

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM INDEMNIZATORIO  
DEL LUCRO CESANTE Y EL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS  
LABORALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL COMO  
CONSECUENCIA DE UN DESPIDO FRAUDULENTO O INCAUSADO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR  
MIGUEL ALONSO MEJIA OBLITAS**

**ASESOR  
WILLY ARNALDO LOPEZ FERNANDEZ**

**<https://orcid.org/0000-0002-3536-1901>**

**Chiclayo, 2022**

**CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM  
INDEMNIZATORIO DEL LUCRO CESANTE Y EL DAÑO  
MORAL EN LOS PROCESOS LABORALES DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL COMO  
CONSECUENCIA DE UN DESPIDO FRAUDULENTO O  
INCAUSADO**

PRESENTADA POR:

**MIGUEL ALONSO MEJIA OBLITAS**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Armando Rafael Prieto Hormaza  
PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Vélez  
SECRETARIO

Willy Arnaldo Lopez Fernandez  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A mi madre Lilia del Carmen Oblitas Guerrero pues su ejemplo de esfuerzo y perseverancia me permitió atravesar todos los obstáculos y alcanzar mis metas.

A mi hermano Juan Renato Mejia Oblitas por haberme brindado su apoyo emocional y económico desde el inicio de mi carrera profesional.

A mi padre Juan Humberto Mejia Ciurliza por enseñarme a nunca perder el buen humor ante las adversidades.

## **Agradecimientos**

A Dios, por haberme dado la fortaleza para llevar a cabo el presente trabajo.  
Al Dr. Willy Arnaldo López Fernández por brindarme su asesoría en la presente investigación.

# MEJIA MIGUEL - TESIS FINAL

---

## INFORME DE ORIGINALIDAD

---

28%

INDICE DE SIMILITUD

28%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

13%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

---

## FUENTES PRIMARIAS

---

1	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	5%
2	<a href="http://tesis.usat.edu.pe">tesis.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	5%
3	<a href="http://lpderecho.pe">lpderecho.pe</a> Fuente de Internet	2%
4	<a href="http://revistas.usat.edu.pe">revistas.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="http://www.spdtss.org.pe">www.spdtss.org.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://repositorio.unsa.edu.pe">repositorio.unsa.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://repositorio.uladech.edu.pe">repositorio.uladech.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://ius360.com">ius360.com</a> Fuente de Internet	1%
9	<a href="http://luzpacheco.files.wordpress.com">luzpacheco.files.wordpress.com</a> Fuente de Internet	1%

---

## Índice

<b>Resumen.....</b>	<b>5</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>
<b>Revisión de literatura .....</b>	<b>7</b>
<b>Materiales y métodos.....</b>	<b>28</b>
<b>Resultados y discusión.....</b>	<b>30</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>42</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>43</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>44</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>48</b>

## Resumen

El presente artículo relaciona la indemnización por daños derivados del incumplimiento contractual con el despido fraudulento o incausado realizado por el empleador en el marco de una relación laboral sujeta al régimen privado. Dentro de este tema se ha podido hallar el siguiente problema: ¿Cuáles deberán ser los criterios para establecer el *quantum* indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido fraudulento o incausado? La hipótesis planteada es que los criterios para establecer el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido inconstitucional respecto al lucro cesante son el lapso procesal no imputable a las partes, la remuneración bruta; y, respecto al daño moral son la carga familiar del trabajador, gastos de tratamiento psicológico, antigüedad del trabajador y el escarnio público.

**Palabras claves:** Responsabilidad civil contractual, daño moral, lucro cesante, despido fraudulento, despido incausado.

### **Abstract**

This article relates compensation for damages arising from breach of contract with fraudulent or wrongful dismissal carried out by the employer within the framework of an employment relationship subject to the private regime. Within this topic it has been possible to find the following problem: What should be the criteria to establish the amount of compensation for loss of earnings and non-material damage in labor processes for compensation for damages for fraudulent or uncaused dismissal? The proposed hypothesis is that the criteria to establish the amount of compensation for loss of earnings and non-pecuniary damage in labor proceedings for compensation for damages for unconstitutional dismissal with respect to loss of earnings are the procedural lapse not attributable to the parties, the gross remuneration; and, regarding non-pecuniary damage, they are the worker's family burden, expenses for psychological treatment, seniority of the worker and public ridicule.

**Keywords:** civil liability, moral damages, loss of profit, fraudulent dismissal, wrongful dismissal.

## Introducción

Actualmente, en el contexto de la realidad laboral peruana tan solo el 20% de la fuerza laboral se sitúa en el sector formal de nuestra economía, esto significa que *alrededor de 8 de cada 10 personas ocupadas se encontraron trabajando en un empleo informal*. Así lo corrobora el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a través del “Resumen del Informe Anual del Empleo” del año 2020.

En tal sentido, los parámetros a los que se espera arribar para cuantificar los daños derivados de un despido inconstitucional solo abarcarían a un sector minoritario de la población económicamente activa, siendo que aquellos que se encuentran en empleos informales serían ajenos al reclamo de esta indemnización pues tendrían que demandar inicialmente una demanda por reconocimiento de vínculo laboral; máxime, cuando el fallecido Neves Mujica señalaba que *solo el 5.6% de las terminaciones de las relaciones laborales se deben a despidos, de los cuales un porcentaje aún menor demanda daños*.

Siendo este el estado de la cuestión, cabe señalar que la cuantificación y otorgamiento del lucro cesante y el daño moral de acuerdo a los principios que rigen el Derecho Laboral no representarían un gasto excesivo para las empresas o un sobrecosto laboral como lo quiere representar un sector doctrinario. Asimismo, cabe mencionar que el otorgamiento de indemnización por daños y perjuicios en materia laboral se encuentra regulado desde la Ley N.º 26636 “Ley Procesal de Trabajo”; sin embargo, su aplicación no ha sido pacífica pues se han suscitado diversas controversias por la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho Laboral.

Así pues, de ello han surgido diversos plenos jurisdiccionales tales como: El Pleno Jurisdiccional Laboral llevado a cabo en la ciudad de Tarapoto en el año 2000; el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en la ciudad de Lima en el año 2008; el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional en el año 2016; el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de Chiclayo en el año 2018; el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en la ciudad de Tacna en el año 2019.

Como se puede apreciar, a pesar del esfuerzo realizado por nuestros magistrados, aún existen decisiones dispares respecto a la cuantificación del monto indemnizable ante un despido inconstitucional, siendo que en los diversos plenos se evidencia una oscilación entre posturas civilistas o laboristas, lo cual resulta cuestionable. Máxime cuando el Derecho Laboral se sustrajo del Derecho Común, para compensar la disparidad económica entre empleador y trabajador, que resulta ser inherente a la relación laboral.

Respecto al lucro cesante, es cuestión de debate precisar en qué consiste el lucro cesante en materia laboral, a consecuencia de ello, se termina por otorgar el monto equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo en que el trabajador se encontró despedido inconstitucionalmente hasta la fecha de su reposición. Se considera que esto resulta inexacto pues se considera que deben ser evaluados otros criterios para indemnizar el lucro cesante. Por otro lado, sobre la existencia del daño moral, se considera que este debe ser presumido ante un despido inconstitucional, pero deberán considerarse los criterios que se pasarán a desarrollar a lo largo de la investigación para determinar su cuantía.

Teniendo en cuenta de las ideas previas, se formula la siguiente pregunta: ¿Cuáles deberán ser los criterios que determinen un quantum indemnizatorio equitativo del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido inconstitucional?

La hipótesis del presente trabajo de investigación es que los criterios para establecer el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido inconstitucional respecto al lucro cesante son el lapso procesal no imputable a las partes, la remuneración bruta; y, respecto al daño moral son la carga familiar del trabajador, gastos de tratamiento psicológico, antigüedad del trabajador y el escarnio público.

Para desarrollar la presente investigación se ha planteado como objetivo general: Establecer un baremo que permita determinar el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los despidos inconstitucionales. A fin de lograr el objetivo general, se establecieron dos objetivos específicos: Analizar el despido inconstitucional y su repercusión con otros derechos fundamentales del trabajador; Delimitar la aplicación del lucro cesante y el daño moral en los procesos de indemnización por daños y perjuicios en el Derecho Laboral tras un despido inconstitucional.

La presente investigación es importante porque delimita y desarrolla los conceptos del lucro cesante y daño moral para su posterior aplicación en los procesos laborales de despido fraudulento e incausado; además, brinda una lista de criterios de cuantificación del lucro cesante y daño moral para los jueces laborales, lo cual les permitirá motivar adecuadamente sus resoluciones judiciales de indemnización por despido incausado y fraudulento. A su vez, con decisiones judiciales debidamente motivadas, éstas tendrán mayor predictibilidad en estos procesos laborales. Asimismo, con indemnizaciones equitativas se brinda un respaldo económico a las empresas y al desarrollo de la sociedad en conjunto.

El aporte de esta investigación es proponer criterios para que los jueces apliquen al momento de cuantificar el daño patrimonial del lucro cesante y el daño moral en materia laboral tras la reposición por despido inconstitucional. Se considera que con estos criterios se facilitará la actividad discrecional de los juzgadores y, en consecuencia, éstos podrán dotar de una mayor motivación sus resoluciones judiciales. Subsecuentemente, se evitará la concesión de montos exacerbados que representen un perjuicio a las empresas, observando, desde luego, el principio protector que inspira el Derecho Laboral.

## **Revisión de literatura**

En el presente capítulo desarrollamos el marco teórico-conceptual de nuestra investigación, con la finalidad de dar a conocer las diversas referencias bibliográficas que fueron consideradas como antecedentes; asimismo, exponemos y definimos las bases teórico científicas de nuestra investigación.

### **1.1. Antecedentes**

Son fuentes que han servido a la presente investigación pues abordan la misma temática aquí analizada, pero desde una perspectiva distinta, permitiendo la contrastación de posturas y la recopilación de ideas que puedan servir al desarrollo de la hipótesis planteada en esta investigación.

Se han revisado fuentes virtuales y físicas, de las cuales se han considerado tesis recientes.

Paz Saavedra, M. P.; Toribio, S.B. (2018). La aplicación del factor mitigación de daño en los despidos laborales en la cuantificación del lucro cesante (tesis de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo). Trujillo, Perú

En esta tesis las autoras pretenden dar a conocer la aplicación del factor mitigación de daño como una forma de cuantificación del lucro cesante derivado de un despido fraudulento y/o incausado. Después del estudio integral de la legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, llegan a la conclusión que dicho parámetro vulnera derechos laborales del trabajador. El aporte de esta investigación radica en que las autoras- tras un estudio pormenorizado de legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, concluyen que la utilización del factor de mitigación de daños como una forma de cuantificación de los daños vulnera derechos laborales del trabajador. Esto permite analizar los argumentos vertidos por las autoras para inutilizar este criterio en la presente investigación.

García Rojas, W. (2015). Valoración del monto en resarcimiento en responsabilidad civil contractual y los problemas jurisprudenciales en la cuantificación (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima, Perú.

El autor de esta investigación se centra en analizar la siguiente interrogante: ¿Existen reglas y criterios en el ámbito judicial para resarcir adecuadamente al afectado? Asimismo, se plantea proponer reglas que permitan a los jueces apartarse del criterio meramente subjetivo, a una realidad concreta y específica, aplicando criterios de justicia y eficiencia económica, enfocado básicamente en el Análisis Económico del Derecho (AED).

Esta investigación tiene relevancia para el desarrollo del artículo pues permite revisar las numerosas sentencias consignadas en la investigación y analizar las propuestas de criterios propios del Análisis Económico del Derecho que coadyuven a que los jueces puedan apartarse del criterio meramente subjetivo, a uno objetivo que no se equiparan totalmente a criterios de justicia, pero resultan ser útiles para calcular el cuántum indemnizatorio por responsabilidad contractual o inexecución de obligaciones.

Delgado Flores, M. (2019). Los criterios jurisdiccionales sobre la cuantificación del daño moral en los juzgados laborales de Chiclayo, frente al resarcimiento justo por despidos (tesis de pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo). Lambayeque, Perú.

La autora de esta investigación se centra en analizar la siguiente interrogante: ¿Cuál es el efecto que producen los criterios jurisdiccionales sobre la cuantificación del daño moral en los Juzgados Laborales de Chiclayo según la NLPT, frente al resarcimiento justo del daño generado por los despidos? Asimismo, pretende demostrar que los criterios jurisdiccionales sobre la cuantificación del daño moral en los Juzgados laborales de Chiclayo según la NLPT son inadecuados, en consecuencia, se estará produciendo un efecto de ineficacia en el resarcimiento justo del daño generado por los despidos.

Esta investigación es relevante para el desarrollo del presente artículo porque se recopilan criterios esbozados por diversos autores sobre la cuantificación del daño moral, hace un recojo de sentencias sobre indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido fraudulento

e incausado; y realiza una comparación relacional de los montos otorgados por lucro cesante y daño moral.

Meza Flores, Y. (2018). *Hacia una teoría de la prueba del daño moral en Perú* (tesis de pregrado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa). Arequipa, Perú.

