

PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS DESPIDOS INCONSTITUCIONALES: ¿AVANCE O RETROCESO?¹

Ricardo Corrales Melgarejo (*)

Fecha de publicación: 30/01/2019

Sumario: Introducción. **I.** El principio tuitivo laboral. **II.** Expresión del principio tuitivo en la dimensión procesal. **III.** Los sucedáneos de los medios probatorios. **IV.** La presunción judicial. **V.** La presunción plenaria jurisdiccional del daño moral y refutación de objeciones. - Conclusiones y recomendaciones. - Referencias Bibliográficas.

Resumen: El autor defiende la posición adoptada por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de Chiclayo 2018, en el tema 3.2 sobre la presunción del daño moral causado por el despido inconstitucional, y considera un avance en la facilitación probatoria de este infortunio laboral como expresión procesal del principio protector del trabajador. Asimismo, cuestiona la tesis que considera que tal decisión plenaria sería un retroceso jurisprudencial.

Palabras Clave: sucedáneos de los medios probatorios, presunción judicial, despido inconstitucional, indemnización, daño moral.

(*) Juez Superior y Presidente de la Sala Laboral Permanente de la Corte de Junín. Abogado por la UNFV.

¹ Este artículo fue publicado, de manera primigenia en SOLUCIONES LABORALES n.º 133, enero 2019, pp. 121-143 (edición impresa). Editora Gaceta Jurídica. ISSN 1996-3076. La presente edición tiene cambios y corrección en la referencia bibliográfica.

Introducción

El contexto de la realidad laboral de este ensayo, en el cual se analiza esta problemática de los despidos inconstitucionales, alcanza alrededor de un 30% de la fuerza laboral y se sitúa en el sector formal de nuestra economía, pues: *En el año 2014, se tiene que 7 de cada 10 personas que conforman la PEA Ocupada trabajan en un empleo informal. En términos absolutos, esto significaría que alrededor de 11 millones y medio de trabajadores laboran informalmente sin contar con los beneficios sociales de ley o que trabajan en empresas que evaden la administración tributaria.*² Sin embargo, vino la buena noticia que: *La tasa de informalidad laboral total de asalariados se situó en 46.5% al cierre del 2017, cifra menor en 11.3 puntos porcentuales respecto al resultado del 2005 (57.8%), según informó el Ministerio de Trabajo.*³ Ello no obstante, para la gran mayoría de la PEA la temática sobre el daño moral que nos avoca le es extraña.

Por otro lado, en el escenario laboral se discutió en el último CADE, la propuesta del MEF, de *flexibilizar* aún más las relaciones laborales y reducir los “sobrecostos” laborales, a lo que respondió con ponderación el Presidente Vizcarra que su definición sería institucional y consensuada, empero, afirmó que: *uno de los factores que elevan los índices de informalidad es el alto costo laboral no salarial, "que duplica y hasta triplica el de nuestros pares de la Alianza del Pacífico" y "Como consecuencia, el empleador opta por contratos temporales que desprotegen al trabajador y que además dificultan la acumulación de experiencia que incide en la mejora de la productividad"*⁴

² Informe Anual de Empleo 2014 – MINTRA, p. 67. En: <https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/enaho/INFORME_ANUAL_EMPLEO_ENAHO_2014.pdf>

³ Diario Gestión, Post del 20.07.2018. En: <<https://gestion.pe/economia/informalidad-laboral-redujo-57-8-46-5-ultimos-12-anos-239095>>

⁴ Post del 30/11/2018 Portal ANDINA. En: <<https://andina.pe/agencia/noticia-cade-2018-presidente-vizcarra-se-compromete-a-mejorar-sector-laboral-734497.aspx>>

Debemos agregar, cuya desnaturalización conlleva a los despidos inconstitucionales y al daño moral, entre otras responsabilidades del empleador.

Sin embargo, el economista Pedro Francke considera que no existe tales "sobrecostos" que aludió el Presidente, a saber: *Un estudio del año pasado del BID y la OCDE indica que un trabajador argentino cuesta 27 mil dólares al año, un brasileño o chileno entre 14 y 15 mil, un colombiano o mexicano entre 9 y 10 mil, mientras un peruano no llega a 7 mil [...]. En toda Latinoamérica el promedio del costo laboral total es de 9,800 dólares, casi 50% más que en Perú, mientras que en la OCDE supera los 50 mil dólares al año (<https://bit.ly/2KUetuw>). La llamada "cuña fiscal", el porcentaje de la planilla que se destina a impuestos, contribuciones y demás costos no salariales, es de 17,5% en Perú frente a 21,7% de promedio latinoamericano y 35,9% en la OCDE; nuestros "pares de la Alianza del Pacífico" Chile, Colombia y México todos tienen porcentajes mayores que los del Perú.⁵ Y citamos esta crítica, en razón a que se oyeron voces alegando que las indemnizaciones en los despidos inconstitucionales también constituyen un "sobrecosto" laboral que debería eliminarse, no obstante que su resarcimiento civil alcanza a una minoría de trabajadores, y para NEVES implica: *Solo el 5,6% de las terminaciones de las relaciones laborales se deben a despidos.*⁶, de los cuales un porcentaje aún menor demanda daños.*

Luego de este necesario preámbulo para situar el tema en su contexto actual. Es propósito del presente artículo, defender la posición adoptada por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en la ciudad de Chiclayo los días 13 y 14 de setiembre de 2018, en el tema 3.2, que establece la presunción del daño moral, *pues el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado*⁷.

⁵ Post 11/12/2018 de Javier Neves Mujica En: <https://www.facebook.com/nevesmujica/posts/10216823382233275>>

⁶ Entrevista en el diario La República del 9 Dic 2018. En: https://larepublica.pe/politica/1372572-javier-neves-mujica-impulsar-reforma-laboral-tendra-alto-costo-politico-social-mtpe-cade-2018?fbclid=IwAR3hn9uI0N1PYrjwrT5i4kYBJ6Pj3RHR3VovDZ1-0sb6SIAHLc_zi__q3eg#.XA0WPEoYPUw.facebook>

⁷En:<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2018/as_plenos_jurisdiccionales_nacionales/cij_d_pleno_distrital_laboral_chiclayo>

Consideramos que, este acuerdo plenario no implica un retroceso jurisprudencial como algún crítico⁸ aludió, sino por el contrario es un avance en la facilitación probatoria del infortunio laboral en cuestión, como expresión procesal del principio protector del trabajador, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política⁹ que nos rige, respaldado por la mejor doctrina procesal.

Asimismo, con dicho acuerdo debe terminar la jurisprudencia contradictoria que aún existe sobre su probanza, y contribuye a que se cumpla con la función preventiva de la responsabilidad civil contractual, en estos casos.

Finalmente, se refuta la tesis de aquel que piensa que esta decisión plenaria es un retroceso en la construcción jurisprudencial en la solución de este tipo de conflictos, y se afirma la tesis que el acuerdo jurisprudencial en cuestión es un avance hacia una justicia predecible, protectora y preventiva.

I. El principio tuitivo laboral

Desde aquellas remotas épocas en que el trabajo era sinónimo de castigo (tripalio), y obligación de esclavos ante la condena divina de: *te ganarás el pan con el sudor de tu frente* (Gn. 3:19), sin embargo, el avance de civilización trajo la libertad de trabajo, y nos situó con el capitalismo en la organización laboral, como una contratación civil, en la cual el trabajador *alquilaba su mano de obra* al empleador, y con ello era un tercero ajeno del producto de su trabajo.

Pronto se apreció, graves asimetrías entre los patronos y sus trabajadores, expresado en condiciones de contratación inhumanas, como fue la extenuante jornada de trabajo, que motivó la conquista de las 8 horas, no sin antes generar intensos conflictos sociales. La revolución industrial decimonónica no sólo trajo innovaciones tecnológicas nunca antes vistas y que marcó un ante y

⁸ PUNTRIANO ROSAS, César. Presunción del daño moral en caso de despido, inexplicable retroceso. 28/09/18, La Ley. En: <<https://laley.pe/art/6272/presuncion-del-dano-moral-en-caso-de-despido-inexplicable-retroceso>>

⁹ El Estado y el Trabajo

Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

[...]

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

después en todo orden de cosas, sino también profundos resentimientos sociales en la acumulación y distribución de las riquezas, y que el Papa León XIII ya advertía “sobre la cuestión obrera” en su Encíclica *Rerum Novarum* (1891)¹⁰.

Con el advenimiento del Siglo XX, lo más *avanzado* de la modernidad, nos condujo a la primera gran guerra, en la que los trabajadores tuvieron que pagar las ambiciones desmedidas de las burguesías europeas por el control de los mercados, esta vez por la fuerza de las armas y no por la productividad comercial.

