



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE DETERMINAN LA
INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR
A CAUSA DEL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR**

TESIS

Para Optar el Título Profesional de

ABOGADA

Presentado por la Bachiller

ESCOBAR CARRIÓN LUCY LISBETH

ASESOR:

M. Cs. MANRIQUE URTEAGA SANDRA VERÓNICA

CAJAMARCA – PERÚ

2019

A:

Dios, por permitirme llegar a este momento especial en mi vida,

Mi padre Nilton Escobar Rodríguez y a mi madre Lucía Carrión Santa Cruz, por los consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, por enseñarme el valor de la responsabilidad, su paciencia, por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, y sobre todo por su amor incondicional. Mis hermanos José Pablo y Nilton Richard, por ser mi apoyo, por cada uno de sus consejos y motivarme a ser mejor cada día.

TABLA DE CONTENIDO

A:	I
TABLA DE CONTENIDO	II
AGRADECIMIENTO	V
LISTA DE ABREVIACIONES.....	VI
RESUMEN	VII
PALABRAS CLAVE	IX
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA	3
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	9
1.4. JUSTIFICACIÓN	9
1.4.1. Justificación teórica	9
1.4.2. Justificación social o práctica	10
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: Delimitación del Problema	11
1.5.1. Espacial.....	11
1.5.2. Temporal	11
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	12
1.6. HIPÓTESIS	12
1.7. VARIABLES.....	13
1.8. OBJETIVOS	13
1.8.1. Objetivos Generales.....	13

1.8.2. Objetivos Específicos	13
1.9. TIPO DE INVESTIGACIÓN	14
1.9.1. De acuerdo al fin que persigue.....	14
1.9.2. De acuerdo al diseño de investigación	14
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	15
1.11. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	18
1.12. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	19

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. EL DESPIDO	20
2.1.1. Clases de Despido	22
2.2. DESPIDO ARBITRARIO.....	31
2.3. INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO	35
2.3.1. La Indemnización.	35
2.3.2. Resarcimiento.....	37
2.3.3. Tratamiento Legislativo de ambas instituciones.	38
2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	39
2.4.1. Concepto.....	39
2.4.2. Elementos.	40
2.4.3. Función que cumple la Responsabilidad Civil	45
2.5. ANÁLISIS DE LOS ALCANCES DE LA INDEMNIZACIÓN TARIFADA EN LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.....	47
2.6. DAÑO MORAL.....	53
2.6.1. Concepto.....	54
2.6.2. Daño moral en la Legislación Peruana.....	56

2.7. INCONSISTENCIAS JUDICIALES AL INCLUIR AL DAÑO MORAL, DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE Y EL DESCONOCIMIENTO EN SU CUANTIFICACIÓN.....	59
2.7.1. Principio de predictibilidad.....	64
2.7.2. Principio de razonabilidad	67
2.7.3. Principio de discrecionalidad	69
2.8. SOBRE LA PROPUESTA DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JUDICIALES.....	71

CAPÍTULO III

DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. LA FALTA DE DIFERENCIACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO.....	74
3.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 34 Y 38 DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL CORRESPONDE A UNA INDEMNIZACIÓN Y NO A UN RESARCIMIENTO QUE ES PROPIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	83
3.3. EL OTORGAR ADEMÁS DE LA INDEMNIZACIÓN UN RESARCIMIENTO POR RESPONSABILIDAD CIVIL, GENERA UN DOBLE BENEFICIO AL TRABAJADOR DESPEDIDO; LO QUE FINALMENTE VULNERA LOS DERECHOS DEL EMPLEADOR EN LA MEDIDA QUE DESALIENTA LA FORMALIDAD LABORAL Y DESINCENTIVA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL INDETERMINADO.	87
3.3.1. Desalienta a la formalidad laboral	87
3.3.2. Desaliento a la contratación indeterminada.....	90
3.3.3. Inseguridad Jurídica	92
CONCLUSIONES	96
RECOMENDACIONES.....	98
LISTA DE REFERENCIAS	99

AGRADECIMIENTO

A mi alma mater, la Universidad Nacional de Cajamarca, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, a mi asesora, M. Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga, y a todas las personas que han hecho posible la elaboración de la presente investigación.

A todos los amigos que me acompañaron en esta aventura y contribuyeron para que esto sea una gran experiencia, y a mi tía Iris Carrión Santa Cruz por su apoyo en el proceso de preparación en mi carrera.

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	: Artículo.
Cas.	: Casación.
CC.	: Código Civil vigente (1984).
C.P.E.	: Constitución Política del Estado vigente (1993).
Dec. Leg.	: Decreto Legislativo.
Exp.	: Expediente.
Lab.	: Laboral.
LPCL	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
PJ.	: Poder Judicial.
TUO.	: Texto Único Ordenado.

RESUMEN

Existen posturas que difieren al momento de determinar si es correcta la aplicación del resarcimiento por daño moral a causa de un despido arbitrario, quienes consideran que debe concederse un monto de dinero, alegan la existencia de responsabilidad civil; error que creemos se comete, tal y conforme lo explicamos en el desarrollo de este trabajo.

La presente investigación, determinará la inexistencia de responsabilidad civil a causa de un despido arbitrario, para ello nos hemos planteado la siguiente formulación del problema: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para determinar la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador?

Nuestro objetivo es, a través de los fundamentos jurídicos propuestos determinar que el empleador no tiene responsabilidad civil, a causa del despido arbitrario, estos fundamentos son: 1) La falta de diferenciación de las instituciones de indemnización y resarcimiento; dado que la indemnización responde a una asignación legal producto de un desequilibrio patrimonial y el resarcimiento a la teoría de la responsabilidad civil; 2) La naturaleza jurídica de la asignación regulada en el artículo 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, responde indemnización, derivada de una asignación legal y no a un resarcimiento, que es propio de la responsabilidad civil; 3) El otorgar además de la indemnización un resarcimiento por responsabilidad civil, genera un doble beneficio al trabajador despedido; lo que vulnera los derechos del empleador, en la medida que desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación de personal indeterminado; preferirá el empleador contratar

VIII

bajo modalidades de contrato que no garanticen permanencia, como contratos de locación de servicios, o contratar de manera clandestina; preferirá ello a pagar costos elevados además de la indemnización tarifada regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

PALABRAS CLAVE

Despido arbitrario, resarcimiento por daño moral, responsabilidad civil, daño moral, naturaleza jurídica, ley de productividad y competitividad laboral.

ABSTRACT

There are positions that differ when determining whether moral compensation is correct because of arbitrary dismissal; those who consider that an amount of money should be granted, allege the existence of civil liability; error that we believe they commit, since a compensation is not subject to it.

This work will determine the non-existence of civil liability because of arbitrary dismissal, for this we have raised the following problem formulation: What are the legal grounds for determining the non-existence of civil liability of the employer because of the arbitrary dismissal of the worker?

Our objective is, through the proposed legal grounds determine that the employer has no civil liability, because of arbitrary dismissal, these proposed are: 1) The lack of differentiation of compensation and redress institutions; given that the compensation responds to a legal assignment resulting from an economic imbalance and compensation to the theory of civil liability; 2) The legal nature of the assignment regulated in the article 34 and 38 of the Labor Productivity and Competitiveness Law, corresponds to compensation and not to redress, which is characteristic of civil liability; 3) The granting, in addition to compensation, a civil liability compensation, generates a double benefit for the dismissed worker; what violates the rights of the employer, discourages labor formality and discourages the hiring of undetermined personnel; the employer will prefer to contract under contract modalities that do not guarantee permanence, such as contracts for the lease of services, or contract clandestinely; it will prefer paying high costs

in addition to the priced compensation regulated in the Labor Productivity and Competitiveness Law.

KEYWORDS: *arbitrary dismissal, moral compensation, redress, civil liability and moral damage, legal nature, law of productivity and labor competitiveness.*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la falta de uniformidad de criterios por parte del órgano jurisdiccional, ha ocasionado que se realicen interpretaciones revestidas de subjetividad, decisiones en las que prima la discrecionalidad del juez; en materia de derecho laboral, sobre todo en cuanto al despido arbitrario, el cual se configura cuando el empleador decide dar por culminada una relación laboral sin haber manifestado una causa, o cuando esta no ha sido demostrada en juicio.

Algunos doctrinarios han dedicado el estudio a esta figura del derecho, sosteniendo que, es inconstitucional; sin embargo, el artículo 27 de la Constitución Peruana vigente refiere que la ley otorga al trabajador una adecuada protección frente al despido arbitrario, obedeciendo a ello es que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 34 y 38 han previsto una indemnización tarifada como manera de paliar la desventaja que se genera. No se puede hablar de una figura del derecho como inconstitucional y a la vez encontrar su regulación en la Constitución.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, atendiendo a la protección constitucional, en su artículo 34 regula que, ante la configuración de un despido arbitrario, el empleador está obligado a indemnizar al trabajador; sin embargo, actualmente los jueces vienen concediendo sumas elevadas de dinero, a nombre de la mal llamada indemnización por daño moral a causa de un despido arbitrario, sosteniendo que la indemnización tarifada resulta insuficiente, al no cubrir el daño producido.

El presente trabajo contiene uno de los temas más controvertidos en la actualidad en el derecho laboral, puesto que se ha concedido a ex trabajadores resarcimiento por daño moral, montos sumamente elevados, bajo el fundamento de haberse producido una posible afectación en los sentimientos del trabajador.

La confusión de instituciones como la indemnización y el resarcimiento, se evidencia en cada una de las sentencias, los jueces no han logrado diferenciar la naturaleza jurídica de ambas instituciones, generando en muchos casos decisiones poco razonables, como conceder montos dinerarios innecesarios, basados en su mera discrecionalidad. Asumir que el despido arbitrario es fuente de responsabilidad civil, porque su aplicación puede determinar el otorgamiento de una indemnización, es además un error configurado normativamente, que ha permitido un doble beneficio al ex trabajador, desalentando la contratación indeterminada e incentivando a la informalidad laboral.

El despido arbitrario propiamente dicho, no genera daño moral que deba ser resarcido; si bien es cierto producto de ello genera una desventaja económica y aflicción en los sentimientos de cualquier persona; sin embargo, creemos que ello resulta una consecuencia natural ante tal hecho; dado que como seres humanos ante cambios de esta índole es imposible no tener una consecuencia de aflicción; pero de allí a sostener que dicha aflicción sea materia de resarcimiento por daño moral a parte de la tarifada regulada en la LPCL, resulta incorrecto.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El despido es la extinción de la relación laboral que parte de la decisión unilateral del empleador, la legislación peruana ha regulado cuatro tipos de despido, entre ellos y del cual haremos referencia, el despido arbitrario.

Un despido arbitrario se configura al dar por culminada una relación laboral promovida por la decisión unilateral del empleador, sin mediar una causa o al no probarse esta en juicio.

Al ocurrir una situación como tal, el ex trabajador es merecedor de una indemnización tarifada, regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 38; sin embargo, los jueces consideran que este hecho es capaz de generar además resarcimiento por daños conforme a la legislación civil, es decir, se estaría frente a una responsabilidad civil contractual.

Por su parte, los trabajadores despedidos bajo esta modalidad han recurrido a la justicia ordinaria, alegando que la indemnización tarifada no prevé los daños ocasionados como el lucro cesante, daño emergente y daño moral; respecto al daño moral vienen concediendo sumas de dinero considerables, por ejemplo, el caso que llamó mucho la atención fue en el 2015, cuando mediante sentencia casatoria N° 699-2015-Lima se fijó la suma de S/. 75,000.00 soles, bajo el título de indemnización moral por despido arbitrario, además de la ya regulada en la Ley de Productividad y

Competitividad Laboral (en adelante LPCL), artículo 38. Este contexto ha generado que se produzca la controversia de estar concediéndose o no un doble beneficio a favor del trabajador.

Las diferentes posturas adoptadas por los juristas, así como las decisiones arribadas por los jueces, se han uniformizado al reconocer la existencia de daño moral resarcible, a causa de un despido arbitrario; además como si ello no fuese suficiente, mediante sentencia del Exp. N° 15725-2012-01801-JR-LA-25/S, la Primera Sala Laboral fija criterios para el cálculo del daños y perjuicios generados a causa de un despido arbitrario; sosteniendo que el daño moral debe ser entendido como la lesión a los sentimientos del trabajador despedido indebidamente; asimismo que, al demandar indemnización por daños y perjuicios, se deberá verificar si concurre los aspectos conceptuales de la responsabilidad contractual como la antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución.

Los jueces peruanos vienen asumiendo que el despido arbitrario es fuente de responsabilidad civil, porque su aplicación puede determinar el otorgamiento de una indemnización, siendo ello un error porque una indemnización no proviene de un acto generador de responsabilidad civil.

La problemática de nuestro tema se evidencia en el tratamiento sinonímico que el ordenamiento jurídico y la doctrina nacional han dado a dos instituciones del derecho; como son indemnización y resarcimiento; por ejemplo, en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, menciona: (...), el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (...). Se mezclan dos

figuras completamente distintas, lo que ha generado que en la práctica jurídica se inflen montos dinerarios.

Asimismo, en otra sentencia de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima emitida en el Expediente N° 00333-2010-0-0108-JR-LA-01(S), del 06 de diciembre del 2012 establece refiriéndose a la indemnización por daño moral:

Es la afección moral que sufre el trabajador como consecuencia del daño sufrido, es aquella que se causa al espíritu del individuo ya sea por dolores físicos o morales, o por herir sentimientos de afección o de su familia, por la privación de un apoyo o dirección, que incluye además múltiples aspectos comprendidos dentro del genérico concepto de daño a la persona, situación que se ha dado en el caso de autos, por lo que corresponde a este Colegiado confirmar lo fijado por el juez de la causa quien ha otorgado al actor la suma de S/. 10,000.00 soles, por concepto de daño moral.

Los jueces conceden indemnización por daño moral (mala utilización), alegando que debería estar en base a la concurrencia de los presupuestos de la teoría de la responsabilidad civil; sin embargo, al conceder un monto dinerario lo sustentan en el solo hecho que, al producirse un despido sin mediar una causa justa, genera sufrimiento o en sustentos como líneas arriba se han expuesto. Por otro lado, al producirse la confusión entre las instituciones antes mencionadas, se olvida que la naturaleza jurídica de la asignación tarifada regulada en la LPCL corresponde a una indemnización, y no a un resarcimiento.

Creemos que en las decisiones arribadas por los jueces hasta el momento, y los fundamentos sostenidos, de ninguna manera resulta oportuna la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil en los despidos arbitrarios, por lo tanto, no es correcto señalar la concurrencia de sus presupuestos;

no negamos que se produzca afectación al trabajador; pero no podemos hablar de la existencia de daños y perjuicios como tal, la afectación producida obedece a un desequilibrio en la esfera económica del trabajador al quedarse sin una fuente de ingreso y ello es natural que produzca aflicción; sin embargo, no es resarcible, sino indemnizable, la cual ya se encuentra inmersa en la asignación tarifada y prevista por la LPCL.

La presente investigación abarca el tratamiento que hasta la actualidad se viene dando respecto a los montos concedidos a título de daños y perjuicios, sobre todo en lo referente al resarcimiento por daño moral; en base a diferenciar dos figuras como la indemnización y resarcimiento; que tienen connotaciones totalmente diferentes. Asimismo, a partir de este estudio, se busca dejar en claro que el despido arbitrario como tal, no es fuente de daño moral resarcible, mucho menos que para efectivizar una indemnización se necesite de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El despido es aquella institución del derecho laboral en el cual se extingue la relación laboral, que existe entre el empleador y el trabajador, y consecuentemente las obligaciones que de ella emanen.

La legislación peruana regula cuatro clases de despidos: despido justificado, despido arbitrario, despido nulo o nulidad de despido y despido indirecto.

De los artículos 34 y 38 de la LPCL, podemos sostener que el despido arbitrario es aquel cese de la relación laboral a consecuencia de la decisión

unilateral del empleador, se configura de dos maneras, la primera por no mediar una causa expresa o establecida legalmente y en segundo lugar puede presentarse cuando habiéndose alegado una causa no ha podido demostrarse en juicio.

Ante la concurrencia de una situación como tal, resulta inevitable que el trabajador se vea afectado; en ese sentido, el legislador para atenuar la situación de desventaja que se genera, en el artículo 34 de la ley antes mencionada establece una indemnización como única consecuencia para el empleador a causa del despido, indemnización que equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.

