

INDEMNIZACIÓN TARIFADA ¿ÚNICA REPARACIÓN POR EL DAÑO SUFRIDO CON OCASIÓN DEL DESPIDO?

Cecilia L. Espinoza Montoya*

I. DERECHO AL TRABAJO

Se puede afirmar con total seguridad que el trabajo siempre ha existido, lo podemos comprobar en los libros de historia desde la aparición del hombre y las diferentes actividades que él desarrollaba, además de la necesidad que tiene el ser humano de cubrir sus necesidades básicas; sin embargo, así como afirmo que el trabajo siempre existió también me corresponde afirmar que no siempre fue objeto de regulación jurídica; es más, aun cuando se encontraba regulado en algunas disposiciones normativas, no tenía la connotación ni mucho menos la protección jurídica que hoy en día tiene en los diferentes sistemas normativos del mundo.

En nuestro ordenamiento jurídico, la actual Constitución Política del Perú, reconoce expresamente al trabajo como un derecho y un deber¹; el mismo que ha sido mencionado en varios de sus artículos; empero no posee un desarrollo constitucional, siendo las normas legales e infra legales las que han pretendido desarrollar y regular los aspectos más relevantes de este derecho; sin embargo, ha sido el Tribunal Constitucional quien se ha ocupado de dotarlo de su contenido esencial y accidental, arribando a éste, a través de un desarrollo más amplio, a partir de casos concretos que se han ido generando en la sociedad.

Es así que, el reconocimiento del trabajo como un derecho no se ha dado de un momento a otro sino que, como la mayoría de los derechos, ha sido a través de la lucha y la constancia que se ha ido conquistando la protección de la que hoy goza y comprendiéndose la importancia del mismo para el desarrollo del ser humano. Existen por ello, diversos documentos internacionales sobre derechos humanos que han incluido en su esfera de protección al derecho al trabajo, considerándolo como un derecho

¹Artículo 22° de la Constitución Política del Perú de 1993

(*) Juez Superior Titular, Presidenta de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

fundamental, obligando a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes y necesarias para su goce efectivo, propulsando así el desarrollo adecuado de la persona humana.

Para darnos una idea general de todo lo que comprende el derecho al trabajo y de lo expresado precedentemente, analizaré la concepción y el desarrollo que este derecho ha ido adquiriendo; así como, la protección internacional que se le ha reconocido, culminando este capítulo con el desarrollo de su contenido esencial que nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la constitución, ha efectuado sobre este importante derecho fundamental.

1. Concepto

Existen infinidad de maneras de definir el Derecho al Trabajo, ello dependerá de la concepción y óptica que tengamos del mismo, encontrando claras y elaboradas definiciones vertidas por los estudiosos de esta rama del derecho; así como, conceptos que nos otorgan algunos organismos creados con la finalidad de otorgar lineamientos generales y fiscalizar el cumplimiento de la protección y respeto de este derecho por parte de los Estados.

Desde el punto de vista de los derechos humanos y dentro de una concepción amplia del derecho al trabajo, se le define "(...) como una vía que permite la autonomía y la autorrealización del individuo, así como la generación de solidaridad social. El trabajo es entonces, una actividad útil para el ser humano y para la sociedad, pues le permite garantizar su supervivencia con la satisfacción de necesidades básicas individuales y familiares. Además, es un medio de bienestar, de desarrollo personal y social y de reconocimiento en la comunidad".²

Bajo esta misma óptica humanista, el artículo 23° de la Declaración de Derechos Humanos³, reconoce el derecho de toda persona al trabajo; a la libre elección de su trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo; a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia digna. También, el artículo 24° reconoce al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Debe de apreciarse de esta normativa que la misma guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 25° del mismo cuerpo normativo, que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada que le asegure a ella misma así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, la vivienda, el vestido y la

² **MOLINA HIGUERA, Angélica.** "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos". En *Estudio Socio Jurídico*. 9 (Número especial), Bogotá, 2007, p. 177.

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículos del 23° al 25°.

seguridad social que las proteja en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Así mismo, la maternidad y la niñez tienen derecho a ciudadanos y asistencias especiales.

Teniendo en cuenta que el derecho es una ciencia social, que responde y refleja las variaciones que se producen en la sociedad en cada momento histórico, el derecho al trabajo constituye un derecho con contenido no sólo social por estas mismas razones, sino adicionalmente político, lo cual se ve reflejado en el inciso segundo del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando refiere que las medidas que deben adoptar los Estados para alcanzar la plena efectividad del derecho al trabajo deben asegurar condiciones que garanticen “las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”; sin embargo, independientemente de la posición política-económica a la que se quiera hacer referencia, “(...) el derecho al trabajo no se refiere a cualquier tipo de actividad o laboral, sino a aquella que permite la realización de todos los derechos humanos, incluidos los laborales en otros términos, no es suficiente tener un trabajo u ocupación, también es necesario que ese trabajo sea digno”.⁴

En este orden de ideas, puedo mencionar uno de los conceptos que nos otorga el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales el que manifiesta: “El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad”.⁵

Roberto Sanromán Aranda en “El Derecho Laboral” señala que “es un derecho protector de la clase trabajadora, a su vez busca el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo, al garantizar que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia”.⁶

Asimismo desde un punto de vista más legalista, se señala que el derecho al trabajo es aquel conjunto de normas que regula las relaciones entre trabajador y empleador, buscando equilibrar la relación entre ambos.

⁴ **MOLINA HIGUERA, Angélica.** Opus.cit. p. 178.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 18. El derecho al trabajo (artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 1999.

⁶ **SANROMAN ARANDA, Roberto y CRUZ GREGG, María Angélica.** “Derecho Laboral”. Mc Graw Hill/ Interamericana Editores S.A. de C.V., México, 2009, 1ª. Edición, p.19.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De los conceptos anteriormente señalados, se puede resaltar que cada autor impregna algo de su concepción social y política en los conceptos que nos otorgan, pasando de considerar el derecho al trabajo como un derecho fundamental que le corresponde a cada persona, que le es inherente a ella y que permite su libre desarrollo, al que lo considera como aquel derecho cuya finalidad es el de proteger al trabajador de los posibles abusos que pudiera cometer el empleador; y, que el Estado, tiene obligaciones concretas a fin de que el mismo pueda ser efectivizado por cada ser humano de manera adecuada, terminando por aquellos que lo consideran un conjunto de normas jurídicas, no siendo válido afirmar por ello, que solo uno es el correcto y los otros no; sino que, precisamente, la existencia de esta variedad de conceptos, desde diferentes perspectivas, nos permite analizar y comprender la amplitud e importancia que posee este derecho.

Sin embargo si bien es importante la conceptualización de este derecho, eso no quiere decir que el desarrollo y las disposiciones normativas se hayan estancado solo en meras definiciones; sino que, a partir de las mismas, diferentes tribunales se han encargado de otorgarles un desarrollo jurisprudencial para que de esta manera se pueda cumplir con la finalidad del derecho al trabajo.

2. El Derecho al Trabajo en la Constitución del Estado Peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano, la consagración de los derechos laborales a nivel constitucional ha ido siguiendo la tendencia que a nivel mundial se iba presentando. Un primer antecedente de la defensa de los derechos laborales lo constituye la prohibición de la esclavitud contenida en la Constitución de 1860 (artículo 17°), la misma que se mantuvo en la efímera Constitución de 1867(artículo 16°)⁷.