Ante tal desastre y retroceso de civilización, el capitalismo “salvaje” dio paso al capitalismo con “rostro humano” y produjo su primera gran reforma sistémica, y al cabo de la guerra, en 1919, se crean tres instituciones claves en la pacificación mundial: la Sociedad de las Naciones (antecesora de la ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), única institución mundial tripartita (gobiernos, sindicatos y empleadores), y la Cruz Roja Internacional pionera del Derecho Humanitario.

La OIT asume la grave responsabilidad de estimular la justicia social en los centros de trabajo del orbe, labor tesonera pronto a cumplir 100 años, en impulsar el trabajo decente a través de los Convenios y Recomendaciones aprobados a lo largo de su historia¹¹, los que han fijado principios y reglas en la humanización y democratización de las relaciones laborales en el mundo, a fin de cristalizar su ideario fundacional, como es de estimarse en el preámbulo de su declaración fundamental:

Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y

¹⁰ En: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/46080/1/208314.pdf>>

¹¹ En: <<https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>>

de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;¹²

Ciertamente, todo ello conllevó a la creación de una nueva especialidad jurídica: el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a partir del desprendimiento del contrato de trabajo del Derecho Civil. Entonces, el principio tuitivo laboral fue el centro y fundamento de este nuevo Derecho Social, encargando al Estado una función reguladora de las relaciones laborales, y para ello, también, se creó una jurisdicción especializada en la resolución judicial de los conflictos individuales y colectivos de trabajo.

Desde ese entonces hasta ahora, los avances de civilización, con los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos y del Trabajo, la Justicia Laboral, Arbitral y Constitucional, la Responsabilidad Social y Ecológica de las empresas, entre otros aportes en la protección y fomento del empleo, auguran que el trabajo en sus diversas modalidades seguirá siendo la fuente en el desarrollo y bienestar de las personas, en el progreso de la humanidad, cuya ética de productores desde aquél mandamiento Inca *Ama Quella*: "No seas ocioso" hasta la promesa del "Trabajo decente" de la OIT¹³, constituye el sustento y justificación de nuestra travesía hacia el bicentenario en la construcción de la peruanidad sobre la base del trabajo digno, siempre a la luz del principio tuitivo laboral, que no es un lastre que hace pesada la mochila del emprendedor o rígida la legislación, sino por el contrario es un mandato constitucional central básico de cohesión social de trabajadores e inversores en el sistema productivo nacional, y que nos enaltece como República Social al cumplir con los estándares mínimos para ser considerado un país liberal y civilizado atractivo a las inversiones internacionales, en el desarrollo del capital humano.

¹² En:

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>

¹³ Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.

En: <https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm>

II. Expresión del principio tuitivo en la dimensión procesal

El principio protector, tuitivo o de tutela del trabajador, se justifica porque la persona que se gana el sustento diario sometida a una relación de poder, representa la condición del contratante débil, subordinado y dependiente del que detenta el poder de dirección y disciplinario en la empresa. De ahí, que este principio sea la base de todos los demás, es por ello, que el Derecho del Trabajo es una consagración jurídica al desarrollo de este principio basal, y responde en lo fundamental al propósito de nivelar desigualdades entre empleadores y trabajadores, no sólo en la relación material sino también en la dimensión procesal.

En nuestro medio, tal principio ingresa al plexo normativo de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT), en cuyo artículo III de su Título Preliminar, se encarga al tercero imparcial que: *En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes.*

Por lo demás, el principio tuitivo laboral también se manifiesta en la etapa probatoria del proceso regido por la NLPT, al conceder al Juez un rol protagónico premunido de la prueba de oficio y el interrogatorio directo a las partes en cualquier momento, quien con inmediatez y oralidad actúa las pruebas mensurándolas en el acto y expedir inmediata sentencia al cabo de la audiencia, también, contribuyen a la facilitación probatoria del trabajador la presunción de laboralidad, el comportamiento procesal del empleador, la inversión de la carga de la prueba desde un enfoque dinámico, y los sucedáneos probatorios.

III. Los sucedáneos de los medios probatorios.

Sobre la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios, el artículo 275 del Código Procesal Civil (CPC), informa que: *son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.* LEDESMA precisa que: *Operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directa que los constata por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están*

*constituidos por la representación de estos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio.*¹⁴

El juez DONAIRES nos recuerda que el concepto sucedáneo, fue establecido por CARNELUTTI, a fin de diferenciarlo del medio probatorio: *Según este autor clásico, fue la doctrina alemana la que elaboró el concepto de sucedáneo de prueba en antítesis con el concepto de medio de prueba. En su opinión, no existe tal antítesis; pues, sostiene, que sólo se trata de dos concepciones de la prueba.*¹⁵

En cuanto, a los tipos de sucedáneos, según los artículos 276 y siguientes del CPC, son: el indicio, la presunción y la ficción, veamos:

- a) **El indicio:** Antes bien, partiremos de diferenciar la prueba directa de la indirecta, siendo esta última la que se le conoce como prueba “indiciaria”, “inferencial”, “conjetural”, “circunstancial” o “crítica”, que permite a partir de hechos bases o indicios indicantes inferir el hecho consecuencia, de difícil o imposible probanza directa., gracias a premisas de enlace o nexo lógico, constituidas por reglas de la experiencia o conocimientos empíricos y científicos comúnmente aceptados. El CPC define esta categoría procesal en su artículo 276, como: *El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.* Por su parte, la NLPT en su artículo 23.5 también regla 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*

¹⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2008) *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 967.

¹⁵ DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. (2008). “Los sucedáneos de los Medios Probatorios” en *Compendio Temas de Derecho Laboral*. Lima: Editora Jurídica Grijley. pp. 115-125.

Consulta: 8 de noviembre de 2018.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/be5cd10046ed35679057f8199c310be6/T3-Derecho+procesal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=be5cd10046ed35679057f8199c310be6>

de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes. El nuevo Código Procesal Penal, positiviza en su artículo 158.3¹⁶ precisa del mejor modo los elementos constitutivos de este medio de prueba.

- b) **La presunción:** Este segundo auxilio del juez, según PETTIT Y CENTURIÓN es: “...el resultado de una doble operación mental inductiva y deductiva del razonamiento que, partiendo de hechos conocidos y probados, que se llaman indicios, infiere conforme a la experiencia para afirmar la existencia de otro hecho que era desconocido”¹⁷. El sucedáneo en cuestión, se divide en presunción **legal** y **judicial**. La primera se subdivide en **absoluta**¹⁸ o *Jure et de Jure* (no admite prueba en contrario) y **relativa**¹⁹ o *Juris Tantum* (admite prueba en contrario). En cambio la presunción judicial u *hominis*, siempre admite prueba en contrario.
- c) **La ficción legal**, esto es, cuando la ley da por cierto determinado hecho sin permitir prueba en contrario, aun cuando sea opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, y que el Juez inexorablemente debe aplicar al

¹⁶ Artículo 158 Valoración.-

[...]

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

¹⁷ PETTIT, Horacio Antonio y CENTURIÓN, Rodolfo Fabián. (2011). *Derecho Procesal del Trabajo*. Vol. III. Segunda Edición. Asunción: INTELECTYA Ediciones, p. 157. Citado por ARÉVALO VELA, Javier. (2013). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Segunda Edición. Lima: Editorial Rodhas. p. 188.

¹⁸ Presunción legal absoluta.-

Artículo 278.- Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.

¹⁹ Presunción legal relativa.-

Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

caso concreto, por mandato legal. Comenta PALACIOS que: *La ficción legal tiene en común con la presunción legal absoluta en que no admite prueba en contrario. Se diferencia de esta en que no se basa en ninguna regla general de la experiencia ni en la realidad, sino tan solo en la voluntad del legislador que sabe que la realidad es distinta al hecho que presume.*²⁰

IHERING definía la ficción como *mentiras técnicas consagradas por la necesidad del derecho.*²¹ Un claro ejemplo de ficción es el artículo 885.4 del Código Civil, cuando establece que son inmuebles las naves y embarcaciones, no obstante su naturaleza mueble. Y en materia laboral, en los casos de despidos nulos previstos en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el D.S. 003-97-TR (LPCL), la ficción legal de considerar como tiempo de servicios efectivo el periodo en que el trabajador estuvo despedido, por ende, con derecho al pago de las remuneraciones caídas y CTS según su artículo 40²², pese a que no trabajó en dicho lapso.

IV. La presunción judicial

1. Concepto

Sobre este auxilio del Juez, que fundamenta el acuerdo plenario bajo análisis, el artículo 281 del CPC, estableció que es: *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.* Al comentar este artículo, LEDESMA aclara lo siguiente: *Las presunciones se basan en lo que hay de ordinario y constante en los fenómenos físicos, síquicos, sociales y morales*

²⁰ PALACIOS PAREJA, Enrique. (2010). *Comentario al artículo 283 del CPC*. CAMARGO ACOSTA, Johan Coord. *Código Procesal Civil Comentado*. Vol. II. Lima: Adrus, p. 312.