En los últimos años, jueces civiles, así como laborales; ante la solicitud del trabajador sobre la existencia de daños y perjuicios entre ellos daño moral; han resuelto otorgando sumas de dinero considerables, a título del mal llamado indemnización por daño moral; sustentado principalmente bajo la mera discrecionalidad del propio juez. Sin embargo, consideramos que producto de un despido arbitrario como tal no se genera daños y perjuicios que deban ser atendidos, conforme lo han establecido.

Partiendo de lo expuesto es evidente la confusión de términos, ya que el legislador, así como el justiciable, no han diferenciado si se produce una indemnización o resarcimiento; pues al resolver mezclan ambas denominaciones, sin tener en cuenta que se tratan de dos figuras completamente distintas, es más hasta la frase Indemnización por daño moral a causa de despido arbitrario resulta mal aplicada.

Los criterios por los cuales se está fijando el valor monetario por daño moral se fundan en aquella aflicción psicológica que causa la pérdida de la fuente de ingresos, pero sostener ello es como reconocer que el solo hecho de constatar el estado anímico de quien pierde su empleo es suficiente para conceder el mal llamado indemnización por daño moral; inflando montos a pura subjetividad del juez. Los justiciables se olvidan que el desequilibrio o desventaja causada al trabajador procede de un actuar permitido y regulado por el derecho y que a consecuencia de ella se ha establecido una obligación legal de indemnizar.

Asimismo, recordando algunas citas del profesor Leysser León cuando en la sentencia casatoria N° 4977-2015 refiere que el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona, además sostiene que:

(...), es notable la mala influencia ejercida por corrientes de opinión equivocadas que rotulan al daño moral como un “daño psicosomático”; visión que no concuerda ni con la historia ni con la importante función que cumple esta categoría en atención a su finalidad preventiva y sancionadora. En el lenguaje del Código Civil y, para ser más precisos, en el de las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, daño moral no solo es sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie de sufrimiento dúctil y amplio como para comprender las lesiones contra derechos de la personalidad (León, 2004, pág. 67).

Los fundamentos por los cuales se concede un monto dinerario a título de del mal llamado indemnización moral no resultan pertinentes, pues se evidencia que no se realiza un análisis del tema; si bien es cierto una de las finalidades del derecho laboral es la protección al trabajador, pero se olvida que ante un despido arbitrario ya se estableció una; lo cual invierte

la figura generando un ejercicio abusivo del derecho, ya que se estaría produciendo un doble beneficio al trabajador.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para determinar la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Justificación teórica

En los últimos años la existencia de responsabilidad civil y en especial de daño moral a causa de un despido arbitrario se ha convertido en un tema muy controversial; puesto que algunos doctrinarios consideran que se estaría beneficiando doblemente al trabajador; ello en vista que el artículo 34 de la LPCL ya menciona sobre una indemnización; en ese sentido, con este trabajo de investigación se busca analizar la problemática que se ha generado en la administración de justicia y por ende en los justiciables.

En el presente estudio se trata de dar a conocer los conceptos teóricos, de un despido arbitrario, indemnización y resarcimiento a fin de poder diferenciarlos, asimismo el análisis de las inconsistencias judiciales presentadas al considerar al daño moral, daño emergente y lucro cesante como resarcibles; provocando en ese sentido la vulneración al criterio de equidad y trasgresión de los principios de predictibilidad, razonabilidad y discrecionalidad aplicados por el juez al momento de resolver una pretensión con

respecto a la existencia de responsabilidad civil a causa de un despido arbitrario, de igual manera en base a la información teórica revisada establecer la naturaleza jurídica de la asignación regulada en el artículo 38 de la LPCL.

Es necesario dejar en claro que ante un despido arbitrario no genera responsabilidad civil al empleador, en especial indemnización moral que deba ser resarcida.

1.4.2. Justificación social o práctica

El presente estudio presenta como justificación práctica el poder demostrar a través de los fundamentos jurídicos propuestos que no existe responsabilidad civil del empleador a causa de un despido arbitrario, partiendo primero en diferenciar dos figuras jurídicas que tienen características totalmente distintas y que la falta de esta diferenciación ha generado en muchos casos decisiones por parte de los Jueces poco razonables, lo cual ha conducido a conceder montos elevados, basados en su mera discrecionalidad; ello en vista de que vienen asumiendo que el despido arbitrario es fuente de responsabilidad civil, porque su aplicación puede determinar el otorgamiento de una indemnización, error configurado también normativamente.

La presente investigación está sustentada en la necesidad de uniformizar criterios judiciales para garantizar el principio de predictibilidad, al momento de resolver pretensiones del trabajador en casos de despido arbitrario.

Al final del desarrollo de nuestra investigación poder recomendar al poder judicial, a efectos de que a través de un Acuerdo Plenario, se unifiquen criterios para mejor resolver en casos de despido arbitrario, que determina la inexistencia de responsabilidad civil bajo las siguientes consideraciones a fin de lograr una labor jurisdiccional efectiva: a) Existen diferencias sustanciales entre las instituciones jurídicas de indemnización y resarcimiento, b) La Ley de Productividad y Competitividad Laboral ya ha regulado una asignación legal, de naturaleza indemnizatoria no resarcitoria, c) El hecho de otorgar además de la indemnización tarifada, un resarcimiento por responsabilidad civil, genera un doble beneficio al trabajador despedido; lo que finalmente vulnera los derechos del empleador en la medida que desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación de personal indeterminado.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: Delimitación del Problema

1.5.1. Espacial

De acuerdo a la naturaleza de nuestra investigación, no tiene límite espacial; sin embargo, podemos indicar que gira en torno a una problemática en el Perú.

1.5.2. Temporal

Nuestra investigación en sentido estricto, no tiene limitación en el tiempo; ya que, se trata de una investigación dogmática jurídica y doctrinaria.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación es de tipo cualitativo; ya que el objeto de investigación se funda en cuestiones dogmáticas e interpretación jurídica, consulta de fuentes directas e indirectas del derecho respecto al tema como: La Constitución, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Código Civil, Jurisprudencia; etc.; además al estudio de sentencias respecto al tema.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que determinan la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador son:

- a. La falta de diferenciación de las instituciones de indemnización y resarcimiento; dado que la indemnización responde a una asignación legal producto de un desequilibrio patrimonial y el resarcimiento a la teoría de la responsabilidad civil.
- b. La naturaleza jurídica de la asignación regulada en el artículo 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral corresponde a una indemnización, derivada de una obligación legal, y no a un resarcimiento que es propio de responsabilidad civil.
- c. El otorgar además de la indemnización un resarcimiento por responsabilidad civil, genera un doble beneficio al trabajador despedido; lo que finalmente vulnera los derechos del empleador en la medida que desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación de personal indeterminado.

1.7. VARIABLES

Nuestra investigación es eminentemente cualitativa – argumentativa; en tal sentido las hipótesis propuestas carecen de variables.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivos Generales

Determinar los fundamentos jurídicos que determinan la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador.

1.8.2. Objetivos Específicos

- a) Identificar las diferencias existentes entre la indemnización y resarcimiento aplicados a la institución del Despido Arbitrario.
- b) Examinar las inconsistencias judiciales al incluir el daño moral, daño emergente y lucro cesante, y el desconocimiento en su cuantificación.
- c) Analizar los alcances de la indemnización tarifada regulada en el artículo 38 de la LPCL.
- d) Proponer a partir de nuestra postura la unificación de criterios judiciales para garantizar el principio de predictibilidad al momento de resolver las pretensiones del trabajador en casos de despido arbitrario.

1.9. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

La investigación básica tiene por finalidad mejorar el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato (Tam, Vera, & Oliveros, 2008, pág. 146)

La presente investigación es básica, puesto que el fin que persigue es incrementar y mejorar los conocimientos teóricos respecto a determinar la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa de un despido arbitrario; en base a establecer las diferencias entre resarcimiento e indemnización, identificando la cobertura de la indemnización tarifada establecida en el artículo 38 de la LPCL, e identificando las inconsistencias judiciales.

1.9.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

El presente trabajo es descriptivo, ya que en primer lugar identifica y analiza las situaciones actuales del problema planteado, para que a partir de ello se concluya con una propuesta de unificación de criterios judiciales, garantizando así el principio de predictibilidad al momento de resolver el juez las pretensiones del trabajador en los casos de despido arbitrario.

B. Explicativa

Puesto que se encargará de explicar el porqué de las confusiones de dos instituciones totalmente distintas en el derecho; es decir indemnización y resarcimiento; asimismo la situación que conlleva a inflar sumas de dinero, al considerar que se produce daño moral resarcible.

C. Propositiva

El presente trabajo también se ocupará de evaluar los errores producidos legislativamente; con el fin de proponer la unificación de criterios entre el derecho laboral y la responsabilidad civil.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**1.10.1. Métodos Generales de Investigación****a. Cualitativo.**

El método cualitativo explora de manera sistemática los conocimientos y valores que comparten los individuos en un determinado contexto espacial y temporal (Bonilla & Rodríguez, 1997, pág. 86)

En ese sentido, nuestro trabajo de investigación parte de una realidad jurídica social, como es designar montos dinerarios elevados al reconocer la existencia de responsabilidad civil a causa de un despido arbitrario.

1.10.2. Métodos Propios del Derecho

a. Histórico

Fundamental para la investigación, en cuanto [...] permite el hacer retrospectivo para, desde ella, recobrar la perspectiva de lo que se hace. (Aranzamendi Ninacondor, 2010, pág. 180).

En la investigación se ha localizado y recopilado fuentes bibliográficas que permitirán analizar y sintetizar los fundamentos dogmáticos a fin de determinar que conceder indemnización moral a causa de un despido arbitrario vulnera el derecho a la estabilidad laboral y desincentiva a la contratación indeterminada.

Asimismo, se realiza un análisis de los hechos pasados en cuanto a la regulación del despido en el Perú.

b. Hermenéutico

El profesor Carlos Manuel Villabella Armengol. Sostiene que:

El método hermenéutico posibilita entender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo, b) la de sus engarce sistémico – estructural con una totalidad mayor, c) la de su interconexión con el contexto histórico – social en el que se desenvuelve. Puede concebirse como el arte de comprensión de actos y manifestaciones humanas a partir de descifrar el contexto lingüístico y los cánones psicológicos de quien lo produce. Es el procedimiento para abordar a la realidad humana, que es por esencia interpretativa. (Villabella, 2015, pág. 944)

El profesor Héctor López Bello define a la Hermenéutica jurídica como:

Es el modelo interpretativo que orienta la comprensión del jurista intérprete sobre el texto normativo contrastado con el contexto de aplicación, útil para resolver en justicia los casos concretos que se presentan a su razón.

La hermenéutica jurídica contempla la posibilidad de escindir de la determinación absoluta de la letra del texto al

interpretar la norma, y en cambio se decanta más por la labor creativa del intérprete, en lugar de dejarse guiar por la pretendida solidez de la letra de la norma. (López, 2010, pág. 138)

Este método se centra en la interpretación que debe darse a la normatividad, en nuestro caso nos centraremos en la interpretación de las normas jurídicas que regulan el despido arbitrario, contenidas en nuestra Constitución, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, asimismo la interpretación que se les da a dos instituciones del derecho como, indemnización y resarcimiento que permitirá a la vez determinar la naturaleza jurídica de la asignación dineraria establecida en la LPCL, ya que resulta importante ello para poder probar nuestras hipótesis.

c. Dogmático

Una investigación dogmática jurídica, estudia a la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico, al derecho objetivo, basándose esencialmente en las fuentes formales del derecho objetivo

El profesor Jorge Witker y Elías Díaz, sostienen que: En los estudios de dogmática jurídica se investiga lo que los seres humanos dicen que hacen con el derecho (Witker, 1995, pág. 4) y se conoce como dogmáticos porque en nuestra disciplina la norma jurídica es considerada un dogma (Díaz, 1998, pág. 195).

Asimismo, el profesor William Quiroz Salazar, respecto a este método manifiesta que:

Consiste en un análisis de la letra del texto (norma) en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría jurídica (Quiroz, 1998, pág. 50)

Es el principal método por utilizarse en la investigación, debido a que busca la interpretación del derecho para comprender la diferencia de las instituciones jurídicas de indemnización y resarcimiento, determinar la naturaleza jurídica de la asignación regulada en el artículo 38 de la LPCL, etc., a fin de dar validez a nuestras hipótesis, a través de los fundamentos jurídicos propuestos que determinen la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa de un despido arbitrario.

d. Argumentativo

Manuel Atienza Rodríguez, en su texto Argumentación Constitucional, Teoría y Práctica indica que:

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas. (Atienza, 2011, pág. 19)

Para elaborar el análisis estructural del trabajo se empleará argumentos a fin de lograr comprobar nuestras hipótesis y así conseguir una investigación eficaz.

1.11. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Documentales

a. Recolección documental

Debido a que el estudio será cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos será la revisión de documentos y recopilación de material adecuado que

contengan la doctrina, jurisprudencia respecto al tema de nuestra investigación.

b. Análisis documental

Una vez recopilada la documentación señalada anteriormente, se procederá a analizar los fundamentos dogmáticos que determinan que se produce vulneración del principio de estabilidad laboral y desincentiva al concederse indemnización moral a causa de un despido arbitrario.

1.12. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.12.1. Fichajes

Con el vamos a anotar los datos referidos a los libros que se emplearán durante el proceso de investigación; se transcribirá entre comillas lo que el investigador considere de vital importancia, aquello que contenga calidad científica y acierto; y vamos anotar las dudas, incertidumbres, comprobaciones, refutaciones, comentarios, etc.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1. EL DESPIDO

El despido tiene sus orígenes en el derecho civil, que desde un inicio reguló la contratación de mano de obra, eran solo las normas civiles las que regulaban las situaciones jurídicas que podían presentarse.

El derecho al trabajo empieza a reconocerse y ante ello también una protección normativa y constitucional; sin embargo, no se restringe la libre disposición de despedir al trabajador, ante ello muchos doctrinarios consideran que dicha práctica vulnera el derecho constitucional de trabajo.

En la actualidad en el literal g) del artículo 16 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece al despido como una causa de extinción del contrato de trabajo.

Siguiendo lo regulado podríamos decir que, es una forma de dar por culminada una relación laboral fundada en la única decisión del empleador, es decir, está sujeta a la decisión unilateral de este.

Nuestra legislación refiere además que el despido debe estar sujeta a una causa, de tal manera que no se convierta en una decisión arbitraria del empleador y vulnere derechos que la legislación de cada país reconoce al trabajador, pues no olvidemos que el trabajo además de ser una fuente de ingreso económico, también forma parte de la dignidad de la persona y de su condición como ciudadano; por lo que la pérdida injustificada vulnera sus derechos.

El despido además de ser una causa de extinción del contrato de trabajo, es una forma legalmente establecida para terminar el vínculo laboral; surgida de un conflicto, que hace inviable o insostenible una relación laboral

En palabras del profesor Pla Rodríguez, el despido es, un acto unilateral, por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo. (Pla, 1987, pág. 346).

El maestro Edwin Figueroa Gutarra cita a Montoya Melgar, quien sostiene que:

El Despido, como extinción de la relación de trabajo, fundado exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador presenta los siguientes caracteres: Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante, es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente, es un acto receptivo, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador, sea conocida por el trabajador, a quien está destinada. (Figueroa, 2009, pág. 26).

La legislación peruana, ha establecido en la LPCL en su artículo 22 un requisito indispensable para la producción del despido, se refiere a la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, causa que puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La causa que produce la extinción de la relación laboral está sujeta al actuar del empleador en un proceso judicial, que el empleado pudiera iniciar para impugnar el despido.

El despido no supone un acto ilegal, ya que la misma Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 25 establece las causales para el despido justificado; asimismo faculta al empleador a despedir sin mediar una causa justa, con ello nos referimos al despido arbitrario.

Como se mencionó en los párrafos precedentes el despido debe basarse en una causa, sin embargo ello no quiere decir que al producirse un hecho contrario, el despido forme parte de un acto ilegal, recordemos que para ello la LPCL ha regulado a los despidos arbitrarios y nuestra Constitución en su artículo 27 establece la protección ante su producción; facultando con ello a lo regulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en sus artículos 34 y 38; los cuales refieren que ante un despido arbitrario el empleador deberá indemnizar al trabajador.