El autor de esta investigación se centra en analizar la problemática respecto al régimen probatorio del daño moral, evidenciando posiciones que debaten si el daño moral amerita ser probado o no; y, por otro lado, aquellas que solo se refieren a la prueba de la certeza del daño moral, sin tomar en cuenta su cuantía. Asimismo, propone sentar las bases de una teoría de la prueba del daño moral aplicada al sistema jurídico peruano para contribuir a determinar la certeza (quid) y cuantía (quantum), mediante las pruebas más idóneas al caso en concreto.

Esta investigación es relevante para el artículo de investigación porque el autor realiza un análisis exhaustivo del daño moral, su clasificación y la probanza de este para finalmente sentar las bases de su teoría de la prueba del daño moral en el Perú, basándose en un análisis de las posturas-objetiva, subjetiva y mixta- de la cuantificación del daño moral en doctrina nacional y extranjera. Finalmente, realiza una revisión de la legislación comparada sobre la probanza del daño moral.

Casabona Huamán, C. (2017). *Despido incausado- fraudulento y su daño moral cuantificado por los jueces del poder judicial del distrito de La Merced Provincia de Chanchamayo del período 2014-2017*. (tesis de pregrado, Universidad Peruana Los Andes). Huancayo, Perú.

El autor de esta investigación se centra en analizar la siguiente interrogante: ¿Cómo se realizó la cuantificación del daño moral por despido incausado- fraudulento por los jueces del Poder Judicial del distrito de La Merced provincia de Chanchamayo del período 2014-2017? Asimismo, pretende analizar cómo se realizó la cuantificación del daño moral por despido incausado-fraudulento por los Jueces del Poder Judicial del distrito La Merced provincia de Chanchamayo del periodo 2014-2017

Esta tesis es relevante para el desarrollo de la investigación porque presenta análisis estadísticos de la cuantificación del daño moral en los juzgados laborales del distrito jurisdiccional de La Merced- provincia de Chanchamayo, esto permite corroborar si existe uniformidad en cuanto a la cuantificación de este daño en el sector mencionado. Asimismo, presenta un estudio profundo del daño moral, las teorías que rodean a tan controversial tipo de daño. En última instancia hace un recuento de los criterios de cuantificación de este daño en la doctrina nacional.

Nelva Fernández, A. (2018). *La motivación de los jueces en la fijación de la indemnización por daño moral en materia laboral*. (tesis de pregrado, Universidad Particular de Chiclayo). Lambayeque, Perú.

La autora de esta investigación se centra en analizar las siguientes interrogantes: ¿Qué es lo que hacen los jueces cuando determinan el quantum indemnizatorio por daño moral?, ¿Qué variables consideran al otorgar cierta cantidad de dinero y no otra? ¿Cuál es la importancia relativa de dicho lineamiento al momento de fijar la indemnización? Asimismo, pretende analizar la motivación de los jueces en la fijación de la indemnización por daño moral en materia laboral; con respecto a un Marco Referencial que integre: Planteamientos Teóricos, Normas, y la Jurisprudencia; mediante un análisis cuanti-cualitativo con el apoyo de los

programas informáticos; todo ello con la finalidad de establecer parámetros para la estimación y cuantificación del quantum indemnizatorio por daño moral en materia laboral.

Esta tesis es relevante para la presente investigación porque la autora desarrolla el concepto del daño moral desde la perspectiva estricta y amplia del mismo. Asimismo, realiza un análisis jurisprudencial de la aplicación y cuantificación de este daño en el Derecho Laboral.

## 1.2. Bases teórico- científicas

Para facilitar la comprensión del tema abordado en la presente investigación se desarrollarán los siguientes conceptos:

### Sistema de inexecución de obligaciones

Según Scognamiglio (2001) la responsabilidad civil comprende una perspectiva binaria:

Tradicionalmente, la noción de responsabilidad se bosqueja en el marco del Derecho Civil con arreglo a una perspectiva binaria: una de ellas, conexas con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento; la otra, se basa principalmente en la verificación de un daño injusto, frente al cual, de concurrir ciertos presupuestos, el Derecho intenta reaccionar con la imposición de un deber de resarcimiento al sujeto causante. (p.54)

De manera concreta, el sistema de inexecución de obligaciones (también denominado responsabilidad contractual) se encuentra regulado en el título IX del Libro de Obligaciones del Código Civil de 1984. Al respecto, Lizardo Taboada (citado en Agreda, 2019), en su libro titulado Elementos de la responsabilidad civil indica lo siguiente:

(...) Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de obligación voluntaria se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual (pp. 29-30).

Sobre las funciones de la responsabilidad civil, Fernández Cruz (citado en Meza, 2018) afirma que:

Hoy, pues, puede decirse, a inicios del siglo XXI, que la responsabilidad civil cumple funciones diversas, pero todas orientadas bajo perspectivas complementarias: Desde una **perspectiva diádica o microsistémica**, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, una triple función:  
- **Satisfactoria**, como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación de daño [...].

- **De equivalencia**, que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde “alguien” deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. [...].

- **Distributiva**, presente sólo cuando el daño ha afectado un interés tutelado, cuya función consistirá [...] en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad [...]. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de los justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, a través de los denominados “factores atributivos de responsabilidad”.

Desde una **perspectiva sistémica o macrosistémica**, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, dos funciones esenciales, con sujeción al modelo económico que se tome como referencia:

- Una función de **incentivación o desincentivación de actividades**; y
- Una función **preventiva**. (p.17) (negrita añadida)

Asimismo, Calabresi (citado en Espinoza, 2002) añade dos funciones a la responsabilidad civil, estas son: la distribución de las pérdidas y la asignación de los costos”. (p. 52)

### **Lucro cesante**

El lucro cesante es mencionado en los artículos 1321° y 1985° del Código Civil; no obstante, solo se limitan a expresar el concepto sin profundizar. Para entenderlo resulta necesario recurrir a la jurisprudencia y doctrina (nacional y extranjera) para ahondar en el conocimiento de este concepto jurídico. Lo mismo ocurre en el resto de los códigos civiles de influencia europea, la materia de la responsabilidad contractual se confía a reglas de carácter general y se adicionan términos que resultan ser ambiguos, dejando la mayor carga a la discreción judicial (Alpa, 2014). Para tener una noción general del lucro cesante se dará una somera revisión histórica de esta figura a través de los modelos continentales.

Alpa (2014) señala que, inicialmente, en la tradición del Derecho romano se diferenciaba entre interés positivo; resarcimiento, ventaja que habría adquirida el acreedor si el contrato se hubiese cumplido e interés positivo como la colocación del acreedor en la situación anterior a la celebración del contrato. Ninguna de las fórmulas de condena del derecho romano significa condena al resarcimiento, por lo que es correcto afirmar que la teoría del resarcimiento del daño actual es producto de la manipulación de las reglas del derecho romano.

Ahora bien, según Arangio (citado en Alpa, 2014) la jurisprudencia francesa fluctuaba entre la tendencia del interés positivo y negativo, asimismo señala que se incluía dentro del resarcimiento del daño al daño emergente, pero no había acuerdo sobre si debía incluir al lucro cesante dentro de este *id quod interest*. En conclusión, hay una primera aparición del lucro cesante por la jurisprudencia de fines del siglo XVIII.

El modelo actual inglés señala como regla fundamental de los damages (daños) que el daño debe ser entendido como la medida del resarcimiento, teniendo aquel únicamente funciones satisfactorias o compensatorias. De acuerdo con la doctrina inglesa, los daños resarcibles son tres: Expectation damages (daños esperados), constituyen el resarcimiento del loss of bargain (pérdida de intereses), lo que es lo mismo que lucro cesante. Buscan colocar a la parte dañada en la situación anterior al incumplimiento contractual, el loss of bargain contiene dos aspectos: el daño inmediato por el incumplimiento y el daño derivado del mismo; reliance damages (daños emergentes por confianza o dependencia): Están constituidos por los

gastos efectuados durante la fase precedente a la celebración y durante la ejecución del contrato.

Las particularidades de los expectations damages son: Para que el demandante los requiera, tiene que acreditar el lucro cesante, esto es, la pérdida de ganancias producto del incumplimiento contractual, lo que termina siendo el daño derivado del breach (incumplimiento); no se busca resarcir a la parte afectada al punto que su nueva posición sea mejor que aquella en la que se encontraba antes de la afectación, acaecida por el incumplimiento contractual, sino tan solo en la situación anterior al daño; a diferencia de los restitution damages y reliance damages, los expectation damages solo pueden ser requeridos a título contractual.

A diferencia de los expectations damages propios de la doctrina inglesa, en la doctrina argentina, Mosset (1997) señala que el lucro cesante- como manifestación del daño material- puede estar presente en la esfera contractual y extracontractual (p.231). A su vez, Mosset (1997) define al lucro cesante como: “la frustración de ganancias o ventajas económicas, o sea la privación de un enriquecimiento patrimonial” (p.231).

Para Franzoni (1996) el lucro cesante es el detrimento de una utilidad que se hubiera conseguido muy probablemente de no haber mediado el daño o evento lesivo. Entonces el daño se constituye como una afectación a la utilidad futura.

Sobre la certeza del lucro cesante, Medina Crespo (2007) afirma que:

El lucro cesante es un daño de relativa certeza, pues se apoya en un juicio de probabilidad y no de seguridad, entendiéndose que es ganancia frustrada la que era de esperar de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos o regularidad de las cosas (*id quod plerumque accidit*), siendo, pues, un daño razonable y verosímil que tiene su fundamento y su límite en la probabilidad objetiva de su existencia, y no en la mera posibilidad (posibilidad ilusoria en cuanto carente de relevancia probabilística), sin que las solas conjeturas y las simples expectativas se integren en él.(p. 16)

Campos (2014) afirma que el lucro cesante hace referencia a la pérdida de una utilidad que obtendría la víctima de no haber mediado el daño, es decir, el daño se establece como el obstáculo a futuro de la potencial ganancia de la víctima a su esfera patrimonial.

Según García Huayama (2019) el lucro cesante consiste en:

(...) disminución patrimonial efectivamente sufrida por el perjudicado a consecuencia del hecho dañoso, en tanto que se concibe como lucro cesante a aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino. (p.190)

Para Trimarchi (citado en García, 2019) el lucro cesante es:

(...) equivalente a las presumibles ausencias de flujos de caja (estimadas, entonces, sobre la base de su probabilidad). Para su estimación serán utilizables todas las consecuencias disponibles al momento del proceso; si relativos al futuro, su valor esperado deberá ser actualizado a una tasa que tenga en cuenta el rendimiento esperado del dinero y de la compensación por el riesgo. (p. 212)

Según Espinoza (2013) señala que “Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del

sujeto que ha sufrido daño (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por la víctima” (p.253). El lucro cesante es la pérdida de una ganancia que presumiblemente se iba a obtener, para probar este daño se tiene que acreditar que, en el transcurso normal de los hechos, se haya realizado una acción que haya impedido que se perciba una determinada ganancia (Fernández, 2019).

León (2016) menciona que se trata de un error a nivel de comprensión jurisdiccional el equiparar el lucro cesante con la pérdida de ingresos. Así señala que el lucro equivale a ingresos menos gastos, es decir, a utilidad, rédito. Los gastos en materia laboral son aquellos en los que el trabajador incurre para mantener la fuente del ingreso.

La Corte Suprema, mediante sentencia recaída en la Cas. N.º 3499-2015-La Libertad de fecha 5 de abril del 2016 afirma que:

(...) el lucro cesante es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir o, como lo ha entendido esta Suprema Corte, «aquello que la víctima deja de percibir por del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio»; y, en consecuencia, al encontrarse propuesto en términos de aquello «dejado de percibir», este último a veces podrá establecerse en término de certeza (v. g., cuando la percepción de la ganancia solo depende de la producción de un evento futuro cierto -plazo-), pero otras se encontrará ligado a la incertidumbre que usualmente acompaña a los eventos futuros (v.g., las rentas que pudieran recibirse del arrendamiento de un inmueble o la cosecha que pudieran obtenerse de un predio dedicado a la actividad agrícola) (f.j 10).

La Corte Suprema, mediante sentencia recaída en la Cas. N.º 4977-2015-Callao de fecha 21 de enero del 2015 diferencia el lucro cesante de las remuneraciones no canceladas señalando que: “Es de precisar que el pago de lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas” (f.j 12).