²¹ IHERING, Rudolph Von. (1912) *El Espíritu del Derecho Romano*. Vol. IV. Madrid, p. 329. Citado por CARRIÓN LUGO, Jorge. (2000). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Lima: Grijley, 2000. p. 123.

²² Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

*(reglas de la experiencia) para inferir lo ocurrido en el caso particular. A esa regla se llega por un proceso inductivo, que se apoya en la observación de casos particulares análogos.*²³

La presunción judicial es un sucedáneo de la prueba directa²⁴, 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 experiencia²⁵, de la lógica, del conocimiento científico o práctico a aplicar, a partir de los cuales se presume el hecho consecuencia.

Asimismo, el juez debe motivar la operación inferencial empleada para arribar desde los indicios al hecho indicado, desde el suceso que conocemos al que queremos conocer mediante la presunción judicial. El cual –solo o en conjunto con otros- servirá para fijar los hechos probados a fin de subsumirlo en el supuesto fáctico de la norma jurídica que pretendemos aplicar, y si calza,

²³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 972.

²⁴ **La prueba directa**, es el medio probatorio que surge de modo vertical, espontáneo e instantáneo de la fuente de la prueba, y que el Juez toma conocimiento sin requerir mayor inferencia, gracias a la claridad de la información probatoria, y por si sola causa certeza y convicción en el juzgador.

²⁵ Desde un enfoque sociológico: *Las máximas de la experiencia –estricto sensu- constituyen generalizaciones de una multiplicidad de casos, hechos o comportamientos que enuncian cierta frecuencia, regularidad y uniformidad. Son el resultado de una inducción ampliativa o generalizadora, en donde a partir de una serie de casos particulares se extrae una regla que los correlaciona, la cual sirve para predecir o explicar futuros acontecimientos.* ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. (2017). *La Justificación racional de los hechos*. (Monografía) p. 7. Consultado: 8 de noviembre de 2018. <http://proiure.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/Zavaleta1.pdf> Desde una óptica de la psicología del juez: *Las reglas de la experiencia o llamadas también “máximas de la experiencia”, son el conjunto de conocimientos acumulados por el juez en el transcurso de su vida, como su denominación lo indica se trata de “experiencia de vida” (personal, profesional, conocimiento común y especializado) que tiene el juez que se han ido generando con el transcurso del tiempo. Este cúmulo de conocimientos le ayuda al juez en la tarea de valoración de la prueba, como en cualquier ámbito de nuestras vidas.* HURTADO REYES, Martín (2012). *La casación civil. Una aproximación al control de los hechos*. p. 476. De ahí la importancia en el sistema de libre valoración y sana crítica de la prueba que nos rige, que el juez justifique en el cuadro probatorio de la sentencia, la regla de la experiencia que emplea, a fin que las partes y los jueces superiores y de casación, según sea el caso, puedan controlar su corrección, razonabilidad, racionalidad, entre otros factores que la hagan plausible, y también si en su formulación existe algún sesgo, prejuicio, estereotipo o ideología, que podría sobrevalorar, minusvalorar o tergiversar los indicios bases de la presunción judicial a desarrollar en la fijación, interpretación y calificación jurídica de los hechos.

entonces, desencadenar su consecuencia jurídica que resolverá el caso concreto.

2. Clases de presunciones judiciales

Podemos distinguir hasta tres clases: i) la **presunción judicial propiamente dicha**, ii) la **presunción jurisprudencial**, y iii) la **presunción plenaria jurisdiccional**. La primera de ellas, es la que construye el juez para resolver un caso concreto. La segunda según CUADRI: *serían las establecidas por la reiteración de pronunciamientos judiciales en igual sentido, elaboradas por los jueces a través de una larga gestación, y que constituyen pautas interpretativas de lo que ordinariamente manifiestan determinadas conductas del común de los hombres en orden a determinadas circunstancias.*²⁶ En esta clasificación habría que considerar los Plenos Casatorios. En la jurisprudencia laboral, a modo de ejemplo, relacionados con el tema podemos presentar las siguientes:

La Cas. N° 4393-2013 La Libertad, veamos: *Sexto: [...] por consiguiente, esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afeción patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que eso sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia.* (Destacado nuestro)

La Cas. N° 1594-2014 Lambayeque, estableció la directriz presuntiva siguiente: *Sexto.- [...] ante la dificultad de probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. En el caso de autos, correspondía a las instancias de mérito resolver la controversia de los autos a la luz de esta concepción.*

La Cas. N° 4977-2015 Callao, que continúa dicho criterio: *Noveno: La prueba que acredita la existencia del daño para el caso en concreto, lo constituyen básicamente el expediente de amparo donde queda establecido que el demandante fue despedido arbitrariamente.*

²⁶ QUADRI, Gabriel H. (2011). *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría General*. Buenos Aires: AbeledoPerrot SA. p. 639.

Décimo Cuarto: Por otro lado, el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona, al afectar la esfera sentimental del sujeto en su expresión de dolor, sufrimiento (por lo tanto para efectos de su cuantificación debe recurrirse a los artículos 1322° y 1332° del código Civil) que en este caso en concreto resulta evidente que el demandante ha sufrido la aflicción psicológica causada por el despido como lo siente cualquier ser humano que se ve privado sorpresivamente de aquello que lo permite cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.²⁷

Finalmente, la tercera clasificación, según el grado de vinculación o no que le otorguemos a los Plenos Jurisdiccionales Nacionales y Supremos, ya que para algunos es un acuerdo de jueces persuasivo y de compromiso moral en concordar la jurisprudencia y de buena voluntad en contribuir a una justicia predecible, resolviendo los casos tipos conforme a la regla interpretativa plenaria adoptada, la cual no es vinculante por no ser fuente de derecho (CAVANI)²⁸; en cambio, para otros si tiene efecto vinculante para la judicatura (NINAMANCCO)²⁹, y que no podrá el juez apartarse sino mediante

²⁷ Consultado 26/12/18. En: <<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo-ar-boletin/noti-3052016-1.pdf>>

²⁸ La preocupación de Fort por la predictibilidad es legítima, por supuesto, pero creo que yerra gravemente en la respuesta: no es necesario defender la vinculatoriedad de un acuerdo plenario para preferir este y no el criterio de una sentencia casatoria «ordinaria». Partiendo de la premisa que yo defiendo, que ninguno de tales criterios (del acuerdo plenario y de la sentencia de alguna Sala Suprema) expresa alguna regla que sea *vinculante* para futuros casos, la prevalencia de uno u otro pasa, rigurosamente, por la *motivación de las resoluciones judiciales*: mientras que el criterio adoptado por los jueces superiores cuente con mejores argumentos, los jueces, previo debate entre las partes, tenderían a seguirlo. CAVANI, Renzo. (2018). *Todavía sobre los plenos jurisdiccionales (¿vinculantes?)*. Lima: La Ley.

Consulta: 6 de noviembre de 2018.

<https://laley.pe/art/5645/todavia-sobre-los-plenos-jurisdiccionales-vinculantes->

²⁹ "Los Plenos Jurisdiccionales Civiles sí tienen fuerza vinculante", "Los plenos jurisdiccionales son producto de las reuniones de los jueces a nivel de corte. Tenemos pleno distrital, pleno regional, y cuando se unen todas las cortes del país tenemos un pleno nacional. En cada uno de estos plenos se toman acuerdos de temas polémicos, pero se suele afirmar que estos no son acuerdos vinculantes ni tienen una mayor trascendencia". Afirma que esta idea es errada, pues la propia Ley Orgánica del Poder Judicial señala, en su artículo 116, que los plenos jurisdiccionales tienen la función de concordar la jurisprudencia. "Si los jueces se reúnen, toman acuerdos, pero estos no tienen mayor fuerza vinculante, no se está ordenando nada, no se está concordando nada", refiere Ninamancco. Considera, además, que siendo el Perú un país donde hay problemas de predictibilidad judicial, se debería apostar por entender mejor o con una mayor eficacia estos acuerdos plenarios. En:

especial y reforzada motivación. En fin, sea cual fuere la posición que adoptemos, lo cierto es que, los Plenos Jurisdiccionales han adoptado acuerdos creando presunciones sobre la base de un hecho probado, para resolver casos de difícil acreditación directa, lo que tipifica y justifica esta tercera clasificación, veamos:

La presunción del daño moral establecida en el pleno en comento, que los jueces civiles de Lima ya advertían desde el año 1997, al acordar en el pleno jurisdiccional de dicho año, que: *dadas las características del daño moral..., la probanza mediante pruebas directas resulta sumamente complicada sino imposible...para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones*³⁰. Cabe agregar que, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2017, en el tema 3 Daño Moral, pruebas y criterios para su cuantificación acordó que: *Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir y los criterios de cuantificación deben ser objetivos.*³¹ Debemos entender que, cuando se aprueba la insuficiencia presuntiva, el pleno se está refiriendo a que, previamente, el que alega ser víctima de daño moral debe probar el hecho base o indicio indicador para luego enlazarlo con la regla de la experiencia aplicable al caso, y presumir el hecho consecuencia o indicado, esto es, que la validez de la inferencia inductiva de la presunción judicial, opera siempre que se halla acreditado *mediante medios probatorios directos e indirectos* la premisa fáctica del cual vamos a inferir el hecho que queremos probar indirectamente. MUÑOZ es de la misma opinión: *[En] las llamadas presunciones de hecho, ...lo único que queda por hacer en ella, ..., es cuidar de la fijación en autos de dicho indicio, esto es, la prueba del hecho*

