifestar que la indemnización por daños remedia los insultos, la afectación al honor y demás derechos vulnerados, sino que los mitiga y reduce sus consecuencias en el sujeto. En esa misma línea podríamos decir que el daño causado es eficaz irretroactivamente o *ex nunc*, de modo que sólo tiene efectos desde que se declara y en consecuencia el abuso nunca puede ser retrotraído al estado anterior.

En síntesis podemos concluir que la vulneración del despido improcedente y nulo atiende por lo general a solicitar mediante una acción ante los órganos de justicia el cese de la vulneración y la reposición en el empleo, sin embargo ante una posición acorde a la constitución no habría inconveniente de solicitar en la vía ordinaria un resarcimiento por los daños causados de manera adicional a la afectación de otro derecho para solicitar una verdadera tutela satisfactoria y de este modo proteger la reparación integral del daño de acuerdo a los criterios de la responsabilidad civil que imperan en nuestro ordenamiento.

## **VI. Indemnización del daño superior a la tarifada en el despido indirecto.**

El despido indirecto se configura ante el incumplimiento de determinadas obligaciones laborales propias del empleador que da lugar a la terminación del contrato de trabajo. En este caso, el trabajador quien, ante faltas y violaciones cometidas por el empleador se le impide un normal desarrollo de la relación laboral, decide dar por concluida la relación de trabajo. En nuestra legislación estos supuestos de incumplimiento deliberado con la intención normalmente de la renuncia del trabajador en el empleo están regulados como “actos de hostilidad” en el artículo 30° de la LPCL, que son equiparables al despido arbitrario en cuanto a los efectos que produce.

Al adolecer nuestra justicia y doctrina de alguna postura sobre el incumplimiento del contrato y el consecuente “autodespido” del trabajador, la jurisprudencia laboral uruguaya, ha dado luces sobre la compatibilidad del despido indirecto y el despido abusivo para un resarcimiento adicional al tarifado. Se ha señalado en un primer momento que la hipótesis dé un despido indirecto y un despido abusivo no se podría configurar, ya que el despido abusivo se debe basar en un despido expreso, mientras que en los casos de despido indirecto el empleador no está ejerciendo un derecho, sino que es el trabajador quien se

considera despedido por incumplimiento del empleador retirándose de su empleo. Por lo tanto, si el empleador no ejerce ningún derecho es improcedente reclamar por abuso en el derecho de despedir.<sup>13</sup>

Tal aseveración resulta incorrecta ya que el abuso de un derecho no se comete siempre al rompimiento de un contrato, sino por incumplirlo en cualquier momento mientras se encuentre vigente la contratación, por ende no se persigue la falta de ejercicio de un derecho, sino la antifuncionalidad de no cumplir los fines que protege el mismo.

Esta sentencia fue modificada por ejecutorias posteriores entre las cuales el Tribunal N° 33 en la sentencia N° 247 manifiesto que “si el empleador ejerciendo sus facultades genera una situación antijurídica que obliga al trabajador a darse por despedido, habrá despido indirecto abusivo”. En ese sentido, para el caso peruano si se evidencia una lesión desmedida a un interés jurídicamente protegido en el acto de hostilidad, podríamos petitionar un resarcimiento adicional por el daño causado indistintamente de la etapa contractual a la que nos encontremos.

Cristina Mangarelli y Alejandro Castello<sup>14</sup> sobre este tema señalan además que “para que sea procedente la acumulación indemnizatoria por una superior a la tarifada, no alcanza únicamente el incumplimiento contractual-aún cuando el mismo sea grave- sino que es necesario que se trate de una situación excepcional, de conducta particularmente ilícita del empleador, de un incumplimiento que lesione de manera trascendente **otros intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento laboral**, como cuando existe ilicitud en la motivación, en el fin, o en la forma utilizada por el empleador.”

De lo señalado por estos autores podemos añadir en nuestra postura a la vulneración de derechos laborales inespecíficos, que en aquellos casos de despido indirecto en que la conducta del empleador sea particularmente censurable o un incumplimiento suficientemente excesivo sobre el mismo derecho, como en los casos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma señalados en el inciso f) del Art 30 de la LPCL, podría verse comprometida la obligación del empleador de abonar un resarcimiento mayor que tales hechos desmesurados provocaron.

En tal sentido, no debemos confundir que la configuración del despido indirecto grave bastaría para tener una indemnización superior a la tarifada, sino que el incumplimiento del empleador debe lesionar en algunos casos una conducta extremista particularmente abusiva o por el contrario otros intereses distintos como por ejemplo la discriminación y adicionalmente el honor como derechos proscritos por la Constitución.

---

<sup>13</sup> El tribunal de apelaciones del Trabajo de 2º Turno de Uruguay comparte esta postura y rechaza la compatibilidad entre el despido indirecto y el despido abusivo.