La Corte Suprema, mediante sentencia recaída en la Cas. N.º 1379-2009-Lima de fecha 06 de octubre del 2009 señala que: “(...) el lucro cesante, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego” (f.j 4). También mediante sentencia recaída en la Casación Laboral N.º 10956-2017 de fecha 15 de enero del 2020 señala que el lucro cesante es:

Un tipo de daño patrimonial hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o el daño que se le ha causado, es decir, el monto económico dejado de percibir (...). (f.j 6)

### **Daño moral**

Respecto al origen del daño moral, Fernando de Trazegnies y otros (citado en Delgado, 2020) señala que:

Fue el alemán Samuel PUFENDORF, de la escuela de derecho natural, quien trascendió el límite del daño *corpori*, y postuló por primera vez que el daño resarcible debía incluir la reparación del padecimiento del espíritu, la *pecunia doloris*. Asimismo, la codificación civil alemana de 1897 estableció por primera vez que el damnificado debía ser resarcido por el daño “inmaterial” o “no patrimonial”. Sin embargo, el 253 del BGB,

ubicado en el capítulo correspondiente a las obligaciones generales, concerniente a las consecuencias de toda ofensa tanto contractuales como aquilianas, plantea como límite general: el daño no patrimonial es resarcible “solo en los casos determinados por la ley”. Desde el área cultural alemana donde se originó, el daño moral llega al Derecho Italiano. En 1927, la Corte de Casación aún negaba su resarcibilidad. Sin embargo; en 1930, en el artículo 185.2 del Código Penal aparece la norma según la cual el autor de un hecho delictivo puede ser condenado al reintegro y al resarcimiento de los “daños patrimoniales y no patrimoniales que derivan de la comisión de un delito” (págs. 19-21). (negrita añadida)

Posteriormente, sobre la regulación del daño moral en el código civil italiano, Diez Picazo (citado en Delgado, 2020) refiere que:

(...) el Código italiano, recogiendo una regla que se encontraba en el Código Civil Alemán, preceptúa que el daño moral sólo se indemniza en los casos determinados por la ley, que son en la práctica, según exponen CIAN y TRABUCHI, los casos en que el daño derive de un delito, de acuerdo con el artículo 185 del Código Penal de aquel país (...). El daño moral apareció en el Código Penal por lo menos desde la revisión de que éste fue objeto en 1944 y ha continuado, en el Código penal, desde aquella fecha cuando menos. Al daño moral hacen referencia algunas leyes especiales, como es el caso de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que en su artículo 9, apartado 3. ° para la intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos mencionados ordena que «la indemnización se extenderá al daño moral» y que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión producida. (p. 325)

Según Jiménez Vargas-Machuca, R. (2005) sobre la regulación del daño moral en la legislación peruana tenemos que:

El Código Civil de 1852 no reguló el daño moral, salvo el caso del artículo 2022, que establece una indemnización por daño moral en el específico caso de injurias (“En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”). Ese fue uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana que introdujo el daño moral, cuidando de prescribir una graduación de dicha indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido. Este primer esbozo de daño de índole extrapatrimonial resulta interesante, puesto que se aprecia en forma algo aislada del daño patrimonial (no tiene la categoría de “parásito” respecto de la demanda por daño material), es decir, se va a calificar y cuantificar de manera independiente a los daños materiales, en caso coexistir estos en el caso concreto.

El Código Civil de 1936 no reguló el daño moral contractual –aunque la jurisprudencia lo introdujo– pero reconoció tímidamente el daño moral extracontractual en el artículo 1148 (“al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”), por lo cual inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral únicamente cuando existía un daño material que reparar previamente, concediéndosele un carácter subsidiario. La Exposición de Motivos de dicho Código señalaba que “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales (...) Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales”.

Estudiosos como León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, coincidían en que el criterio a predominar era que el daño moral puede repararse en forma independiente, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió este parecer, aunque no de inmediato. Este Código también contempló la indemnización en el caso de ruptura de esponsales (artículo 79). Los esponsales crean en los desposados una obligación moral de celebrar matrimonio, lo que no constituye obligación jurídica, por lo cual no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento. Empero, el rompimiento unilateral sin justa causa de dicha promesa de matrimonio obliga a la parte culpable a reembolsar al otro, o a terceros, los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio. Estos son los daños patrimoniales. El artículo 79 se refiere al perjuicio que sufre el desposado en los derechos inherentes a su personalidad, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral. La jurisprudencia fundamentó el daño moral en estos casos señalando que “los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado”. (p.275)

Actualmente, el código vigente (Código Civil de 1984) regula el concepto de daño moral en cuatro artículos: 351, 1322, 1984 y 1985 del mencionado cuerpo legislativo.

Art. 351: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. Como se puede apreciar en el libro de Familia también se incluye el resarcimiento del daño moral, éste puede ser solicitado como consecuencia de la demanda de indemnización en caso de perjuicio por el cónyuge afectado en su esfera íntima- padecimientos emocionales, psicológicos- contra el cónyuge culpable de acuerdo con lo regulado en el artículo 345-A.

Art. 1322: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. En el libro de Obligaciones se consigna el sistema de inexecución de obligaciones, en cuyo artículo 1322 se regula el daño moral originado a consecuencia del incumplimiento o deficiencia de una prestación.

Art. 1984: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Dentro de la responsabilidad extracontractual también se regula e instaura el daño moral como daño plausible de indemnización. Asimismo, De Ángel (citado en Muro; Torres, 2020) refiere que:

Del daño moral se puede hablar en dos sentidos. En un sentido estricto, se considera que daño moral es aquél que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales sino afectando sentimientos, valores. Daño moral sería, así, el sufrimiento que se puede generar a un sujeto, sea dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. Por su parte, en un sentido más lato, se entiende el daño moral equiparándolo con la categoría de daño extrapatrimonial, lo que abarcaría el daño moral en sentido propio y todos los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. En diversos

sistemas jurídicos se entiende la figura en este último sentido. Basta la mención al sistema francés y al español. (p. 186)

Art.1985: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”. Interpretando este artículo Bullard (citado en Muro; Torres, 2020) expresa que:

Como se desprende de lo dicho, la técnica legislativa usada no es la más adecuada pues la definición causal aparece en un artículo que parecería referirse solo a los daños. Sin embargo, establece justamente que para que un daño sea indemnizable debe establecer una relación de causalidad adecuada con la acción dañosa. Así, en lugar de tratar con cuidado el tema causal, el Código establece sus alcances usando una sola palabra: adecuada. (p. 189)

Para Fernández (1996) el daño moral puede ser entendido en dos sentidos:

Existe una importante y extendida tendencia doctrinaria que ha encontrado una peculiar solución para superar el problema que venimos tratando. Ella consiste en distinguir para tal efecto, dos conceptos diferentes de daño moral: el que denominan restringido o restrictivo y el que llaman genérico. Dentro de este planteamiento, el significado otorgado al daño moral en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor o sufrimiento. Es del caso advertir, por lo demás, que, en esta hipótesis, como es sabido, la designación de daño moral no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona -que es su esfera afectiva o sentimentalismo que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento. (p. 14)

Sobre el daño moral en sentido amplio, Osterling (citado en Delgado, 2020) afirma que:

(...) toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. (p. 64)

León (citado en Delgado, 2020) afirma que:

En sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos,(...) daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. (p. 64)

En el mismo sentido, Díez Picazo (citado en Delgado, 2020) el daño moral se concibe como:

(...) sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación. (...), no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino como señaló R. SCOGNAMILIO, a que es consecuencia de lesiones

de derechos de la personalidad (...). No hay en línea de principio daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales, salvo, aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara derechos subjetivos de la personalidad del acreedor. Esta concepción estricta del daño moral, que defendemos, exige además que este tipo de daño no sea simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que suponga, asimismo que es igual para todos. (p.63)

Por su parte, Taboada (citado en Jiménez Vargas-Machuca, 2005) afirma que:

...por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima (...) la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante, lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos (...) hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. (pp. 276-277)

Santos Briz (citado en Chang, 2018) expresa que:

Es criterio que puede considerarse predominante la concepción del daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad. Puede afectar, sin embargo, también a otros derechos que al menos en sentido estricto no se incluyen entre los de la personalidad, como a los derechos de familia, corporativos, etc., pero no cabe negar que el sector fundamental de los daños morales tenga lugar en los derechos de la personalidad (...). (pp. 132-133)

Barros Bourie (citado en Lanata, 2016) señala que: “(...) En estricto rigor, los daños morales son aquellos que provienen de las lesiones a bienes de la personalidad, es decir, al fueron interno, a la dignidad misma de la persona”. (p. 203)

A su vez, para Martorell (citado en Jimenez, 2007) expresa que:

El daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le agravie lo que a otra no, por ello la apreciación económica resulta ser discrecional. (p.170)

Corrales & Acevedo (2017) sintetizan el daño moral en los siguientes elementos: “Es una especie del género de daño a la persona, inmaterial, impenetrable, residual, limitado al aspecto

emocional de repercusión psicosomática, afectación no es patológica, su duración es transitoria, tiende a disiparse con el paso del tiempo”. (p.24)

En ese sentido la Corte Suprema, mediante sentencia recaída en la Casación Laboral N° 1594-2014-Lambayeque de fecha 15 de octubre del 2014 señala que el daño moral es:

Que, el daño moral es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado legítimo; es aquel daño que afecta a la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto. (fund.5)

Como se ha mencionado el daño moral puede estar presente en la responsabilidad contractual (sistema de inexecución de obligaciones) y extracontractual. Por lo que corresponde a la presente investigación trataremos el daño moral en materia contractual. Sobre este punto, Beltrán Pacheco (citado en Fernández Cieza, 2018) afirma que:

En situaciones donde el empleador despide a un trabajador de manera arbitraria, resulta aplicable el sistema de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones y esta se sustenta en el incumplimiento de los deberes y cargas que surgen del contrato de trabajo y de la ley. (p. 31)

De la misma manera Fernández Cieza (2018) precisa que: “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”. (p. 40)

Leysser León (citado en Jiménez Vargas-Machuca, 2005) señala que:

“(…) el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’”. (p.277)

A contraposición, Fernández (1996) critica que:

De este modo, sin mayor esfuerzo, se decidió por dicho sector de la doctrina que esta restrictiva expresión -con la que hasta ese momento se distinguía un caso concreto de daño cubriera una multiplicidad de hipótesis de daños que no se identificaban, precisamente, con el contenido conceptual de su precisa y tradicional noción. Es decir, se produjo lo que podríamos llamar, apelando a una metáfora económica, una "hiperinflación" conceptual de la tradicional noción de daño moral. Se convirtió, así, en lo que en el lenguaje corriente solemos designar como "un cajón de sastre", es decir, aquel espacio donde se yuxtaponen una infinidad de objetos heterogéneos. (p.16)

Respecto a la función del daño moral, Linares (2012) afirma que:

(...) el daño moral cumpliría una función de tipo aflictiva consolatoria, la cual es concebida como una función de la satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquel. En efecto, consideramos que, ante la imposibilidad de reparar el daño moral, lo que busca nuestro sistema es principalmente compensar a la víctima, y si bien la función aflictiva consolatoria contiene este elemento satisfactorio, consideramos que no puede obviarse un carácter a su vez punitivo en tanto instrumental de la función preventiva de la responsabilidad civil. (p. 86)

En el mismo sentido, Jiménez Vargas-Machuca (2005) expresa que:

(...) la función aflictivo-consolatoria no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y ello a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez). Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la perfección –extendiendo a la totalidad de los daños inmateriales la conclusión de Monateri respecto de los accidentes– a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros, tanto de dañadores (si la prevención es bilateral y unilateral) como de potenciales víctimas (en caso pueda darse la prevención bilateral). (p. 280)

Antes de mencionar la postura de diversos autores respecto a la forma de acreditar o probar el daño moral, es menester precisar que la tarea de cuantificar el daño moral resulta de suma compleja, tanto es así que la exigencia por parte del juzgador de presentar medios probatorios objetivos resulta en lo que se denomina *probatio diabolica*. En ese sentido Gómez & Marín (2015) señalan que:

Por último, en cuanto a la cuantificación de los daños morales contractuales se ha concluido que, excepto en los casos en los que han sido objeto de tasación, aquella no puede realizarse de manera exacta y con base en criterios objetivos. Por ello, en los casos de incumplimiento contractual el Tribunal Supremo considera suficiente la prueba del hecho generador del daño moral, pues exigir además la acreditación en términos cuantitativos del grado de sufrimiento constituiría una *probatio diabolica*. (p. 297)

Asimismo, Corrales (2019) precisa que:

La presunción judicial es un sucedáneo de la prueba directa, que auxilia al juez para tener por cierto aquel hecho presumido que es de difícil o imposible acreditación directa (prueba diabólica). Ello, no obstante, la presunción judicial admite un mínimo de principio de prueba, esto es, que por lo menos debe quedar perfectamente demostrada la veracidad del hecho base y la credibilidad de la regla de la experiencia, de la lógica, del conocimiento científico o práctico a aplicar, a partir de los cuales se presume el hecho consecuencia. (p. 606)

Propiamente sobre la probanza del daño moral, Morales Hervías (citado en Delgado, 2020, p.67) manifiesta que:

El daño moral no precisa prueba incorrecta y desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil, por lo que el daño moral como requisito de la acción de

responsabilidad debe ser acreditado legalmente, siendo necesario que se acredite que la violación ha causado un daño, una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada. Respecto a la cuantificación del daño moral precisó que en el artículo 10:301 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil del *European Group on Tort Law* dice: para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencia del daño, el grado de culpa del causante del daño solo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.

En ese sentido la Corte Suprema, mediante sentencia recaída en la Casación Laboral N° 1594-2014-Lambayeque de fecha 15 de octubre del 2014 señala sobre la presunción del daño moral que:

(...) ante la dificultad de probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo (...). (fund.6)

Para la probanza del daño moral se han dado numerosos plenos civiles y laborales, entre ellos: El IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del mes de noviembre del año 2017 se buscó la forma de establecer el parámetro a seguir respecto de la actividad probatoria necesaria para acreditar el daño moral y los criterios para su cuantificación, considerando las siguientes ponencias:

- a. Es suficiente presumir el daño para otorgar la pretensión de indemnización por daño moral y con criterio de cuantificación amplios para su determinación.
- b. Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante pruebas directas e indirectas, no siendo suficiente presumir. Asimismo, los criterios de cuantificación deben ser objetivos.