<<https://laley.pe/art/5637/aula-la-ley-fort-ninamancco-los-pletos-jurisdiccionales-civiles-si-tienen-fuerza-vinculante>>

³⁰PODER JUDICIAL. PLENO JURISDICCIONAL CIVIL LIMA 1997

Consultado: 2 de octubre de 2018.

http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C.%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5C8PLE%5CNO CIV97_060607.pdf

³¹ En:

<<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/11a91c8043b0ed1e8d4bafd60181f954/Pleno+Jurisdiccional+Nacional+Civil+y+Procesal+Civil+de+2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=11a91c8043b0ed1e8d4bafd60181f954>>

*base de que parte la presunción, el cual ha de probarse como cualquier hecho, sin ninguna especie de privilegio.*³²

Así también, en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, en cuyo primer tema aprobó por unanimidad que: *El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.* Esto es, probado el hecho base: el evento dañoso del accidente laboral del trabajador, se infiere el hecho consecuencia: se presume la responsabilidad del empleador, enlazado por la obligación preventiva de garantía del patrono.

Naturalmente, en la medida que los jueces de instancia y casación vayan aplicando en sus sentencias los acuerdos plenarios jurisdiccionales nacionales y supremos sobre las presunciones creadas por éstos, entonces, se consolidarán como presunción jurisprudencial uniforme.

3. Elementos

La estructura de la presunción *facti o ad homini*, según MUÑOZ tendría los elementos siguientes:

Una *línea basal* constituida por un indicio o una serie de indicios (el *probatum*)

Un *haz inferencial* basado en la experiencia (vulgar o científica) y en la lógica cuyas raíces parten de cada indicio y convergen hacia una conclusión expresada en términos de evidencia (el *probandi*) [...]

Por debajo de la línea basal, una línea de fijación en donde tiene lugar la prueba singularizada de cada indicio.

Por debajo de la línea de fijación, una línea de verificación, no siempre necesaria, encargada de la prueba de la prueba, esto es, cuando se pone en cuestión la fijación del indicio.³³

Para nosotros, los elementos que conforman la inferencia lógica de la presunción judicial son:

- a) Premisa fáctica inicial: Hecho base o indicador probado (mediante prueba directa o indirecta);
- b) Premisa de enlace o nexo lógico: Regla de la experiencia, conocimiento científico o práctico (plausible);

³² MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Curso Superior de Probática Judicial. Cómo probar los hechos en el proceso. 1ra. Ed. La Ley, Madrid: Diciembre 2012, p. 145.

³³ MUÑOZ Ob. Cit. pp. 148 y 149.

- c) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y
- d) Conclusión fáctica unívoca: Hecho consecuencia - indicado - presumido.

Un ejemplo aplicado al tema en comento, cuando no es posible obtener una prueba directa que acredite el daño moral, es el siguiente:

- a) Juan fue despedido inconstitucionalmente (hecho probado con la sentencia con autoridad de cosa juzgada que lo repone en el trabajo)
- b) Regla de la experiencia: El que es despedido inconstitucionalmente sufre.
- c) Se presume que Juan sufrió cuando fue despedido.

Fijado el hecho presumido, se procede a la operación de subsunción: a Juan el despido inconstitucional le causó daño moral, en consecuencia debe ser indemnizado por el culpable al amparo de los artículos 1322 y 1332 del Código Civil³⁴.

Otro ejemplo de presunción judicial, que nos propone DEVIS ECHANDÍA, empero aplicado al caso penal, es la presunción de culpabilidad a partir de la fuga del procesado, veamos:

En el razonamiento del juez que aplica las presunciones de hombre para valorar una prueba por indicios, se parte, en cambio, del hecho particular probado o hecho indicador, que constituye la premisa menor (por ejemplo: está probada la fuga del sindicado); se procede luego a aplicar la regla general de experiencia que constituye la premisa mayor en virtud de la cual se deduce cuál es la causa o efecto ordinario de ese hecho (ordinariamente la fuga es efecto de la responsabilidad del delito), y, por último, se utiliza la presunción de hombre que esa regla general suministrada, por obtener la conclusión, en la que se declara inductivamente o por inferencia la probabilidad o la certeza de que exista el hecho investigado, según se base en un indicio contingente o necesario (luego es probable que el sindicado sea el responsable de ese ilícito). Cuando la conclusión definitiva se obtiene de un conjunto de presunciones judiciales, se procede de la misma manera; los diversos hechos indicadores forman la

³⁴ Indemnización por daño moral

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Valoración del resarcimiento

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

premisa mayor; la regla de experiencia que permite deducir la relación de causalidad entre cada uno de esos hechos y el delito, constituye la premisa menor; la conclusión es el resultado de la convergencia de las diversas inferencias que de cada uno de esos hechos obtiene el juez. El juez utiliza para su razonamiento el principio de causalidad.³⁵

4. Motivación de la presunción judicial

Como podrá apreciarse, la presunción judicial se construye del mismo modo inferencial que la prueba indiciaria, y por tanto, al aplicarla merece la debida motivación, a fin que las partes puedan controlar la inferencia lógica utilizada por el juez, asimismo, las premisas empleadas, entre ellas la corrección de la regla de la experiencia aplicada y el modo cómo se concluye en la presunción del hecho. Es por ello que, también le resulta válida la crítica y recomendación que sobre la utilización de la prueba indirecta³⁶ realizó el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia recaída en el Exp. N° 00728-2008-HC (Caso LLamoja), a saber:

23. [...] en el camino a la conclusión no se ha explicitado o exteriorizado las circunstancias fácticas que permiten llegar a dicha conclusión, esto es, que no se identifican debidamente las razones o justificaciones en la que se sustentarían tales premisas y su conclusión, pareciendo más bien, que se trataría de un hecho atribuido en nombre del libre convencimiento y fruto de un decisionismo inmotivado antes que el producto de un juicio racional y objetivo. Y es que, si no se dan a conocer las razones que sustentan las premisas fácticas, tal razonamiento efectuado se mantendrá en secreto y en la conciencia de sus autores, y por consiguiente fallará la motivación en esta parte. Siendo así, se advierte que la sentencia cuestionada incurre en una falta de justificación externa, y por tanto es pasible de ser sometida a control y a una consecuente censura de invalidez.

Asimismo, en la inferencia presuntiva debe motivarse sobre **la premisa de enlace o conexión lógica** empleada entre la premisa fáctica base y la conclusión del hecho consecuencia, pues, no basta enunciarlas sino justificar interna y externamente, como insta el TC, pues: *se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué*

³⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Vol. II. 5ta. Ed. Bogotá: Temis. pp. 682 y 683.

³⁶ **La prueba indirecta**, llamada también prueba inferencial, indiciaria o circunstancial, es un conjunto de indicios o hechos bases e indicadores –probados directamente- que permiten al Juez mediante una inferencia mental concluir en la certeza que el hecho indicado o consecuencia, central en la controversia, se produjo en la realidad. De este modo, un hecho desconocido, imposible de probar directamente, es posible probarlo indirectamente.

*conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.*³⁷

Por su parte, LEDESMA comentando a RAFAEL DE PINA³⁸, advierte que: *la prueba de presunciones se aprecia más segura que la directa. Raramente hay que esperar de los indicios el perjuicio, la falsificación, ni la parcialidad o de la venalidad en el testigo; sin embargo, el único peligro de esta prueba, está en que la consecuencia que el juez obtenga pueda ser falsa, pues si los hechos no mienten, pueden en cambio ser mal interpretados; la consecuencia deducida puede ser errónea; el vicio reside, no en el indicio mismo, sino en el razonamiento del juez.*³⁹

La motivación de este sucedáneo, no debe limitarse a fundamentar los indicios que prueban el hecho base, sino también exponer las razones por las cuales los contra indicios propuestos por la parte que se considera agraviada con la presunción judicial, no alcanzan el umbral de certeza. Toda vez que, **la presunción invierte la carga de la prueba**, *pues hemos dicho que la presunción judicial admite prueba en contrario (Iuris Tantum). Empero, quien invoca la presunción, debe acreditar los antecedentes, los indicios alegados para que la presunción opere*⁴⁰; y, el que pretenda destruirla tendrá que ofrecer la prueba en contrario, o los contra indicios que demostrarían un resultado distinto a la presunción fáctica esperada.