2.1.1. Clases de Despido

La Legislación Peruana regula cuatro tipos de despido, los cuales serán materia de estudio:

A. Despido Justificado. Este tipo de despido se sustenta en el artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad aboral que a la letra establece lo siguiente:

Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de actividad privada, que labore cuatro más horas diarias, para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede ser relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido¹.

Como su propio nombre lo dice, es un despido que se funda en una justificación o causa establecida en la Ley y debidamente probada, proveniente de una falta disciplinaria atribuible al trabajador. Para ello el empleador debe seguir el procedimiento establecido en la

¹ Ley de Productividad y Competitividad Laboral artículo 22.

Ley, como por ejemplo el preaviso de tal manera que el trabajador realice su descargo respectivo, otra de las formalidades es la comunicación por escrito.

El despido justificado, como ya se mencionó y en virtud a lo regulado en el artículo 22 de la LPC, está relacionado a la capacidad del trabajador, así como a su conducta.

Respecto a las causas relacionadas a la capacidad del trabajador se pueden presentar las siguientes según lo establecido en el artículo 23 de la LPCL:

a. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o a de terceros

Esta causa deberá ser debidamente certificada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Médicos del Perú a solicitud del empleador.

b. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

c. La negativa injustificada del trabajador a someterse al examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas

profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Respecto a las causas relacionadas a la conducta del trabajador se pueden presentar las siguientes según lo establecido en el artículo 24 de la LPCL:

a. La comisión de falta grave. Se entiende por falta grave, aquella infracción del trabajador de los deberes esenciales del contrato de trabajo, que produzca una situación insostenible de mantener una relación laboral.

El artículo 25 de la LPCL, establece los supuestos en los cuales se debe considerar una falta grave, entre ellos el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral, disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o la calidad de producción, la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia, etc.

Las causas detalladas en el párrafo precedente deberán ser probada.

b. La condena penal por delito doloso. Esta causa se presenta cuando existe una sentencia condenatoria firme y el empleador toma conocimiento de ellos; o salvo que haya conocido el hecho punible antes de contratar al trabajador.

c. La inhabilitación del trabajador. La inhabilitación que produce el despido del trabajador, es aquella impuesta por la autoridad

judicial, o administrativa, para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro laboral, para efectuarse deberá tratarse de una inhabilitación por un periodo de 3 meses o más; de ser por menos de lo establecido solo se configura una suspensión del contrato de trabajo.

Para la configuración de las causales tanto relacionada con la conducta o capacidad del trabajador; y de acuerdo al derecho de defensa que le asiste al trabajador; el empleador deberá otorgar por escrito al empleador un plazo razonable no menor de seis días para que presente su descargo, salvo que se haya tratado de una falta grave flagrante, o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Asimismo, se faculta al trabajador dejar de asistir al centro laboral, a fin de que prepare sus descargos o prepare su defensa con los medios probatorios que correspondan, con la finalidad de no vulnerar su derecho, lo cual no implica que este sujeto a algún tipo de descuento.

B. Despido Nulo. Este tipo de despido se produce ante la vulneración de derechos fundamentales; nuestra legislación en el artículo 29 de la LPCL establece de manera taxativa las situaciones que son consideradas como un despido nulo, es decir aquellas que tengan por motivo:

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.

Con ello se busca la protección de los grupos que se formen en el centro laboral con la finalidad de dialogar con el empleador y proponer mejoras para todos los trabajadores; logrando un ambiente laboral con las mejores condiciones.

- b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

En este caso no forma parte del supuesto anteriormente señalado, ya sea porque no existe un sindicato o porque no se cumplen los requisitos que la ley establece para constituir uno. El hecho es la existencia de una agrupación de trabajadores con la finalidad de velar por intereses colectivos.

La protección sobre este supuesto se da para los representantes de las agrupaciones que puedan existir en cada centro laboral, la protección no es extensiva a los integrantes.

- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25.

Es nulo si la queja ha sido planteada ante autoridad administrativa o judicial y se acredita si su procedencia es de actitudes que evidencian el propósito de impedir arbitrariamente reclamos por parte de los trabajadores: La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento (Jiménez Coronado, 2009).

- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.

La discriminación es el trato diferenciado que se le da a las personas a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opciones, preferencias políticas o sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otras causas.

El trato distinto a las personas que en esencia son igual y que gozan de los mismos derechos, genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe.

Este supuesto tiene un sustento constitucional, el cual está regulado en el artículo 2, numeral 2 de nuestra Constitución, en cuanto refiere a ser tratados con igualdad; asimismo a no ser discriminado, por motivo de raza, sexo, etc.

- e. El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al embarazo. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

En este tipo de despido es necesario que el empleado inicie un proceso judicial en el cual pruebe la configuración de las situaciones antes detalladas; de ser probado le corresponde como consecuencia la reposición; asimismo el artículo 40 de la LPCL, otorga al trabajador que logra la reposición por despido nulo, la restitución o el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes; además ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios, y de ser el caso con sus intereses.

El profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Elmer Arce Ortiz, señala que:

No estamos frente a un despido a un tipo específico de despido en cuanto a su realización fáctica, sino en cuanto a su resultado lesivo. Pues lo que caracteriza, en definitiva, la noción jurídica del despido nulo peruano, no es la decisión extintiva unilateral del empleador sin más, sino por el contrario, el efecto o resultado lesivo que ella provoca. Por ello, cuando el despido se ha producido con la violación de un derecho fundamental, será la eliminación de este resultado (y no el medio para alcanzarlo) lo que constituye el objeto del proceso de impugnación (Arce, 2006, pág. 132).

Además de los supuestos ya regulados en el artículo 29 de la LPCL, consideramos que podría agregarse las dispuestas por la Ley N° 26626, referida al despido por ser portador de VIH-SIDA, y la Ley N° 27050, referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

C. Despido indirecto – Actos hostiles en contra del trabajador.

Este tipo de despido se encuentra regulado en el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se configura cuando el empleador actúa en contra de lo establecido en el contrato laboral; haciendo que la relación laboral se vuelva insostenible, a través de actos u omisiones que molestan o incomodan al trabajador en el desempeño de sus funciones; este tipo de despido tienen por objetivo lograr la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos es obtener un favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su dignidad, moral, etc.

La legislación ha previsto como actos de hostilidad que configuran este tipo de despido a los siguientes:

a. La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.

En ese caso debemos entender por caso fortuito por ejemplo a la falta de liquidez, que es lo más usual que puede producirse en una empresa, sin embargo, se configura este supuesto cuando por puro capricho del empleador retrasa el pago de sus trabajadores.

b. La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.

Esta falta se produce por la decisión unilateral del empleador carente de una motivación o sustento legal. En estos supuestos

el acto hostil es mucho más evidente, ya que no da lugar a justificación algún, de no existir un acuerdo previo entre las partes.

- c. El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

En este supuesto existe la intención de dañar al trabajador, incomodarlo, para lograr una posible renuncia; sin embargo, ello ha sido criticado ya que esta exigencia recae sobre el trabajador y resulta complicado probar su intencionalidad. Mario Pasco sostiene al respecto que: Tal motivación subjetiva parece indemostrable, habría bastado exigir el simple efecto: perjuicio (Pasco, 1987, pág. 262).

- d. La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que puede afectar o poner en riesgo la vida y salud del trabajador.

Se configura con la actitud omisiva del empleador en aplicar las medidas de higiene y seguridad establecidas legalmente.

- e. El acto de violencia o el faltamiento grave de la palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f. Los actos de discriminación, por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.
- g. Los actos contra la moral, y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador antes de acudir a la vía judicial deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad;

ante ello el empleador tendrá el plazo no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Con el emplazamiento, el empleador tiene tres opciones; la primera que reconozca su error y consecuentemente enmiende su error; como segunda opción que el empleador no responda en el plazo correspondiente; y tercero, que desconozca y justifique su actuar, adjuntando documentos que prueben algún sustento objetivo. En los dos últimos casos el trabajador queda facultado para iniciar un proceso judicial a fin de que cese el acto de hostilidad.

D. Despido Arbitrario. Sobre este tipo de despido a continuación lo desarrollaremos de manera separada y con más detalle.

2.2. DESPIDO ARBITRARIO

A. Concepto. De las líneas precedentes se verifica que para configurarse un despido; la causa que lo sustenta se encuentra regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; sin embargo, existe un último tipo de despido que la legislación peruana permite el cual no necesita una causa para configurarse; ya que esa es su característica principal, con ello nos estamos refiriendo al despido arbitrario.

Esta clase de despido se produce cuando el empleador da por culminada una relación laboral, sin manifestar una causa; o cuando la causa no ha sido probada en un juicio.

La legislación peruana regula el despido arbitrario en su artículo 34, el cual prescribe que de producirse el despido el trabajador tiene derecho a una indemnización, como única forma de reparación.

B. Despido arbitrario desde la óptica constitucional. Desde una óptica constitucional, existen diferentes opiniones acerca del despido arbitrario, ya que algunos juristas sostienen que al dar por culminado el empleador una relación laboral, sin expresar una causa, afecta el derecho al trabajo; y por ende resulta ser inconstitucional, o que es consecuencia de una conducta antijurídica.

El profesor Blancas Bustamante en su artículo El Derecho al Trabajo y el Despido Arbitrario, cita un artículo anterior de título El Despido en el Derecho Laboral Peruano, donde sostiene lo siguiente:

También hemos sostenido que la interpretación del artículo 27 (Constitución) no puede realizarse en forma separada y aislada del artículo 22 (Constitución), relativo al derecho al trabajo, en la medida que ambos preceptos se refieren a la misma materia, por lo que “el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al derecho al trabajo y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica. (Blancas, 2002, págs. 117-118)

La concepción que el despido arbitrario es inconstitucional, encuentra su sustento en el artículo 22 de la Constitución Peruana vigente; la cual establece que el trabajo es un deber y un derecho, asimismo base de bienestar y un medio de realización para el ser humano; por ende, al privarle de ello a una persona a través del despido arbitrario, se vulnera un derecho fundamental, por lo que toda norma o ley que lo avale resulta ser inconstitucional.

Taxativamente la Constitución regula el despido laboral, pero lo caracteriza como un acto causal; es decir, que para su configuración este debe estar sustentado en alguna de las causales establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. El Tribunal Constitucional en un primer momento, bajo el sustento de la estabilidad laboral y el carácter causal que establece la legislación sobre el despido, ha calificado al acto de dar por culminada una relación laboral sin mediar una causa (despido arbitrario) como un acto inconstitucional; ya que resulta contrario al principio de causalidad, además de atentar contra el núcleo duro del derecho al trabajo; la interpretación que realiza se centra únicamente en lo regulado en el artículo 22 de la constitución y de una manera reducida; dejando de lado a lo establecido en el artículo 27.

En la sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC Lima; el Tribunal Constitucional, el 11 de julio del 2002 en el amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú SA, contra Telefónica del Perú S.A, EL Tribunal Constitucional consideró que:

Haciendo una interpretación del artículo 22 de la Constitución, el despido sin expresión de causa regulado por el segundo párrafo del art. 34 de la LPCL era inconstitucional. En efecto se estimó que la posibilidad legal contenida en este artículo para admitir el despido incausado con cargo, solo, al pago de una indemnización por despido arbitrario, resultaba contrario al principio de causalidad del mismo, el cual se encuentra garantizado por el derecho constitucional del trabajo.

Si bien es cierto el mandato establecido por el legislador contenido en el artículo 27 de la Constitución, no establece una protección determinada; sin embargo, debe entenderse que esta no debe afectar el derecho del

trabajador, así como del empleador, pues recordemos que cuando se trata de derechos estos deben encontrar la tutela adecuada para ambas partes.

El derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, como así lo establece el artículo 27 de la Constitución; es desarrollado vía legislativa en el artículo 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; está inmerso en lo previsto por el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 7 literal d) establece que en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

La estabilidad laboral debe ser entendida en sus dos momentos; el primero que se refiere a poder mantener una relación laboral continua y duradera (estabilidad laboral de entrada); pero también (estabilidad laboral de salida), que al producirse la culminación de la relación laboral el trabajador no se vea desprotegido; en ese sentido en cuanto al despido arbitrario la Constitución Peruana Vigente establece una protección adecuada, regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; ello desvirtúa que el legislador Peruano haya regulado una norma inconstitucional.

Una de las razones además para producirse un despido es, la imposibilidad de mantener una relación laboral armónica, que el empleador no adquiera los resultados esperados por su empleado, etc.; razones que hacen que el empleador se vea en la necesidad de darla por culminado. En el caso del despido arbitrario en primer lugar la Constitución ha establecido una protección; no deja la posibilidad de desprotección al trabajador; por otro lado muchos juristas se adhieren a la

posición del empleado por ser la parte débil en una relación laboral, asimismo porque todos los derechos constitucionales están sujetos a ser aplicados en los seres humanos; sin embargo se olvidan que las normas constitucionales también deben ser interpretadas y ejecutadas en su conjunto, lo cual significa que no debe dejar de lado aquellos derechos constitucionales que incentivan a la protección del empleador.

El profesor Elmer Arce Ortiz, en su artículo - Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento de Requisitos Formales en el Despido la Construcción del Tribunal Constitucional - cita al profesor Jorge Luis Tomaya Miyagusuku que sostiene lo siguiente:

La Ley de productividad y competitividad laboral (...) no transgrede la Constitución en la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. La LPCL cumple lo dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente (Tomaya, 2003, pág. 12).

2.3. INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO

2.3.1. La Indemnización.

Es aquella figura del derecho aplicada a atender el desequilibrio producido ante un hecho contenido en una norma; su configuración no está en base a la verificación de los elementos de la Teoría de la Responsabilidad Civil, ni de la existencia de un culpable; dado que tiene como única fuente exclusiva a la Ley.

La indemnización es otorgada con la sola constatación del hecho, que se detalla en el dispositivo legal. Por su parte el profesor Leysser León sostiene:

Que el sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre indemnización y resarcimiento, pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o de imputable, mientras que en el segundo (...) civil propiamente dicho, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano².

Tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de equidad.

Siguiendo al profesor citado, además señala que:

La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la Constitución de servidumbre legal de paso por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son de antemano estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren a la larga el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar a los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados “actos lícitos dañosos”, como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños o bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes. (León, 2004, págs. 501-502)

Para el profesor Rómulo Morales Hervias:

Lo que caracteriza tales hipótesis (obligaciones indemnizatorias) no es la circunstancia que un daño es “lícitamente” producido (según los llamados actos lícitos dañosos), y ni siquiera los criterios para la determinación del quantum (que generalmente se refieren a un resultado inferior a la pérdida efectiva); sino al hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la otra.

La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la experiencia (conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales) de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada. (Morales, 2011, pág. 49).

² Tercer Pleno Casatorio Civil. Lima – Perú diciembre 2010

La indemnización, a diferencia del resarcimiento, se configura una vez que se verifica el supuesto de hecho, generalmente, en la ley. Así, el juez estará obligado a indemnizar, sin ningún juicio de responsabilidad civil, es decir, sin la necesidad del análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

2.3.2. Resarcimiento.

Es aquella figura del derecho que se configura ante un ilícito generador de daño. Resarcir es la compensación que debe asumir el sujeto generador de un daño, siempre y cuando se haya probado la existencia de los elementos de la responsabilidad civil.

El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa, siempre y cuando se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la Responsabilidad Civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico. (Beltran, 2010, pág. 385)

Para el Dr. Rómulo Morales Hervias, resarcir significa: Retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo (Morales, 2011, pág. 54)

El profesor Leysser León sostiene:

Resarcimiento es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; indemnita, es el valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales, por los más diversos títulos, como a expropiación, el despido injustificado, etc. (León, 2004, pág. 241).

El resarcimiento es una obligación que nace de un acto generador de responsabilidad civil, es el resultado además de un juicio, de una operación del intelecto en la que se verifica, sobre la base de un criterio de imputación, la concurrencia del daño y de la relación de causalidad (Alfaro, 2011, pág. 9).

2.3.3. Tratamiento Legislativo de ambas instituciones.

No solo en el ordenamiento jurídico peruano se presentan confusiones respecto a ambos términos, sino también en muchos otros se utiliza el término de indemnización de daños, para responder a una obligación que resulta propia de la responsabilidad civil.

La interpretación que se realiza está orientada a doctrinas tradicionales del derecho, las cuales no identifican diferencias entre la indemnización y el resarcimiento, sino todo lo contrario les dan un significado sinonímico.