Las constituciones peruanas no recogen artículos relacionados a los derechos laborales, excepto la libertad de trabajo, hasta la Constitución de 1920, que prácticamente coincide con las constituciones sociales: Querétaro y Weimar, la que regula algunos derechos de índole laboral tales como: la libertad de trabajo y la respectiva remuneración por la labor prestada, siendo la ley la encargada de regular el salario mínimo, el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo, introduce también el arbitraje obligatorio cuando se susciten conflictos entre el trabajador y el capital; y, ordenaba que mediante ley se regulen condiciones laborales óptimas, entre otras.⁸

Por su parte la Constitución de 1933 otorga un reconocimiento más amplio a la gama de los derechos laborales, sigue reconociendo la libertad de trabajo, la imposibilidad que mediante contrato de trabajo se puedan renunciar a derechos civiles, políticos y

⁷VIDAL SALAZAR, Michael. "La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Libro Homenaje a Javier Neves Mujica, Editorial Grijly, Lima, 2009, p.85.

⁸PAREJA PAZ-SOLDAN, José. "Historia de las Constituciones Nacionales". Editorial Zenit. Lima, 1994. p 191.

sociales, así como rebajar su dignidad; asimismo obliga al Estado a legislar aspectos que anteriormente no reconocía como el contrato colectivo, los salarios mínimos acorde a las características del trabajador, las condiciones máximas de trabajo y legislar las relaciones laborales y defensa de los trabajadores.

Pese al reconocimiento que ya estaban adquiriendo en nuestro ordenamiento jurídico los derechos laborales, es recién con la Constitución de 1979 que la protección y el contenido que se otorga a los mismos es mucho más amplio, esta constitución contaba con un acápite dedicado a la regulación del Derecho al Trabajo, siendo la constitución que abordó los temas laborales de mejor manera. Una de las principales novedades que trae consigo, es la consagración del derecho a la estabilidad laboral, así como la preferencia que se le otorgó a los pagos de las remuneraciones y beneficios sociales, reconoce el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva, el derecho a huelga, entre otros, establece la obligación estatal de dictar leyes de regulación sobre la higiene y la seguridad en el trabajo, asegurando la salud e integridad física y mental de los trabajadores. Asimismo le otorga a los principios del derecho del trabajo el carácter constitucional. Se trata de la Constitución con mayor contenido laboral que ha existido en la historia del derecho peruano⁹. Así tenemos la siguiente regulación en su artículo 42°:

“El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.

En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. La Ley señala la protección preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso”.

La promulgación de la Constitución de 1993, recortó el catálogo de derechos que la anterior Constitución recogía, eliminando la estabilidad laboral, entre otros, así como, el capítulo propio que tenían los derechos laborales en la Constitución del 1979, incluyendo parte de ellos en el acápite referido a los derechos sociales y económicos.

⁹VIDAL SALAZAR, Michael. Opus cit. p-269.

Consagra además, entre otras cosas, el Derecho al Trabajo como **un derecho y un deber**, otorga protección contra el despido arbitrario, se reconoce la obligación del Estado de otorgar protección especial a la madre, al menor de edad y a la persona con discapacidad que trabaja; consagra la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales e impide desconocer o rebajar la dignidad de las personas, garantiza la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva, regula el derecho a la huelga y reconoce el derecho que tienen los trabajadores a participar en las utilidades de las empresa.

La manera en cómo se ha regulado en la actual Constitución los derechos relacionados al ámbito laboral se debe a la gran reforma laboral llevada a cabo desde 1990; busca saltar las inmersas distancias y vacíos que nos separan con la realidad de un mundo cada vez más integrado y donde, para el desarrollo de todos los peruanos, es imperativo insertarnos en condiciones de competir¹⁰. Siendo que además, válidamente refiere Sanguinetti, revalidando la calidad de persona humana del trabajador, refiriéndose al derecho al trabajo, que “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”¹¹.

3. Contenido Esencial del Derecho al Trabajo

El derecho al trabajo puede ser considerado como una moneda que acuña en una de sus caras **un deber** y en la opuesta **un derecho**, que coexisten pacíficamente para la plena realización de la persona humana. Así tenemos:

- Como un **Deber**: en opinión de Alonso Olea¹², “El deber de trabajar obviamente tiene que ser entendido con carácter relativo, no se puede obligar mediante compulsión o fuerza, ni bajo pena al trabajo, pues ello equivaldría a la implantación de un sistema de trabajo forzoso, no puede configurarse el deber de trabajar como una obligación coercible”; de lo que se puede colegir que el trabajo constituye un deber más no una obligación, si se tiene en cuenta que no existe forma jurídica de sancionar a una persona que no trabaja; caso contrario, tal coerción entraría en abierta contradicción con una de las características del trabajo, la necesaria condición de ser libre. “En conclusión, el trabajo no es un deber jurídico que permita su coercibilidad sino que se trata de un deber moral u obligación social por cuanto en caso contrario se estaría afectando otros derechos fundamentales tales como la libertad. Sin embargo, si bien no existe una obligación jurídica de trabajar, el sistema jurídico y la vida misma presentan ciertas tendencias que favorecen al ciudadano que trabaja. Existe por lo tanto, una coerción real que representa la necesidad de trabajar para obtener los recursos económicos que nos permitan

¹⁰ **MARCENARO FRERS, Ricardo**. “El Trabajo en la Nueva constitución”. Cultural Cuzco, Lima, 1995, p. 269.

¹¹ Véase [http://www.wilfredosanguinetti.es/El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el derecho internacional](http://www.wilfredosanguinetti.es/El_derecho_al_trabajo_y_la_protección_frente_al_despido_en_el_derecho_internacional). Visitado el 31 de julio del 2016.

¹² **ALONSO OLEA, Manuel**. “Derecho del Trabajo en especial del Derecho de Trabajo según la Constitución”. Editorial Civitas. Madrid, 1990. Opus. Cit. p. 44.

subsistir, además de la orientación del sistema jurídico tal como en los servicios de seguridad social”¹³

- Como un **Derecho**: encontramos dos niveles en su contenido; el derecho al trabajo como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada; y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular.

4. Desarrollo Jurisprudencial en el Ámbito Interno

Si bien, es cierto que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado, en el artículo 22°, también es cierto que el contenido de este derecho no se encuentra de manera expresa en el mismo, sino que por el contrario, los llamados a dotar de contenido a dicho derecho son los jueces y en última instancia el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución.

En una primera instancia, el derecho al trabajo era considerado como un derecho programático o de receptividad aplazada, vale decir, un derecho reconocido hoy que, por limitaciones materiales, será exigible recién en el futuro. Sin embargo, el desarrollo constitucional ha logrado que esta percepción del derecho al trabajo varíe y hablemos en la actualidad de un derecho concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía¹⁴.

“El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica (...)”¹⁵

En ese sentido, debo hacer mención en primer lugar, a la sentencia recaída en el **expediente 01124-2001-PA/TC**, referida al proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding S.A, entablada con el objeto de que las últimas se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores afiliados a Fetratel, quienes establecieron un plan de despido masivo. La referida sentencia, en primer lugar, precisa el contenido del derecho

¹³ALONSO OLEA, Manuel. Opus. Cit. p. 44.

¹⁴CAMPOS TORRES, Sara. “Contenidos de los derechos laborales en la Constitución” en “El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria”. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 71-72.