Entonces, si el demandante propone al juez utilizar este auxilio probatorio para presumir la existencia de un hecho determinante en la solución del conflicto, corresponderá al demandado demostrar que tal presunción no será posible construir porque de los hechos bases que ofrece el actor no cabe inducir la presunción que propone, y por el contrario de tales hechos se concluye su falsedad, inexistencia o el hecho presumido es otro, distinto al alegado por el trabajador demandante.

Así, podemos decir que: “la contraprueba indirecta no pretende refutar inmediatamente la afirmación considerada probada, sino que se propone conseguir esta finalidad gracias a otros hechos de los cuales debe deducirse la

³⁷ Fundamento jurídico 27 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 00728-2008-HC (Caso LLamoja).

³⁸ DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*, 3ª ed., Porrúa, México, 1942, p. 236.

³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 1ra. Ed. Gaceta Jurídica, Julio 2008, T. I, p. 973.

⁴⁰ Ob. Cit. pp. 973 y 974

falsedad (o por lo menos el carácter dudoso) de aquella afirmación probada o la inexistencia de una característica definitoria de la ley [...], si la prueba principal se basa en indicios, la contra prueba [...] es indirecta cuando mediante ella se tiende a demostrar la existencia de otros indicios de los que ha de resultar la falsedad o la falta de carácter contundente de los primeros indicios o bien la misma inexistencia de una característica definitoria de la ley. Estos otros hechos a los que va dirigida la contraprueba indirecta deben comprobarse positivamente para que puedan constituir el fundamento de la conclusión”⁴¹.

En suma, los componentes de la presunción judicial sometidos al contradictorio, al debate de las partes, si se consolidan y superan los controles procesales, entonces, el juez hará uso de ella en la calificación jurídica de los hechos.

5. Control de la presunción judicial

Cuando la presunción judicial parte de un hecho base o utiliza una aparente máxima de la experiencia, que resultan ser falsos, no probados, espurios, absurdos, irracionales y la inferencia judicial empleada no respeta los principios de la lógica o los métodos inductivos y deductivos empleados por el juez, constituyen afectación al derecho fundamental al debido proceso (STC N° 6712-2005-HC f.j. 15). La parte agraviada, podrá apelar ante el superior en grado, a fin que evalúe la corrección de la construcción inferencial presuntiva realizada por el juez de instancia, ya que la sala está autorizada a revalorar los medios probatorios y controlar la corrección de los hechos fijados, interpretados y calificados por éste, lo que incluye los sucedáneos.

Subsecuentemente, el juez superior si haya error en sus premisas o en la operación inferencial, podrá desecharlo por inútil, sin embargo, si la falla sólo está en el método inductivo-deductivo aplicado, podrá reconstruirlo si considera posible, gracias a la acreditación de los indicios bases y dada su importancia en la decisión final del juicio probatorio, incluso si el sentido del fallo va en distinta dirección que la arribada por la sentencia apelada.

Contra la decisión del colegiado superior de aplicar la presunción judicial con errores como los antes indicados en el juicio probatorio, también es recurrible

⁴¹ Rosas Castañeda, Juan citando a Rosenberg. En: “Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales...”

En:<<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/20059f8046e1187e98f09944013c2be7/Prueba+indiciaria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=20059f8046e1187e98f09944013c2be7>>

en casación, así lo permite el artículo 39, párrafo *in fine*, de la NLPT, a saber: *En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.* (Lo destacado es nuestro).

Ante la pregunta si en sede casatoria es posible controlar los hechos de las sentencias de instancia, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 276-2015 La Libertad⁴², respondió que el pedido de revaloración probatoria es impropio para resolver en sede casatoria, en cambio es factible cuando se infringen las reglas de la lógica en el examen respectivo.

Sobre dicho control de vértice, HURTADO concluye que: *7. La causal de casación por sentencia arbitraria implica la inadecuada valoración del material probatorio por haberse omitido valorar pruebas decisivas, valorar pruebas ilícitas, sacar conclusiones diferentes a los que arrojan determinados medios de prueba, porque la valoración quiebra las reglas procesales pre establecidas sobre la valoración, entre otros supuesto.* Es por ello que, agrega: *9. No es correcta la afirmación que señala que el juez de casación no se relaciona o no se vincula con la cuestión fáctica, es decir, con los hechos del proceso. El juez de casación no está aislado a los hechos del proceso. Los hechos del proceso son el insumo procesal para resolver, inclusive en sede casatoria. Para la calificación jurídica del caso el juez debe acercarse a los hechos del proceso, no puede prescindir de ellos. Los hechos siempre acceden a la casación unidos al derecho.*⁴³

Es más, siguiendo a HURTADO, podemos decir que, las altas cortes incluso podrían volver a reconstruir la presunción judicial: *14. [...], excepcionalmente, cuando destruye la decisión y le corresponde actuar “en sede de instancia”, lo que la convierte sólo en este último supuesto como juez resolutor y no propiamente controlador de la buena aplicación del derecho.*⁴⁴ En efecto, la función jurisdiccional de la suprema corte no se agota en una

⁴² Cuarto considerando. En: <<https://legis.pe/casacion-276-2015-la-libertad-establecen-sede-casatoria-si-puede-valorar-medios-probatorios/>>

⁴³ HURTADO REYES, Martín (2012). La casación civil. Una aproximación al control de los hechos. p. 496.

⁴⁴ Ob. Cit. p. 497.

labor nomofiláctica de la jurisprudencia, sino también, urgido por la justicia al caso concreto, recurre a su finalidad dikelógica.

V. La presunción plenaria jurisdiccional del daño moral y refutación de objeciones

El Pleno Jurisdiccional Nacional de Chiclayo 2018, como sub tema 3.2 trató la cuestión problemática siguiente: *¿En caso de despido incausado y fraudulento debe presumirse la existencia del daño moral a causa del despido o se requiere de prueba que lo acredite?* Resultando ganadora la primera ponencia, que afirmativamente respondió: ***Si, debe presumirse el daño moral, pues el solo 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***⁴⁵. Momento culmen de concordancia de la jurisprudencia que ya diversas salas de las Cortes Superiores y Corte Suprema venían aplicando la presunción judicial en comento, y que se reseña en un artículo anterior⁴⁶.

Sin embargo, para PUNTRIANO este acuerdo es un retroceso jurisprudencial, no obstante que, al analizar el artículo 23.2 de la NLPT⁴⁷, afirmaba que: *la presunción de laboralidad se esgrime como una herramienta de facilitación probatoria al trabajador con la finalidad que resulte más sencillo poder demostrar la existencia de una relación laboral, y a su vez pueda exigir los derechos laborales que le corresponden*⁴⁸.

Sobre el principio de la desigualdad compensatoria en materia probatoria en el proceso laboral, anotaba dicho profesor lo siguiente: *Nuestra Ley recoge una serie de herramientas de facilitación probatoria para la parte trabajadora [...] debido al supuesto de desigualdad entre las partes, pues el trabajador*

⁴⁵ Valoración del resarcimiento

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

⁴⁶ CORRALES MELGAREJO, Ricardo y otra. (2017) “*El Daño Moral por responsabilidad contractual en los despidos inconstitucionales*”. Soluciones Laborales. Lima, 2017, Vol. N° 109. Gaceta Jurídica. pp. 21 - 34.

⁴⁷ “...acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”

⁴⁸ PUNTRIANO ROSAS, César. La presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal de Trabajo en Doctrina y Análisis de la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Recuperado de: <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_trabajo/doctrina_analisis_ley_trabajo.pdf>

posee difícil acceso a los medios probatorios. [...] Se recogen una serie de herramientas para compensar dicho desequilibrio. Una de esas herramientas son los sucedáneos de los medios de prueba previstos. Esta distribución de la carga de la prueba es una manifestación del principio tuitivo propio del proceso laboral, pues apunta a “reequilibrar la posición de desigualdad inicial del demandante y garantizar así la paridad de armas”⁴⁹.

Sin embargo, con respecto a la probanza del daño moral en los despidos inconstitucionales, nuestro crítico niega la presunción judicial como sucedáneo útil para establecer el evento dañoso como hecho probado, cumpliendo así su finalidad de corroborar, complementar o sustituir el valor o alcance de los medios probatorios, por lo siguiente:

Primer argumento:

El autor discrepa con el acuerdo del reciente Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2018, según el cual debe presumirse el daño moral en los casos de despido. Se pregunta cuál es la base para haber asumido dicha postura, cuando el V Pleno Supremo Laboral había sostenido que el daño moral sí debía acreditarse.⁵⁰

Según lo estudiado, precedentemente, toda presunción judicial implica necesariamente que la parte que se beneficia con ella, debe probar el **hecho base** o el juez de oficio lo establezca de las fuentes de prueba mencionadas por las partes, y en la presunción bajo análisis, tal **hecho indicante** se acredita con la sentencia con autoridad de cosa juzgada que ordena la reposición del trabajador y tipifica de “antijurídico” el despido inconstitucional, a consecuencia del incumplimiento contractual por parte del dador del trabajo, el cual se enlaza con la regla de la experiencia referida a que *el despido inconstitucionalmente sufre*, lo que nos permite presumir que la víctima sufrió daño moral. Entonces, mediante este sucedáneo probatorio se cumple con su acreditación, ya que serán los medios probatorios los que no sólo demuestren

⁴⁹PUNTRIANO ROSAS, Cesar: La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigencia y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. La prueba en el proceso laboral. Guía Práctica 3. Diálogo con la jurisprudencia. Pág. 44 – 46.