Sin embargo, en legislaciones como la alemana e italiana su regulación, así como su interpretación son diferentes; respecto a ello es preciso resaltar lo indicado por el profesor Leysser:

En castellano, “indemnizar” es sinónimo de “resarcir” (según la 22ª. Ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadenersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo por derivación, en italiano *idennita* y *risarcimento* (y también existe *indennizo*). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, *risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños, *indennita* es el valor general porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido justificado, etc. (León Hilario, 2003, pág. 16).

La legislación peruana regula ambas instituciones, asemejándolas; dándole un igual significado, es decir, para nuestra legislación hablar de indemnización o resarcimiento es lo mismo; por lo que sus consecuencias también.

Así por ejemplo partiendo del Código Civil peruano se evidencia en los artículos 1321, 1969, 1970; que no determina distinción alguna o

diferencia aquellas situaciones en las cuales nos podemos encontrar frente a un resarcimiento o a una indemnización.

Es evidente que no solo se trata de una confusión terminológica, sino que se le da un significado sinonímico legislativo, consecuencia de ello es que nuestra legislación se refiere a ambas instituciones dándoles un mismo significado, a ello se suma el desconocimiento teórico por parte del legislador, respecto a ambas instituciones.

La falta de diferenciación ha ocasionado confusiones legislativas; así como errores judiciales al momento de resolver o arribar a una decisión; pues confunden una indemnización con un resarcimiento, al establecer que se produce indemnización por daño moral, pero que este debe cumplir requisitos de la responsabilidad civil, propios del resarcimiento.

Las confusiones presentadas no han sido ajenas al Tercer Pleno Casatorio; en el cual se evidencia claramente que confunde el derecho de resarcimiento con el derecho a una indemnización.

2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL.

2.4.1. Concepto

El profesor Lizardo Taboada Córdova, sobre responsabilidad civil sostiene que es:

La Institución Jurídica que regula el deber de indemnizar los daños ocasionados, sean producto del incumplimiento de una obligación voluntaria, o su cumplimiento parcial, defectuoso, tardío o moroso, en definitiva de una obligación pactada o sea de un deber específico; y por otra parte los daños que sean resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional o aun existiéndolo el daño

no es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria sino que se funda en el deber genérico de no causar daño a otro. (Taboada, 2001, pág. 26).

Por su parte, el profesor Leysser León

La responsabilidad civil significa un fenómeno que consiste que el ordenamiento haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro.

Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que, en presencia de determinados criterios de imputación, los perjuicios causados sean asumidos y resarcidos por alguien. (León, 2004, pág. 145)

De la definición dada, se puede sostener que la responsabilidad Civil es aquella institución del Derecho Civil que se encarga de establecer la obligación de resarcir un daño producido a una persona; este daño puede generarse como resultado de una obligación contractual, así como por vulnerarse el deber genérico de no causar daño a otro.

Teniendo en cuenta la definición la responsabilidad civil ha sido dividida en: responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual; las cuales deben reunir como elementos indispensables para su producción: el daño causado, el nexo causal, factor de atribución y antijuricidad.

2.4.2. Elementos.

a. Daño causado: El daño es aquel menoscabo producido a una persona en sí misma o a su patrimonio; ocasionado por una conducta ilícita.

Lizardo Taboada sostiene que: El daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal". (Taboada, 2003, pág. 34)

Desde una perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho, que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley, todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil. (León, 2004, pág. 261)

La legislación peruana ha regulado dos tipos de daños o categorías: patrimonial y extrapatrimonial; la primera se refiere al menoscabo producido en el patrimonio de la persona, este a la vez se divide en dos; daño emergente, es decir una pérdida real y efectivamente sufrida; y el lucro cesante que se configura como una ganancia dejada de percibir a causa del daño generado; mientras que el segundo es el menoscabo producido a la persona en si misma entre ellos está el daño moral.

En cuanto a la existencia de daño extrapatrimonial; en el sentido de daño moral; es importante definir a que se refiere. En primer lugar, cuando se habla de la producción a daño moral, este se entiende como la lesión a los sentimientos de la víctima; que produce aflicción y sufrimiento; sin embargo, se debe tener en cuenta que no basta con la lesión a cualquier sentimiento

Siguiendo al mismo profesor de líneas arriba, sostiene que:

Deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de tutela legal. (Taboada, 2003, pág. 64).

Por otro lado, creemos acertado lo que refiere el profesor Leysser León Hilario, al referir sobre el daño moral:

En el lenguaje del Código Civil y, para ser más precisos, en el de las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, daño moral no solo es sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie de sufrimiento dúctil y amplio como para comprender las lesiones contra derechos de la personalidad. (León, 2004, pág. 67)

b. Nexo de Causalidad

En cuanto al nexo de causalidad el profesor Lizardo Taboada Córdova, en su Libro Elementos de la Responsabilidad Civil sostiene que:

En lo relativo a la Relación de Causalidad, la misma es un requisito de la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. (Taboada, 2003, pág. 35).

El nexo causal es la relación de causa - efecto, es decir de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima. En ese sentido, el daño causado debe ser consecuencia de una conducta antijurídica, por lo que en la responsabilidad civil contractual el daño causado debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la prestación.

La relación de causalidad es un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. La diferencia reside en que mientras que en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa. (Taboada, 2003, pág. 84)

De igual manera no existe la concurrencia de este elemento; pues el despido arbitrario no trae como consecuencias daños

resarcibles; como daño moral, conforme ha sido concedido, lucro cesante o emergente.

c. Factor de atribución

Es aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil.

En materia de responsabilidad civil contractual el factor de atribución es la culpa; mientras que en el campo extracontractual de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. (Taboada, 2003, pág. 36)

En cuanto a la responsabilidad civil contractual, que nace del incumplimiento de una obligación; en sentido estricto la conducta del empleador de dar por culminada una relación laboral; no trasgrede una obligación, dado que, dentro de las obligaciones contractuales laborales, no se encuentra estipulado el hecho de no despedir a un trabajador; recordemos que incluso el despido arbitrario se encuentra amparado por el derecho, por lo tanto, no existe el factor de atribución de la culpa.

Por otro lado, en cuanto a la Responsabilidad extracontractual, una persona está obligada a resarcir un daño por vulnerar el deber genérico, como factor de atribución encontramos a la culpa, dolo y el riesgo creado.

Recordemos que la prestación otorgada por el desequilibrio producido por el despido arbitrario, manifestados estos también en los supuestos de expropiación; claramente se trata de una indemnización, que no tiene como fuente la responsabilidad

contractual o extracontractual; sino un mandato establecido legalmente; es decir se trata de una obligación legal.

d. Antijuricidad

Sostiene en su libro Elementos de la Responsabilidad Civil, el profesor Lizardo Taboada Córdoba que:

Una conducta es antijurídica, no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. (Taboada, 2003, pág. 32)

La antijuricidad o ilicitud es un aspecto fundamental, por lo que creemos que solo nacerá la obligación de resarcir cuando los daños sean consecuencia de una conducta antijurídica; ya que, si los daños son producto de conductas permitidas legalmente, no existe obligación alguna de resarcir daños.

Es importante además tener en cuenta que las causas de justificación de este elemento son, la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho; en ese sentido es importante resaltar que la legislación peruana ha concedido aquel poder de decisión al empleador de dar por culminada una relación laboral sin mediar una causa, en tal sentido no se cumple con el elemento de antijuricidad para hablar de una reparación civil a causa de un despido arbitrario.

La conducta del empleador al dar por terminada una relación laboral, es permitida por el derecho; ante la postura de muchos autores que sostienen que viola el derecho constitucional del

trabajo; cabe mencionar que en el artículo 27 de la Constitución regula la protección contra el despido arbitrarios, dicha protección la encontramos ya regulada en el artículo 34 y 38 de la LPCL.

El elemento natural del hecho jurídico ilícito que genera la obligación de resarcir un daño causado es justamente la ilicitud del mismo, el maestro Lizardo Taboada hace la siguiente asunción: “Solo nacerá la obligación legal de indemnizar cuando los daños sean consecuencia de conductas antijurídicas, pues si los daños son consecuencia de conductas permitidas legalmente, no habrá obligación alguna de indemnizar (Taboada, 2003, págs. 20-21)

Cosa muy distinta resulta sostener que la cobertura de la indemnización tarifada es insuficiente; pero no podemos avalarnos en ello para conceder elevados montos de dinero, por algo que no se produce. Un despido arbitrario no es fuente de daño moral solo porque puede que ocasione aflicción en el trabajador, como se ha mencionado en la Sentencia Casatoria N° 699-2015 Lima.

El profesor Leysser León sostiene lo siguiente:

Un despido, no es fuente de daño moral, entonces, porque ocasione aflicción o desazón al trabajador, ni porque afecte el estado de salud de este. Estas pueden ser consecuencias del despido, bajo una óptica fenomenológica, pero que en ningún caso estarán protegidas por las reglas de la responsabilidad civil. Incluso si el discurso de los cuatro elementos se aplicara con rigor a una demanda de daño moral por despido, habría que desestimar la pretensión sin más; porque no se cumpliría el requisito de la “antijuricidad” del proceder del empleador.(León, 2004, pág. 70).

2.4.3. Función que cumple la Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil cumple con las siguientes funciones:

- a) Función resarcitoria. Dado que se busca restablecer la situación al estado anterior de la producción del daño; sin embargo, ello no

implica enriquecer al afectado, sino de reparar en proporción al daño ocasionado.

Ahora bien, en el caso de los despidos arbitrarios no generan la necesidad de restablecer una situación de esa manera; puesto que no existe un daño moral producto de un despido arbitrario en sí mismo. Se produce un estado de desequilibrio, desventaja, aflicción al trabajador; y es natural, ya que se ve privado de un ingreso económico, sin embargo, la LPCL, ya contiene regulada indemnización para paliar dicho estado. No se puede sostener que por el solo hecho de causar aflicción, ha generado una inestabilidad perjudicial ante los familiares, ya que estaríamos dando cabida a que todos los trabajadores, que sean despedidos o porque se produce la culminación de su contrato laboral, sea merecedor de una indemnización moral.

- b) Función Sancionadora. Busca castigar al agente productor del daño; en ese sentido el empleador no es merecedor de asignarle tal responsabilidad dado que no toda afectación es resarcible; por ejemplo cuando se rompe la promesa de esponsales, la aflicción generada incluso el proyecto de vida matrimonial que se hizo una de las partes no será resarcido, debido a que se estaría vulnerando el derecho de libertad de elección, nadie puede obligar a unir sus vidas con alguien que ya no desee hacerlo; distinto es claro los daños patrimoniales ocasionados.

La legislación peruana, a través de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, permite que el empleador pueda terminar

una relación laboral sin mediar una causa justa, lo cual exime de la responsabilidad civil de resarcir daños.

- c) Función deterrence (disuasiva). Mediante esta función se busca disuadir a las personas a que no cometan hechos dañosos, desincentivando este tipo de conductas.

Conjuntamente con la intención de castigar a quien causa daño, prevenir posibles casos futuros, ya que desalienta a causar un evento dañoso.

Como ya antes se mencionó, el despido arbitrario se encuentra regulado en la LPCL, por lo tanto, la legislación ha legitimado el actuar del empleador para dar por culminado una relación laboral sin mediar una causa justa, pero que prevé una protección ante dicho suceso.

2.5. ANÁLISIS DE LOS ALCANCES DE LA INDEMNIZACIÓN TARIFADA EN LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.

La Constitución Política Peruana, protege el derecho al trabajo, el artículo 27 a la letra dice “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”; sobre este punto cabe indicar que la forma de protección que ha establecido la legislación peruana, se encuentra regulada en el artículo 38 de la LPCL; al establecer una indemnización tarifada.

La indemnización regulada responde a nuestro parecer al desequilibrio, desventaja económica, a la aflicción producida y en sí mismo a la esfera personal del trabajador; cuando nos referimos al desequilibrio económico en cuanto al producirse un despido sin mediar una causa justa, o al no poder probarse esta en juicio; el trabajador se ve privado de un ingreso económico; y ello generar una inestabilidad económica.

Cuando hablamos de un desequilibrio en la esfera de la persona; hacemos alusión a aquellas aflicciones que genera el quedarse sin un trabajo, lo cual resulta natural que una persona se vea afectada.

El profesor Leysser León menciona que:

Compensar el daño moral en sentido estricto en atención a la “aflicción psicológica” que causa la pérdida de fuente de ingresos, es incorrecto; asimismo porque implica dar por sentado que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador. (León, 2004, pág. 67).

Asimismo, refiere que:

Un despido, no es fuente de daño moral, entonces, porque ocasione aflicción o desazón al trabajador, ni porque afecte el estado de salud de este. Estas pueden ser consecuencias del despido, bajo una óptica fenomenológica, pero que en ningún caso estarán protegidas por las reglas de la responsabilidad civil. Incluso si el discurso de los cuatro elementos se aplicara con rigor a una demanda de daño moral por despido, habría que desestimar la pretensión sin más; porque no se cumpliría el requisito de la “antijuricidad” del proceder del empleador. (León, 2004, pág. 70).

En conclusión, la Indemnización regulada en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se sustenta en ser una compensación para el trabajador, por el desequilibrio económico producido a causa de un despido arbitrario; para su cálculo no es pertinente que se apliquen las reglas de la responsabilidad civil; puesto que es una obligación regulada legalmente.

La naturaleza jurídica de la asignación por despido arbitrario, es el ser una prestación indemnizatoria, contenida en una obligación legal, la cual tiene como fundamento el desequilibrio económico; al verse el trabajador privado de una fuente de ingresos.

Muchas demandas presentadas ante el Poder Judicial, sustentan su pretensión, indicando que la indemnización establecida en la Ley de Productividad y Competitividad, no es razonable, ni suficiente para compensar los daños que se producen ante un despido arbitrario, que dentro de ella no se encuentra el daño moral ocasionado al trabajador; por lo que los operadores jurídicos conceden a parte de la indemnización ya establecida, otro monto dinerario que muchas veces supera incluso a aquellas pretensiones sustentadas en la vida y la salud de las personas, como por ejemplo en los siguientes casos:

a. Caso 1: Derrame de Mercurio

La empresa Minera Yanacocha S.R.L, Esteban Arturo Blanco Bar y Ransa Comercial S.A, son demandados por daños y perjuicios, al ocasionar el derrame de mercurio en las localidades de Choten, San Juan, La Calera, El Tingo San Sebastián de Choropampa y Magdalena.

Los daños producidos se debieron al contacto directo e in directo con la sustancia plateada, los pobladores procedieron a recogerla, sin tener conocimiento del peligro al cual se exponían. Fue al día siguiente de ocurrido el hecho que se presentan casos de intoxicación aguda por exposición al mercurio.

La Señora Marisol Miranda Saldaña y Alejandro Rasco Lulichac, este último en representación de su menor hijo Esteban Jhonatan Rasco Gutiérrez interponen demanda por daños y perjuicios en contra de La empresa Minera Yanacocha S.R.L, Esteban Arturo Blanco Bar y Ransa Comercial S.A, en el caso en mención se acreditó que el transporte de dicha sustancia no se realizó en las condiciones de seguridad que

correspondía, por lo que en primera instancia se declara fundada en parte su demanda concediendo en el extremo de indemnización moral la suma de S/. 15,000 y S/. 20,000 soles respectivamente que incluye el daño psicológico, daño a la salud y a la persona, la misma que fue confirmada en segunda instancia.

b. Caso 2: Expediente N° 04474-2011-0-1601-JR-CI-04 – Trujillo

Se trata de la demanda interpuesta por Flor Angélica Gil Sánchez sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual, la cual la dirige contra la Empresa de Transportes Señor de los Milagros E.I.R.L, HIDRANDINA S.A, Oscar Francisco Zavaleta Medina y José Antonio Fernández Ruíz, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 05 de noviembre del 2010, a las 06.45 horas aproximadamente, día en el que encontrándose en la berma central de la Avenida Gonzáles Prada, la camioneta de la empresa HIDRANDINA S.A realizó una maniobra temeraria que ocasionó su colisión con el microbús de la Empresa de Transportes Señor de los Milagros E.I.R.L, generándose que la primera de ella salga del sardinel e impacte contra ella, ocasionando que aquella quede en estado de inconsciencia.