¹⁵Expediente 0628-2001-AA/TC HUANUCO. Caso: Elba Graciela Rojas Huamán Vs Telefónica del Perú S.A.A.

de sindicación y determina que el criterio de afiliación sindical fue el que se usó para aplicar los despidos masivos. Así mismo, analiza los alcances del derecho del trabajo determinando que el contenido esencial del derecho al trabajo, consagrado en el artículo 22° de la Constitución, implica acceder a un puesto de trabajo y no ser despedido sino por causa justa. En segundo lugar y más importante, precisa que la remisión a la ley del artículo 27° de la Norma Suprema no constituye un “mandato abierto” al legislador que le permitiría optar, en última instancia, por una legislación que vacíe de contenido al derecho al trabajo.

Alfredo Villavicencio Ríos acota a este respecto que:

“(…) En efecto, según el Tribunal, como la validez de un desarrollo legal supone el respeto al contenido esencial del derecho objeto de desarrollo, el artículo 34° de la LPCL, al consagrar el despido libre indemnizado, vacía de contenido el derecho al trabajo en el extremo que proscribiera el despido sin causa justa. Si bien el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7°, apartado «d» permite optar por una reparación indemnizatoria, este instrumento internacional debe entenderse como una norma que enuncia derechos mínimos que los ordenamientos jurídicos internos pueden mejorar con mayores niveles de protección. En otras palabras, bajo ningún caso la incorporación de un tratado de derechos humanos al bloque de constitucionalidad puede significar el menoscabo de los derechos reconocidos en la Constitución, principio que es recogido en el mismo Protocolo, en su artículo 4. En virtud de lo expuesto y atendiendo a la imposibilidad de interpretar el artículo 34° de la LPCL de conformidad con la Constitución, el Tribunal inaplicó dicho dispositivo al caso concreto, ordenando la reincorporación a su centro de labores de los trabajadores despedidos y disponiendo que la empresa se abstuviera de seguir con el ejercicio de lo establecido por el artículo 34° respecto de los afiliados a Fetratel que continuaban laborando. Y no podía ser de otro modo, puesto que la forma de protección del amparo: [...] no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional”¹⁶.

¹⁶VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Revista Derecho PUCP, N° 71, 2013 / ISSN 0251-3420. 329-330. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8906/9311>. Consultado el 11 de abril de 2014

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reafirma esta posición a través de la sentencia N° 03052-2009-AA, en la cual establece que:

“(…) el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”¹⁷.

Respecto al fundamento anterior podemos señalar que el Estado tiene la obligación de promover el empleo, siendo ese uno de los contenidos del derecho al trabajo y el trabajador tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo hasta que exista causa justa para su cese, caso contrario se requerirá la adopción de un serie de medidas para que este derecho no se vea vulnerado.

Del mismo modo, en cuanto a la libertad de trabajo, el máximo intérprete de la constitución manifestó:

“Establecida en el inciso 15) del artículo 2º de la Constitución, [la libertad de trabajo] se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad auto determinativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por elloes que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”¹⁸.

Si bien toda persona tiene el derecho de acceder a un puesto de trabajo y el estado de promover el empleo, se debe dejar en claro que es el individuo quien debe elegir si acepta o no el trabajo, es él quien debe elegir en que se va a desempeñar, ya que esto determinará el proyecto de vida del sujeto por lo que no debe ser impuesto por ningún medio. Y cuanto el individuo lo decida puede cesar en su labor y cambiar, siempre

¹⁷Expediente N° 03052-2009-PA/TC. Caso: Yolanda Lara Garay Vs Gobierno Regional del Callao.

¹⁸Expediente N° 0008-2003-AI/TC LIMA. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001.

y cuando sea acorde a las disposiciones pertinentes, ya sea otorgadas públicamente o por el centro de labores donde trabaja.

Asimismo se ha señalado que:

“El segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral. De ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”¹⁹.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO

Debemos iniciar señalando en primer término, que el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades entre un trabajador y un empleador, en virtud del cual, el primero pone a disposición del segundo su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración; y, en segundo lugar, que éste posee como una de sus características, que no se agota en un solo acto sino por el contrario, sus efectos se prolongan en el tiempo, entendiéndosele como un contrato de Tracto Sucesivo; por ello, el tratadista Manuel Alonso Olea²⁰ expresa con toda propiedad que *“El Contrato de Trabajo, es por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración”*.

Ello nos lleva a referirnos a la conexión existente entre el contrato de trabajo y el clásico principio del derecho del trabajo, denominado **Principio de Continuidad o Permanencia**, el cual, en palabras de Américo Plá Rodríguez²¹, “(...) expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”; a grado tal que, dentro de los alcances del mismo y como proyección de su proposición, se encuentra la resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal, llegando a considerarse al Despido como un elemento que contraviene la generalizada concepción de que la relación de trabajo sólo debe tener término cuando desaparezcan los motivos propios que dieron origen a la misma. Al respecto, señala Almansa Pastor²².

¹⁹Expediente N° 03052-2009-PA/TC. Caso: Yolanda Lara Garay Vs Gobierno Regional del Callao.

²⁰**ALONSO OLEA, Manuel**. “Derecho del Trabajo”. Citado por: **PLA RODRIGUEZ, Américo**. “Los Principios del Derecho del Trabajo” . Ediciones Depalma. (2ª ed. Actualizada) Buenos Aires:, 1978, p.154

²¹**PLÁ RODRÍGUEZ, Américo**, op.cit., p. 152.

²²**ALMANSA PASTOR, José**. “El Despido Nulo”. Citado por: **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**, op.cit.,172.

III. EL DESPIDO

Para mencionar alguna de las muchas definiciones podemos citar al Dr. Mario Pasco Cosmópolis²³, quien expresa que “(...) despido en sentido propio es un acto unilateral y recepticio: Unilateral porque consiste en acción de una sola de las partes –el empleador-, autorizada por ley para poner término al contrato; recepticio porque el acto se completa con la recepción –la simple recepción, sin que se requiera aquiescencia- de la comunicación respectiva por el trabajador. El despido –acto unilateral- puede tener una causa objetiva o una simple motivación subjetiva. Cuando esa causa es una falta grave del trabajador, el despido asume carácter de sanción, naturaleza disciplinaria”²⁴. Por su parte y en esta misma línea de pensamiento, Alonso Olea lo describe como “(...)la resolución del contrato de trabajo por voluntad del empresario”, sin dejar de mencionar la definición de Alonso García quien se refiere al despido como “(...)el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo”.

Para efectos del presente trabajo nos centraremos principalmente en el despido entendido en su contenido **esencial**; esto es, **la voluntad unilateral del empleador** de dar por **finalizada la relación laboral**, basada en la existencia o no de motivos justificatorios, lo cual solo tendrá relevancia para identificar y determinar las consecuencias válidas o inválidas del ejercicio de dicha potestad y que será estudiada detalladamente.

1. Características del Despido

El despido presenta determinadas características que lo diferencian de cualquier otra forma de extinción de la relación de trabajo, y que bajo las especificaciones de Alfredo Montoya Melgar²⁵, son las siguientes:

- a) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- b) Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- c) Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.
- d) Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato.

²³ **IBIDEM**, p, 246-248

²⁴ **PASCO CSMÓPOLIS, Mario**. “Extinción de la relación Laboral en el Perú”. En: Aa.Vv.PLARODRIGUEZ, Américo y otros (Coordinación de Mario Pasco Cosmópolis). La Extinción de la Relación Laboral. Lima: Aele Editorial, 1987, p. 245-248.

²⁵ **MONTOYA MELGAR, Alfredo**. Citado por: **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**. op.cit., pp.47-48.