<sup>14</sup> MANGARELLI, Cristina y CASTELLO Alejandro. “*Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada*”. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1997, p.265.  
NEVES MUJICA, Javier.”*Introducción al derecho laboral*”, Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p.109.

## **VII. Reparación integral del daño.- criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia**

De acuerdo a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 976-2001-AA-TC, en el caso Eusebio Llanos Huasco se reconoce el derecho del trabajador a la “protección adecuada” contra el despido arbitrario, se señala además que el desarrollo legislativo de la “protección contra el despido arbitrario” **debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad**. Esta proporcionalidad la visualiza a través de dos perspectivas: (i) Un régimen de protección de carácter sustantivo; y, (ii) un régimen de protección procesal.

Si bien el Tribunal no señala una reparación integral de daño de manera específica ante el despido arbitrario, menciona que debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, contrario sensu, si el despido cometido por el empleador resulta “desproporcional” **supondría en buena cuenta una reparación del daño por encima de la indemnización tarifada para su protección adecuada**.

La reparación integral del trabajador, también ha sido acogida por nuestra Corte Suprema y Superiores en diversas ejecutorias.<sup>15</sup> De ellas se infiere que frente a situaciones de despidos arbitrarios, en aquellos casos en los que adicionalmente al despido se hubieren producido vulneraciones a derechos fundamentales, en la medida que esta afectación hubiere ocasionado daños al trabajador, podrían intentarse pretensiones de indemnizaciones adicionales por daño extrapatrimonial, y para nosotros esas afectaciones en la mayoría de situaciones serán derechos inespecíficos en la medida que la violación tiene como consecuencia la vulneración de un derecho específico laboral como lo es el derecho al trabajo.

De lo reseñado se comprueba que es distinto el pedido de indemnización por responsabilidad extrapatrimonial por el rompimiento arbitrario de la relación laboral por parte del empleador, de la indemnización por despido arbitrario, siendo ambas pretensiones justiciables, lo que no implica necesariamente que en el proceso se dé la razón al trabajador, ya que ello se debe dilucidar en el proceso correspondiente, donde el Juez se pronunciará sobre la probanza o no del daño extrapatrimonial y si en el caso concreto le asiste o no el derecho teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad civil, ya que no cualquier daño debe ser reparado, sino un daño tutelable y de carácter excepcional .

## **VIII. Viabilidad de una demanda de pago de indemnización por abuso de derechos laborales inespecíficos en la práctica.**

Hasta este punto, entendemos que el trabajador, frente al incumplimiento o abuso grave de otros derechos se encuentra habilitado a reclamar, en determinados casos, además de la indemnización común por despido, una indemnización por daños y perjuicios, por ende, como se trata de una acción por responsabilidad civil contra el empleador derivado del incumplimiento de una de sus obligaciones laborales, partiendo de la premisa conocida de

---

<sup>15</sup> Casación No. 1834-02-Santa , Casación No. 3084-200-Lima y Casación 287-2005-Tumbes, Casación 14-20-2009.

todo aquel que incumple una obligación- sea legal o contractual- debe indemnizar a la persona perjudicada con su acción , el régimen jurídico a aplicar para una demanda judicial sería el de la responsabilidad civil contractual ante el fuero laboral.<sup>16</sup> No sería viable pretender aplicar reglas sobre responsabilidad extracontractual debido a que el daño causado por el empleador ante el abuso del derecho del cual pretende resarcirse el trabajador, se derive de una acción en el marco de su relación laboral.

Una vez verificado el régimen jurídico, debemos remitirnos a la aplicación del Art. 1321° del C.C que establece que “queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”. Los artículos 1318, 1319 y 1320 definen cada uno respectivamente:

- Proceden con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación
- Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación
- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El resarcimiento por el incumplimiento de la obligación laboral o por la inejecución de la obligación de estas 3 posiciones comprende tanto el daño emergente (perdida efectivamente sufrida) como el lucro cesante (ganancia dejada de percibir), en cuanto sean consecuencias inmediatas directas de tal inejecución entendida como daños patrimoniales que infiere en el patrimonio de la víctima.

En cuanto a derechos laborales inespecíficos, podemos decir que no nos encontramos frente a daños patrimoniales en la medida que el daño no ha producido u ocasionado un detrimento o deterioro del patrimonio del trabajador, sino un perjuicio a la esfera extrapatrimonial como son (el honor, la intimidad, dignidad), lesiones a los sentimientos del trabajador, el sufrimiento, el trastorno psicológico. Supondría entonces que en la mayoría de situaciones ante vulneraciones a derechos laborales inespecíficos estamos hablando de un daño moral establecido en el Art 1322° del C.C que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al trabajador, que no podríamos advertir con los sentidos externos, como lo es rebajar la reputación personal, y en palabras de Leysser León<sup>17</sup> “daños de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> La sentencia de Casación N° 287-2005-Tumbes ya ha establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria que el juez de trabajo no sólo resulta competente para determinar la indemnización que pudiera corresponder al trabajador por los daños patrimoniales que pudiera haberse ocasionado en ejecución de su contrato de trabajo, sino además por los daños extrapatrimoniales que origina un supuesto daño moral.