Producto de dicho accidente, la demandante sufrió lesiones traumáticas en el cráneo, tórax, costilla, pelvis, zona abdominal, mandíbula, zona lumbar y extremidades inferiores, situación que generó gastos médicos, dejar de percibir ingresos y lesión a sus sentimientos.

En primera instancia refiere Respecto a la prueba del daño moral:

Respecto a este afirma la demandante que a raíz del accidente ha sufrido una serie de problemas que han afectado su personalidad y sentimientos, siendo que ha tenido un cuadro depresivo/traumático, es decir de desequilibrio emocional. Asimismo, en aplicación del artículo 1984 del C.C., el cual ha consagrado una fórmula para

determinar económicamente el daño moral del siguiente modo: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia”. Por otra parte, resulta atendible lo expresado en la Casación N° 1125 – 95 - Arequipa; de fecha 27 de mayo de 1998, en el sentido que al juzgador le corresponderá aplicar discrecionalidad, equidad, sana crítica, justicia y otros tantos valores y llegará a la fijación de una reparación pecuniaria o no, según sea el caso; por lo que el monto indemnizatorio por daño moral deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento, en este caso, en la familia de la víctima y de la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de ésta. Siendo esto así, a criterio discrecional de este juzgador, se fija como monto reparador del daño moral la suma de S/. 25,000.00 (Veinticinco Mil y 00/100) nuevos soles.

Sin embargo, dicho monto sería revocado, modificándose a la suma de S/. 20,000 soles a razón de daño moral.

c. Caso 3: Expediente N° 00576-2011-0-0601-JR-CI-02 - Cajamarca

Jhony Rolando Izquierdo Alaya interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios (derivados de responsabilidad extracontractual), contra la empresa de transportes (Corporación) Horna e Hijos S.R.L; manifiesta que, con fecha 13 de febrero de 2010, aproximadamente a las 18:05 horas, conducía su moto lineal llevando a María Esther Guevara Yupanqui y Segundo Ramos Cueva Yupanqui; que a la altura de Tembladera, al voltear una curva, apareció el ómnibus de placa UD-3671, de propiedad de la demandada, quien invadió la mayor parte del carril, embistiéndolos y ocasionándolos graves daños corporales; que el chofer intentó huir del lugar, pero fue capturado por los propios pasajeros del ómnibus; que su moto resultó severamente averiada y sus acompañantes sufrieron daños de consideración, sobre todo María Esther Guevara Yupanqui, quien ha padecido la amputación de una pierna

El demandante inicialmente fue atendido en la ciudad de Tembladera para luego ser evacuado al hospital Las Mercedes de la ciudad de Chiclayo,

donde fue internado e intervenido quirúrgicamente, colocándole un *by pass* de subclavía axilar con injerto venoso (safena) más fasciotomía, colocación de férula de yeso y ligadura de vena axilar, entre otras múltiples atenciones, como pruebas pre-transfusionales, detectándose además que tenía alto riesgo de pérdida de sus extremidades.

En lo que concierne al daño moral, es indudablemente que un accidente de tránsito de la gravedad del que ha generado este proceso tiene que haber afectado enormemente la estabilidad emocional y psicológica del demandante y de sus familiares más cercanos, pues se valora que ha estado internado en un hospital durante varias semanas, ha sido intervenido quirúrgicamente, ha sufrido múltiples contusiones, ha sido sometido a innumerables exámenes médicos, se le preceptuó cuando menos noventa días de incapacidad médico legal (para el trabajo) y ha sido declarado facultativamente como discapacitado por lo menos por tres años, requiriendo terapia y mantenimiento médico básico continuo, así como la ayuda de otra persona para actividades de marcha, transporte, aseo, vestido y comida.

En este sentido, se estima que un monto adecuado para el resarcimiento del daño moral es S/. 15,000.00 soles.

Se debe hacer la aclaración que el hecho de que legislativamente se haya establecido un tope económico de producirse un despido arbitrario (artículo 38 de la LPCL) y que al parecer no sea suficiente; no es justificación para conceder montos dinerarios elevados y que para ello se sustente en la institución de la responsabilidad civil; puesto que no cabe la aplicación de dicha institución.

2.6. DAÑO MORAL

Antiguamente la justicia era practicada, sin que existiera una norma en la cual se regulara las sanciones ante un hecho, es decir se practicaba la justicia por mano propia, influenciada por la venganza, ya que se buscaba causar el mismo daño que a la víctima

Es a partir de la Ley Aquiliana, que aparecen nociones en materia de daño y culpa extracontractual, que obligaba al responsable del daño a pagar una suma de dinero por concepto de pena, es decir que ante la producción de un daño nacía la obligación entre las partes.

En relación al daño a nivel contractual, era necesario que se demuestre la concurrencia de la culpa (negligencia, imprudencia o impericia) o el dolo en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

En el caso del daño moral, inicialmente no se concebía la idea de resarcir los daños no patrimoniales, ello con el transcurrir del tiempo fue cambiando, empieza a reconocerse intereses materiales o patrimoniales del ser humano, sino a la afectación de su ser, sentimientos, etc.

En el Perú influenciado por el Código Napoleónico, el cual concebía la idea que solo debe repararse los daños materiales; el Código de 1852 no regulaba de manera taxativa al daño moral. Sin embargo, se encuentra una posible aproximación cuando en el artículo 2202 se estableció una regla relativamente cerca al daño moral que decía: En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria.

Ya en el código Civil de 1936, en el artículo 1148, da la facultad al juez para considerar la existencia o no del daño moral o para pronunciarse respecto a este, el referido artículo a la letra decía: Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima; asimismo el artículo 79 de la misma norma en el caso de ruptura de esponsales, el juez podía fijar indemnización por daño moral.

Pronunciamientos judiciales, así como el desarrollo de la doctrina en nuestro país, fundaba la idea de la existencia de daño moral, a causa de lesiones sufridas de por vida, como por ejemplo el dolor que causaba la muerte de un ser querido o daño moral vinculados al derecho de familia.

Actualmente el Código Civil vigente regula al daño moral de manera taxativa, dentro del contexto de la responsabilidad civil contractual, ante la inejecución de obligaciones y extracontractual, que refiere el artículo 1985 “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (..).

2.6.1. Concepto

El Profesor Lizardo Taboada Córdova, refiere sobre daño moral lo siguiente:

Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento. Así por ejemplo se entiende que, en los casos de la muerte de una personal, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general. Sin embargo la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno, es decir, aprobado por la conciencia social,

en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de tutela legal (Taboada, 2003, pág. 64).

Espinoza por su parte define al daño moral como: El ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, padecidos por la víctima que tienen el carácter de efímeros y no duraderos (Espinoza, 2011, págs. 248-249).

El maestro Leysser León tiene una visión más amplia respecto al daño moral cuando indica:

En las expresiones citadas es notable la mala influencia ejercida por corrientes de opinión equivocadas que rotulan al daño moral como un daño psicosomático; visión que no concuerda, ni con la historia ni con la importante función que cumple esta categoría en atención a su finalidad preventiva y sancionadora. En el lenguaje del Código Civil y, para ser más precisos, en el de las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, daño moral no solo es sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie lo suficientemente dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra derechos a la personalidad. (León, 2004, pág. 67).

Creemos que es factible la existencia de daño resarcible a causa de algunas acciones verdaderamente antijurídicas e ilícitas por parte del empleador por ejemplo cuando se afecten derechos a la personalidad del trabajador, de tal manera que al calcular un monto dinerario deberá seguir las reglas de la responsabilidad civil, y el juez deberá fundamentar de manera objetiva dicha decisión. Pero cabe precisar que estos daños son causados contra los derechos a la personalidad.

Los fundamentos por los cuales muchos jueces están concediendo montos dinerarios a favor del trabajador por daño moral producto de un despido arbitrario, resultan erróneos por lo ya expuesto líneas

arriba; no se puede considerar como daño moral a cualquier sentimiento de aflicción que se produzca; somos seres humanos y sentimos aflicción ante un desbalance económico o de cualquier otra índole, que se produzca en nuestra esfera personal, ello es natural.

Por su parte Trazegnies considera que:

El derecho debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado. Y pareciera que, en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral, sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral la indemnización quede convertida en un castigo. (Trazegnies, pág. 144)

Siguiendo al mismo autor refiere además que:

El mal llamado daño moral, es en realidad un daño patrimonial, económico; pero cubre todos esos aspectos en los que el menoscabo es difícil probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al Juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al Juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al demandante se acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama. (Trazegnies, 1990, pág. 210)

2.6.2. Daño moral en la Legislación Peruana.

No siempre el daño moral estuvo regulado en nuestra legislación, por ejemplo, el Código Civil de 1852 regulaba de manera directa solo los daños materias y en consecuencia su reparación, para ese entonces se acogía a la concepción que, el daño moral no tiene contenido patrimonial. Sin embargo, cabe resaltar que de manera indirecta en su artículo 2202, dio algunos alcances para su regulación, ya que

prescribía que, en caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria.

En el código civil de 1936, en su artículo 1148, se regula al daño moral, en cuanto da la potestad al juez de pronunciarse sobre la configuración o no de este daño; es por ello que remitiéndonos al artículo 79 del mismo código faculta al juez la posibilidad de fijar un monto por indemnización por daño moral en los casos de ruptura de esponsales, pero sin hacer alusión en cuanto a la responsabilidad contractual.

En nuestro código civil vigente (1984), se puede observar que el daño moral está regulado dentro de la responsabilidad contractual señalada en el Título IX- Inejecución de las Obligaciones, del Libro VI – Las Obligaciones de nuestro Código Civil, haciendo mención en el artículo 1985, bajo la denominación de responsabilidad extracontractual el cual indica que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de indemnización devenga intereses legales desde la fecha que se produjo el daño; de ello se evidencia que establece el deber de reparar el daño a la persona sin establecer un límite.

Los daños producidos a una persona pueden ser, daños patrimoniales y daños extra patrimoniales; la legislación peruana regula al daño moral dentro de los daños llamados extra patrimoniales.

De nuestro código civil, diferencia al daño moral con el daño a la persona, pues lo regula como el ansia la angustia, los sufrimientos psíquicos, padecidos por una persona, que no tiene carácter duradero.

Asimismo, el C.C en su artículo 1984 a la letra prescribe: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

En primer lugar, creemos que en dicho artículo se ha mezclado dos términos que tiene connotaciones muy distintas, pues refiere sobre el daño moral (propio de la responsabilidad civil), que debe ser indemnizado y no resarcido; esta es una consecuencia de no saber diferenciar o haber establecido la naturaleza propia del monto dinerario regulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Por otra parte, el despido arbitrario propiamente dicho, no genera daño moral que pueda ser resarcido; por lo que no es pertinente fundamentar las decisiones judiciales en un posible deterioro de la imagen del trabajador ante sus familiares, amigos y sociedad en general; para conceder montos denominados prudentiales; cabe preguntarse si con ese sustento S/. 75,000.00 soles puede llamarse una suma prudencial.

La naturaleza jurídica de la asignación dineraria por despido arbitrario es indemnizatoria, dado que, busca reequilibrar el desequilibrio patrimonial producido al trabajador. El despido arbitrario no genera daños resarcibles, es por ello la impertinencia de la aplicación de la

responsabilidad civil. La legislación peruana ha previsto subsanar dicha situación y así fijar un monto ya establecido en el artículo 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

2.7. INCONSISTENCIAS JUDICIALES AL INCLUIR AL DAÑO MORAL, DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE Y EL DESCONOCIMIENTO EN SU CUANTIFICACIÓN

La función básica de la responsabilidad civil es de resarcir los daños generados; frente a ello el artículo 1331, del Código Civil Peruano vigente establece que:

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso

Asimismo, el artículo 1332 del mismo cuerpo normativo establece que, si el resarcimiento del daño, no pudiera ser probado, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa

En base a los artículos antes detallados, el criterio de equidad se determina como un procedimiento supletorio que parte de la hipótesis de no haber sido posible comprobar ni siquiera en vía indirecta los elementos determinantes de la cuantía del daño.

La actuación de los jueces bajo lo antes mencionado ha sido determinar, en base al criterio de equidad, montos dinerarios elevados, olvidándose de esta manera que este criterio no supone licencia para la arbitrariedad, sino todo lo contrario, ya que está relacionado a la aplicación del derecho con justicia. Jorge Beltrán Pacheco, cita a Bonasi Benucci, quien refiriéndose a una casación italiana afirma que:

(...) el magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero. (...) no puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales fundó su apreciación. (Beltrán, 2003, pág. 997)

Agustín Squella, en su trabajo denominado derecho natural y equidad sostiene que realizar un juicio de equidad en la cuantificación del daño de imposible probanza, implicará como base mínima lo siguiente:

- a. Que lo que se evalúe sea la cuantificación de los daños, y no la responsabilidad.
- b. Que específicamente se trate del *quantum*, y no de la ocurrencia del daño en sí.
- c. Que la parte interesada (afectada o agraviada) haya actuado con la diligencia requerida en la alegación, fundamentación y acreditación de esos daños y su cuantía, y no haya logrado probarla a pesar de todo el esfuerzo desplegado.

De ello podemos decir que, una vez tenido en cuenta lo dicho por Agustín Squella, el juez estará habilitado para hacer uso de la facultada conferida por el artículo 1332 del CC., estableciendo sus propias pautas, sus propios referentes que lo conduzca de manera lógica a un resultado justo. Utilizar el criterio de equidad no exige a las partes un sometimiento a la fe hacia el juzgador, por lo contrario, el juzgador deberá sustentar y fundamentar de manera adecuada el resultado al cual llegó, de tal manera que no sea perjudicial para ninguna de las partes, sino justo.

El despido arbitrario o despido nulo pueden constituir ocasiones para la verificación de daños resarcibles, pero para su determinación y cuantificación será obligatoria la aplicación del régimen general de la responsabilidad civil. Tales perjuicios pertenecen al campo de los daños morales y se presentan con nitidez, por ejemplo, cuando el despido se enlaza contextualmente, con un trato indigno, abusivo, indecoroso, violento del empleador contra el trabajador, y cuando en ese marco, se vulneran los derechos de la personalidad del despedido.

Cabe precisar por ejemplo que, en casos como el acoso sexual, el levantamiento de falso testimonio contra el despedido, legitimará al afectado a obtener el resarcimiento en vía responsabilidad civil, lo cual supondrá realizar el juicio correspondiente y verificar, el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación (es decir, la culpabilidad, dadas las directrices del incumplimiento de obligaciones). Lo mismo ocurre cuando el despido se realiza con etiquetamientos irreales, impropios, abusivos contra el trabajador, como el bajo rendimiento, ineficiencia, ineptitud y otros objetivos que descalifican el ejercicio de la profesión u oficio, al reducir objetivamente sus posibilidades de recolocación en un empleo ulterior.

Sin embargo, lo indicado anteriormente no equivale a afirmar que el despido constituya, 'por sí mismo un daño resarcible.

Las inconsistencias judiciales al incluir el daño moral como daño resarcible se presentan en varias sentencias, entre ellas:

a. Cas N° 4977-2015- Callao, de 21 de enero de 2015.

La cual indica que el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos 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, 1332 del código civil), que 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 le permite cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.

De lo detallado, se observa que el daño moral, es concebido como un daño psicosomático, dejando de lado las reglas de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones; por lo que daño moral no solo es sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra derechos de la personalidad; si el despido atenta contra tales derechos se procederá al resarcimiento (distinto de la indemnización, que no requiere ulterior verificación y que se pondera económicamente según la tarifa indicada por ley).

Hacer pasar a la aflicción por un daño previsible, implicaría suponer que el empleador conoce la situación de cada uno de sus trabajadores, lo cual resulta injusto determinar la existencia de responsabilidad civil del empleador hasta límites indeterminables.

b. Cas N° 699-2015-Lima, 26 de noviembre de 2015

La cual indica que, finalmente en cuanto a la pretensión del daño moral, teniendo en cuenta que este 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. En esta sentencia se aprecia que, no existe un fundamento para ser calificado el monto de S/ 75,000.00 (que fue lo que se otorgó) como una suma prudencial.

c. Cas N° 5423-2014-Lima, del 27 de abril de 2015

Refiere que, en el contexto, en el caso concreto le corresponde al actor el pago de una indemnización por daño moral, toda vez que dicha indemnización del comportamiento calumnioso del empleador, al haber imputado la comisión de faltas graves consistentes en haber fraguado operaciones de importación, falsificación de documentos, simulación de importaciones ante terceros y abuso de las facultades conferidas por el empleador, las cuales derivaron no solo la pérdida de su trabajo, sino también en el menoscabo de su dignidad, honor y reputación como persona pues se le atribuyó conductas delictivas; lo cual evidencia un comportamiento doloso, orientado a perjudicar al trabajador, con la finalidad de cumplir sus obligaciones laborales; hecho que ha quedado acreditado con los medios probatorios que corren en autos (...).