⁵⁰ PUNTRIANO ROSAS, César. (2018). “Presunción del daño moral en caso de despido, inexplicable retroceso”. *La Ley*. Lima. Consulta: 10 de noviembre de 2018.

<https://laley.pe/art/6272/presuncion-del-dano-moral-en-caso-de-despido-inexplicable-retroceso>

la ocurrencia del despido inconstitucional, sino también la magnitud y menoscabo del evento dañoso. Por tanto, en modo alguno el acuerdo plenario de Chiclayo desconoce o contradice el V Pleno Supremo Laboral⁵¹.

Al respecto, se parte del error de considerar que la *pretium doloris*, únicamente, se acredita con prueba directa, y se olvida los sucedáneos de los medios de prueba. El daño moral no es uno patológico o trastorno permanente en la psique de la persona, como para exigirle al trabajador pericia psicológica, sino que es un sufrimiento pasajero en su esfera afectiva, emocional o sentimental -considerado socialmente digno y legítimo-, cuyas huellas se borran con el transcurso del tiempo, por ende, inasible y de difícil probanza directa, ya que: *Ello importa que el “daño moral” no signifique una lesión física o psicológica a los múltiples aspectos de la personalidad, ni mucho menos atentado contra el proyecto de vida, ..., y queda reducido “al dolor o sufrimiento experimentado por la persona”*⁵², a consecuencia del despido laboral lesivo de derechos fundamentales.

Entonces, omitir los sucedáneos probatorios e ignorar la norma procesal expresa en el artículo 23.5 de la NLPT, sobre la utilidad de los indicios para **presumir la existencia del hecho lesivo alegado por el trabajador: el daño moral**, conlleva a una opinión carente de asidero jurídico.

Segundo argumento:

⁵¹ **3.6. Acuerdo Plenario en Mayoría**

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. (Lo destacado es nuestro)

⁵² PODER JUDICIAL (2014) Quinta considerativa de la Cas. N° 4393-2013 La Libertad. Sentencia: 28 de febrero de 2014.

Antes de analizar el acuerdo Plenario no queremos dejar de advertir que este tipo de decisiones que generan gran inseguridad jurídica tiene como antecedente la decisión del Tribunal Constitucional de modificar el sistema de protección contra el despido existente en nuestro ordenamiento a través de sus pronunciamientos, ocupando un rol de legislador que no le correspondía. Recordemos que nuestra legislación laboral señala, desde hace más de 20 años, que ante un despido arbitrario la única manera de resarcir al trabajador es mediante el pago de una indemnización tarifada [...]

Yerra nuevamente nuestro crítico, al aducir que la decisión plenaria adoptada por los jueces superiores asistentes, genera inseguridad jurídica, cuando por el contrario al concordar la jurisprudencia contradictoria sobre el particular, la convierte en predecible y realiza el principio de impartir justicia con igualdad en la resolución de similares casos judiciales, otorgando seguridad jurídica a trabajadores y empleadores en el modo uniforme de resolver este tipo de conflictos en el futuro, y contribuye a la conciliación entre las partes, al predecir un resultado esperado en sede judicial.

Sobre la crítica, que el TC al reimplantar la estabilidad laboral absoluta en el Perú, asumió un rol de legislador que no le corresponde, cabe recordar que, en la emblemática sentencia recaída en el Exp. No. 01124-2001-PA/TC⁵³ (Caso Fetratel vs. Telefónica), el supremo intérprete de la Constitución realizó el control difuso de la estabilidad laboral relativa, y luego perfeccionó su decisión en la STC N° 0206-2005-PA/TC al considerar optativa la tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización) según lo peticione el trabajador, entonces, el guardián constitucional está habilitado para crear la regla que considere conforme con la Constitución, pues, es el órgano de control concentrado de las leyes, según lo establece el artículo 201 de la

⁵³ 12. [...] el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

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.

Constitución. De manera que, también, adolece de fundamento constitucional tal supuesta usurpación de funciones del TC sobre el Poder Legislativo.

Por último, el articulista utiliza un argumento *ad antiquitatem*, al apoyarse en que hace más de 20 años perduraba la indemnización tasada por despido arbitrario, empero, vuelve a olvidar que la estabilidad laboral absoluta en el Perú comenzó a regir con la vigencia del Decreto Ley N° 18471, en noviembre de 1970 hace 48 años, vale decir, que en la tradición legislativa peruana la continuidad laboral estuvo protegida por la estabilidad de salida, y que el TC no hizo más que volver a reconocerla, de manera que el factor temporal no es razón atendible para sostener la posición contraria.

Tercer argumento:

Posteriormente, en la Casación No. 699-2015 LIMA⁵⁴ se ordenó el pago de la indemnización por daño moral a un Gerente que había previamente ganado judicialmente el abono de la indemnización por despido arbitrario. Equivocadamente se indicó que el despido arbitrario generaba en automático el daño moral.

El supuesto automatismo en reconocer el daño moral, no es tal, su probanza implica la construcción de la inferencia lógico-crítica de la presunción judicial, debidamente desarrollado en el juicio probatorio de la sentencia. Puesto que una vez que las partes están de acuerdo con el acaecimiento del evento dañoso del despido inconstitucional, consienten su calificación o esta se demuestra en juicio, corresponde al juez recurrir al sucedáneo en cuestión, como así lo hacen los jueces supremos en dicha casación y que cumplen con motivar, a saber:

Hecho base probado: Despido incausado del demandante.

Regla de la experiencia: *[el] daño moral consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso...el hecho mismo del despido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante,*

⁵⁴ Décimo Segundo.- Finalmente, en cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuenta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, en el presente caso, resulta amparable tal concepto peticionado como indemnización, ya que el hecho mismo de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general; por lo tanto, corresponde fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado. (Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de junio de 2016, p. 78800).

quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general.

Hecho presumido: El demandante sufrió daño moral.

Consecuencia material: [C]orresponde fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado.

Cuarto argumento:

Dicha Casación tuvo como efecto una catarata de demandas de cobro de indemnización por daño moral, sin prueba alguna, y con montos irreales. Muchos Jueces han respondido a esas demandas otorgando las sumas de manera automática, hecho que ha incentivado a malos abogados a interponer un sinnúmero de demandas, generándose una excesiva carga judicial.

Debemos de recordarle al autor que, la Casación No. 699-2015 LIMA no es la pionera en aplicar la presunción judicial del daño moral, sino existen otras anteriores a ella, como es la Cas. N° 4917-2008 La Libertad⁵⁵ que defiende la aplicación de la presunción judicial en cuestión. Y que venía apoyada por la mejor doctrina nacional, recordemos que DE TRAZEGNIES con razón decía que: *la jurisprudencia adoptará un criterio razonablemente objetivo para identificar a la víctima moral: no exigirá una probanza del afecto (lo que*

⁵⁵ OCTAVO.- [...], la Sala Revisora, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la entidad emplazada, revoca la apelada y declara infundada la misma, exponiendo como único argumento específico vinculado al daño moral: “*Que es necesario señalar que pese a que se ha acreditado la existencia del proceso de amparo, interpuesto por la actora, el mismo que obra como acompañado, en el cual se declaró fundada la demanda ordenándose su reposición en el cargo del que fue separada indebidamente; sin embargo en autos no ha acreditado con medio probatorio alguno la existencia del daño que refiere, no pudiéndose establecer la existencia de relación de la causalidad entre el supuesto daño existente (no demostrado) y la conducta realizada por los demandados*”, argumentación esta que no contiene la correspondiente motivación jurídica, así como tampoco la argumentación dirigida a enervar el criterio del A-Quo de que el daño moral: “***Basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor***”; omisiones que conducen a calificar a la sentencia de vista como indebidamente motivada. (Lo destacado es nuestro).

PODER JUDICIAL (2009). Casación N° 4917-2008 La Libertad. Sentencia: 2 de diciembre de 2009.

Publicado en diario oficial El Peruano del 02/12/2009, p. 26297.