<sup>17</sup> LEON HILARIO, Leysser. (2008)Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura. Revista Advocatus. Numero 18, p233.

<sup>18</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, también podría reclamarse un daño patrimonial ante gastos que el trabajador haya asumido como la salud de su derechohabiente, donde claramente cotejamos un desmedro en el patrimonio del trabajador

Tengamos presente que el Art 1321° dispone que “se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial tardío o defectuoso obedece a una culpa leve del deudor”. En ese sentido, el trabajador que pretenda atribuir la responsabilidad contractual a través de una demanda por daños y perjuicios, deberá acreditar al Juez que ante el despido se produjo la lesión a otro derecho tutelado y que no existió la diligencia ordinaria en el marco de la relación de trabajo, con lo cual demostrara a su vez que la inejecución de la obligación le es imputable a la otra parte. En sentido contrario, el empleador deberá demostrar que actuó con la diligencia ordinaria en el marco de su derecho a despedir sin la lesión o el abuso a otro derecho irrogado.

### **8.1 Requisitos de la responsabilidad de manera conjunta para el resarcimiento del daño adicional al tarifado**

Para encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil que merezca ser tutelado, es necesario que concurren los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, que seguidamente analizamos:

**La imputabilidad o capacidad de imputación.** Para la responsabilidad civil, la imputabilidad o “capacidad de imputación”, es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual se da cuando el sujeto tenga discernimiento. Se puede observar que, en materia civil, “la edad, de por sí, no es un dato suficiente para excluir la imputabilidad, debiendo ser comprobados, por separado, el desarrollo intelectual, la fuerza del carácter, la ausencia de enfermedades. En suma, todos aquellos elementos que permitan comprobar la presencia de discernimiento del sujeto.<sup>19</sup>

**Ilícitud o antijuricidad.-** Se prescribe la ilicitud o antijuricidad en la responsabilidad contractual cuando no se ejecuta una obligación, es decir, la violación a un mandato o de una prohibición, lo cual tiene que estar previamente tipificado.

**El daño causado.-** El daño es el detrimento sufrido por un individuo en su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial. Así, se ocasiona un daño al lesionarse un interés, ya sea este simple o jurídico, trayendo como consecuencia efectos negativos que derivan de esa lesión. Este es el aspecto fundamental de la responsabilidad civil pues en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar, sin embargo para que el daño sea jurídicamente indemnizable no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico ante la lesión del derecho subjetivo.

En el abuso del derecho, conforme lo establecen los artículos 1330° y 1331° del C.C corresponde a quien se considera perjudicado probar el dolo o la culpa por la inejecución de la obligación así como probar efectivamente la existencia de los daños y perjuicios que alega. Este es uno de los tópicos de mayor trascendencia y dificultad ante el abuso del

---

<sup>19</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad Civil” Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p.205.

derecho, ya que indudablemente se precisara una intensificación de la carga probatoria al trabajador que comprenda las consecuencias inmediatas del abuso cometido.

**La relación de causalidad.-** Para conocer en qué medida un sujeto deberá responder por todo o parte del daño generado, es necesario establecer previamente el vínculo entre el hecho y el resultado dañoso lo que se conoce como nexo de causalidad o relación de causalidad. Es el vínculo que tiene que existir entre la conducta que se reprocha, y el resultado dañoso, es decir, la relación causa –efecto, y en materia contractual el artículo 1321° del C.C recoge lo que se conoce como la Teoría de la Causa Próxima, pues el daño debe ser “consecuencia inmediata de la inejecución”.

**Factor de atribución.** Es el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad al sujeto. Para el caso de abuso de derecho existe una concepción subjetiva (siendo los mismos la culpa (culpa inexcusable y culpa leve) y el dolo, este último cuando el agente actúa con voluntad y conciencia de causar daño y una concepción objetiva, por cuanto, el requisito de la intencionalidad es irrelevante a efectos de su calificación como tal.

Respecto de la graduación de la responsabilidad por los factores de atribución subjetivos De Trazegnies Granda<sup>20</sup> advierte que “basta reflexionar que, también en la hipótesis de actos y hechos dolosos y culposos, la medida del resarcimiento no depende, de ninguna manera, del grado de reprobación de la conducta, o si se quiere más genéricamente, de la gravedad de la ofensa ocasionada, sino se mide de acuerdo a la cantidad del daño jurídicamente relevante”. En efecto asumimos este criterio ya que si el daño se debió a dolo o culpa ello no influye de manera alguna en el *quantum* resarcitorio.