En esta sentencia los magistrados, prestan más atención no al despido como tal ni como fenómeno aislado y descontextualizado, sino al atentado específico y doloso del empleador contra los derechos de la personalidad del afectado.

Con respecto al daño emergente y lucro cesante, los jueces han optado por desestimar dichas pretensiones, extremo con el cual concordamos; dado que al hablar de un daño emergente es cuestionable establecer como se configuraría este (quizá sería los gastos incurridos al pagar a un abogado en el proceso); de igual manera considerar lucro cesante (ganancias dejadas de percibir), implicaría considerar todo el tiempo que el ex empleado no se encontraba trabajando para ser resarcido; esta situación incentiva que ninguna persona al ser despedido se esfuerce por encontrar una fuente de ingresos, dado que está seguro que los operadores de justicia al final concederían resarcirían ese tiempo no trabajado.

Por su parte, resarcir daño moral como ya antes se ha manifestado, presenta inconsistencias, como ya se ha precisado en las casaciones antes detalladas; lo que ha llevado a desvirtuar el criterio de equidad aplicado por el juez, los cuales guardan relación con los siguientes principios:

2.7.1. Principio de predictibilidad.

Wuille Ruiz Figueroa, en su artículo, la Predictibilidad en la Justicia Peruana, sostiene que:

La predictibilidad también es conocida con los principios de seguridad jurídica o de certeza; con ella se pretende eliminar parte de la inseguridad jurídica y generar confianza sobre cuál será el resultado final en un caso planteado ante el sistema de justicia. Se busca disminuir la emisión de sentencias discordantes y contradictorias frente a situaciones similares. (Ruíz Figueroa, 2011, pág. 13)

Implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho. La finalidad de esta exigencia funcional es la prevalencia de fundamentación de acuerdo a un orden constitucional y el

aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales, en el proceso judicial.

Actualmente este principio se ve seriamente afectado, lo que implica con ello la afectación del derecho a la igualdad en su aplicación, dado que, los operadores jurídicos ante situaciones similares, producen interpretaciones distintas o dispares, que en ocasiones pueden verse forzadas, distorsionadas y antojadizas.

La influencia de la subjetividad del juez, es uno de los factores que afecta a este principio, dado que al momento de resolver se apartan de una decisión judicial honesta y coherentemente argumentada, bajo los parámetros legales existentes. No olvidemos que el respeto a este principio es el deber de sustentar una decisión judicial a través de una argumentación homogénea y objetiva, pues el límite entre la arbitrariedad y la discrecionalidad es la razonabilidad aplicada en sus decisiones, el producto debe ser una sentencia fuera de valoraciones, ajena a la realidad, libre de subjetivismos.

Sostener que existe responsabilidad civil del empleador ante un despido arbitrario, vulnera el principio de predictibilidad, en cuanto el juez con el afán de reconocer una suma de dinero a razón del mal llamado indemnización por daño moral, motivan sus decisiones en argumentos subjetivos, y variables en cada caso, con respecto al monto dinerario que conceden.

De ello se podría decir, por ejemplo, si el fundamento para que se configure una indemnización moral, es el daño a los sentimientos, la aflicción que pueda generarte un determinado hecho; en ese mismo

sentido resulta cuestionable que los jueces en una indemnización moral a causa de la muerte de un familiar fijen montos menores en comparación a lo que se concede a razón de un despido arbitrario.

Por otro lado, cómo pretender que, que la sociedad confíe en el sistema de justicia cuando los órganos jurisdiccionales, resuelven demandas concediendo sumas elevadas de dinero basadas en la propia apreciación del juez, en una apreciación generalmente tomando en cuenta aspectos muy subjetivos, como por ejemplo en lo resuelto en la Casación N° 699-2015-Lima emitida por la Sala Civil Permanente, en cuya sumilla establece:

En el presente caso, solo corresponde indemnizar al demandante por concepto de daño moral, ya que el hecho de haber sido despedido en forma arbitraria por su empleador, le ha ocasionado sufrimiento, el cual se refleja a través de un posible deterioro en su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general.

El posible deterioro de la imagen de una persona ante sus familiares, amigos y la sociedad en general, a nuestro punto de vista, no se configura un sustento objetivo por el cual los jueces deban conceder sumas de dinero que incluso sobre pasan a las concedidas en algunos casos por la muerte de un familiar a consecuencia de un accidente.

Las decisiones judiciales consideramos deben ser más realistas, ya que si bien es cierto a consecuencia de la pérdida de un trabajo se producen aflicciones, sufrimientos; sin embargo, con dichas decisiones victimizan al trabajador y hacen que este se sumerja en dicha situación, sin considerar la posibilidad de conseguir un nuevo trabajo, de superar un despido arbitrario; por la única razón que

conseguirán una respuesta judicial bastante considerativa, basados en motivaciones someras. Los órganos judiciales están haciendo del ser humano, un ser que busca soluciones fáciles y no se dan cuenta que con ello vulneran los derechos del empleador.

2.7.2. Principio de razonabilidad

Etimológicamente la palabra razonabilidad proviene del latín *rationabilis*, que significa arreglado, justo, conforme a la razón.

El principio de razonabilidad, viene ser aquella exigencia que el ordenamiento jurídico establece para aplicación del juez al momento de resolver sobre alguna causa. Implica que el juez deberá hacer uso de la interpretación jurídica, así como deberá ser consciente de los límites del poder que le revisten al momento de resolver; evitándose con ello una solución arbitraria o irrazonable, no ajustada al derecho.

Se habla de una decisión razonable, cuando esta ha sido consecuencia de un conjunto de evidencias que los hechos proporcionan respecto a un determinado caso, fundamentos jurídicos, que acercan a la verdad de lo que se está discutiendo. Una decisión revestida de razonabilidad quiere decir que cuenta con una motivación suficiente a fin de no afectar a ninguna de las partes.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03238-2013-PCA/TC establece que, el criterio de razonabilidad permite delimitar el ámbito del control, en la medida en que el control de las resoluciones es también, en buena cuenta, control del proceso.

Por otro lado, el profesor, Zavaleta Rodríguez sostiene que:

Una decisión es irrazonable, en términos amplios, cuando no respeta los principios de la lógica formal, contiene apreciaciones dogmáticas o proposiciones, sin ninguna conexión con el caso; no es clara respecto a lo que decide, por qué decide y contra quien decide; no se funda en los hechos expuestos, en las pruebas aportadas, así como en las normas o los principios jurídicos y, en general, cuando contiene errores de juicio o de actividad que cambian los parámetros y el resultado de la decisión. (Zavaleta, 2004, pág. 368)

Resarcir por daño moral a causa de despido arbitrario, por los fundamentos que se ha venido otorgando, evidencia que los Jueces no han respetado el principio de razonabilidad, al no motivar sus resoluciones con fundamentos que determinen su concurrencia; ya que sostener que la sola configuración del despido arbitrario genera una posible afectación en los sentimientos del ex empleador, no es un fundamento razonable.

Es por ello que podemos evidenciar en la Casación N° 699-2015 Lima, en el fundamento Décimo Segundo, lo siguiente:

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.

Monto de S/. 75,000.00 muy a parte de los 137,460.96 concedido por despido arbitrario que regula la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 34 y 38.

El Colegiado Supremo considera pertinente dejar en claro que todo despido arbitrario, declarado como tal por un juez competente, no

origina per se una indemnización por daños y perjuicios distinta a la prevista en la vía laboral, si es que no establece y acredita la conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del ex empleador.

2.7.3. Principio de discrecionalidad

El Diccionario de la Real Academia Española, respecto a la palabra discrecionalidad define de la siguiente manera:

“discrecionalidad” alude a la calidad de discrecional, o sea, a aquello que se hace libre y prudencial. La prudencia consiste, a su vez, en distinguir lo que es bueno de lo malo, para seguirlo o para huir de ello; implica moderación, discernimiento, buen juicio. La discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad, es decir, a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

Las causas por las cuales el juez aplica este principio se deben a diferentes factores, entre los cuales se pueden presentar por ejemplo los vacíos legales o lagunas legales, ambigüedad de los textos legales a aplicarse, etc. La discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del derecho.

El principio de discrecionalidad aplicada por el juez en sus decisiones, cumple un rol fundamental, en la medida que está resulta de la capacidad de discernimiento, es decir el poder de decidir libre pero prudencialmente de acuerdo a los parámetros legales existentes; partiendo de ello, es preciso indicar que, los jueces vienen vulnerando este principio, en cuanto existen pronunciamientos en los cuales se conceden sumas de dinero elevados, bajo su propia consideración, es decir, valoran muy subjetivamente, o sobre valoran la afectación de los sentimientos del trabajador; victimizándolo al punto, de exagerar;

ya que en materia civil por ejemplo también con respecto a indemnización por daño moral ante la pérdida de un ser querido, su valoración y calculo resulta ser mucho menor.

El resarcimiento por daño moral, están sujetos a la afectación en la esfera de los sentimientos, en ese sentido es cuestionable determinar exactamente cuál es la valoración que realiza el órgano jurisdiccional al resolver de manera diferente ante una indemnización por daño moral.

La discrecionalidad está dada por la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros, en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la Ley.

Una de las desventajas que puede presentar la discrecionalidad del juez es como ya se mencionó la subjetividad con la cual resuelve, ello conlleva a que sus decisiones carezcan de coherencia, aplicando de esta manera criterios desiguales para casos iguales, lo que permite cuestionar la existencia de seguridad jurídica.

La adecuada utilización del principio de discrecionalidad, implica que la ley sea interpretada, pero no de una manera aislada sino en su conjunto; es por ello que la indemnización tarifada establecida, obedece a la disposición contenida en la Constitución. Esta debe ser debidamente fundada y sujeta a control y sus límites son las garantías constitucionales: la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y el proceso justo, que implica el respeto a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la equidad.

2.8. SOBRE LA PROPUESTA DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JUDICIALES

Judicial y doctrinaria, no existe un criterio respecto a la existencia o no de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador; por lo que, mediante la presente investigación buscamos unificar criterios judiciales que garanticen la predictibilidad del juez al momento de resolver pretensiones del trabajador en casos de despido arbitrario.

Existen Acuerdos Plenarios en materia laboral y civil, en los cuales no se ha logrado diferenciar las instituciones de indemnización y resarcimiento, causa principal que ha generado que se sigan concediendo sumas elevadas de dinero al considerar resarcimiento moral a causa de un despido arbitrario, bajo fundamentos ya alcanzados por la asignación legal regulada la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

La importancia de unificar criterios judiciales, está en base a evitar decisiones arbitrarias e inconsistencias judiciales como las que precedentemente hemos desarrollado; asimismo el objetivo principal es un mejor desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial, en materia laboral, exactamente al determinar la existencia de responsabilidad civil a causa de un despido arbitrario.

El artículo 116 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prescribe que los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en Plenos Jurisprudenciales, con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial; y el artículo 22 establece el carácter vinculante de la doctrina nacional correspondiente.

Los Plenos Jurisdiccionales constituyen reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto.

En virtud al desarrollo de la presente investigación, pretendemos la unificación del criterio de la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador, teniendo en cuenta que, no se ha logrado diferenciar las instituciones jurídicas de indemnización y resarcimiento, lo que ha permitido conceder montos de dinero elevados a consecuencia de producirse resarcimiento por daño moral pero bajo los fundamentos de una indemnización, la misma que ya se encuentra regulada en la LPCL; por otro lado se debe considerar que ya existe una adecuada protección ante la configuración de un despido arbitrario regulada en los artículos 34 y 38 de la LPCL de naturaleza indemnizatoria no resarcitoria; y finalmente que al otorgar además de indemnización, resarcimiento genera un doble beneficio del trabajador lo que finalmente vulnera los derechos del empleador en la medida que desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación indeterminada.

CAPÍTULO III

DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo mostramos el resultado de nuestra investigación, los mismos que fueron realizados en base a nuestros objetivos y a los aspectos metodológicos expuestos en el capítulo I.

De acuerdo a los métodos de interpretación jurídica, dogmática jurídica y doctrinaria, así como consulta de fuentes directas e indirectas del derecho (constitución, ley de productividad y competitividad laboral, código civil, jurisprudencia; etc.), y procedimientos utilizados nuestra investigación es de tipo cualitativa, como logra evidenciarse del marco teórico con la interpretación realizada la ley de productividad y competitividad laboral y código civil respecto a la regulación del daño moral, del mismo modo, las diferentes concepciones de los juristas sobre las instituciones de indemnización y resarcimiento que nos permitieron diferenciarlas, el desarrollo y el análisis de los principios de predictibilidad, razonabilidad y discrecionalidad aplicados por el juez al momento de resolver; contribuyeron a sustentar que el resarcimiento por daño moral a causa de un despido arbitrario, además de la indemnización establecida en la LPCL desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación de personal indeterminado y así dar validez a nuestra hipótesis; por lo que no existe responsabilidad civil por parte del empleado, en dichos casos

De acuerdo al fin que persigue es una investigación básica, con el cual se incrementó conocimientos teóricos respecto a determinar la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa de un despido arbitrario como tal.

El diseño de investigación descriptivo del presente estudio, permitió en primer lugar identificar y analizar las situaciones actuales del problema planteado, proporcionándose como ejemplo a sentencias en las cuales se determinan montos de resarcimiento por moral a causa de un despido arbitrario superior a las concedidas incluso por la pérdida de la vida de un familiar o a la afectación de la salud.

De acuerdo al diseño de la investigación es una investigación explicativa, con la cual explicamos el porqué de las confusiones de dos instituciones totalmente distintas en el derecho; es decir indemnización y resarcimiento y la mala inconsistencia judicial al incluir al daño moral, lucro cesante y emergente y el desconocimiento con su cuantificación por parte de los jueces. De igual manera es propositiva ya que el desarrollo de nuestra investigación tiene como fin proponer la unificación de criterios judiciales, garantizando así el principio de predictibilidad al momento de resolver el juez las pretensiones del trabajador en los casos de despido arbitrario.

En ese sentido, dada la hipótesis planteada, podemos afirmar que, los fundamentos jurídicos que determinan la inexistencia de responsabilidad civil del empleador a causa del despido arbitrario del trabajador son:

3.1.LA FALTA DE DIFERENCIACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO.

Entre las principales diferencias el profesor de la Universidad Mayor de San Marcos, Héctor Augusto García Campos, en su tesis para obtener el título

de abogado, establece algunas diferencias de orden funcional, estructural y consecuencial que se presentan en el resarcimiento y la indemnización.³

a) Orden Funcional: Teniendo en cuenta que las instituciones analizadas 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 la función de reconstitución (o restauración) del patrimonio lesionado.

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 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. Sustentado el 12 de abril del 2012, con mención "sobresaliente", ante: Hugo Forno Flores (presidente), Leysser León Hilario (Crítico) y Giovanni Priori Posada (Asesor).

3. Los criterios para tener en cuenta la procedencia o no de cada remedio es distinto. En la indemnización se recurre a la equidad, mientras que en el resarcimiento se recurre al criterio de imputación (subjetivo u objetivo), para que 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 surgirá esta.

c) Orden consecucional. 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 del 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. 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 se cancele el daño del mundo de los hechos).

La indemnización no requiere juicio de responsabilidad civil, su fuente por lo general es la Ley y puede surgir de una conducta lícita o ilícita. Además, la cuantificación puede o no estar fijada por la ley. Por el contrario, el resarcimiento es consecuencia del juicio de responsabilidad civil. Surge del incumplimiento de responsabilidad civil aquiliana o extracontractual, siendo el elemento indispensable la licitud o antijuricidad. Asimismo, la cuantificación lo fija exclusivamente el juez.

El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación, de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico. (Beltran, 2010, pág. 385).

El profesor Leysser León expone algunas diferencias como *Amicus Curiae*, en el Tercer Pleno Casatorio Civil: cuando se habla de indemnización no es necesario imputar responsabilidad civil, ni hablar de culpable; tiene por fuente la Ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de Equidad. Está basada en la verificación de una situación de desbalance económico.