En el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, celebrado en la ciudad de Chiclayo, con fecha 27 de setiembre de 2018, se estableció que:

El daño moral se presume en casos de despidos incausados y fraudulentos, pues el solo hechos de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado. En consecuencia, corresponde aplicar el artículo 1332 del Código Civil para fijar el quantum indemnizatorio. (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Chiclayo, 13 y 14 de setiembre, 2018).

No obstante, unos cuantos meses después el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en la ciudad de Tacna, los días 27 y 28 de mayo de 2019, llegó a la siguiente conclusión respecto al daño moral:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo, la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019).

Ahora bien, para la cuantificación del daño moral, Díez Picazo (citado en Jiménez Vargas-Machucha, 2005) señala que:

“Simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que, tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas”. (p.281)

Respecto a los criterios a ser aplicados para la cuantificación del daño moral, Linares (2012) señala que:

Cual criterio utilizar va a depender, en nuestra modesta opinión, de cuál es la función de la indemnización del daño moral, en efecto para este particular tipo de daños, “Criterios objetivos que sostengan la apreciación judicial pueden en efecto ser definidos solo a la luz y sobre la base de consideraciones inherentes no al “contenido” del daño, sino a la función que aquí desarrolla la tutela reparatoria. (p.86)

Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Soto Coáguila, Fernando Pantaleón y Ricardo Luis Lorenzetti (citados en Delgado, 2019) conciben diez reglas para la cuantificación del daño moral:

1. No a la indemnización simbólica,
2. No al enriquecimiento injusto
3. No a la tarifación como “piso” o “techo”,
4. No a un porcentaje del daño patrimonial
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia
6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño
7. Sí a la atención de las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario
8. Sí a la armonización del daño en casos semejantes
9. Sí a los placeres compensatorios.
10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (p.68).

Respecto a los parámetros para cuantificar el daño moral Jiménez Vargas- Machucha (2005) señala que:

(...) debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo- consolatoria y convertirla en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto, generalmente, es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que pueda generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente, como en el caso descrito de las vecinas en la introducción de

este trabajo) y, por tanto, acrecienta el daño moral. Es decir, debe evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo. (p.281)

### **Principio protector en el Derecho Laboral**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0008-2005-PI/TC concibe a los principios del Derecho del Trabajo como las “reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, **amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sean mediante la interpretación, aplicación o integración normativas**”. (negrita añadida)

Bayón (1976) indica que los principios del derecho del trabajo son:

“Simples postulados que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o por resoluciones legales, se han convertido en criterios de orientación del legislador y del juez en defensa de la parte que estimó más débil en la relación laboral para restablecer con un privilegio jurídico una desigualdad social”. (p. 233)

El Principio Protector del Derecho Laboral se constituye como el principio neurálgico del Derecho Laboral, cuyo origen proviene de la desigualdad propia de la relación laboral, según la cual existe una parte fuerte (el empleador) que ostenta todos los poderes y otra débil (el trabajador) sobre quien recae el cumplimiento de deberes. Así pues, ante esta realidad, este principio busca generar una desigualdad en sentido inverso atribuyendo privilegios al trabajador mientras que menoscaba los poderes del empleador (Pacheco, 2015).

Jelio Paredes (2018) citando a Pasco Cosmópolis señala que el principio protector, al que Plá Rodríguez denomina “desigualdad compensatoria”; Nicolliello, “correctivo de la desigualdad social”, Truena Urbina, “principio de disparidad social” y Sarthou, “corrector de desigualdades o de equiparación”; es definido por Pinho Pedreira da Silva como “aquel en virtud del cual el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores”.

A su vez, este principio tuitivo del Derecho Laboral se concreta a través de tres reglas: *In dubio pro operario* recogida en el numeral 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú; norma más favorable en el artículo III de la Ley N.º 29497 “Nueva Ley Procesal de Trabajo” y la condición más beneficiosa recogida en diversa jurisprudencia de la Corte Suprema.

La regla *in dubio pro operario* constituye uno de los principios más usados por los demandantes en procesos laborales, éste determina que, frente a la variedad de sentidos posibles de una norma, el juzgador debe aplicar la interpretación que sea más favorable al trabajador.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 008-2005-AI/TC señala que

Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *in dubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que, a pesar de los

aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.

Asimismo, Toyama, durante entrevista realizada en el canal de la Academia de la Magistratura, precisa que “El *in dubio pro operario* es un principio según el cual, en caso de duda de una norma, se interpreta a favor del trabajador. Es uno de los principios más usados en materia laboral en demandas y reclamos” (AMAG\_Perú, 2017, 0m19s).

Como se podrá inferir, la aplicación de este principio tampoco puede darse a diestra y siniestra solo porque lo solicita el trabajador pues ello respondería a una actitud piadosa a favor del trabajador ignorando cualquier lastre de juridicidad. Así pues, la aplicación de este principio requiere de determinados presupuestos como señala el TC en la sentencia referida anteriormente, estos son: 1) Existencia de una norma pasible de diversas interpretaciones; 2) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir la duda por otros métodos de interpretación, 3) Obligación de adoptar como criterio normativo el que ofrece mayores beneficios al trabajador y 4) Imposibilidad de integrar la norma porque el principio no se ordena a suplir la voluntad del operador del Derecho, sino a adjudicarle el más favorable al trabajador.

Como se puede apreciar, el TC delimita la aplicación de este principio; no obstante, se considera pertinente ahondar en el cuarto presupuesto sobre la imposibilidad de integrar la norma. Este principio no busca suplantar la voluntad del legislador o que el juez en materia laboral aplique la norma de forma irrestricta o “piadosa” a favor del trabajador, sino que, tras contemplar pluralidad de sentidos en una norma, o que el sentido de la misma no haya sido determinado por el legislador y que cada parte sostenga su propia interpretación. En esos casos el juzgador debe optar por aquella que favorezca al trabajador.

En el mismo sentido, De la Cueva (1998) señala que será de aplicación este principio cuando haya una real duda sobre el sentido de una cláusula de un contrato individual o colectivo o de la ley, mas no debe ser aplicado por los jueces para crear instituciones distintas a las creadas por el legislador.

Esto significa que su aplicación solo será posible ante la oscuridad respecto al contenido o alcance de una norma, por lo que no versa sobre la suficiencia probatoria, sino sobre cómo aplicar el derecho existente. Se considera necesario precisar que cuando se hace referencia a la norma, ésta debe ser entendida de forma amplia, así pues, la noción de “norma” abarca la Constitución Política del Perú, los tratados, leyes, reglamentos, convenios colectivos de trabajo, contratos de trabajo, etc.

Es por esto que, la regla de la *in dubio pro operario* consiste en que ante la multiplicidad de sentidos de una determinada norma (en sentido amplio) el juzgador tiene la obligación de hacer prevalecer la interpretación que sea más favorable al trabajador puesto que como regla del principio protector o tuitivo del Derecho Laboral, ésta también buscará promover la desigualdad en beneficio del trabajador. Sin embargo, la promoción de esta desigualdad tampoco puede ser ejercida con ausencia de cualquier baremo de juridicidad, por lo que tanto desde la doctrina como la jurisprudencia han establecido presupuestos para su aplicación.

Por otro lado, la regla de la norma más favorable implica que en los casos en que el juzgador vislumbre una pluralidad de normas aplicables a la situación jurídica sobre la cual tiene que resolver, se debe aplicar la más favorable para el trabajador.

Al respecto Villasmil, citado por Pasco (1994) refiere que esta regla se contrae a:

Un mandato general e imperativo otorgado al Juez del Trabajo para resolver los casos de colisión o conflicto entre dos o más disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su naturaleza, origen o ubicación jerárquica. (p.157)

El fundamento de este principio radica en que se presentan dos o más normas vigentes, sobre las cuales se discute su aplicación, por lo que ello implica que cualquier norma laboral, para prevalecer sobre otra, de inferior, igual o superior rango debe contener prescripciones más favorables que aquella (Ruiz, 2013).

Boza (2011) considera necesario distinguir entre las incompatibilidades que pueden presentarse en las normas, así pues, distingue entre contradicción o colisión opositiva y divergencia o concurrencia conflictiva. Respecto a la contradicción entiende que los mandatos normativos de las disposiciones legales se oponen mutuamente, en otras palabras, lo que una norma concede, la otra lo niega así pues el ámbito de aplicación de las normas coincide por lo que esta incompatibilidad se resuelva a través de la derogación. Por otro lado, la divergencia señala que si bien es cierto las disposiciones en cuestión son incompatibles; no obstante, esta incompatibilidad no es total por lo que no procede la derogación de una de ellas. Esto se puede ejemplificar con el caso de la incompatibilidad entre un tratado internacional y una norma nacional; en tal supuesto procede un proceso de selección de normas y ya no una eliminación de alguna de ellas.

Boza (2011) precisa que pueden darse cuatro supuestos de conflictos: i) Conflicto entre normas estatales, en el cual prevalece la jerarquía, en caso sea de la misma jerarquía puede adoptarse el criterio de especialidad; ii) Conflicto entre norma estatal y convencional, en el cual prevalece el convenio colectivo pues busca mejorar los mínimos establecidos por la ley; iii) Conflicto entre normas convencionales, sobre el cual, el Derecho Comparado ha fijado criterios tales como que prevalece el convenio colectivo de ámbito superior; el primero en el tiempo; el último que se celebró el de ámbito específico; iv) Conflicto de norma estatal, convencional o internacional con norma internacional; prevalece aquella que sea más favorable.

Pasco (2015) sobre los límites materiales refiere que la regla se ve impedida de actuar ante normas imperativas, de orden público; de igual manera, con normas de contenido prohibitivo. A su vez, sobre los límites instrumentales (sobre qué normas actúa la regla) señala que cada país relativiza estos límites, por lo que sería incorrecto precisar que existe un criterio absoluto.

Por su parte, Neves (2016) refiere que existen tres teorías sobre los límites aplicativos de esta regla: La teoría del conjunto que propone el cotejo global de cada norma completa con su equivalente; la teoría de la inescindibilidad que lo sugiere por instituciones y la teoría de la acumulación que lo realiza aspecto por aspecto de cada institución.

Igualmente, Pacheco (2015) refiere que la doctrina académica del derecho comparado reconoce tres criterios para seleccionar la norma aplicable: i) En bloque por la comparación global entre las normas prefiriéndose, a la que en conjunto sea más favorable; ii) Entresacar las disposiciones más favorables de cada norma y iii) Por materias homogéneas de una y otra norma. El primer criterio es acorde con nuestro ordenamiento jurídico, los dos últimos criterios

no son de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico porque la Constitución no permite la creación de normas de forma distinta a los procedimientos establecidos.

De ahí que la regla de la aplicación de la norma más favorable al trabajador resulte sumamente útil para que el juzgador pueda adoptar decisiones sin transgredir los parámetros constitucionales y buscando en todo momento proteger a la parte débil de la relación laboral.

Finalmente, pese a que la regla de la condición más beneficiosa no se encuentra expresamente regulada en nuestra constitución- como si ocurre en países como Brasil, Colombia y Guatemala-, si cuenta con vasto desarrollo jurisprudencial, ejemplo de ello es la sentencia recaída el Cas. N.º 4940-2007-Tacna.

La regla de la condición más beneficiosa presume que existe una situación concreta previamente reconocida y fija que ésta debe ser respetada en cuanto sea más favorable para el trabajador frente a la nueva norma que tendría que aplicarse (Pla, 1978). Asimismo, el mismo autor señala siguiendo a Alonso García que esta regla se aplica en dos direcciones: restrictiva y extensiva. Restrictivamente en cuanto que las partes- especialmente el empleador- se ven forzadas a mantener la situación ventajosa para el trabajador frente a una nueva resolución; por otro lado, este principio opera extensivamente porque, indirectamente, este principio comunica que las partes pueden establecer condiciones más beneficiosas para el trabajador que aquellas establecidas legalmente.

Como regla del principio protector, la condición más beneficios encuentra su fundamento en este principio, en cuya aplicación se considera que los beneficios de los trabajadores solo pueden ser acrecentados. Respecto a la aplicación de esta regla, Toyama (1993) señala que:

La C+B es, como se ha visto, pasible de muchas teorías sobre distintos aspectos aplicativos. Está claro que se aplica frente a derechos nacidos de actos no normativos y cuya consecuencia es el mantenimiento del derecho efectivamente gozado por el trabajador. Entonces, no hay discusión acerca de la aplicación de la C+B sobre derechos adquiridos nacidos de actos no normativos. No sucede lo mismo respecto de la aplicación del referido principio para supuestos de sucesión legal o convencional (la disposición contenida en el reglamento de la LRCT no conlleva el mantenimiento de derechos adquiridos). Nosotros pensamos que en estos dos últimos supuestos, frente a la disposición del Código Civil y la naturaleza de la C+B, no es posible la conservación de derechos salvo la inclusión de una cláusula de permanencia: las normas tienen aplicación automática y temporal, no perpetuándose en el contrato de trabajo. (p.47)

Como resultado podemos señalar que la condición más beneficiosa como regla del principio protector busca la perpetuidad de situaciones ventajosas para los trabajadores; sin embargo, de acuerdo a las teorías actuales sobre la materia, dichas condiciones beneficiosas solo pueden ser establecidas a través de actos no normativos, esto es, disposiciones emitidas por el empleador, las mismas que no podrán ser deshechas o aminoradas en aplicación de esta regla.