2. Modalidades del Despido

- a) **Despido Directo:** para describir esta modalidad de despido, podemos indicar que es aquél cese que tiene su origen en la iniciativa y decisión del empleador, en su condición de parte predominante y poderosa de la relación laboral y que no contempla teóricamente, ni la necesidad de la existencia de una causa determinada, por lo que se le identifica como el Despido propiamente dicho, dentro del cual se encuentran: el despido injustificado, nulo, incausado y fraudulento.
- b) **Despido Indirecto:** teniendo en cuenta lo antes expuesto, ante el incumplimiento de alguno de sus deberes por parte del empleador, de tal índole y gravedad que haga insostenible la relación de trabajo por culpa del empleador; el trabajador se encuentra facultado por ley y previo el procedimiento establecido, a dar término a la relación laboral por falta del empleador.

El despido por ser una decisión unilateral del empleador debe ser aplicada estricta y escrupulosa dentro de los parámetros señalados por ley, a fin de que el despido se constituya en una sanción justa, proporcional y racional por parte del empleador, ante la existencia de hechos configurantes de las faltas graves establecidas en la normatividad vigente y referidas precedentemente, situación que se ve trastocada ante decisiones del empleador que se apartan de tales cánones, tornando el mismo en injustificado, arbitrario, fraudulento, incausado y despido indirecto, con las diferentes consecuencias jurídicas y económicas que le corresponde asumir al empleador ante tales eventualidades; las mismas que, de una manera esquemática, en función de los tipos de despidos y sus consecuencias jurídicas, se pueden resumir conforme al siguiente cuadro:

Tabla 1: Tipos de Despido y sus Consecuencias Jurídicas

TIPO DESPIDO	DE ORIGEN	CONSECUENCIA JURIDICA NORMATIVA	CONCECUENCIA JURIDICA ALTERNATIVA A ELECCIÓN
INJUSTIFICADO	LEGAL	INDEMNIZACIÓN	
NULO	LEGAL	REPOSICIÓN	INDEMNIZACIÓN
INDIRECTO	LEGAL	INDEMNIZACIÓN	
ARBITRARIO	LEGAL	REPOSICIÓN	INDEMNIZACIÓN
INCAUSADO	JURISPRUDENCIAL	REPOSICIÓN	INDEMNIZACIÓN
FRAUDULENTO	JURISPRUDENCIAL	REPOSICIÓN	INDEMNIZACIÓN

Tómese nota del cuadro precedente, que todos los tipos de despido pueden finalmente, unos por mandato legal y en otros casos por decisión de propio trabajador en

la correspondencia de una indemnización tarifada; por lo que a fin de aproximarnos a la tesis planteada, verifiquemos previamente cuál es la naturaleza de esta indemnización; y, a partir de ella, analizar si recibida la misma permite obtener otro resarcimiento por afectación al derecho al trabajo.

IV. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

Como punto de referencia, podemos partir ubicándonos en el Convenio N°158 de la OIT; el cual, si bien es cierto no ha sido ratificado por nuestro país, constituye una importante Recomendación para que la legislación de los países puedan reconocer la estabilidad de salida, absoluta (reposición) o relativa (indemnización). Aunado a ello, el acápite 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos y Culturales, ratificado por el Perú, en forma explícita prevé que en el caso de despido injustificado, el trabajador debe tener derecho a la reposición, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la legislación.

Y es en virtud de ello, que nuestra norma laboral desarrolla legislativamente el derecho a su percepción en el artículo 34²⁶ del D.S. N° 003-97-TR, T.U.O del D. Leg. 728; mientras que define su *quantum* mediante el 38²⁷ del mismo cuerpo normativo, de cuya lectura concordada, la conclusión resulta obvia: en el ordenamiento legal peruano, en materia laboral, **la indemnización por despido arbitrario es tarifada.**

1. Concepto

En un sentido genérico, indemnización deriva del verbo indemnizar que proviene del latín compuesto por el prefijo *in-* que significa negación de una acción, la palabra *damnum* que significa daño y el sufijo *-izare* que significa “convertir en” por lo tanto la palabra se refiere a **la anulación del daño causado.**

En sentido estricto, debe entenderse que la **indemnización** es un **remedio, una compensación, de origen legal**, que concurre como consecuencia prevista, anteladamente, frente a la existencia de una contingencia determinada por el ordenamiento jurídico. Y como he referido en el acápite precedente, en nuestro

²⁶ **Artículo 34°.-** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandarse simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

²⁷ **Artículo 38.-** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y mediaordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

ordenamiento laboral, la indemnización que corresponde percibir al trabajador por un despido arbitrario, es únicamente, la tarifada; por lo que resulta indispensable desentrañar su naturaleza jurídica, para así, poder entender la función que ésta cumple frente a la afectación al derecho al trabajo; y, establecer, en capítulos siguientes, su incuestionable diferencia con el **resarcimiento** nacido de la inejecución de obligaciones contractuales o más comúnmente denominada responsabilidad civil.

V. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO LEGAL VIGENTE.

Ya hemos señalado en acápites precedentes que, en nuestra legislación vigente, la consecuencia jurídica de un despido injustificado o arbitrario prevista por ley, se encuentra estipulada en el artículo 34° del T.U.O. del D.S. N°003-97-T.R., estableciéndose una indemnización tarifada como única reparación por el daño sufrido.

De ello podemos advertir, en forma inequívoca, que el legislador utilizó criterios objetivos para su formulación cuantitativa, cuyo basamento reposa en la antigüedad en el servicio y el monto remunerativo percibido por el trabajador a su cese, sin que pueda tener algún tipo de injerencia en la modulación de su quantum, la gravedad o consecuencias gravosas, que en mayor o menor medida, pueda ocasionar el despido, de manera particular y diferenciada, en cada trabajador.

Y es que, si ahondamos en la naturaleza particular de la indemnización por despido, podemos advertir que ésta actúa, de un lado, como una **sanción** al empleador que ha incumplido su obligación de cesar al trabajador basándose, necesariamente, en una causa debidamente comprobada y el procedimiento previamente establecida en la ley; en concordancia con la garantía constitucional de una adecuada protección contra el despido arbitrario, contenida en el artículo 27° de la Constitución Política del Estado. Empero, por otro lado, la indemnización constituye, una forma de **reparación** aceptada por nuestro ordenamiento judicial ante la lesión de un derecho constitucionalmente reconocido: **el derecho al trabajo**.

En tal sentido, puedo afirmar con validez, que la indemnización por despido cubre todos los aspectos relacionados con la afectación al **derecho al trabajo**, sin poder argumentar una lesión mayor de otra naturaleza u otras esferas relacionadas con el mismo derecho, pues la ley ha decidido, previamente, cuál es la fórmula económica que considera adecuada para logra una equivalencia ante la **lesión** de este derecho, imponiendo para ello como única compensación: una **indemnización tarifada**, en síntesis, ha establecido a través de ésta, el **justiprecio** por la pérdida injustificada e ilegal del empleo que sufre un trabajador.

Si tenemos en cuenta lo antes expuesto y el hecho innegable que los trabajadores injustificadamente cesados no se sienten económicamente satisfecho con el abono solo es esta indemnización tarifada, sino que aducen en forma uniforme y reiterada

la existencia de mayores daños que los que consideramos podrían ser compensados con su pago, nos viene a la mente esta pregunta ¿es factible que el trabajador pueda solicitar una indemnización adicional dentro del campo de la responsabilidad contractual como resarcimiento por daños adicionales por la esta pérdida del derecho al trabajo? La respuesta es **NO**.