Es correcto determinar una indemnización, a fin de atender un desequilibrio producto de un hecho regulado en una ley, por lo que en ninguna medida está sujeta a la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.

La indemnización, en cambio, tiene como fuente a la ley; es el propio legislador quien da las pautas para su estimación, pero siempre al margen de todo criterio de imputación (indemnización por expropiación e indemnización por despido; pero también, por ejemplo, indemnización del incapaz de discernimiento; indemnización por ruptura de sponsales; etc.) (Alfaro, 2011, pág. 9).

Por otro lado, se habla de resarcimiento cuando se configura un hecho ilícito generador de daño, por lo que es necesario verificar los elementos de la responsabilidad civil.

El resarcimiento es una obligación que nace de un acto generador de responsabilidad civil, es el resultado además de un juicio, de una operación del intelecto en la que se verifica, sobre la base de un criterio de imputación, la concurrencia del daño y de la relación de causalidad (Alfaro, 2011, pág. 9).

En los casos de despido arbitrario claramente se presenta una indemnización, regulada en el artículo 34 y 38 de la LPCL; como única consecuencia al configurarse un despido arbitrario, que por cierto se encuentra dentro de los parámetros establecido por la ley. Dicha indemnización tarifada, responde al desequilibrio, desbalance económico que produce un hecho como tal, siendo natural que con ello se cause una aflicción, preocupación al trabajador al quedarse sin una fuente de ingreso.

Caso parecido es cuando se discute la naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho; respecto a ello el profesor Vidal Olivares manifiesta:

La compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia, pues constituye una obligación jurídica legal, impuesta a uno de los cónyuges a favor de otro, con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil. (Vidal, pág. 437)

Ahora intentando adecuar lo mencionado a nuestro tema; resulta aplicable dicha concepción puesto que la indemnización viene a ser aquella compensación, de naturaleza jurídica propia, puesto que su origen está en una obligación legal; con la finalidad de paliar un desequilibrio o disparidad

económica producida a causa de un despido arbitrario. Dicha indemnización se encuentra regulada en el artículo 38 de la LPCL; que cubre aquella aflicción, o desequilibrio en los sentimientos del trabajador; que en la actualidad en varias sentencias llaman daño moral.

Al reconocer un daño patrimonial a causa de un despido arbitrario; es inevitable reflexionar acerca de cuál es efectivamente el patrimonio afectado; algunos autores han sostenido que podría tratarse de los gastos efectuados en el proceso iniciado por la obtención de un monto indemnizatorio; es más en la sentencia casatoria N° 699-2015 Lima, no identifica los daños sufridos por el trabajador; restringiéndose a dar un alcance o concepto de daño patrimonial.

Asimismo cuando se habla del reconocimiento de un monto dinerario por concepto de lucro cesante; en realidad nos inquieta saber qué es lo que engloba dicha concepción; quizá podría hablarse del dinero dejado de percibir por el periodo dejado de laborar; y si es así como ya se mencionó anteriormente, hasta cuando se calcularía; no sería correcto sostener que la base de cálculo es hasta que se encuentre un nuevo trabajo; pues se incentiva a que ni siquiera exista la preocupación de la búsqueda de alguno, ya que al final la sentencia será a favor del trabajador.

En cuanto al daño moral; no resulta pertinente indemnizar por el sufrimiento, aflicción que causa un despido arbitrario; puesto que consideramos que tales consecuencias son naturales que se produzcan; pues recordemos que a la persona se deja sin una fuente de ingreso económico; pero a la vez dicha situación se busca equilibrar a través de la indemnización tarifada establecida en la ley de productividad y competitividad laboral.

Los operadores jurídicos; al no diferenciar las figuras de indemnización y resarcimiento, están cayendo en errores imperdonables; los cuales traen consigo, inflar montos dinerarios irrazonables; es el caso de lo resuelto en la sentencia Casatoria N° 699-2015 Lima; en el cual se concede la suma de S/. 75,000.00 soles por concepto de indemnización moral por despido arbitrario, sustentando en el Décimo Considerando en cuanto a la pretensión por daño moral, que consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso por lo que resultaba amparable tal concepto petitionado como indemnización, ya que se consideró, 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, correspondía fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado.

Llama mucho la atención que el monto concedido por daño moral este sustentado en el solo hecho que la sola situación genera un sufrimiento, además califica como prudencial el monto de S/. 75,000.00 soles bajo ese sustento; suma muy a parte a la ya concedida por la indemnización tarifada regulada en el art. 38 de la LPCL, monto que asciende a la suma de S/.137, 000.00 soles.

Asimismo, en cuanto a la sentencia que corresponde al Exp. N° 15725-2012-01801-JR-LA-25/S; la Primera Sala Laboral, establece los criterios para la determinación del daño emergente, lucro cesante y daño moral, en los despidos arbitrarios es así que, establece en cuanto al daño emergente debe determinarse en función a la pérdida patrimonial efectiva que haya sufrido el trabajador por causa del despido injustificado del cual fue objeto, mientras

que el lucro cesante podrá cuantificarse en relación con la lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que haya dejado de percibir el trabajador como consecuencia de aquel despido; respecto al daño moral, este debe ser entendido como la lesión a los sentimientos de la víctima, en este caso el trabajador despedido indebidamente, que produce un gran dolor o aflicción. En dicho contexto la Sala Superior establece que tal daño debe ser cuantificado con criterio de equidad y siempre que el trabajador acredite que el despido haya truncado su proyecto de vida.

A juicio de la sala, además en los casos en que un trabajador despedido indebidamente demande indemnización por daños y perjuicios a su empleador, se deberá verificar si concurren los aspectos conceptuales de la responsabilidad civil contractual como la antijuricidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución. Como resultado de estas consideraciones, la sala otorgó al trabajador demandante S/. 8,000.00 soles, suma claramente inferior a lo solicitado en la demanda. Según el expediente, el trabajador había solicitado una indemnización de S/. 120,000.00 soles por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual.

Con la intención de establecer criterios, para fijar los montos por daño moral, lucro cesante, daño emergente; el justiciable comete un segundo error; al establecer que para ello se debe recurrir a la responsabilidad civil, ya que creemos que esta figura del derecho no resulta aplicable, al no configurarse los elementos de esta.

El despido arbitrario en sí no es un acto ilícito, ya que la misma ley lo permite, el empleador al despedir sin mediar una causa, está actuando de acuerdo a los parámetros de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por

ende, concluimos que es impertinente la aplicación de la Teoría de la responsabilidad civil en los despidos arbitrarios.

Por ejemplo, si quisiéramos tomar la postura de que se genera dichos daños; en cuanto al daño emergente, es decir la pérdida realmente sufrida, serían quizá los gastos que demande el trabajador en el proceso para reconocimiento de la indemnización tarifada en el proceso laboral o a qué otra pérdida realmente sufrida se refiere.

Asimismo, en el caso de lucro cesante; las ganancias dejadas de percibir; se refiere quizá al sueldo que deja de percibir el trabajador, y si fuera así hasta qué punto sería su cálculo, con ello solo estaríamos incentivando al trabajador a no preocuparse por buscar una nueva fuente de trabajo.

Y finalmente en cuanto al daño moral; no resulta pertinente sostener que a causa de un despido arbitrario pueda generarse daño moral resarcible, el juzgador confunde las consecuencias propias de un hecho como tal; que está dentro de lo normal que genere aflicción en el trabajador; pues es inevitable que se produzca un desequilibrio patrimonial, con una obligación contractual. Si bien es cierto, el despido llega a afectar la esfera sentimental, o ánimo del trabajador, ello no es un elemento suficiente para concluir que el daño moral deriva de la extinción de una relación laboral, mucho menos que en base a ello se concedan sumas considerables de dinero a título de indemnización por daño moral.

Hacen bien los jueces al desestimar la pretensión en los extremos de conceder sumas de dinero por daño emergente y lucro cesante, lo mismo debe ocurrir respecto al daño moral; sin embargo, al asumir que el despido

arbitrario es fuente de responsabilidad civil, hacen que se inflen montos de dinero con los fundamentos débiles antes expuestos.

3.2.LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 34 Y 38 DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL CORRESPONDE A UNA INDEMNIZACIÓN Y NO A UN RESARCIMIENTO QUE ES PROPIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

El mandato del legislador contenido en el artículo 27 de la Constitución; encuentra su consecuencia en el artículo 34⁴ de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; que dispone que ante la producción del despido arbitrario por no haberse manifestado una causa o no haberse probado esta en juicio; el empleado tiene derecho a una indemnización como única consecuencia. Para el cálculo de la indemnización establecida remite al artículo 38⁵ de la misma Ley; que establece la indemnización será equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicio; con un máximo de doce remuneraciones.

La indemnización a la cual hace referencia el artículo 34 y 38 de la LPCL; obedece; a un mandato judicial, regulado en primer lugar por la Constitución y consecuentemente por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que responde al desequilibrio, desbalance económico que produce un despido arbitrario, ya que es natural que cause una aflicción, preocupación al trabajador al quedarse sin una fuente de ingreso.

⁴ (...) 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 (...)

⁵ La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba

El profesor Edwin Figueroa Gutarra respecto al análisis del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala:

Un análisis de dicha norma nos lleva pues a la conclusión del reconocimiento expreso y consecuentemente de aceptación de vigencia y aplicación que reconoce el artículo en mención del despido arbitrario, desarrollo prescriptivo que a su vez guarda concordancia con el Artículo 27 de la Constitución de 1993, el cual se circunscribe a puntualizar, como ha quedado dicho, que la ley otorga al trabajador adecuada protección frente al evento acotado. Específicamente la norma en mención de este acápite se circunscribe al desarrollo legal del precepto constitucional, consignando una naturaleza restitutiva directa, es decir, si se producen las dos circunstancias específicas de que o bien no se expresó causa o que no se demostró la alegada causa en juicio, entonces dicho despido, al cual se califica de arbitrario, merecerá una consecuencia resarcitoria, es decir de pago de una indemnización. (Figueroa, 2009, pág. 42)

Constitucionalmente se ha establecido protección frente al despido arbitrario, regulado en el artículo 27 de la Constitución, en atención a ello la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en el artículo 34⁶ refiere que el trabajador tiene derecho a indemnización regulada en el artículo 38⁷, como única consecuencia para el empleador, la cual servirá para paliar aquella desventaja, desequilibrio económico y aflicción que genera al trabajador al verse privado de una fuente de ingreso.

Una vez establecido que está regulada la manera de cubrir aquellas aflicciones, o consecuencias que impliquen un despido arbitrario, es necesario, establecer la naturaleza jurídica de la regulación contenida en el

⁶ Art. 34: (...) si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido (...)

⁷ Art. 38: La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria 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 periodo de prueba

artículo 34 y 38 de la LPCL; para ello es necesario partir indicando que al analizar cada una de las palabras en su unidad se tiene que, para la Real Academia de la Lengua Española, la palabra naturaleza significa esencia y propiedad, característica de cada ser, asimismo la palabra jurídico quiere decir lo que atañe al derecho o se ajusta a él.

El derecho está compuesto por una infinidad de instituciones y categorías distintas entre ellas y que requieren ser interpretadas de la manera más adecuada, correcta y ajustada al derecho; de tal manera que al ser aplicadas no genere contradicciones u ocasione la vulneración de los derechos que le asiste a cada individuo en una sociedad; la única manera de poder realizar ello es determinando la naturaleza jurídica de cada una de ellas; para así evitar una mala interpretación jurídica, que ocasionen confusiones y no verdaderas soluciones.

Ahora bien, con respecto a la naturaleza jurídica de la asignación contenida en la LPCL, es preciso indicar la importancia de buscar la esencia jurídica de una institución (naturaleza jurídica), ayuda a que los operadores jurídicos logren una adecuada y correcta interpretación y en consecuencia resuelvan respecto a un caso, sin vulnerar los derechos de las partes.

De lo advertido en líneas anteriores es que resulta importante establecer la naturaleza jurídica de la asignación dineraria que establece el artículo 34 y 38 de la ley de productividad y competitividad laboral; puesto que existen diferentes interpretaciones.

Algunos autores sostienen que, la asignación dineraria establecida en la ley de productividad y competitividad laboral obedece a una indemnización, por lo que esa sería su naturaleza jurídica, mientras que también existen

posturas acerca de considerar a la asignación como un resarcimiento, propio de la responsabilidad civil.

Pese a que muchos autores consideran innecesario establecer una diferencia entre ambas instituciones, lo cierto es que es de suma importancia poder diferenciarlas; ya que son totalmente distintas, y las consecuencias que se produzcan también.

Actualmente al no establecerse la naturaleza jurídica de la asignación dineraria establecida en la ley de productividad y competitividad laboral ha generado que los jueces al momento de resolver, no sustenten adecuadamente sus sentencias; lo que ha producido que se concedan montos dinerarios elevados, muy a parte la ya establecida en los artículos 34 y 38 de la referida ley, pero bajo el concepto de haberse producido una indemnización por daño moral al trabajador, valorando así los elementos de la responsabilidad civil.

Nuestra investigación tiene muy en claro que la naturaleza jurídica de la asignación dineraria, responde a una indemnización, por lo que no se debe valorar la existencia o no de los elementos de la responsabilidad civil, ya que está se encuentra fijada por la ley laboral misma.

El Tercer Pleno Casatorio Civil en materia de familia Casación N° 4664-2010-Puno, en su fundamento 57 el profesor Leysser León Hilario, en calidad de *amicus curiae*, refiere que, a la indemnización ya no se le debería relacionar con el resarcimiento o responsabilidad civil; ya que la indemnización no tiene una naturaleza resarcitoria, y, por lo tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

3.3. EL OTORGAR ADEMÁS DE LA INDEMNIZACIÓN UN RESARCIMIENTO POR RESPONSABILIDAD CIVIL, GENERA UN DOBLE BENEFICIO AL TRABAJADOR DESPEDIDO; LO QUE FINALMENTE VULNERA LOS DERECHOS DEL EMPLEADOR EN LA MEDIDA QUE DESALIENTA LA FORMALIDAD LABORAL Y DESINCENTIVA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL INDETERMINADO.

Del desarrollo de la investigación, queda claro que se existe un doble beneficio al ex empleado cuando además de la indemnización tarifada regulada en la ley de productividad y competitividad laboral los jueces han optado por conceder indemnización por daño moral.

Las decisiones arribadas por el juez, están sujeta a su mera subjetividad y discrecionalidad, lo que ha conllevado a vulnerar los derechos del empleador, desalentando a la formalidad aboral y desincentivando la contratación indeterminada de personal, con la finalidad de no cubrir un segundo monto dinerario.

En ese sentido las consecuencias de conceder indemnización moral son:

3.3.1. Desalienta a la formalidad laboral

La formalidad laboral es aquel status legal en el que se encuentra un trabajador revestido de derechos como seguro de salud, vacaciones, clima laboral apropiado, etc.; los derechos y garantías que el empleador reconoce al trabajador hacen de su trabajo un trabajo digno, de acorde a un estado de derecho.

Por lo contrario, la informalidad laboral, significa aquel estado en el cual se coloca a una persona, para no reconocerle sus derechos laborales, situación que tienen que aceptar muchas veces por diferentes factores o necesidades.

El trabajo informal es la consecuencia de la evasión de las obligaciones laborales de empresas bien organizadas y estructuradas que, a través de ese comportamiento elevan sus dividendos (Pajuelo, 2016, pág. 42).

La Autoridad Nacional del Servicio Civil -Servir, en el texto, el reto de la formalidad en el sector público peruano, en mayo del año 2017 sostiene que:

Se considera que una persona está en situación de informalidad cuando a pesar de realizar labores de manera subordinada no se encuentra registrada en planilla y, por tanto, no accede a beneficios laborales (vacaciones, aguinaldo, seguridad social en salud, etc.). En el sector público, los servidores en condición de informalidad laboral suelen estar contratados indebidamente bajo la modalidad de locación de servicios.

La informalidad no solo afecta a trabajadores al despojarlos de sus derechos, como beneficios sociales (vacaciones, CTS, gratificaciones, etc), prestaciones de salud y aporte a un régimen pensionario, sino también influye de manera negativa en las empresas formales, pues ven en la informalidad una competencia desleal.