En definitiva, el principio protector del Derecho Laboral y las reglas que devienen del mismo son directrices orientadoras de utilidad para los jueces al momento de resolver las controversias sobre las que tienen conocimiento. A su vez, confirma que el Derecho Laboral se inclina por la protección al trabajador, quien resulta ser la parte más débil de la relación laboral; no obstante, esta protección tampoco puede llegar a ser arbitraria, por lo cual la doctrina y jurisprudencia nacional han establecido diversos presupuestos para la aplicación de cada una de estas reglas.

## Principio de reparación integral

El principio de reparación integral proviene de fuente internacional, se encuentra recogida en el Art. 63 de la CIDH

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (...)

Este artículo establece que cuando se determine la violación de un derecho o libertad protegidos en dicha Convención, la Corte dispondrá que: 1) Se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad vulnerado; 2) Si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos; 3) El pago de una indemnización justa al lesionado.

Interpretando este artículo, Calderón (2013) señala que:

La Corte IDH ha establecido que, con base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la CADH, toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo de manera adecuada y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado” e “incluso una concepción general de derecho”. (p. 150-151)

Sandoval (2013) señala que el principio de reparación integral asume que cuando un tercero sufre un daño, ya sea daño a su integridad física, patrimonial o vulneración de sus derechos fundamentales, quien realiza el daño está obligado a reparar las consecuencias del daño a la víctima. Por su parte, Domínguez (2010) considera que el principio de reparación integral resulta crucial para la responsabilidad civil e implica que la reparación debe ir acorde con la gravedad del daño causado. Así pues, convalida el derecho de las víctimas a la reparación integral del daño ocasionado por el agente causante, entre las acciones que comprenden este principio, se encuentran: La restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción para intentar retornar a la víctima al estado en que se encontraba antes de la situación anterior al acontecimiento del accidente. Naveira (2004) establece que para que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido es necesario que se cumplan dos condiciones: 1) La reparación debe contener todo el daño resarcible; y 2) La reparación se debe limitar estrictamente al daño efectivamente producido, de manera que no se comporte como un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado. De esta forma se otorgaría una reparación equilibrada entre la infra-compensación y el enriquecimiento injusto.

Como se puede apreciar diversos autores consideran que este principio ampara a los afectados en sus derechos fundamentales (integridad física o derechos patrimoniales) para que sean reparados de forma integral. Tanto así que “la reparación debe dejar indemne a la persona, es decir, como si el daño no hubiera ocurrido”. (Henaó, 2007).

De igual manera, respecto al principio de reparación integral en el Derecho Laboral, Vela (2021) refiere que en la actualidad tanto la reparación del daño como la sanción son elementos

de acceso a la justicia, cuyo objetivo es fortalecer la paz social mediante el restablecimiento de las relaciones sociales. En virtud de la existencia del derecho a la verdad, la justicia conlleva necesariamente la atención y el reconocimiento de las violaciones de derechos y una reparación que dé la certeza que los hechos no se volverán a repetir. Para conseguir esta paz social se requiere del colectivo, en virtud que la dignidad y la libertad no son principios y atributos jurídicos de las personas individuales. Son principios y atributos jurídicos relativos a una sociedad determinada, y cuya existencia depende de su reconocimiento, respeto y actividad de los demás miembros de la sociedad.

Ahora bien, específicamente desde el Derecho Laboral, el autor Bringas (s.f.) señala que la reparación integral del trabajador ha sido acogida por diversas Cortes Superiores y la Corte Suprema en numerosa jurisprudencia, de la cual se infiere que frente a despidos arbitrarios en que se aprecien afectaciones a otros derechos fundamentales podría pretenderse indemnizaciones adicionales por daño extrapatrimonial.

## 2. Materiales y métodos

El presente proyecto de investigación se enmarca en el tipo de investigaciones documentales, teóricas o bibliográficas, porque tiene en cuenta el análisis de su objeto de estudio a la luz de las bases teóricas y las bases conceptuales, las cuales profundizan en los contenidos encontrados en fuentes bibliográficas, tanto en físico como en virtual, ya sea libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos. Según, Arias (2012)

La investigación documental es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos, (p. 27)

Por su parte, Bernal, (2010) afirma que la investigación documental, “consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio” (p. 111).

En consecuencia, en esta investigación se analizará el objeto de estudio utilizando como principales recursos libros, artículos de revistas jurídicas, convenios, entre otros.

### ***Diseño de investigación***

Toda investigación requiere un diseño de investigación, el cual indica los pasos a seguir, por esta razón se cita a Tamayo y Tamayo (2001), quien afirma que el diseño de la investigación consiste en “el planteamiento de una serie de actividades sucesivas y organizadas que deben adaptarse a las particularidades de cada investigación e indican los pasos y pruebas a efectuar y las técnicas a utilizar para recolectar y analizar los datos” (p. 70). Siguiendo la idea de este autor, que alude a una planificación de actividades, y considerando que en el presente trabajo de investigación se ha seguido un diseño de investigación bibliográfico, se describen las actividades:

- Una clara delimitación del problema de investigación.
- Una exhaustiva revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico, considerando como base fundamental la Investigación Proyecto Ley “40 horas”.

- Además se realizará un análisis y reflexión de la información bibliográfica más relevante sobre la vinculación del estrés laboral con la jornada horaria en exceso, las cuales ayudarán al desarrollo con uno de los objetivos de la investigación.
- Elaboración de un bosquejo o esquema de temas, de acuerdo con los objetivos específicos.

### ***Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos.***

#### **A) Método analítico:**

El método analítico busca hacer una descomposición del objeto de estudio en sus elementos constitutivos o dimensiones, por eso tendrá en cuenta el análisis de la información obtenida de las diversas fuentes bibliográficas o documentales, tratando de identificar las relaciones y diferencias entre unas teorías y otras y, por consiguiente, concluir con propuestas teóricas argumentadas.

Por lo tanto, en esta investigación se seguirá el método analítico, para examinar las propuestas teóricas de acuerdo con los objetivos que se persiguen en esta investigación.

#### **B) Análisis documental:**

En esta investigación se ha utilizado el análisis documental, teniendo en cuenta los diferentes documentos, al respecto Bernal (2010) afirma que el análisis documental “es una técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar el material impreso” (p. 194)

Esto quiere decir que el análisis que se realiza es sobre un documento que contiene información válida para argumentar las afirmaciones que sustenten lo que se persigue en los objetivos de la investigación. Por lo tanto, se ha de tener en cuenta que el análisis documental es un trabajo mediante el cual por un proceso intelectual extraemos unas nociones del documento para representarlo y facilitar el acceso a los originales y por ello mismo pueden servir para su difusión y elaboración de nuevos documentos.

Tal como se describe, lo que señala esta afirmación es atender a los elementos que permitieron el desarrollo de la presente investigación, que comprende la acción del proceso de lectura, síntesis y representación de los documentos que hacen referencia a al análisis de la ética personalista, teniendo en cuenta una selección de las ideas más relevantes de los diferentes documentos tales como, libros, tesis, artículos científicos, entre otros, extrayendo las ideas necesarias para la fundamentación teórica de lo planteado en la presente investigación.

#### **C) Técnicas de gabinete: Fichaje**

Dentro de la investigación esta técnica permitirá sistematizar el fundamento teórico de la investigación para lo cual se utilizarán como instrumentos las fichas textuales y bibliográficas. Estos documentos en la idea de Malca & Vidaurre (2010), “permiten al investigador depositar un criterio selectivo y mediante ciertas normas, toda información referida a su tema” (p. 94)

- **Fichas textuales.** Se resalta que existen diferentes fichas tales como fichas de resumen, de contenido, de parafraseo, de análisis, entre otras. En esta investigación se considera principalmente fichas textuales, las que por su naturaleza se adecuan a esta investigación. Estas fichas según Malca & Vidaurre (2010), “se transcribe fiel y literalmente las partes más significativas del contenido de las fuentes escritas. Es el testimonio directo del autor y ahí reside su valor” (p. 96) así pues, este instrumento sirve para transcribir ideas y

conceptos de mayor relevancia en los textos que se utilizaron en este trabajo de investigación.

- **Fichas bibliográficas.** En este trabajo se utiliza la ficha bibliográfica para registrar los datos libro, artículo o tesis. Las fichas bibliográficas es una ficha pequeña, destinada a anotar los datos de un libro o artículo, estas fichas se hacen para todos los libros que eventualmente pueden ser útiles a nuestra investigación.

Por lo tanto, el instrumento utilizado es la ficha, que consiste en un registro, que puede físico o digitalizado, de los datos bibliográficos, conceptos, ideas principales, comentarios o resúmenes sobre un determinado tema, así pues, en este elemento se plasmará la identificación de cada una de las fuentes aludidas en este trabajo.

#### **D) Procedimientos**

Teniendo en cuenta lo que persigue esta investigación, para la redacción de esta se ha tomado en consideración los siguientes procedimientos:

1. Observación, descripción y redacción de la realidad problemática de la que se desea investigar.
2. Planteamiento y análisis del problema
3. Planteamiento de los objetivos, general y específicos según el planteamiento del problema.
4. Recopilación y selección de documentos a fines al trabajo de investigación, especialmente del autor para el cual seguimos como referente principal.
5. Lectura analítica aplicando la técnica del fichaje.
6. Redacción del informe final.

### **3. Resultados y discusión**

En la siguiente investigación se pretende:

#### **3.1. Discusión sobre el primer objetivo específico: El despido inconstitucional y su repercusión con otros derechos fundamentales del trabajador.**

Para el desarrollo de este apartado, es necesario referirnos primero al despido inconstitucional, su concepto, tipología para posteriormente precisar los derechos fundamentales que se ven afectados cuando ocurren este tipo de despidos.

##### **3.1.2 Sobre el despido inconstitucional**

Se considera como despidos inconstitucionales a aquellos cuya creación deviene de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Estos son el despido fraudulento e incausado, cuya condensación se encuentra en la sentencia del caso Llanos Huasco contenida en el expediente 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo del 2003, en el cual se establecen los supuestos en los que acaecen esta tipología de despidos. En tal sentido, estos despidos no son producto de creación normativa, sino que en virtud a las situaciones que se originan en las relaciones laborales el Tribunal Constitucional decidió establecer esta tipología de despidos pues considera que contienen otros supuestos de hechos distintos a los despidos establecidos en la norma.

Respecto al despido incausado, los magistrados del Tribunal Constitucional sostuvieron en la STC del 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, Exp. N.º 1124-2002-AA/TC) que el remedio establecido en la ley- el artículo 34 de la LPCL- era insuficiente para reparar el despido arbitrario incausado, pues vacía de contenido la protección constitucional del contenido esencial del derecho al trabajo. Así, en vía de control difuso enunció lo siguiente:

“El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” (f. j. 12, a).

Así pues, el despido incausado se produce 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” (f.j. 15). Así pues, lo esencial de este tipo de despido es el desconocimiento por parte del trabajador de la razón por la que es despedido. Así, el despido incausado se configura cuando en la carta de despido se prescinde referir la causa del mismo o cuando el despido se produce de hecho, de forma verbal o al prohibir al trabajador el acceso al establecimiento laboral sin razón alguna.

En tal sentido, se puede señalar que hay una relación de género a especie entre el despido arbitrario y el despido incausado. Siendo este último una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional para dotar de mayor protección a los trabajadores despedidos sin expresión de causa que la mera tutela resarcitoria establecida en el artículo 34 de la LPCL.

Por otro lado, de acuerdo con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 976-2001-AA/TC, el despido fraudulento sobreviene 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.º 415- 987-AAITC, 555-99-AAITC Y 150-2000-AAITC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AAITC) o mediante la "fabricación de pruebas". (F.J 15) (subrayado añadido)

Así las cosas, se puede apreciar que el despido fraudulento concibe cuatro supuestos: Cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; cuando se imputa al trabajador una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (error, dolo, violencia, intimidación, amenaza, coacción) de manera que el trabajador acceda a terminar la relación laboral mediante renuncia o mutuo disenso; cuando se produce la extinción de la relación laboral a través de la fabricación de pruebas (f.j. 15). Es necesario recalcar que la nota esencial de cada uno de los supuestos recogidos en este tipo de despido radica en el ánimo perverso y auspiciado por el engaño que debe formar parte del accionar del empleador al despedir al trabajador.

En síntesis, esta tipología de despidos de origen constitucional afecta otros derechos fundamentales distintos al derecho constitucional al trabajo que pasaremos a mencionar a continuación.

### **3.1.3 Los derechos fundamentales sobre los que repercuten los despidos inconstitucionales**

Como se ha señalado, consideramos que los despidos incausados y fraudulentos- de origen constitucional- constituyen una vulneración a derechos fundamentales distintos a los que intenta proteger el despido arbitrario. Los derechos que pretenden proteger el despido fraudulento e incausado son la reputación, la dignidad y el debido proceso en un grado mayor respecto al despido arbitrario, lo cual hace a esta tipología de delitos especialmente grave.