## **IX. Carga de la prueba en violación de abusos de derechos laborales inespecíficos.**

El trabajador presenta un entorno probatorio hostil sobre la prueba derivado de su acusada lejanía sobre esta que desnivela profundamente sus derechos, en ese sentido, la Nueva Ley Procesal de Trabajo-NLPT N° 29497 ha destacado que la carga de la prueba será de ambas partes, del trabajador de probar la existencia del daño y del empleador en demostrar que la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado por su contraparte no existe.

Empero, para tomar la protección de los derechos fundamentales como mayor seriedad, hubiera sido pertinente seguir el camino chileno sobre la prueba ante la violación de este tipo de derechos esenciales donde han introducido una norma novedosa plasmada en el artículo 493° del Código de Trabajo indicando que "cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido **la vulneración de derechos fundamentales**, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"

---

<sup>20</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. (1997).La evaporación de la responsabilidad profesional. Revista del Magister en Derecho civil, Escuela de Graduados. Volumen 1, p.56.

Los indicios al caso peruano conforme al Art. 23.5° de la NLPT pueden ser las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia, lo antecedentes de la conducta de ambas partes y adicionalmente tal como lo señala Monereo Pérez<sup>21</sup>:

- i) La correlación temporal del ejercicio del derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador (como ocurriría si una vez enterado el empleador que el trabajador ha efectuado una denuncia lo despidiera en el tiempo inmediato)
- ii) Manifestaciones del empleador que den a entender o puedan leerse motivadas por un móvil lesivo de derechos fundamentales;
- iii) La comparación del trato del empleador a trabajadores en una situación comparable al denunciante, y especialmente
- iv) La existencia de un clima lesivo de derechos fundamentales de la empresa dado por conductas previas y persistentes del empleador.

En consecuencia, al presentarse una demanda de indemnización por daños y perjuicios, además de concurrir los elementos de la responsabilidad civil por inexecución de la obligación o incumplimiento contractual, la precisión del tipo de daño experimentado, así como la acreditación del mismo y a falta de su demostración mediante indicios, será una carga del demandante que en ocasiones será difícil de demostrar teniendo en cuenta que la vulneración debe ser consecuencia directa e inmediata de otro acto como el despido.

No queremos concluir, sin indicar que la NLPT franquea la posibilidad de otorgar daños patrimoniales o extrapatrimoniales, más allá de la indemnización por despido arbitrario, de ello se puede concluir que en el Proyecto de Ley de Trabajo y su posterior reglamentación, no será considerada la indemnización tarifada como una indemnización única por los daños causados.

## **Conclusiones**

1. La indemnización única por despido se torna en su redacción como un simple pago legal, olvidando los despidos que exceden el plano de lo normado, la antifuncionalidad ante el ejercicio de un derecho, las injusticias y el exceso de poder del empleador que causa un daño adicional distinto al cese en el empleo.
2. Hay ocasiones en que el legislador no puede asignar un límite concreto al uso de los derechos en los que sin embargo tal frontera puede ser determinada por el juez como conocedor del particularismo, y del detalle tal y como ocurre ante abusos del derechos laborales.
3. El “exceso” en la actuación de un derecho, ya sea permitido o no, que causa el empleador un daño desproporcionado que no se haya reparado por medio de la reposición ni la indemnización tarifada, debe ser resarcido en la vía ordinaria derivada del incumplimiento contractual por responsabilidad civil.

---

<sup>21</sup> MONEREO PEREZ, José Luis. “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales” Valencia: Tirant lo Blanch 1ra edición, 1996, p. 32.

4. En aquellos casos de despido indirecto en que la conducta del empleador sea particularmente censurable o un incumplimiento suficiente sobre el mismo derecho sin la necesidad de vulnerar otro, podría verse comprometida la obligación del empleador de abonar un resarcimiento mayor que tales hechos desmesurados provocaron.
5. Es distinto el pedido de indemnización por responsabilidad extrapatrimonial por el rompimiento arbitrario de la relación laboral por parte del empleador, de la indemnización por despido arbitrario, siendo ambas pretensiones justiciables, lo que no implica necesariamente que en el proceso se dé la razón al trabajador peticionante, ya que ello se debe dilucidar en el proceso correspondiente
6. En cuanto a derechos laborales inespecíficos, no nos encontramos frente a daños patrimoniales en la medida que el daño no ha producido u ocasionado un detrimento o deterioro del patrimonio del trabajador, sino un perjuicio a la esfera extrapatrimonial como son (el honor, la intimidad, dignidad), lesiones a los sentimientos del trabajador.
7. Los indicios de prueba para demostrar el daño de derechos fundamentales en un proceso laboral pueden ser las circunstancias en las que sucedieron los hechos, los antecedentes de la conducta de ambas partes entre otros.