Respecto al desarrollo de nuestra investigación podemos decir que una de las causas que alienta a la informalidad laboral son los costos elevados para su formalización; es decir cuando al configurarse un despido arbitrario, el empleador además de la indemnización establecida en la legislación laboral, puesto que es inevitable que se cause un desequilibrio al trabajador al dejarlo sin una fuente de ingreso, tiene que cubrir una suma de dinero considerable por concepto de indemnización por daño moral; bajo los parámetros del cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil.

Al concederse montos dinerarios por indemnización moral ante un despido arbitrario y que además estos sean grandes sumas de dinero; como hasta el momento vienen concediendo los órganos jurisdiccionales, hace que el empleador opte por no contratar de manera legal a un trabajador en su empresa, o contratar bajo modalidades de contrato diferentes a la naturaleza de la labor que en realidad realizan (por ejemplo a través de un Contrato de Locación) por lo que no se les reconoce los derechos laborales, vulnerando de esta manera el derecho a la formalidad laborar que le debe asistir a todo trabajador. El empleador en ese sentido ve a la informalidad laboral una salida rentable ante esta situación, para no hacerse responsable luego de pagar al empleado una indemnización legal ya establecida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así como una que conceden los Jueces mediante un proceso judicial (daño moral).

Podemos concluir que las decisiones judiciales arribadas, desalientan la formalidad laborar, ya que vuelven más oneroso al sistema laborar en su conjunto, al crear un costo laborar adicional en caso de producirse un despido arbitrario. Tanto la Constitución como la legislación laborar, ya regulan una adecuada protección frente a un acto como tal; por lo que hacerlo doblemente solo alienta a la vulneración de otros derechos, además de desincentivar a la creación o disponibilidad de otros puestos de trabajo, pues al empleador le resulta más rentable por decirlo de alguna manera, contratar a una

persona para cierta actividad sin la necesidad de fijarle un contrato de trabajo de la misma naturaleza a la actividad que realiza.

3.3.2. Desaliento a la contratación indeterminada.

Para sustentar esta hipótesis es importante definir primeramente el principio de estabilidad laboral.

Señala Carlos Blancas Bustamante, sobre el origen de la Estabilidad Laboral, "La Constitución de Los Estados Unidos Mexicanos, aprobada en 1917 por la célebre Asamblea Constituyente de Querétaro, convocada por el Presidente Venustiano Carranza, luego de los años de revolución y guerra civil, estableció esta nueva, y trascendente, institución del derecho del trabajo al proclamar en el numeral XXII, del inciso A del artículo 123 que: El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario (Blancas, 2002, pág. 17).

La estabilidad laboral en el Perú llega a tener su máxima protección constitucional en el año 1979, que en el artículo 48 establece que, el Estado Reconoce el derecho de estabilidad laboral. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada. Sin embargo, en la actual Constitución (1993) en su artículo 27 reconoce al trabajador una adecuada protección frente a un despido arbitrario, pero, no establece la forma de conseguir ello; dando paso a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral para regular en su artículo 34 el derecho a una indemnización tarifada.

Este derecho se configura cuando el trabajador conserva su trabajo de manera indefinida, siempre y cuando no exista una causa que justifique la culminación de la relación laboral.

Doctrinariamente se habla de una estabilidad laboral absoluta y relativa: la primera se configura cuando se consigue la reposición del trabajador como única forma de resarcir el daño producto de un despido arbitrario, establecido por el Tribunal Constitucional mediante sentencia publicada en el Diario Oficial el Peruano el 11 de setiembre del 2002, producto del Expediente N°1124-2001-AA/TC – Acción de Amparo, en la cual además declara inconstitucional el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Estamos frente a una estabilidad laboral relativa, cuando ante la facultad del empleador de resolver una relación laboral sin causa alguna, este está en el deber de indemnizarlo, más no busca la reposición.

Compartimos la opinión del Profesor Tulio Máximo Obregón Sevillano cuando refiere lo siguiente: Por ello, si se desea reducir la tasa de informalidad, se deben atacar los factores que la generan, uno de los pasos que se debe adoptar, en materia de despido, es mantener el modelo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que opto por el de la estabilidad laboral relativa impropia, es decir, que, en caso de despido arbitrario o injustificado, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización

Es claro que nuestra legislación no regula una estabilidad laboral absoluta, ya que, en Ley de Productividad y Competitividad Laboral, regula la indemnización tarifada ante un despido arbitrario.

El empleador al evaluar los costos laborales que produce contratar de manera regular a una persona y que, al querer prescindir de sus servicios sin manifestar causa alguna, además tiene que pagar una indemnización por daño moral; le resulta rentable recurrir a formas de contratación temporal, a través de la intervención de terceros, mantener una relación provisional, clandestina, incentivando a la informalidad laboral, o a la utilización de contratos modales, como por ejemplo locación de servicio con el que se trata de encubrir una relación laboral, ya que las labores que realiza no es acorde a la naturaleza del contrato.

Sostener que previo a una constatación de los requisitos de la Responsabilidad Civil se concedan grandes sumas de dinero por concepto de indemnización por daño moral, desalienta a la contratación indeterminada; incentivando como ya se mencionó al encubrimiento de una relación laboral; lo que niega la posibilidad al trabajador de gozar de una permanencia en su trabajo, en el cual se le reconozcan todos sus derechos laborales y que les permita disfrutar de una seguridad y tranquilidad en sus vidas.

3.3.3. Inseguridad Jurídica

Estamos frente a un estado de derecho, cuando las leyes democráticamente establecidas protegen a todos los ciudadanos de manera uniforme sin hacer diferencias; asimismo cuando a consecuencia de ello se tiene la convicción que los operadores jurídicos van a actuar de manera adecuada, respetando los principios del derecho, como el de igualdad ante la ley, razonabilidad, etc.; es

decir tener la seguridad jurídica que se actuará de acuerdo a los parámetros legales establecidos, así como un sentido de justicia.

El respeto a los principios, juegan un papel muy importante para el cumplimiento de las garantías y derechos constitucionales que a cada persona le corresponde; es por ello la importancia por ejemplo de reconocer el principio de igualdad ante la ley, el cual quiere decir que todas las personas debemos ser tratadas de la misma forma ante un mismo hecho; asimismo el principio legalidad, como aquel respeto a la Ley a la realización de justicia.

Logramos seguridad jurídica, cuando respetamos cada uno de los principios y garantías constitucionales establecidas; cuando estamos seguros de estar inmersos en un estado de derecho.

La seguridad jurídica se pierde cuando vemos en nuestro entorno que, los operadores de justicia, muchas veces resuelven vulnerando los derechos de una de las partes, olvidándose del trato igualitario en el proceso.

La inseguridad jurídica aplicada a nuestro tema, se presenta cuando los jueces conceden sumas elevadas de dinero, basados en fundamentos débiles, sin aplicar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en el proceso; ya que, solo por el hecho de ser un despido arbitrario causa daño moral; produciendo la desestabilización económica de las empresas.

No es razonable conceder grandes sumas de dinero basándose en un posible deterioro en la imagen frente a familiares, amigos y sociedad

en general; ello por ejemplo se evidencia en la Casación N° 699-2015 – Lima, que declara fundada en parte la demanda, fijando el monto de S/. 75,000.00, por concepto de daño moral, basado en los fundamentos ya mencionados.

El despido arbitrario no resulta un ejercicio ilegal del empleador, pues tengamos en cuenta que el legislador ha regulado dicha forma de culminar una relación laboral; así como ha regulado la forma de recompensar el estado de desprotección económica en el cual se ve el trabajador, es por ello que fija una indemnización tarifada, regulada en los artículos 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

La parte empleadora en ese sentido no encuentra seguridad jurídica en los operadores de justicia y en la aplicación del derecho; puesto que con sus sentencias generan costos laborales no previstos, causándose una desestabilización económica; lo que está sucediendo es que legislativamente se da la facultad de recurrir a dicha medida para culminar una relación laboral, y a la vez en sede judicial se quita esa facultad, ya que el empleador se verá obligado a mantener al trabajador en su empresa pese a no querer hacerlo; quitando la oportunidad de generar puestos de trabajos.

Las consecuencias de conceder indemnización moral como el desaliento a la formalidad laboral, desaliento a la contratación indeterminada, y la inseguridad jurídica, son el resultado de la mala aplicación de los principios de predictibilidad, razonabilidad y discrecionalidad, al momento de resolver, por parte de los jueces, decisiones que en su mayoría están revestidas de subjetivismos, consecuencia

además de no saber diferenciar entre dos instituciones jurídicas del derecho como indemnización y resarcimiento, así como determinar que un despido arbitrario es fuente de responsabilidad civil, lo que ha implicado negar la naturaleza indemnizatoria regulada en la ley de productividad y competitividad laboral que abarca las aflicciones y menoscabo sufrido por el ex empleado ante un despido arbitrario.

CONCLUSIONES

1. Existen diferencias sustanciales entre las instituciones de indemnización y resarcimiento, que determinan la impertinencia de resarcir daño moral a causa de un despido arbitrario. La indemnización obedece a una obligación legal producto de un desequilibrio patrimonial mientras que el resarcimiento a la teoría de la responsabilidad civil.
2. Las inconsistencias judiciales al incluir al daño moral, daño emergente y lucro cesante, ha permitido conceder sumas elevadas de dinero como parte de resarcimiento de estos daños, contraviniendo el criterio de equidad y así el principio de razonabilidad, predictibilidad y discrecionalidad.
3. La naturaleza jurídica de la asignación regulada en el artículo 34 y 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es de una indemnización, no de un resarcimiento, por lo que no es necesario para su configuración la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.
4. Otorgar al empleado además de la indemnización tarifada regulada en la Ley de Productividad y competitividad Laboral, resarcimiento por daño moral, se configura como un doble beneficio, generando un ejercicio abusivo del derecho.
5. El despido arbitrario propiamente dicho no genera resarcimiento por daño moral, de producirse una grave afectación a derechos constitucionales a la personalidad del ex empleado, estaríamos frente

daños resarcibles sujeta a la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.

6. Conceder sumas elevadas por concepto de resarcimiento por daño moral a causa de un despido arbitrario desalienta a la contratación indeterminada y en consecuencia desalienta a la formalidad laboral.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Judicial , a efectos de que a través de un Acuerdo Plenario, se unifiquen criterios para mejor resolver en casos de despido arbitrario, teniendo en cuenta el desarrollo de la presente investigación, que determina la inexistencia de responsabilidad civil bajo las siguientes consideraciones a fin de lograr una labor jurisdiccional efectiva: a) Existen diferencias sustanciales entre las instituciones jurídicas de indemnización y resarcimiento, b) La ley de productividad y competitividad laboral ya ha regulado una asignación legal, de naturaleza indemnizatoria no resarcitoria, c) El hecho de otorgar además de la indemnización tarifada, un resarcimiento por responsabilidad civil, genera un doble beneficio al trabajador despedido; lo que finalmente vulnera los derechos del empleador en la medida que desalienta la formalidad laboral y desincentiva la contratación de personal indeterminado.
2. La modificación legislativa del artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, contenido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR; en el extremo de incrementar la indemnización tarifada a dos remuneraciones y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones; ello a fin de evitar las inconsistencias, al considerar resarcir daño moral a causa de un despido arbitrario y desvirtuar el fundamento de la insuficiencia regulada en ellos artículos 34 y 38 de la LPCL.

LISTA DE REFERENCIAS

LIBROS

- Aguiló, J. (2008). Sobre Derecho y Argumentación. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner.
- Alfaro, L. (2011). La Indemnización en la Separación de Hecho Análisis del Formante Jurisprudencial y Doctrinal (1 ed). Lima, Perú: Gaceta Jurídica-Diálogo con la Jurisprudencia.
- Alva, A. (2016). Despido Laboral Nuevos Criterios Jurisprudenciales (1 ed). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Arce, E. (2006). La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales. Lima, Perú: Ara Editores.
- Atienza, M (2011). Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa.
- Blancas, C. (2002). El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima, Perú: Ara Editores.
- Beltran, J. (2010). Eclipse: Cuando se Confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. Lima, Perú: Gaceta Jurídica - Diálogo con la Jurisprudencia.
- Bonilla, E y Rodríguez, P (1997). Más Allá del Dilema de los Métodos. La investigación en ciencias sociales (3 ed). Santa Fé, Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Collantes, J. (2011). Derechos de Daños una Perspectiva Contemporánea (1 ed).
Lima, Perú: Editorial Montivensa.
- De Trazegnies, F. (2003). La Responsabilidad Civil Extracontractual. Biblioteca
para Leer el Código Civil, Volumen IV-Tomo II. Lima, Perú: Fondo Editorial
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz, E. (1998). Curso de Filosofía del Derecho. Barcelona, Madrid: Marcial Pons.
- Espinoza, J. (2011). Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima.
- Fernández. (2009). Los 25 Años del Código Civil Peruano de 1984. Lima:
Motivensa .
- Figuerola, E. (2009). Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y
Jurisprudencial. Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.
- García, M. (1981). Curso de Derecho del Trabajo. Madrid: Ariel.
- León, L. (2004). La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas
Perspectivas. Lima: Instituto Pacífico sac.
- León, L. (2007). La Responsabilidad Civil Líneas Fundamentales y Nuevas
Perspectivas (2 ed). Lima, Perú: Juristas Editores E.I.R.L.
- Llamas, E. (2011) Problemas Actuales de la Responsabilidad Civil (1 ed).
- López, H (2010). Aportaciones de la Hermenéutica a la Argumentación Jurídica.
Universidad Panamericana, Mexico.

- Medina, A. (2016). Desentrañando los Efectos del Despido Arbitrario: El daño Moral. A propósito de la Casación N° 699-2015-Lima. Lima, Perú: Gaceta Jurídica - Soluciones Laborales N° 104.
- Morales, R. (2011). Resarcimiento del Daño Moral y el Daño a la Persona vs Indemnización del Desequilibrio Económico a Favor del Cónyuge Débil en el Tercer Pleno Casatorio. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Pasco, M. (1987). Extinción de la Relación Laboral en el Perú. Lima, Perú. AELE
- Puntriano, C. (2016). Crítica al Pago de una Indemnización por Daño Moral como Consecuencia de un Despido Arbitrario. Lima, Perú: Gaceta Jurídica - Soluciones Laborales N° 104.
- Real Academia Española (1992). Diccionario de la Lengua Española. Madrid, España: Espasa Calpe.
- Sánchez, R. (2016). Indemnizaciones Laborales Tratamiento Legal y Casos Prácticos (1 ed). Lima, Perú: Gaceta Jurídica (Impreso Editorial El Buho).
- Taboada, L. (2001). Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Taboada, L. (2003). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Tomaya, J. (2003). El Tribunal Constitucional y los Supuestos de Reposición Laboral. Lima, Perú: Derecho & Sociedad.
- Tam, J., G.Vera y R. Oliveros (2008). Tipos, Métodos y Estrategias de Investigación: Pensamientos y Acción.

Vidal , Á. (s.f.). La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un Nuevo Régimen de Responsabilidad Extracontractual?

Villabella, C. Los Métodos en la Investigación Jurídica-Algunas Precisiones. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de Mexico.

Witker, J. (1995). La investigación jurídica. México D.F.: McGraw-Hill.

MATERIAL ELECTRONICO

Fernández, C. (1996). Daño al Proyecto de Vida. Lima, Perú. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica; Disponible en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF. Consultado 23 de Julio del 2017

León, L. (2003). Funcionalidad del Daño Moral e Inutilidad del Daño a la Persona en el Derecho Civil Peruano. Disponible en: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF. Consultado el 23 de julio del 2017.

Monroy, R. (2015). 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. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos/6_Viendo%20mas%20alla%20-%20Renzo%20Monroy.pdf. Consultado el 28 julio 2017.

Morales, R. (2011). Resarcimiento del Daño Moral y del Daño a la Persona vs Indemnización del Desequilibrio Económico a Favor del Cónyuge Débil en el Tercer Pleno Casatorio. Disponible en:

https://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/r_mulo_morales_herv_as_-_resarcim. Consultado el 29 de julio 2017.

Ruíz, W. (2011). La Predictibilidad en la justicia peruana. pág. 13. Disponible en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444/20110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444>

Valera, J. (2016). La Casación N° 699-2015 Lima y El Daño Moral en el Despido

Arbitrario. Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario. Disponible en:

<http://polemos.pe/la-casacion-no-699-2015-lima-y-el-dano-moral-en-el-despido-arbitrario/>. Consultado el 20 de julio 2017.