Se afecta el honor, el nombre, la dignidad de las personas, la imagen social y profesional a través del despido fraudulento porque se le imputan hechos falsos o inexistentes al trabajador, quien ve mermada su reputación en el entorno laboral, con sus compañeros de trabajo y dentro del entorno profesional del que forma parte. Constituyéndose en una víctima frente al abuso de poder de dirección por parte del empleador.

Por otro lado, se afecta el derecho al debido proceso a través del despido incausado en mayor grado con relación al despido arbitrario porque ni siquiera se permite conocer al trabajador la causa por la que se le despide, actuando en su contra de manera totalmente atentatoria contra el trabajador, puesto que desconoce completamente el motivo por el cual se le ha despedido, menoscabando su calidad personal.

## **3.2. Discusión sobre el segundo objetivo específico: Delimitar la aplicación del lucro cesante y el daño moral en los procesos de indemnización por daños y perjuicios en el Derecho Laboral tras un despido inconstitucional.**

Para el desarrollo de este apartado, es necesario referirnos primero al proceso de indemnización de daños y perjuicios en el Derecho Laboral, para posteriormente precisar los conceptos del lucro cesante y el daño moral a la luz de los principios del Derecho Laboral.

### **3.2.1. Sobre el proceso de indemnización de daños y perjuicios en el Derecho Laboral**

En principio cabe precisar que la responsabilidad civil como tal es una técnica de tutela civil de situaciones jurídicas cuya finalidad es imponer al agente responsable de daños causados a la víctima el resarcimiento de estos. (Espinoza, 2002) Por consiguiente, esta técnica resulta útil para las demás ramas del derecho, pues no debemos olvidar que se trata de una técnica del derecho común. En el Artículo IX del Código Civil se regula la aplicación supletoria del Código Civil: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

En ese sentido será necesario que los jueces recurran a normas del Derecho Civil para aplicar adecuadamente los conceptos y elementos de la institución de la responsabilidad civil en materia laboral; así pues, mal harían los juzgadores en aplicar en estricto los elementos de la responsabilidad civil desconociendo la naturaleza tuitiva del Derecho Laboral. Bajo esta línea de pensamiento, Corrales (2016) sostiene que para proteger los daños derivados de la relación

laboral resulta adecuado establecer una nueva subespecialidad denominada Derecho de Daños laboral, la cual debe gozar de cierta autonomía, en cuyo basamento resida el fundamento ético jurídico de no dañar a nadie y de reparar el daño causado al prójimo; el principio de la justicia correctiva y la solidaridad del trabajo, entre otros.

### **Legislación Laboral y Responsabilidad Civil**

A partir de la derogada Ley 26636 -Ley Procesal del Trabajo de fecha 14 de junio de 1996 se reguló en el literal j) numeral 2 del artículo 4 que: “Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: j) *Indemnización por daños y perjuicios* derivados de la comisión de la falta grave que causa perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquier fuera su naturaleza por parte de los trabajadores.” Actualmente, la Ley 29497-Nueva Ley Procesal de Trabajo de fecha 15 de enero de 2010 regula en el literal b) numeral 1 del artículo 2 que: “La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio”.

### **Plenos Jurisdiccionales Laborales sobre la aplicación de la responsabilidad civil**

A pesar de contar con una regulación expresa al respecto se han presentado numerosos conflictos respecto a la aplicación de esta figura- propia del derecho común- en materia laboral. Ejemplo de ello son los numerosos pronunciamientos en plenos laborales respecto a este tema. Tanto es así que contamos con diversos Plenos Nacionales y Supremos como el Pleno Jurisdiccional Laboral de Tarapoto llevado a cabo en el año 2000, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en el año 2008, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional llevado a cabo en el año 2016 y el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral realizado en el 2019.

Durante la vigencia de la Ley 26636-Ley Procesal del Trabajo-, el Pleno Jurisdiccional Laboral de Tarapoto del año 2000 elevó a debate el tema de la competencia de demanda de daños y perjuicios acuerdan que “Es competencia de los Jueces de Trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, o de normas legales o convencionales”.

El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en el año 2008 arriba a dos conclusiones, la primera respecto de la competencia de los juzgados laborales para conocer sobre proceso de indemnización por daños y perjuicios, expresando que: “El Juez Laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo”; la segunda, deja abierta una doble posibilidad respecto al tema materia de investigación, concluyendo que: “Las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas en uno de pago de beneficios sociales y/o en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Estas pretensiones pueden demandarse en forma acumulativa o en procesos independientes”.

Posteriormente, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional llevado a cabo en el año 2016 analizando el tema de la Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento e incausado acuerda que:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además **podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos**, las que incluyen el **daño emergente, lucro cesante y el daño moral**. 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. (Acuerdo N° 3) (negrita añadida)

El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral realizado el 13 y 14 de setiembre del 2018 en la ciudad de Chiclayo aborda como tema N°3 a la “Indemnización por lucro cesante y daño moral en caso de despido incausado y fraudulento”. Como subtema N° 1 a la “Indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento”, sobre lo cual concluye que: “En caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir”. Como subtema N° 2 a la “Prueba y cuantificación del daño moral en caso de despido incausado y fraudulento”, respecto de lo cual concluye que: “Si debe presumirse el daño moral, pues el sólo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código Civil”.

Finalmente, el más reciente Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral realizado en el 2019 aborda como subtema del tema N° 01 el Otorgamiento y cálculo del lucro cesante en caso de despido, siendo la postura ganadora la siguiente:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado o fraudulento declarados judicialmente como tales; **el daño patrimonial invocado a título de lucro cesante, debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir; y cuya existencia real y objetiva deberán ser acreditadas a fin de determinar la cuantificación que se sustentará en un parámetro temporal referido al tiempo de duración del cese; un parámetro cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir; y cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia directa en dicha cuantificación; deduciéndose los ingresos que hubiese obtenido el demandante por servicios realizados en dicho período de cese y los gastos que hubiera efectuado en el caso de continuar laborando, para la obtención de sus remuneraciones**. (Postura ganadora del Subtema N°1) (negrita añadida)

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; **no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos**, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, **también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la**

**dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral;** sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil. (Postura ganadora del Subtema N°2) (negrita añadida)

### **Análisis de la evolución de los Plenos Jurisdiccionales Laborales sobre responsabilidad civil**

Como se puede apreciar con el transcurrir del tiempo los plenos en materia laboral han podido ahondar y debatir cuestiones más particulares respecto a la aplicación de la responsabilidad civil en materia laboral. Inicialmente, la importancia del Pleno Jurisdiccional Laboral de Tarapoto llevado a cabo en el año 2000 radica en corregir el error al que podría llevar la interpretación estricta del literal j) del artículo 2 de la ley 26636, respecto a que se regulaba que solo podrían interponer demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios los empleadores, respecto de faltas graves, incumplimientos contractuales y normas laborales cometidas por el trabajador; no obstante, el Pleno interpretando conjuntamente el literal mencionado con el literal c) del artículo 2, establece una protección a ambas partes de la relación laboral, esto es, que tanto el empleador como el trabajador podrán interponer demandas de indemnización por incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, normas legales o convencionales.

Ahora bien, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en el año 2008 se emiten dos conclusiones, la primera de ella sobre la competencia de juzgados laborales en procesos de indemnización de daños y perjuicios, repitiendo la conclusión del pleno anterior, pero haciendo la precisión respecto a las situaciones derivadas del contrato de trabajo. Asimismo, respecto a la segunda conclusión, esta introduce por primera vez el aspecto de las remuneraciones dejadas de percibir tras haber sido despedido-sin especificar el tipo de despido-y posteriormente repuesto dejando abierta la posibilidad de que puedan ser reclamadas mediante demanda de pago de beneficios sociales y/o una demanda de indemnización de daños y perjuicios, con posibilidad de acumulación.

En el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional llevado a cabo en el 2016 se debatió y adoptó un acuerdo respecto a la indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento e incausado, en el que corrige el pleno anterior sobre esta materia en el sentido que señala expresamente que la indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas, esto es, desvincula la indemnización de daños de las remuneraciones devengadas otorgadas para el despido nulo. También es importante señalar que determina que la función del juez al momento de valorar medios probatorios se debe orientar a determinar elementos de la responsabilidad civil y el cálculo de la suma indemnizatoria. Por otro lado, en el aspecto procesal laboral señala que en casos de despido incausado y fraudulento el trabajador puede demandar reposición e indemnización de daños y perjuicios como acumulación de pretensiones. Finalmente, mencionar que en este pleno se introducen los tan cuestionados *punitive damages* (daños punitivos).

El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en el 2018 en la ciudad de Chiclayo constituye un avance en el otorgamiento de la indemnización por daños y perjuicios. Al contrario de lo acordado en el V Pleno referido anteriormente, señala que, en

caso de los despidos inconstitucionales, el daño patrimonial del lucro cesante se debe equiparar con las remuneraciones dejadas de percibir. Considera que el daño moral debe presumirse en todos los casos de despido fraudulento e incausado. En definitiva, estas conclusiones plenarias son un avance en resguardo del Derecho Laboral pues esta postura refleja una decisión acorde con los principios rectores del Derecho Laboral (Principio Protector) al considerar al trabajador como la parte afectada por un despido inconstitucional y el principio de reparación integral del daño al no solo otorgar una indemnización acorde con la gravedad del daño causado; verbigracia al acusar de faltas inexistentes con ánimo de causar perjuicio al trabajador o impidiendo el acceso del trabajador al centro de trabajo menoscabando su condición de tal.

Finalmente, de un análisis del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral realizado en el 2019 podemos apreciar que se asemeja al acuerdo adoptado en el anterior pleno sobre esta materia, en cuanto especifica que esta pretensión aplica de manera restrictiva para despidos inconstitucionales, incausados y fraudulentos. Además, se centra en el meollo del problema, esto es, el daño patrimonial por lucro cesante. Precisa que este debe ser entendido como la totalidad de los ingresos del trabajador dejados de percibir y no como las remuneraciones devengadas, dejando en claro que no se pueden equiparar ambos conceptos. Por otro lado, establece dos parámetros a ser evaluados por el juzgador, estos son el parámetro temporal y cuantitativo. El primero refiere que el período a considerar será aquel referido al tiempo de duración del cese; el segundo al importe de ingresos ciertos que haya dejado de percibir el trabajador por motivo de despido también señala que serán evaluados cualquier otra circunstancia que pudiera tener incidencia en la cuantificación. Además de deducir (mermar) los ingresos que hubiese obtenido el trabajador (trabajando en otro lugar) y los gastos que hubiera efectuado en caso de continuar laborando; todo ello tras haber sufrido un despido inconstitucional. Por otro lado, señala que no cabe presumir el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, por lo que su existencia deberá acreditarse con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho del trabajo, se vulnerasen otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad u otros derechos de la personalidad. En definitiva, este Pleno resulta gravemente atentatorio no solo contra el principio neurálgico del Derecho Laboral en abstracto, sino también contra todos aquellos trabajadores que sufran despidos inconstitucionales en concreto. Asimismo, cabe señalar que, respecto a la presunción del daño moral, resulta a todas luces absurdo señalar que solo se presumirá el daño moral cuando afecte otros derechos fundamentales, siendo que esta tipología de delitos por su origen y características implican *per se* la afectación a otros derechos fundamentales.

### 3.2.2. Sobre la aplicación del lucro cesante y el daño moral en los procesos de indemnización por daños y perjuicios en el Derecho Laboral tras un despido inconstitucional.

#### Lucro Cesante

Como se puede apreciar de las posturas ganadoras de los distintos plenos en materia laboral, la aplicación de la figura del lucro cesante en materia laboral no ha gozado de uniformidad doctrinal ni jurisprudencial. Se puede apreciar que en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en el 2018 la figura del lucro cesante es asimilada a la remuneración dejada de percibir. Sobre esto se considera que es adecuado considerar a la remuneración del trabajador como la base de la cual partir para determinar el lucro cesante a ser resarcido; por el contrario, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral realizado en el 2019 se expresa que el lucro cesante debe ser entendido como la totalidad de los ingresos del trabajador dejados de percibir y no como las remuneraciones devengadas.

Es menester precisar la fórmula descrita por el autor Corrales y Acevedo (2016), en tanto que realiza una operación aritmética de la última remuneración percibida por el trabajador multiplicada por el número de meses que duró el despido inconstitucional. Esta operación aritmética no tiene en consideración las circunstancias que rodean al hecho del despido, como, por ejemplo, que el trabajador haya conseguido otro trabajo, o no tomar en cuenta que en sentido estricto la remuneración ordinaria no constituye lo efectivamente percibido por el trabajador.

En contraposición, Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi (citados en Ágreda, 2019) señalan que realizar esta operación aritmética resulta el camino más sencillo para el juez, puesto que no implica un análisis jurídico de la responsabilidad civil y el lucro cesante, además, se ignoran proyecciones estadísticas o que el trabajador haya realizado labores en otro lugar durante el proceso, sobre este último punto, será abordado más adelante.