*podría adquirir visos surrealistas) sino una cierta relación objetiva con la víctima directa.*⁵⁶

Entonces, no es culpa de la Sala de la Corte Suprema que emitió la Casación No. 699-2015 LIMA y de los jueces que han aplicado la presunción judicial en comento, como los causantes de *una avalancha de demandas de cobro de daño moral, generándose una excesiva carga judicial*, cuando la única causa son las decisiones de ciertos empleadores de despedir inconstitucionalmente a sus trabajadores y esta vez sí asesorados por *malos abogados* que convalidan tal reprochable práctica empresarial “antijurídica” que violenta el principio “*pacta sunt servanda*”, y con ello además manifiestan una conducta dolosa, esto es, con conocimiento y voluntad no ejecutan su obligación de dador del trabajo, causando daños a la víctima con el despido inconstitucional, así reflexionó la Casación N° 5721-2011 LIMA, en su sexta considerativa: *Tal acción indica un obrar doloso tanto porque ya la norma había sido cuestionada como porque se había obtenido sentencia favorable...Por consiguiente, la antijuricidad de la acción y el factor de atribución a título de dolo queda plenamente acreditado*⁵⁷.

Quinto argumento:

Nos referimos a la Casación No. 4385-2015-HUANCAVELICA. La Corte en esta ilustrativa sentencia señala que compensar el daño moral en atención a la aflicción psicológica que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto pues supone dar por sentado que en todos los casos existirá dicho impacto anímico en el trabajador. En el Pleno bajo comentario los Vocales han asumido lo contrario. Señalan que “el solo de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado”. Frente a esa afirmación nos preguntamos cuál es la base científica para asumir dicha situación. ¿Acaso las decisiones judiciales se toman por la mera intuición?

En principio, el razonamiento empleado en la acotada Casación⁵⁸, no fue en torno a un despido inconstitucional, sino ante el cese de un trabajador

⁵⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. (2016). *La Responsabilidad Extracontractual*. Vol. II. 8va. Ed. Lima: Ara p. 108.

⁵⁷ PODER JUDICIAL. (2014). Casación N° 5721-2011 LIMA. Sentencia: 28 de febrero de 2014.

⁵⁸ “DÉCIMO SEGUNDO.- Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador; [...]”

considerado cesado irregularmente por la Ley 27803, supuesto distinto al que estamos tratando. Es por ello, que se emplea una regla de la experiencia distinta (No en todos los casos de ceses por excedencia o por incentivos a la renuncia se produjo aflicción psicológica como para suponer daño moral), de la que los jueces aplicamos en la presunción judicial en estudio, cuya premisa de enlace es: *El despido inconstitucionalmente sufre*. Esta constatación no es absoluta sino una generalización, pues, el método inductivo (Tenemos que a_1 es D, a_2 es D, a_3 es D, ..., a_n es D) no nos brinda un resultado verdadero sino probable.

En tal Casación, la regla de la experiencia, consistente en: *Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador*, se construye sobre la base del contexto de aquellos trabajadores a quienes se les incluyó en un programa de incentivo al retiro voluntario o desaprobaron la evaluación semestral y fueron cesados por la causal de excedencia en el trabajo que estableció el Decreto Ley N° 26093, en el marco de una política de Estado de reducción del aparato público en la década del 90 del régimen del Presidente Fujimori; y, luego que el TC comenzó a corregir dichos ceses, el Congreso de la República expidió la Ley N° 27803 a fin de reparar los abusos cometidos por el anterior gobierno⁵⁹, siendo el caso que no todos los solicitantes fueron incorporadas en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, sino sólo aquellas personas que aprobaron tal calificación, y por ende, con derecho al goce de cualquiera de los beneficios previstos en dicha Ley: Reincorporación o reubicación laboral, Jubilación Adelantada, Compensación Económica, Capacitación y Reconversión Laboral. A modo de, resarcimiento por los daños y perjuicios que le hubiese ocasionado su cese irregular.

En tal contexto, es lógico suponer que en no todos los casos en que el trabajador renunció voluntariamente incentivado por una compensación económica o quedó demostrada su desaprobación semestral, significó

PODER JUDICIAL (2018) Cas. N° 4385-2015-HUANCAVELICA. Sentencia: 2 de mayo de 2018. Publicado en el diario oficial El Peruano, el 2 de mayo de 2018, p. 107960.

⁵⁹ Como fue la sentencia recaída en el Exp. N° 111-2001-AA/TC, en la que encuentra la vulneración del derecho de defensa en el proceso de evaluación semestral y cese por causal de excedencia de cierta trabajadora de la Contraloría, entre múltiples casos, que en su momento justificó una política de Estado de reparaciones a las víctimas.

sufrimiento, sino la decisión libre de cobrar el incentivo y apartarse del empleo público para reinsertarse en el sector privado, o la aceptación de no alcanzar las competencias exigidas para el puesto de trabajo, por descalificar en las evaluaciones semestrales.

Máxime si en ese entonces, era mayoritaria la crítica de la abultada empleocracia pública que dejaron los regímenes anteriores, lo que justificó el redimensionamiento del Estado, y por ende, las políticas de reducción de personal.

Por ende, recomendamos no descontextualizar el texto de la casación citada, más aún si la regla de la experiencia en que se apoya está razonada para casos distintos al que tratamos en el Pleno Jurisdiccional en estudio.

En efecto, la máxima de la experiencia que emplea el pleno es: *el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado*. Sin embargo, para el articulista esta máxima no tendría base científica y, por tanto, se funda en la intuición. Sobre el particular, si convenimos con ZAVALETA que, las reglas o máximas de la experiencia *constituyen generalizaciones de una multiplicidad de casos, hechos o comportamientos que enuncian cierta frecuencia, regularidad y uniformidad*⁶⁰. Entonces, nos preguntamos, en el común de la experiencia, el trabajador que es despedido inconstitucionalmente y pierde el sustento diario: ¿sufre, se alegra o es indiferente? Evidentemente, la experiencia nos dice que es muy probable y en la mayoría de los casos sufre, que le dolerá en su dignidad de ser humano perder la fuente del desarrollo de su personalidad y el despliegue de sus energías productivas, tanto más en un país con escasos puestos de *trabajo decente*.

Tal padecimiento, naturalmente, se incrementará si el despido lo sorprende en la enfermedad, es padre o madre de familia, hijos en edad escolar, si tiene familiares enfermos bajo su cuidado, enfrenta deudas que pagar en el sistema financiero o garantiza con la hipoteca de su casa, la reinserción en el mercado laboral es penoso y difícil por su edad o profesión, la extensión del desempleo, entre otros factores. Por ello, el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia (Art. 1984, CC).

⁶⁰ Zavaleta Rodríguez, Roger. *La Justificación Racional de los Hechos*. Separata distribuida por su autor en el curso de especialización en Estado Constitucional y Argumentación, 2017, organizado por el Instituto Palestra. p. 7.

De manera que, no es por intuición la regla de la experiencia en cuestión, sino la viva realidad laboral precaria que tenemos en nuestro país, dado el alto índice de informalidad que padecemos (7 de cada 10 trabajadores son informales).

Así lo ha advertido, la Corte Suprema, en la décima cuarta considerativa de la Cas. 4977-2015 Callao, donde utilizó dicha máxima de la experiencia, a saber: [...], *el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona...el demandante ha sufrido la aflicción psicológica causada por el despido como lo siente cualquier ser humano que se ve privado sorpresivamente de aquello que le permite cubrir sus necesidades básicas y la de su familia.* Asimismo, la Cas. Lab. N° 5423-2014 Lima en su décimo sexta considerativa afirma que: *todo despido injustificado, trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto de una manera u otra, deja de percibir remuneraciones y queda en el desamparo económico; más aún en un país como el nuestro donde los puestos de trabajo son escasos.* (Lo destacado es nuestro).

Esperamos, que quede claro que ante la falta de prueba directa para acreditar el daño moral en los despidos incausados y fraudulentos, es de auxilio en el juicio probatorio del juez, el sucedáneo de la presunción judicial, cuya regla de la experiencia sí tiene base científica como hemos demostrado, precedentemente, y no es el resultado de la intuición o decisionismo judicial, como arguye equívocamente nuestro crítico.

Sexto argumento:

El profesor Felipe Osterling sostuvo con lucidez en uno de sus trabajos que “el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia” Añade que, “los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos

*tienen “capacidad” suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización”.*⁶¹

El autor en comento, esta vez recurre al argumento de autoridad, y luego de citar a OSTERLING, concluye que: *es equivocado sostener que el daño moral se presume ante un despido, resultando contradictoria la remisión al artículo 1332 del Código Civil que establece la forma de fijar la reparación omitiendo el artículo 1331 que contempla la exigencia de la prueba de los daños.*

El desaparecido jurista: *establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume*, que nuestro crítico se apura en aplicar automáticamente al Derecho Laboral de Daños, ello implicaría que por el solo dicho del maestro debemos de acriticamente tener por inaplicable el artículo 281 del CPC, que autoriza al Juez recurrir al auxilio de la presunción judicial, y el artículo 23.5 de la NLPT que también le faculta aplicar la prueba indiciaria y las presunciones judiciales, cuando de probar el daño moral en los despidos inconstitucionales se trata.