La razón que justifica mi respuesta en sentido negativo, está basada, esencialmente, en la naturaleza y función que posee la indemnización, la cual constituye una figura jurídica totalmente disímil al resarcimiento, siendo que este último, emana de la inejecución de obligaciones; aunque muchas veces y de manera equívoca, han sido usados como si fueran sinónimos, creando confusión y alentando falsas expectativas de mayores derechos económicos por un mismo derecho lesionado.

En este sentido Isola²⁸ señala, que la indemnización tarifada, solo constituye una respuesta ideada por la sociedad para evitar la desocupación de los trabajadores, en armonía con la facultad que necesitaban los empleadores, en la organización y dinámica empresarial, de resolver los contratos a tiempo indeterminado, sin sufrir las consecuencias del "régimen de responsabilidad civil", regulado por el derecho civil. De esta forma, siguiendo con la apreciación del citado autor, se lograba una indemnización "tarifada, mínima, segura y común" que responde más al problema social que al individual, distinguiéndose, por esta ultima característica, de la indemnización integral del derecho común que es de índole estrictamente individual.

VI. EL TRABAJADOR COMO PERSONA HUMANA.

El contrato de trabajo es el acto jurídico celebrado entre un empleador y un trabajador por el cual este último pone a disposición del primero su fuerza de trabajo, a cambio de una remuneración, bajo condiciones de subordinación, como he indicado precedentemente, en el cual los sujetos intervinientes de un lado el **empleador** puede ser una persona natural o jurídica (en cualquiera de sus formas societarias), mientras que el **trabajador** puede ser, únicamente, una **persona natural**. Esto tiene un fundamento básico, se contrata a una persona para el desarrollo de labores *intuito personae*; y, por ende, una persona determinada en consideración a sus cualidades y capacidades personales y profesionales que son objeto precisamente de esa contratación, no pudiendo ser sustituida por otra, en la misma relación laboral.

En tal sentido, el trabajador como persona natural y por ende persona humana, ingresa a una relación de trabajo investido de tal condición y de sus derechos fundamentales que, los cuales no pueden ser desconocidos ni perder su vigencia al subordinarse al empleador, pues precisamente éstos, constituyen un límite a su poder, al igual que las normas de orden público y las buenas costumbres. Sin embargo,

²⁸ **ISOLA, Juan José.** " *La indemnización tarifada y la reparación integral en el contrato de Trabajo*". Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1978. p.23.

esta obligación jurídica de la más alta jerarquía, no siempre resulta fácilmente aceptada por el empleador, que bajo el manto de sus propios intereses, sobre todo económicos, trata de yuxtaponer: sus facultades discrecionales, poder de dirección, poder de fiscalización, ius variandi, poder disciplinario y sancionador, sobre los derechos no solo laborales específicos sino además los fundamentales del trabajador en su condición de persona humana, produciéndose una colisión que resiente el ordenamiento jurídico; y sobre todo, la dignidad del trabajador, por lo que corresponde estudiar de qué manera el ordenamiento jurídico garantiza los derechos fundamentales del trabajador.

1. Derechos Laborales del Trabajador

Tomando como base la clasificación formulada por Manuel Carlos Palomeque López²⁹, se puede mencionar a los llamados **derechos específicos** y a los **derechos inespecíficos**.

1.1 Derechos específicos: identificando estos como aquéllos que se reconocen a los sujetos del derecho del trabajo, tanto en el plano individual como colectivo. En el Perú, se encuentran previstos en la Constitución Política pero también y, principalmente, en numerosas normas de rango legal; entre ellos podemos mencionar:

- Derecho a condiciones dignas y equitativas de labor
- Derecho a una jornada máxima de trabajo
- Derecho a la participación en las utilidades
- Derecho a la estabilidad laboral
- Derecho a la libertad sindical
- Derecho a la negociación colectiva
- Derecho a la huelga
- Derecho a una remuneración mínima vital
- Derecho a una protección adecuada contra el despido adecuado
- Derecho al descanso semanal y anual remunerado
- Derecho a la compensación por tiempo de servicios
- Derecho a las gratificaciones legales
- Derecho a la asignación familiar
- Derecho al descanso por pre y post natal
- Derecho a la seguridad social
- Derecho a la protección del trabajo infantil

1.2 Derechos Inespecíficos: son los que han sido reconocidos a todos los habitantes, sin distinción de su posición jurídica sino simplemente por ser personas (físicas o jurídicas). Se puede decir de ellos también, que son todos los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, que una relación laboral no puede inaplicar. Entre ellos podemos mencionar:

- Derecho a la igualdad

²⁹ **PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA.** "Derecho del trabajo". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003.

- Derecho al honor
- Derecho a la ocupación efectiva
- Derecho a la intimidad
- Derecho a la propia imagen
- Derecho a la libertad religiosa
- Derecho a no ser discriminado
- Derecho a la libertad de expresión
- Derecho de formar una familia
- Derecho a la libertad de comunicación
- Derecho al secreto de las comunicaciones
- Derecho a la salud e integridad física
- Derecho a la defensa
- Derecho a la presunción de inocencia
- Entre otros

Bajo lo expuesto precedentemente, qué duda cabe que el trabajador requiere a lo largo de su vida dentro de la relación laboral, de la necesidad de hacer imperar la eficacia horizontal de sus derechos fundamentales, si hacemos un parangón entre lo que sucede con el estado que ostenta el *ius imperium* y el empleador que ejerce el poder de dirección y el *ius variandi*, respecto del trabajador, por lo que ello nos lleva a buscar formas más perfectas de protección de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, que permitan a los trabajadores el pleno goce de ellos, y con ello no solo a los derechos de contenido laboral, sino también a aquellos derechos inespecíficos referidos en los puntos desarrollados.

Sin embargo, ante la vastedad de estos derechos inespecíficos y la posibilidad de ser mellados con diferentes actos del empleador, el propósito de este trabajo, se circunscribe a un solo aspecto del poder de dirección del empleador, esto es, su facultad sancionadora, en los actos que revisten gravedad tal que han sido calificados por la propia normatividad como causas de extinción de la relación laboral: **EL DESPIDO**; facultad que, sin embargo, es en muchos casos indebida o ilegalmente utilizada, incurriendo en un **DESPIDO INJUSTIFICADO**.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, constituye entonces necesario, apreciar el mismo en su verdadera dimensión, hasta arribar a la afirmación irrefutable de que el despido constituye un hecho pluriofensivo; y, como tal, produce afectación no solo del derecho al trabajo como consecuencia inmediata y natural del mismo; sino que además, puede comprometer seriamente derechos inespecíficos del trabajador, debiéndose determinar con precisión y rigurosidad jurídica, si el empleador responde por estos últimos daños; y, de ser así, de qué forma debe de hacerlo si tenemos en cuenta que no podemos concebir un espacio jurídico en el que se permita la indiferencia por la reparación de la lesión integral de derechos inespecíficos, ya sea en el orden material o inmaterial.

Para resolver esta situación, el derecho del trabajo no resulta suficientes para acudir, con sus propias instituciones, a dar solución a ello, pues como consecuencia jurídica aplicable al caso solo ha previsto la indemnización tarifada, que por su naturales,

no se corresponde con la formal legal que ha previsto el ordenamiento jurídico en caso de un resarcimiento económico por un daño que requiere, para su determinación, de un espacio de valoración cuantitativa y cualitativa; por lo que debemos de recurrir, necesariamente, a las normas contenidas en la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual).