Asimismo, el autor León (2016) nos menciona que el lucro cesante ha sido malentendido por los juzgadores laborales, pues intentan equiparar el lucro cesante con las remuneraciones dejadas de percibir. Esto se debe a un desconocimiento del término “lucro”, el mismo que hace referencia a la ganancia (ingresos menos pérdidas), aclarando que las pérdidas son aquellos gastos en los que incurre el trabajador para obtener dicha fuente de ingresos; y se ignora que el trabajador contribuye a la generación de lucro mediante su prestación personal y no de manera inevitable.

El hecho de conseguir un nuevo trabajo por parte del trabajador tras haber sido despedido mediante un despido fraudulento o incausado ha despertado posiciones contrarias tanto en jurisprudencia como en doctrina. Así, la Casación N.º 10956-2017 señala que:

(...) puesto que ante un despido, como el que ha sufrido el demandante, se entiende que éste dejó de percibir las remuneraciones que normalmente venía percibiendo por la demandada, lo que determina un perjuicio económico, que se hace atendible; **dejándose de lado el hecho que el actor haya prestado servicios o no a otro empleador, durante el periodo de desempleo, ya que de atender ésta teoría, estaríamos vulnerando el derecho del actor a conseguir ingresos propios para su subsistencia después del despido inconstitucional**; por lo que, ello no debe servir para desmejorar el lucro cesante, ya que los ingresos adquiridos por el actor son el fruto del ejercicio de su derecho constitucional al trabajo, ya que de hacerlo, caemos en el absurdo que la víctima

se pague así mismo el lucro cesante, y llegar al extremo de exonerar al victimario del daño, a no pagar la indemnización, trastocando las funciones de la responsabilidad civil, mucho más que aquello significa desplazar la responsabilidad a un evento fuera de la relación jurídica sustantiva que la motivó. (f.j 8) (negrita añadida)

El autor que ha servido para justificar este considerando de la Corte Suprema es el juez superior Corrales Melgarejo (2016), quien considera que disminuir la cuantificación del lucro cesante se debe a una “incomprensión de la institución de la responsabilidad civil porque entiende la obligación incumplida por el empleador como una obligación que se transforma en el deber legal de indemnizar el lucro cesante, como si la prestación se hubiese cumplido. (p. 46) Esta posición se condice con lo acordado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral (2018)

El lucro cesante como daño patrimonial a ser resarcido mediante una indemnización de daños y perjuicios por inexecución de obligaciones devenida por acontecer un despido fraudulento o incausado no debe verse mitigada por circunstancias posteriores como es la situación de haber conseguido otro empleo tras haber sido despedido. El artículo 22° de la Constitución Política del Perú establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. En virtud de ello podemos señalar que la iniciativa de la persona para buscar otro trabajo tras el período posterior al despido inconstitucional no debe servir para menoscabar la indemnización que le corresponde, máxime cuando quien obró de mala fe para finiquitar la relación laboral fue el empleador. Habiendo señalado esto resulta jurídica y socialmente reprochable el hecho de que tras un despido inconstitucional la persona que diligentemente busca otro trabajo para poder satisfacer sus necesidades vea reducida la indemnización que le corresponde por el atropello de sus derechos fundamentales y, en específico, laborales.

Asimismo, al emplear la institución de la responsabilidad civil- en este caso contractual- se debe conocer cada uno de los elementos que la conforman, estos son: los elementos de la responsabilidad civil en general y los tipos del daño, por lo que el lucro cesante debe ser aplicado en armonía con los principios propios del Derecho Laboral. La regulación de una subespecialidad de la responsabilidad civil, denominada Derecho Laboral de daños resulta sumamente beneficioso para el trabajador y pues busca otorgar una indemnización justa para un trabajador afectado con un despido inconstitucional.

### **Daño moral**

Se presentan problemas respecto a la existencia y cuantificación del daño moral. Sobre el primer punto, versa si se debe tener en cuenta o no la presunción del daño moral, Ávalos (citado en Corrales; Acevedo, 2017) señala que:

(...) el problema actual es la discusión sobre el denominado “daño moral implícito”. Y es que mucho se discute sobre si para otorgar una indemnización por daño moral el trabajador demandante únicamente debe acreditar que su cese fue injustificado, entendiéndose que implícitamente se deriva de este un daño moral, o, además, debe probar haber padecido de un perjuicio moral. Entonces, se presenta el debate sobre el tipo de prueba que acredita el daño moral en los despidos inconstitucionales. Para algunos la prueba directa es necesaria, para otros, basta la prueba indirecta o sucedáneos. (p. 24)

Cabe mencionar que la postura de Ávalos se inclina por la no presunción de los daños morales, expresando que el daño moral deberá ser probado, de lo contrario nos encontraríamos ante un daño moral implícito. Esta postura se corresponde con El IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del mes de noviembre del año 2017 sobre el tema de “DAÑO MORAL, PRUEBAS Y CRITERIOS PARA SU CUANTIFICACIÓN” establece que:

Deben someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante pruebas directas e indirectas, no siendo suficiente presumir. Asimismo, los criterios de cuantificación deben ser objetivos. (Postura ganadora)

Chang, G. (2018) difiere con la postura reseñada pues considera que se debe preferir la presunción del daño moral porque toda conducta afecta de alguna manera algún aspecto de la esfera del dominio, sin importar si tiene contenido patrimonial o no. Por su parte, Gascón (citado en Corrales; Acevedo, 2017) señala que la exigencia estricta de la prueba directa menoscaba la importancia de la prueba indiciaria y la injustificada sobrevaloración de la prueba directa. (p. 25) A su vez, según Corrales (2019) señala que: “La presunción judicial es un sucedáneo de la prueba directa, que auxilia al juez para tener por cierto aquel hecho presumido que es de difícil o imposible acreditación directa (prueba diabólica)”. (p.606)

Ahora bien, de manera precisa, respecto a la acreditación del daño moral en materia laboral tenemos que: Por un lado, Puntriano, C. (2018) señala que es un error sostener que el daño moral debe ser presumido ante un despido, es así como el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2018 cae en contradicción al remitirse al artículo 1332° del Código Civil, además señala que el artículo 1331° contempla la exigencia de la prueba de los daños. Corrales (2019), en contraste con lo argumentado por Puntriano señala que no tiene en cuenta el artículo 281 del Código Procesal Civil que establece: “El razonamiento lógico- crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados” y la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal de Trabajo) establece que:

En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo, por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes. (art. 23.5)

Jiménez, A. (2007) de manera cautelosa expresa que si bien es cierto un despido discriminatorio puede afectar la dignidad y la psiquis de una persona y, en consecuencia, facultar que la persona solicite una reparación. No obstante, aclara que la existencia de un despido discriminatorio no implica obligatoriamente un daño moral para el afectado, pues el daño moral es personalísimo.

A su vez, Jiménez, R. (2005) expresa su conformidad con la postura que señala que el daño moral debe ser acreditado pues, aunque resulte de difícil probanza, no debe presumirse. Se considera que, respecto de la existencia del daño moral este no debe ser presumido. En este sentido resulta loable el Pleno Nacional Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral en cuanto que establece pertinentemente que el daño moral no debe ser presumido y que para su acreditación el demandante puede valerse de medios probatorios directos e indirectos; no

obstante, el pleno menciona que esta regla tiene una excepción cuando se trate de despidos que afecten otros derechos fundamentales. Sobre la presunción al tratarse de despidos que atenten otros derechos, estamos en desacuerdo con la posición de Jiménez, A. (2007) en tanto que tampoco debería presumirse en esos casos puesto que el daño moral ocasionado por un despido inconstitucional constituye la afectación a otros derechos fundamentales como la dignidad, la reputación, entre otros, por lo que exigir a cada persona que acredite que, en efecto se le ha causado un daño en su fuero interno resulta innecesario por la naturaleza y características de los despidos inconstitucionales, máxime cuando ya se ha establecido judicialmente que el demandado obró de manera dolosa quebrantando los deberes que le corresponden como empleador.

Conociendo la dificultad para acreditar la existencia del daño moral, esto es, medios probatorios que acrediten sufrimiento, humillación. Espinoza señala que cuando el titular de la pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral termina por ser *in re ipsa*, es decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. De hecho en Uruguay y Argentina este es el criterio utilizado en torno a la prueba del daño moral. FALTA CITAR A ESPINOZA Y MANGARELLI.

Asimismo, existen aspectos de índole social y económico para aceptar la presunción del daño moral como: Evitar que empleadores actúen dolosamente en contra de los derechos laborales e inespecíficos de los trabajadores para sustentar la ruptura de un vínculo laboral; asimismo, se busca proteger la integridad de las personas dentro de una relación laboral; por otro lado, presumir el daño moral en un caso sobre la pretensión mencionada no representa una afectación mayor a la economía privada, admitir la presunción del daño moral tras un despido fraudulento de manera general no trae perjuicios económicos a gran escala para las empresas puesto que estos despidos acontecen exclusivamente cuando media violación de otros derechos fundamentales del trabajador distintos a los derechos laborales. Cabe mencionar que no en todos los casos de despido arbitrario se debe indemnizar; sin embargo, en los casos en que se ha declarado judicialmente la ocurrencia de un despido fraudulento en contra de un trabajador, queda plenamente evidenciada la afectación a otros derechos fundamentales (dignidad, honor, reputación, entre otros).

La función que cumple el daño moral es la aflictivo- consolatoria, la misma que se encuentra subsumida dentro de la función satisfactoria de la responsabilidad civil según la clasificación realizada por Fernández (citado en Meza, 2018). De acuerdo con lo reseñado por autores como Linares (2012) y Jiménez Vargas (2005) la función aflictiva consolatoria consiste en un resarcimiento o compensación a la víctima por el daño sufrido, esta función debe dotarse de contenido mediante la valorización seria del daño, utilizando parámetros que acrediten el daño y fundamenten la decisión del juez. Asimismo, se da cumplimiento a una función preventiva porque, a través del resarcimiento, se busca evitar comportamientos inútiles, tanto de dañadores como de potenciales víctimas. En tal sentido, con la presunción del daño moral no se afectaría la función compensatoria y preventiva de la responsabilidad civil, en tanto que, la presunción del daño moral no buscaría sancionar a quien, en efecto, obró dolosamente en contra del trabajador utilizando como instrumento un despido inconstitucional, sino que la decisión del juez que declara fundada la demanda por despido fraudulento resultaría suficiente para acreditar el nexo causal y el factor de atribución según el cual se produciría un daño moral por lo que se vería satisfecha la función compensatoria de la responsabilidad civil. Mientras que la función preventiva se vería satisfecha al desincentivar conductas dolosas por parte de empleadores al realizar despidos fraudulentos.

La indemnización del lucro cesante busca dar cumplimiento a la función resarcitoria, esto es, mediante el retorno al estado previo de las cosas, o el pago de una suma económica se busca al menos su mitigación (Ágreda, 2019). Asimismo, Posner (citado en Ágreda, 2019) señala que hay dos razones para pagar daños compensatorios a la víctima: Generar incentivos de reclamo y evitar que las víctimas tomen excesivas precauciones. En ese sentido también se estaría dando cumplimiento a la función preventiva.

De acuerdo con lo mencionado hasta aquí y, teniendo en consideración la función de cada uno de los daños mencionados, se considera prudente que para delimitar la aplicación tanto del lucro cesante como del daño moral se proponen los siguientes criterios amparados en el artículo 1332° del Código Civil:

**Propuesta de criterios: Establecer un baremo que permita determinar el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los despidos inconstitucionales (fraudulento e incausado)**

Para dar cumplimiento a las funciones compensatoria y preventiva de la responsabilidad civil se proponen los siguientes criterios:

1. Respecto a la cuantificación del lucro cesante:

a. Remuneración bruta

El lucro cesante debe ser cuantificado teniendo como punto de partida la última remuneración percibida por el trabajador, de esta manera, se obtendría un lucro cesante acorde con la remuneración que aquel percibía mientras subsistía la relación laboral. Esta remuneración debe ser multiplicada por el número de meses que el trabajador dejó de percibir ingresos a consecuencia del despido inconstitucional.

b. Lapso procesal inimputable a las partes

Este lapso se puede entender como lo que coloquialmente se denomina “carga procesal”. La demora o déficit en el servicio de justicia no puede generar responsabilidad jurídica alguna a los demandantes o demandados. Para determinar el lapso procesal que no será imputado a las partes para cuantificar el lucro cesante bastará conocer los plazos legalmente establecidos para cada acto procesal.

c. La carga de mitigación del daño.

Siendo la mitigación del daño una carga- ante un supuesto de incumplimiento contractual- la parte perjudicada (acreedor) que no quiera ver disminuido el monto de su indemnización tendrá que llevar a cabo determinadas conductas en aras de aminorar la extensión del daño provocado por el deudor “sin que ello signifique que el deudor goza de una acción autónoma para la reducción del perjuicio evitable” (Barone, 2018, p. 88). Sin embargo, consideramos que si bien es cierto esta carga resulta de aplicación en materia civil, dentro del Derecho Laboral no resulta adecuada en atención a los principios de reparación integral del daño y el principio protector. Por demás resulta absurdo que, frente a la afectación de derechos laborales y fundamentales, el trabajador se vea obligado- pues el trabajo también es un deber- a buscar otro trabajo, sino que lo que perciba en su nuevo trabajo servirá para menoscabar el monto que le corresponde por lucro cesante. En este sentido Corrales (2016) refiere que “(...) caemos en el absurdo que la

víctima se pague así mismo el lucro cesante, y llegar al extremo de exonerar al victimario del pago de la indemnización, trastocando las funciones de la responsabilidad civil”.