Consideramos lo que el jurista critica, es que no exista probanza alguna para acreditar el daño moral y sólo el resorte de la presunción como si esta fuera de fuente legal, más aún, si el incumplimiento contractual no debe ser nimio sino de una entidad tal que permita estimar significativa *lesión en las afecciones legítimas* del acreedor dañado. De lo que estamos de acuerdo, pues, como hemos dicho tal licencia procesal no se produce en los procesos laborales que discuten este siniestro, pues, para que resulte fundada la pretensión, la víctima tendrá que ofrecer los indicios y medios de prueba que demuestren la certidumbre del hecho base constituido por la demostración del acaecimiento del evento dañoso del despido inconstitucional, sobre la cual se inferirá su consecuencia: el daño moral, entre otras responsabilidades contractuales del empleador.

Reiteramos, la problemática procesal en la probanza del daño moral en los despidos inconstitucionales, radica en que no es posible su acreditación mediante prueba directa, porque es un sentimiento humano inasible, pasajero, y subjetivo. Motivo por el cual, TABOADA se inclinó por la presunción del daño moral, pero también a partir de hechos probados como es la muerte de una persona y los causa habientes que deja, a saber:

⁶¹ OSTERLING PARODI, Felipe. Indemnización por Daño Moral.
En: <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>>

Como se podrá comprender fácilmente la categoría del daño moral presenta dos grandes problemas: el primero de ellos referido a la forma de acreditarlo o probarlo y el segundo referido a la manera de cuantificarlo. Se entenderá también con facilidad que la prueba del daño moral será a veces muy difícil, dado que no todas las personas expresan sus sentimientos o emociones, o como sucede también es fácil a veces para algunas personas simular sufrimientos o lesiones a los sentimientos sin que existan realmente. Además sucede en muchos casos que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto. Ante esta enorme dificultad, la jurisprudencia peruana ha optado por presumir que en los casos de fallecimiento de una persona, el cónyuge y los hijos sufren necesariamente un daño moral. [...], lo saludable de esta presunción es que se trata de una manera ingeniosa de evitar las dificultades en la probanza del daño moral.⁶²

Entonces, la acreditación del daño moral incluye los sucedáneos probatorios, en cuanto prueba indiciaria y presunciones judiciales, los cuales no nos llevan a *decisiones intuitivas* sino a construcciones inferenciales lógicas en la actuación racional de los sucedáneos, y deben estar suficientemente motivadas en la sentencia. Con acierto MUÑOZ advierte que:

A la presunción se suele degradar invocando *in genere* el indicio, de la cual constituye precisamente su “hecho base”. Bien por confusión cultural, bien por pura táctica no son raras las expresiones como ésta de un abogado que tuvo la oportunidad de escuchar en un debate: “*No existe ninguna presunción que avale esta prueba sino solo indicios*”. Hay quienes todavía asimilan el indicio a la conjetura o a la sospecha cuya inhabilidad para estructura una presunción es harto patente.

Dicho autor cita la jurisprudencia española, a la sazón paradigmática sobre el valor probatorio de la presunción judicial, a saber:

Las presunciones judiciales que regula el art. 1253 CC tienen como característica esencial el estar y ser necesarias dentro del área de la prueba en toda clase de procesos, y siendo una actividad esencialmente de raciocinio humano que afecta al juez, partiendo de un dato firme dirigido a crear un dato presunto, y remontando ciertas vacilaciones jurisprudenciales, ha de llegarse a estimar que esta prueba de presunciones tiene un nivel similar a las otras clases de medios de prueba (TS Sala 1.^a, 28 noviembre 1996)

Finalmente, es un error considerar que el Pleno de modo contradictorio se remite al artículo 1332 del CC⁶³ que establece cierto criterio para liquidar la

⁶² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. 2da. Edición, Grijley Lima: 2003, pp. 66 y 67.

⁶³ Valoración del resarcimiento

reparación, y habría omitido su artículo 1331 que contempla la exigencia de la prueba de los daños. Sin embargo, debemos decirle que ambas reglas son concordantes con el acuerdo plenario. Pues, la probanza del daño moral, incluye los sucedáneos y con ello los indicios y la presunción judicial. Luego para su cuantificación, la víctima también podrá presentar los medios probatorios para acreditar su magnitud y el menoscabo producido a ella y a su familia, vale decir, la partida de matrimonio y las actas de nacimiento cuando tiene un cónyuge e hijos que mantener, constancia de estudios de la prole, la escritura pública de constitución de la hipoteca de su casa, el certificado médico de la enfermedad que padece él o familiar bajo su cuidado, entre otros, todos los cuales serán valorados por el Juez, y para su liquidación tendrá que justificar estos criterios, como quiera que no establecen su monto preciso, *deberá fijarlo con valoración equitativa.*

Conclusiones y recomendaciones

No existe contradicción entre el Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional 2018 y el V Pleno Supremo Laboral, en cuanto a la exigencia de probanza del daño moral, que incluye los sucedáneos probatorios, entre ellos, los indicios y la presunción judicial, por el contrario se complementan.

Dicha decisión plenaria no es un retroceso en la solución de este tipo de conflictos, por el contrario es un avance hacia una justicia predecible, tuitiva y preventiva.

Los plenos jurisdiccionales cumplen una función clave en la unificación y concordancia de la jurisprudencia, contribuye a que los jueces resuelvan con igualdad conflictos similares, superando el caos que trae las resoluciones contradictorias en la probanza del daño moral.

La presunción judicial del daño moral en los despidos incausados y fraudulentos, tiene base doctrinaria, jurisprudencial y normativa, siempre que los jueces motiven debidamente esta operación inferencial practicada en el juicio probatorio de la sentencia, a fin de fijar, interpretar y calificar jurídicamente los hechos.

Por ello, proponemos a la Corte Suprema considere en su próximo Pleno Laboral el tema de la presunción del daño moral en los despidos inconstitucionales, y cierre el debate.

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Finalmente, sobre si la indemnización por daños y perjuicios causados por despidos inconstitucionales, entre otros derechos laborales y aportes sociales, constituyen “sobrecostos” laborales, o en realidad el costo laboral de: *un peruano no llega a 7 mil [...]. En toda Latinoamérica el promedio del costo laboral total es de 9,800 dólares, casi 50% más que en Perú, mientras que en la OCDE supera los 50 mil dólares al año.* Sobre este particular, mi sugerencia a *Soluciones Laborales* para que convoque a los expertos y contribuyan en esclarecer el tema, a fin de colaborar en el debate que se abre sobre una nueva reforma laboral de la que todos estamos de acuerdo, en pos de mejoras de un trabajo decente mitigando la informalidad, y abone a elevar la productividad y competitividad del sistema económico nacional integrado a un mundo globalizado de lucha incesante por los mercados, por el bien del Perú.

Referencias Bibliográficas

ARÉVALO VELA, Javier. (2013). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Editorial Rodhas.

CAVANI, Renzo. (2018). *Todavía sobre los plenos jurisdiccionales (¿vinculantes?)*. Lima: La Ley. Recuperado el 6 de noviembre de 2018 de: <<https://laley.pe/art/5645/todavia-sobre-los-pletos-jurisdiccionales-vinculantes>>

DE TRAZEGNIES, Fernando. (2016). *La Responsabilidad Extracontractual*. Vol. II. 8va. Ed. Lima: Ara

DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. (2008). *Los sucedáneos de los Medios Probatorios*. Compendio Temas de Derecho Laboral. Lima: Editora Jurídica Grijley. pp. 115-125, Recuperado el 8 de noviembre de 2018 de: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/be5cd10046ed35679057f8199c310be6/T3-Derecho+procesal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=be5cd10046ed35679057f8199c310be6>>

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ta. Ed. Bogotá: Temis.

HURTADO REYES, Martín (2012). *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Ed. Lima: Idemsa.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2008) *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

- MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2012). *Curso Superior de Probática Judicial. Cómo probar los hechos en el proceso*. Ed. Madrid: La Ley.
- OSTERLING PARODI, Felipe (s/f). *Indemnización por Daño Moral*. Recuperado el 8 de noviembre de 2018 de: <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>>
- PUNTRIANO ROSAS, Cesar (2010). “La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigencia y la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: AA. VV. *La prueba en el proceso laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PUNTRIANO ROSAS, César. (2018). “Presunción del daño moral en caso de despido, inexplicable retroceso”. En: *La Ley*. Recuperado el 10 de noviembre de 2018 de: <<https://laley.pe/art/6272/presuncion-del-dano-moral-en-caso-de-despido-inexplicable-retroceso>>
- QUADRI, Gabriel H. (2011). *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot SA.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 2ª Ed. Lima: Grijley.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. (2017). *La Justificación racional de los hechos*. Recuperado el 8 de noviembre de 2018 de: <<http://proiure.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/Zavaleta1.pdf>>