VII. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

En el capítulo anterior hemos desarrollado los diferentes tipos de despidos que se presentan en función del cumplimiento o no de las formalidades exigidas por la ley en su procedimiento, contempladas en los artículos 31° y 32° del Decreto Supremo N° 003-97-T.R.³⁰, así como en virtud de las causales imputadas al trabajador; y sobre todo, en atención a la trascendencia de los derechos afectados al tornarse esta extrema sanción, injustificada o nula.

Sin embargo, como he referido, el trabajador considera que la lesión a su derecho al trabajo, le generan afectaciones que no considera suficientemente compensados con el cobro de la indemnización tarifada que le abonan por su despido. Y es que las afecciones materiales y económicas; así como, las aflicciones personales e inmateriales, que pueden sintetizarse en las producciones de daños (materiales e inmateriales) al trabajador, no se encuentran amparados por la norma laboral, contemplada en el artículo 38° D.S. Nro. 003-97-TR³¹ y es que tampoco tendría por qué estarlo, si se tiene presente

³⁰ **Artículo 31°:** El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonablemente tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causas relacionadas con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32°, debe observarse el principio de inmediatez.

Artículo 32°: El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

³¹ **Artículo 38°:** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonarán por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

la función que cumple jurídicamente la indemnización, la cual difiere enormemente del resarcimiento, ya que en éste último sí corresponde una reparación integral de los efectos adicionales causados por el despido, si se tiene en cuenta que éste no solo ocasiona la finalización anticipada de la relación laboral, la misma que debió permanecer hasta la finalización del plazo establecido (en caso de un contrato modal) o hasta que cesen las causas que dieron origen a la prestación de trabajo (en caso de un contrato a tiempo indeterminado), contraviniendo abiertamente no solo el **Principio de continuidad**, sino que además, admitir solo una indemnización tasada como consecuencia única para el empleador, constituye la realización de una interpretación restrictiva de los derechos contenidos en los artículos 22° y 27° de la Constitución Política del Perú³², teniendo en cuenta la doble dimensión del trabajo como derecho y deber del trabajador y el otorgamiento por ello, de adecuada protección contra el despido arbitrario; en tal sentido cabe preguntarse ¿cuál esa adecuada protección? ¿una indemnización tasada se constituye en adecuada y sobre todo en suficiente? ¿qué aspectos del daño cubre una indemnización de esta naturaleza?

Teniendo en cuenta que el despido injustificado o ilegal, tiene su origen en el incumplimiento injustificado, por parte del empleador, de sus obligaciones legales laborales, ello constituye en otras palabras, la inejecución de sus obligaciones contractuales, por lo que correspondería correlacionarle las consecuencias propias de la responsabilidad contractual, luego obviamente de hacer la verificación de los elementos de tipicidad, nexo causal, factores de atribución y daños, independientemente del pago de la indemnización prevista en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; solo así, estimo que, se verá el trabajador adecuadamente reparado en forma integral por la afectación causada por el empleador, siempre y cuando, este resarcimiento esté orientado a los daños ocasionados efectivamente por el despido, pero lesionando derechos distintos al derecho del trabajo, cumpliéndose el mandato constitucional de una adecuada protección contra el despido arbitrario en su máxima expresión.

VIII. Diferencia entre Indemnización y Resarcimiento

Habiendo abordado la naturaleza jurídica de la indemnización y la del daño, corresponde ahora dejar claramente establecida la diferencia existente entre uno concepto, a partir de lo cual será más fácilmente comprender la dimensión de la indemnización tarifada prevista ante la lesión al derecho al trabajo; y, la posibilidad o no, de percibir un resarcimiento proveniente de una indemnización civil.

³² **Artículo 22°:** El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°: La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Para cumplir esta finalidad voy a reproducir el marco teórico, de la Tesis de Héctor Augusto Campos García³³; quien realiza un excelente análisis comparativo de ambas instituciones en función de diferentes criterios, a saber: (a) orden funcional, (b) estructural y (c) consecuencial.

“(a) Orden funcional: Las instituciones analizadas (indemnización y resarcimiento) sirven para finalidades distintas. La indemnización sirve para eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro, con lo que no es más que una compensación genérica; cumpliendo con ello una función «reequilibradora o reintegradora». Mientras que, el resarcimiento cumple una doble función. La primera, desde la perspectiva del agente emisor de la voluntad (el que genera el daño), cumple una función de reconstitución (o restauración) del patrimonio del lesionado.

La segunda, desde la perspectiva de la víctima del daño, en sentido amplio, el restablecimiento de una situación perjudicada, por equivalente o en forma específica¹⁴, es decir, mantener el statu quo previo a la ocurrencia del daño.

(b) Orden estructural: Esta diferenciación se da bajo tres ideas centrales:

1) Tienen fundamentos distintos. La indemnización no es una reacción inmediata al daño, el resarcimiento, sí lo es; ya que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil y éste de la obligación resarcitoria.

2) Punto de origen distinto. La indemnización u obligación indemnizatoria tiene como origen a la norma jurídica (supuesto de hecho); a diferencia del resarcimiento u obligación resarcitoria, en un hecho aquiliano.

3) Los criterios para tener en cuenta la procedencia o no de cada remedio es distinto. En la indemnización se recurre a la equidad,

³³ Tesis para obtener el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú: "La Responsabilidad Civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasione su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano" de CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. Sustentada el 12 de abril de 2012, con mención "Sobresaliente", ante: Hugo Forno Flores (Presidente), Leysser León Hilario (Crítico) y Giovanni Priori Posada (Asesor), citada por **Renzo Salvatore Monroy Pino**, en *"Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el "Resarcimiento" e "Indemnización". A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral"*.
En:file:///G:/Responsabilidad%20Civil/Indemnización%20y%20Resarcimiento%20Viendo%20mas%20alla,%20de%20la%20indemnización%20laboral%20-%20Renzo%20Monroy%202019.10.16.pdf (visitado el 2 de diciembre del 216)

mientras que en el resarcimiento se recurre al criterio de imputación (subjetivo u objetivo), para que con el análisis del resarcimiento se le impute un daño a un sujeto.

Estos tres criterios, indican que para establecer una obligación indemnizatoria, no se atiende a los elementos de la responsabilidad civil, aún en ausencia de ellos (daño –daño evento y daño consecuencia-, relación de causalidad y criterio de imputación), de igual modo surgiría esta.

(c) Orden Consecuencial: Este orden atiende a un doble aspecto:

1) A la cuantía de la suma de dinero: En el caso de una obligación indemnizatoria, prescinde de la adecuación al daño, e inclusive puede ser menor al daño (de ser el caso que exista); mientras que en el caso de la obligación resarcitoria la cuantía es en razón, exclusivamente, del daño.

2) Al diferente alcance de los remedios aplicables en función a si estamos frente a un supuesto generador de indemnización o resarcimiento: Cuando estamos frente a una obligación indemnizatoria solo cabe una compensación dineraria por equivalente; mientras que, cuando estamos frente a una obligación resarcitoria, su objeto (reparación del daño) puede consistir en un resarcimiento (que establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido –reparación por equivalente-) o una «reintegración en forma específica» (que es aquella que crea una situación «materialmente» correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, aunque nunca se cancele el daño del mundo de los hechos)”

IX. ¿COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO EN CASO DE DESPIDO ARBITRARIO?

Como ya he referido a lo largo del presente artículo, producido el despido injustificado o arbitrario de un trabajador, el artículo 38º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha previsto como única consecuencia, el pago por parte del empleador de una indemnización equivalente a un sueldo y medio por cada año de servicios, con un tope de 12 remuneraciones ordinarias, cuyos meses y días deben ser considerados en forma proporcional.