## 2. Respecto a la cuantificación del daño moral:

### a. Carga familiar del trabajador

Para una persona su trabajo es el medio de desarrollo económico, personal, familiar, espiritual a través del cual se permite no solo adquirir bienes y servicios en atención a sus intereses y necesidades, sino también planificar compras y gastos en los que necesitará incurrir para mantener su estilo de vida. Tras sufrir un despido inconstitucional en el cual se ven afectados otros derechos fundamentales, el trabajador ve afectada, además de su economía, su esfera íntima y, en algunos casos, esta incluye esposa, hijos, madre dependiente de aquel y demás parientes que se vean afectados directamente por la ruptura del vínculo laboral.

### b. Gastos de tratamiento psicológico

Consideramos que, pese a que se debe presumir la existencia del daño moral en los despidos inconstitucionales, se puede acrecentar el monto correspondiente al daño moral por los posibles gastos en que haya incurrido el trabajador afectado para tratar el agravio psicológico que, en su caso haya ocurrido.

### c. Antigüedad del trabajador

Este criterio debe ser tomado en consideración en razón de que mientras pasa el tiempo el trabajador va generando y fortaleciendo un vínculo con la empresa y los colaboradores de la misma. Ante la ocurrencia de un despido inconstitucional este se ve decepcionado en su fuero interno por los hechos ocurridos en su contra.

### d. Escarnio público

Considerando el grado de escarnio público que haya sufrido el trabajador este deberá ser cuantificado para resarcir el menoscabo de su honor, reputación, imagen personal y profesional.

## 1. Conclusiones

Se denomina despido inconstitucional a la categoría de despidos establecidos por la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Esta categoría comprende a los despidos incausado y fraudulento. Dentro de los derechos que se afectan con el despido fraudulento encontramos- de manera específica- al derecho al honor y buena reputación y – de manera genérica- la dignidad y los derechos laborales del trabajador porque se le imputan hechos falsos o inexistentes al trabajador, quien ve mermada su reputación en el entorno laboral, con sus compañeros de trabajo y dentro del entorno profesional del que forma parte. A su vez, con el despido incausado se afecta el derecho al debido proceso en mayor grado con relación al despido arbitrario, ello en razón a que ni siquiera se le permite conocer al trabajador la causa por la que se le despide, desconociendo éste completamente el motivo por el cual se le ha despedido.

En los procesos de indemnización por daños y perjuicios tras un despido inconstitucional los elementos de la responsabilidad civil del lucro cesante y el daño moral deben ser aplicados a la luz de los principios rectores del Derecho Laboral, tales como el Principio Protector y de Reparación Integral.

## **2. Recomendaciones**

Se recomienda la aplicación de los criterios antes descritos para que se haga un uso adecuado de la institución de la responsabilidad civil en materia laboral, específicamente de los elementos del lucro cesante y el daño moral con la finalidad de alcanzar el otorgamiento de una indemnización equitativa para el trabajador sin llegar al extremo de otorgar montos que constituyan enriquecimientos indebidos y resoluciones con una motivación adecuada.

## Referencias

### A. LIBROS

1. Arias, F. (2012). El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica, 6ª ed. Caracas, Venezuela: Episteme.
2. Bernal, C. A. (2010). Metodología de la investigación: administración, economía, humanidades y ciencias sociales. Bogotá: Pearson Educación
3. Espinoza Espinoza, J. (2002). Derecho de la Responsabilidad Civil. Gaceta Jurídica
4. Espinoza Espinoza, J. (2013) “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Rodhas.
5. Franzoni, M. (1996) Il Danno al Patrimonio. Dott. A. Giuffrè Editore. S.p.A., Milán.
6. Gómez, F.; Marín, I. (2015) El daño moral y su cuantificación. Bosch
7. Malca, N.; Vidaurre, C. (2010). Guía de estudio de metodología del trabajo intelectual, pp. 94, 2da edición. Chiclayo, Perú.
8. Medina, M. (2007). El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte. Dykinson
9. Vela, E. (2021). Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral (1.a ed.). Suprema Corte de Justicia de la Nación. [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral_0.pdf)

### B. ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. Ágreda Aliaga, J. O. (2019). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad del empleador ante daños causados al trabajador. THEMIS Revista De Derecho, (75), 165-186. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.013>
2. Alpa, G. (2014). Apuntes sobre el daño contractual. Ius Et Veritas (Nº48), 16-34.
3. Barone, J. (2018). El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Revista Verba Iuris, 13(39), pp. 81-106
4. Campos García, H. (2019). Apuntes a la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante. THEMIS Revista De Derecho, (75), 203-218. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.015>
5. Campos, H. (2014) “Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño”. Actualidad Jurídica. Lima, Nº 246.
6. Chang, G. (2018). *Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación*. Gaceta Civil & Procesal Civil, (7), 129-141.
7. Corrales, R.; Acevedo, R. (2016). Daño emergente al proyecto de vida y lucro cesante en la responsabilidad contractual por despido inconstitucional. Soluciones Laborales (108), 36-49.
8. Corrales, R.; Acevedo, R. (2017). El daño moral por responsabilidad contractual en los despidos constitucionales. Soluciones Laborales (109), 21-34.

9. Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. *Derecho PUCP*, (50), 47-97. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925>
10. García, J. (2019). Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante. *Derecho y Cambio Social*, (58), 188-224.
11. Jiménez Vargas-Machuca, R. (2005). Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática. *THEMIS Revista De Derecho*, (50), 273-282. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8777>
12. Jiménez, A. (2007). El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio. *Laborem* (7), 155-185.
13. Lamanna, E. (2012). Deber de prevención del daño: acción preventiva: causalidad. En J.N. Laferriere (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* (pp. 497-503). Buenos Aires: El Derecho.
14. Lannata, G. (2016). Procedencia de la indemnización del daño moral en la contratación laboral. *Laborem*, (17), 193-213.
15. León, L. (2016). PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO PERUANO. n/a, n/a. Encontrado en: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/452>
16. Linares Avilez, D. (2012). Buscándole Cinco Patas al Gato. El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal. *Derecho & Sociedad*, (38), 76-87. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13105>
17. Melgarejo, R. C. (2019). Presunción del daño moral en los despidos inconstitucionales. *Derecho y Cambio Social*, (55), 596-631.
18. Corrales, R., & Acevedo, R. (2016). Daño emergente al proyecto de vida y lucro cesante en la responsabilidad contractual por despido inconstitucional. *Soluciones Laborales*, 108(Diciembre), 36-49.
19. Mosset, J. (1997). *Responsabilidad Civil*. Hammurabi.
20. Muro, M.; Torres, M. (2020). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. Gaceta Jurídica.
21. Puntriano, C. (2018). Presunción del daño moral en caso de despido, inexplicable retroceso. *La Ley*. Lima. Consulta: 5 de diciembre de 2020.
22. Scognamiglio, R. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual. *Ius et veritas*, (22), 54-70.

### C. TESIS

1. Casabona Huamán, C. (2017). Despido incausado- fraudulento y su daño moral cuantificado por los jueces del poder judicial del distrito de La Merced Provincia de Chanchamayo del período 2014-2017. (tesis de pregrado, Universidad Peruana Los Andes). Huancayo, Perú. Recuperado de: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj47e2r\\_tAhXqJrkGHc9GAEYQFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Frepositorio.upla.edu.pe%2Fbitstream%2Fhandle%2FUPLA%2F498%2FTESIS%2520CASABONA.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw2g6dwJvrLwTbdVbHorYzpl](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj47e2r_tAhXqJrkGHc9GAEYQFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Frepositorio.upla.edu.pe%2Fbitstream%2Fhandle%2FUPLA%2F498%2FTESIS%2520CASABONA.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw2g6dwJvrLwTbdVbHorYzpl)
2. Delgado Flores, M. (2019). Los criterios jurisdiccionales sobre la cuantificación del daño moral en los juzgados laborales de Chiclayo, frente al resarcimiento justo por despidos (tesis de pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo). Lambayeque, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/5403>

3. García Rojas, W. (2015). Valoración del monto en resarcimiento en responsabilidad civil contractual y los problemas jurisprudenciales en la cuantificación (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima, Perú. Recuperado de: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjemJHo27\\_tAhWnIrkGHTPACyAQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2Frepositorio%2Fhandle%2F20.500.12404%2F7219&usg=AOvVaw3\\_uBPrejK-2kENzwijMNLw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjemJHo27_tAhWnIrkGHTPACyAQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2Frepositorio%2Fhandle%2F20.500.12404%2F7219&usg=AOvVaw3_uBPrejK-2kENzwijMNLw)
4. Meza Flores, Y. (2018). Hacia una teoría de la prueba del daño moral en Perú (tesis de pregrado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa). Arequipa, Perú. Recuperado de: <http://bibliotecas.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7585>
5. Nelva Fernández, A. (2018). La motivación de los jueces en la fijación de la indemnización por daño moral en materia laboral. (tesis de pregrado, Universidad Particular de Chiclayo). Lambayeque, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.udch.edu.pe/browse?type=author&value=Fern%C3%A1ndez+Cieza%2C+Ana+Nelva>
6. Paz Saavedra, M. P.; Toribio, S.B. (2018). La aplicación del factor mitigación de daño en los despidos laborales en la cuantificación del lucro cesante (tesis de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo). Trujillo, Perú. Recuperado de: <dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/10503>

#### **D. JURISPRUDENCIA**

1. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2015). Casación N° 3499-La Libertad (Cuantificación de lucro cesante) <https://lpderecho.pe/casacion-3499-2015-la-libertad-dificil-cuantificar-lucro-cesante-juez-aplicar-equidad-reglas-experiencia/>
2. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2015). Casación N° 4977-Callao (Indemnización por daño moral) <https://lpderecho.pe/acreditar-despido-arbitrario-acceder-indemnizacion-dano-moral-casacion-4977-2015-callao/>
3. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2009). Casación N° 1379-Lima (Indemnización por responsabilidad contractual) [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjjw5K\\_4b\\_tAhVgLLkGHRPiABEQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fspij.minjus.gob.pe%2Fjuris%2Fcivil-00001-10000%2Fcivil-02193.pdf&usg=AOvVaw3F6RyO4AzA0bEFqapxBIU2](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjjw5K_4b_tAhVgLLkGHRPiABEQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fspij.minjus.gob.pe%2Fjuris%2Fcivil-00001-10000%2Fcivil-02193.pdf&usg=AOvVaw3F6RyO4AzA0bEFqapxBIU2)
4. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2014). Casación N° 1594-Lambayeque (Indemnización por daño moral y daño a la persona) [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwifvKSS4r\\_tAhXzGrkGHYS1DIoQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.pj.gob.pe%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e%2FCAS.%2B1594-2014-Civil.pdf%3FMOD%3DAJPERES%26CACHEID%3D6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e&usg=AOvVaw2iIo1e2w6g-2m0BY\\_J3zdX](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwifvKSS4r_tAhXzGrkGHYS1DIoQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.pj.gob.pe%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e%2FCAS.%2B1594-2014-Civil.pdf%3FMOD%3DAJPERES%26CACHEID%3D6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e&usg=AOvVaw2iIo1e2w6g-2m0BY_J3zdX)

5. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017). Casación N° 10956-Callao (Indemnización por lucro cesante) <https://lpderecho.pe/trabajador-despedido-tiene-derecho-lucro-cesante-aunque-haya-encontrado-otro-empleo-cas-lab-10956-2017-tacna/>

## Anexos

<b>LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: ORDENAMIENTO JURÍDICO</b>	
<b>TEMA: Criterios para el otorgamiento del lucro cesante y el daño moral en procesos laborales</b>	
<b>PROBLEMA:</b> ¿Cuáles deberán ser los criterios que determinen un quantum indemnizatorio equitativo del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido inconstitucional?	
<b>TESISTA: MIGUEL ALONSO MEJIA OBLITAS</b>	
<b>VARIABLES –CATEGORÍAS CONCEPTUALES</b>	<b>OBJETIVOS</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Indemnización por despido inconstitucional</b></li> <li>● <b>Lucro cesante</b></li> <li>● <b>Daño moral</b></li> </ul>	<b><u>GENERAL</u></b>
	<b><u>ESPECÍFICOS</u></b>
<p>Establecer un baremo que permita determinar el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los despidos inconstitucionales</p>	
<p>Analizar el despido inconstitucional y su repercusión con otros derechos fundamentales del trabajador.</p> <p>Delimitar la aplicación del lucro cesante y el daño moral en los procesos de indemnización por daños y perjuicios en el Derecho Laboral tras un despido inconstitucional.</p>	
<b>HIPÓTESIS:</b>	
<p>Los criterios para establecer el quantum indemnizatorio del lucro cesante y el daño moral en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por despido inconstitucional respecto al lucro cesante son el lapso procesal no imputable a las partes, la remuneración bruta; y, respecto al daño moral son la carga familiar del trabajador, gastos de tratamiento psicológico, antigüedad del trabajador y el escarnio público.</p>	