Sin embargo, conforme lo indicáramos en las consideraciones preliminares, se entiende que constituye la única consecuencia legal ante el incumplimiento de la

obligación del empleador de despedir basado en una causa justa de despido, excluyendo la posibilidad de exigirse adicionalmente una indemnización por daños y perjuicios por el mismo hecho; por lo que debemos responder a donde va dirigida la indemnización tasada prevista por ley; y si ésta, cubre aspectos del daño en su fase inmaterial o no patrimonial por efecto del despido. Así, en este sentido, Vásquez Vialard sostiene que:

“La circunstancia de que la Ley ha establecido una indemnización tarifada, ha llevado a la mayoría de la doctrina a interpretar que la totalidad de los daños provocados por la rescisión incausada del contrato de trabajo declarada por el empleador, quedan cubiertos con la percepción de aquélla”³⁴ Sin embargo, este autor también prevé circunstancia en las que sí resulta posible el otorgamiento de una indemnización adicional.”

En tal sentido, deben considerarse criterios de distinta naturaleza para determinar la posibilidad de su referencia y tránsito por una indemnización adicional que cubra el daño moral no cubierto por una indemnización tarifada, dentro de los cuales deben conceptualizarse la existencia o no de una estabilidad absoluta o relativa, así como en cada caso, si se acreditan consecuencias extraordinarias que exceden de la que ordinariamente ocasionan propiamente el despido y que precisamente se relacionan con la afectación a los derechos fundamentales del trabajador; por lo que a estos efectos, presentaré las diferentes corrientes en favor y en contra de una compatibilidad entre la indemnización tarifada y el resarcimiento civil como consecuencia del despido arbitrario.

1. Teoría Negatoria

Esta teoría niega la reparación extra tarifada del daño moral, la postura más representativa de ella la encontramos en Mario L. Deveali³⁵, quien considera que establecida por ley una indemnización fija, ella jamás debía contemplar el mayor daño moral resultante por el despido (por abarcar obviamente el daño moral), cerrándose la posibilidad de una reparación adicional por este concepto. Por su parte Ernesto Krotoschin, en este mismo sentido indica: “Debe advertirse también que al admitir la reparación, por separado, del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias”³⁶

2. Teoría Híbrida

³⁴ **VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO.** “La responsabilidad en el derecho del trabajo”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988, p. 703

³⁵ **Deveali, Mario L.** “Indemnización por despido y facultades judiciales. DT. 1948, p. 26.

³⁶ **Krotoschin.** “Dos planteos distintos relativos al daño moral”, citado por Ernesto E. Martorell “Indemnización del daño moral por despido”. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1994, p.146.

Tiene como principal defensor al autor argentino Horacio de la Fuente³⁷, quien entiende que la tarifa legal no es un mínimo provisorio susceptible de ser incrementado en función de la conducta del empleador, sino el único resarcimiento que le corresponde percibir al trabajador como consecuencia del distrato, conforme lo dispone la ley; siendo que admitir lo contrario implicaría desvirtuar el régimen legal, asentado sobre la indemnizaciones rígidas que se aplican objetivamente a todas las situaciones en que medie un despido arbitrario. Agrega a ello que el despido incausado se presenta como el único incumplimiento en que incurre el empleador al concluir la vinculación; en ese caso, la única consecuencia desfavorable que deberá afrontar como producto de su ilícito será el pago de la tarifa legal, sea cual fuere el daño ocasionado al trabajador por la pérdida del empleo; sin embargo, cuando el despido aparece rodeado de actos ilícitos o incumplimientos contractuales, que pese a tener conexión con aquel, son distintos e independientes, por ello si se aceptara solo la indemnización tasada, quedarían impunes diversas inejecuciones obligacionales conexas al despido e incumplimientos de deberes de conducta, los cuales pueden ser considerados actos ilícitos *strictu sensu*. Por ello dicho autor considera necesario hacer una distinción entre el acto extintivo puro (entiéndase por el al despido), en cuyo caso sus consecuencias son íntegramente cubiertas por la tarifa legal, de los otros incumplimientos, en cuyo último caso le corresponden las consecuencias del régimen contractual o extra contractual de responsabilidad civil, según sea la esfera en que ocurrieran.

3. Teoría de la aceptación

Sostiene que las indemnizaciones tarifadas que señala la normatividad laboral, no cubren los daños extramatrimoniales que pudiere sufrir el trabajador como consecuencia del despido arbitrario, sino únicamente los daños materiales o patrimoniales. Esta teoría defendida por autores argentinos tales como Gabriel Binstein y Guillermo Gil Navarro se basa en el principio de la “sanción ejemplar”, en el sentido que la función de la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, dado que sería inmoral sostener que el lesionado se consuela del atentado, con la indemnización percibida del autor del ilícito³⁸.

4. Teoría de daños extra contractuales

Cuyo principal exponente lo encontramos en Antonio Vázquez Vialard³⁹, quien sostiene que el pago de indemnización tarifada no es obstáculo para el reclamo de otras que sean debidas por título jurídico, pero su naturaleza no será contractual sino extracontractual, en casos tales como el daño moral provocado por la imputación falsa de un hecho delictivo, o por la difusión de la causa de la resolución contractual en los

³⁷ **De la Fuente, Horacio.** "Indemnizaciones tarifadas y extinción del contrato de trabajo". Buenos Aires, 1978. pp. 516 y ss.

³⁸ **Martorell, Ernesto E.** "*Indemnización del daño moral por Despido*". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1994. p.41-42

³⁹ **Vázquez Vialard, Antonio.** "*Derecho del Trabajo y seguridad social*". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979. p.395

ámbitos en los que el trabajador se desenvuelve en todos aquellos ilícitos que le provoquen un daño extra. Agrega este autor que, cuando el empleador ejerce su facultad de rescindir arbitrariamente la relación contractual, lo que es una actuación permitida, se ve penalizada por el pago de la tarifa legal, la que cubre íntegramente los daños que tal proceder patronal causa al trabajador; sin embargo cuando se da un “despido abusivo”, se da un “exceso de actuación” en el proceder del empleador, el que causa un daño que no se justifica, y que –como consecuencia “anormal” del despido- no se encuentra cubierto por la indemnización de cesantía, generando, en consecuencia, una reparación accesoría que subsana el daño “extra” causado; sin embargo, esta última violación constituye un caso de ilícito extracontractual ya que su relación con el contrato es solo externa, “no hay más que una coincidencia en el tiempo”.

5. Teoría de la procedencia por ruptura Abusiva del Contrato de Trabajo

Ernesto Martorell⁴⁰, señala que cuando la conducta patronal es irrazonable generalmente estamos frente a un “ejercicio abusivo” de los derechos concedidos por la ley, el que escapa a la cobertura tarifada, atentando contra el principio de la buena fe, si se tiene en cuenta que dentro del ámbito del derecho laboral, éste actúa como “standard” que determina la predicción de las conductas humanas razonables, en cuanto han sido pautadas por el sistema social. Señala que la indemnización tarifada comprende todos los daños originados por el despido incausado, ello funciona como norma que debe reconocer una excepción. Teniendo en cuenta que la tarifa legal es la consecuencia negativa de una conducta antijurídica (despido arbitrario), entiende que al producirse el “despido abusivo” de un trabajador, nace un ilícito generador de un daño adicional que no encuentra cobertura dentro del ordenamiento laboral, razón por la cual es lógico deducir que demostrados los daños accesorios causados, se deberá una reparación “extra”.

6. Teoría de la excepcionalidad

Esta es mi propuesta, la cual se encuadra dentro de las teorías híbridas; es decir, que parte de la idea que la indemnización civil adicional a la tarifada es procedente, pero solo bajo determinadas condiciones, que paso a exponer:

a) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Cuando el **artículo 34°** del Decreto Supremo 003-97-T.R., T.U.O del D. Leg. N° 728, estipula que "Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido", debe entenderse, sin lugar a duda, que este pago constituye la única indemnización por la pérdida o lesión al derecho del trabajo.

b) Indemnización y resarcimiento: Lo antes expuesto tiene su base teórica en la naturaleza jurídica de la indemnización, teniendo en consideración que ésta se diferencia en función a criterios de orden funcional, estructural y consecuencial, como

⁴⁰ **Martorell, Ernesto E.** Ob. cit. p.172-173

hemos tratado, en extenso, en el apartado 3.4, los cuales resumiendo para este efecto: **indemnización** es una compensación genérica que no se produce en forma automática sino a través de la norma jurídica, en el que se recurre la equidad en la que se prescinde de la adecuación al daño, pudiendo ser menor al mismo. Por el contrario, en el **resarcimiento**, cumple la función de restaurar el patrimonio del lesionado como reacción inmediata al daño, ya que éste es un presupuesto de la responsabilidad civil, pues parte de un hecho aquiliano, con criterio de la imputación subjetiva; considerando para su cuantificación una suma equivalente para devolver al sujeto lesionado, una situación material correspondiente a la que había antes de producirse el daño.

c) Indemnización tarifada, única reparación: Bajo esta perspectiva, al haber optado la norma por una indemnización tarifada, debemos entender que con su pago, calculado bajo el criterio de la antigüedad del trabajador, la ley ha considerado cubiertos todos los aspectos previstos y no previstos por la afectación del derecho al trabajo, aún incluso, cuando no hubiera ningún perjuicio de por medio, es una sanción legal pre establecida a la conducta antijurídica del empleador, que no se basa en criterios subjetivos, ni el daño producido, ni el restablecimiento del status quo previo al despido; por lo que resulta válido afirmar que es la única reparación económica ante un despido arbitrario, resultando incompatible la solicitud de un resarcimiento adicional (indemnización civil) por el mismo daño, es decir la lesión al derecho del trabajo.

d) Excepcionalidad: Sin embargo, es a todas luces innegable e incontrovertible que el despido es un hecho pluriofensivo; pues al producirse éste como efecto de la ilegal decisión del empleador, pueden verse lesionados otros derechos de naturaleza distinta al derecho al trabajo, pero solo serán resarcidos en forma adicional e independiente a la indemnización tarifada, cuando los derechos lesionados son de tal índole y especialísimo reconocimiento jurídico, que han merecido reconocimiento de derechos fundamentales; y sin embargo, conviven pacíficamente dentro de la relación laboral; estos son los denominados derechos inespecíficos (Derechos a la vida, a la dignidad, a la salud física y moral, al honor, a la buena reputación, a la igualdad, la reserva de sus comunicaciones, al derecho a la seguridad social, a la jubilación, entre otros.), caso contrario, un daño menor, debe entenderse comprendido dentro de la indemnización tarifada.

e) Responsabilidad Contractual: En correlato a lo expuesto precedentemente, queda planamente explicado el por qué la indemnización tarifada dispuesta por el artículo 34° de la LPCL no se encuentra prevista para compensar económicamente al actor por estos daños adicionales a la lesión del derecho del trabajo; por lo que apelando a lo establecido en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú: "(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", el trabajador queda legalmente habilitado para ejercer su derecho de acción en busca de un resarcimiento por estos últimas afectaciones, como resultado de un mismo hecho: el despido.

Para ello corresponderá solicitar una indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones dentro del ámbito de la **responsabilidad Contractual**, partiendo del hecho evidente de que entre ambas partes: empleador y trabajador ha existido un vínculo jurídico previo, conocido como contrato de trabajo, cuya extinción se ha dado fuera del contexto de las causas justas de despido, constituyendo las afectaciones a su término, derivados de las prestaciones cumplidas por el trabajador e incumplidas por el empleador.

f) Abuso del derecho: A este respecto, autores ya referidos como Gamonal y Martorell, basan sus hipótesis, fundamentalmente, en la teoría del ejercicio abusivo del derecho, que para el caso que nos ocupa, el empleador se extralimita en el derecho que le franquea la ley, por cuanto constituye una atribución del mismo extinguir la relación laboral, que basadas en la inobservancia de las causas justas previstas por ley, este ejercicio se convierte en abusivo por cuanto viola esencialmente el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

De ello, nótese que en el abuso del derecho, el reproche jurídico recae únicamente en la menor o mayor gravedad de la conducta desarrollada por el empleador, la cual graduará la consecuencia que éste deberá asumir, por ello cuando solo constituye una inobservancia legal y no una actuación dolosa y/o desleal, aquella se encontrará inmersa dentro de la indemnización tarifada.

Considero que esta postura es totalmente errónea, teniendo en cuenta que si lo que el actor busca es un resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad contractual, resulta irrelevante la conducta del empleador en sí misma para determinar la procedencia o no del daño, basta que el trabajador pruebe que éste se haya producido para que dé lugar a una indemnización; por lo que el despido con ejercicio abusivo del derecho, no resulta materia de análisis para la determinación de la existencia del daño, si se tiene en cuenta además, que la referida indemnización se produce por la inejecución de una obligación o su ejecución tardía, defectuosa, siendo el actuar del empleador analizado como elemento de imputación a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve o el acreditado necesarios para la determinación del quantum y alcances del daño, más no configura elemento necesario para la existencia del daño a derechos distintos y adicionales al derecho del trabajo.

X. CONCLUSIONES

Debe considerarse en primer lugar, que Constitución Política del Perú, establece en el **artículo 22°** que: ***“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”***; razón la cual el legislador emite una garantía constitucional en sintonía con esta concepción principista y filosófica, contenida en su **artículo 27°**: ***“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”***.

Existencia de compatibilidad jurídico-legal entre el abono de una indemnización legal-tasada por despido y el pago de una indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones (Responsabilidad Civil), que repare al trabajador, el daño inmaterial originado por este mismo hecho (despido).

El empleador tiene deberes que observar y cumplir respecto de su trabajador que se ven violentados con su inobservancia siendo uno de ellos, el cese no basado en causa justa; el mismo que, en casos determinados, produce lesiones de tal gravedad que trascienden la indemnización tarifada, violándose uno o varios de los derechos fundamentales del trabajador, distintos al derecho al trabajo; por lo que en esos casos,

excepcionalmente debe aceptarse la necesidad de una indemnización adicional que cubra el daño moral producido.

Finalmente, mi posición se fundamenta en un contexto normativo y doctrinario distinto, en el que debe privilegiarse la existencia del daño producido al trabajador y no la conducta del empleador, todo ello si tenemos como visión que Constitución Política del Perú, establece en el **artículo 22°** que: ***“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”***; razón la cual el legislador emite ésta garantía constitucional en sintonía con la concepción principista y filosófica, contenida en su **artículo 27°**: ***“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”***, siendo ésta la finalidad a la que todos debemos aspirar y materializar.