

**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**

**Looking beyond the false synonymy between "Compensation" and "Compensation". With regard to the denial of protection in damages in the law of productivity and competitiveness**

Por: Renzo Salvatore Monroy Pino

Recibido: 27-10-2015

Aceptado: 04-11-2015

---

**Sumario:**

1.- Introducción. 2.- Cuando el análisis por alcance demuestra la inutilidad de la diferenciación de conceptos. El caso fortuito y/o la fuerza mayor. 3.- Análisis por alcance de los remedios: “indemnización” y “resarcimiento”. 4.- Supuestos de indemnización tarifada en la ley de productividad y competitividad laboral. 5.- restricción a la tutela resarcitoria. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

**Resumen:**

El presente artículo nos convoca a realizar algunas reflexiones sobre la distinción entre el termino resarcimiento e indemnización. La primera cuestión desarrollada será delimitar correctamente la definición jurídica de cada termino con el objetivo de dejar incólume la tutela resarcitoria, para realizar esta distinción conceptual entre los remedios resarcimiento e indemnización, se utilizará criterios que obedecen al orden funcional, estructural y consecuencial de dichas instituciones. Posteriormente, se detallaran los supuestos de indemnización tarifada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, para finalmente examinar la restricción a la tutela resarcitoria contemplada en dicha norma laboral.

**Abstract:**

This article calls us to make some reflections on the distinction between the term restitution and compensation. The first issue developed will properly define the legal definition of each term in order to leave intact the protection in damages, to make this conceptual distinction between compensation remedies and compensation criteria that are due to functional,

structural and consequential order of these institutions will be used. Subsequently, the compensation fee assumptions detailing the Law on Productivity and Competitiveness, to finally examine the restriction imposed by that protection in damages labor standard.

**Palabras clave:**

Indemnización – resarcimiento - tutela resarcitoria - Derecho Laboral.

**Key Word:**

Indemnification – compensation - protection in damages - Labor Law.

**1.- Introducción:**

Resulta claro el tratamiento sinonímico, tanto en el ordenamiento jurídico como en la doctrina nacional<sup>1</sup>, de las palabras: *indemnización* y *resarcimiento*. Cabría preguntarnos si en realidad merece interpretarlos como se viene haciendo en nuestro medio (como sinónimos) o si merece una debida delimitación de definición jurídica. En lo sucesivo, a partir de un análisis por alcance de estos remedios (*indemnización* y *resarcimiento*) daremos respuesta a si resulta útil en la praxis una diferenciación, que para muchos solo quedaría en el mundo del «dogmatismo innecesario».

Ya Pietro Trimarchi hacía hincapié -al desarrollar la Teoría de las Situaciones Jurídicas Subjetivas y la Relación Jurídica- sobre la *terminología precisa* para el buen entendimiento de las instituciones del Derecho Civil, señalando que: «una terminología precisa es el instrumento necesario para cualquier razonamiento que aspire a la profundidad analítica y a la claridad. Sin embargo, la definición de los términos jurídicos presenta particulares dificultades, debido a su vinculación con el lenguaje no técnico de la vida cotidiana: el uso común tiende, en efecto a teñidos con sus imprecisiones. No ha sido extraño, además, que en la tradición jurídica se consolide el uso de un mismo término en varios significados diversos»<sup>2</sup>.

Justamente, como lo señala Pietro Trimarchi, los términos (remedios –*indemnización* y *resarcimiento*-) presentan dificultades al ser tomadas como sinónimas en el ordenamiento jurídico peruano (dificultades que serán apreciadas con el desarrollo de la lectura) y con el ánimo de dar claridad a los intérpretes del Derecho (específicamente en la institución de la responsabilidad civil), demarcaremos la verdadera definición jurídica de cada remedio con el objetivo de dejar incólume la tutela resarcitoria (forma de defensa concreta que concede el ordenamiento jurídico a los particulares, cuando estos sufren un daño injustamente), que al parecer, se ha visto desplazada al no concederle al trabajador el remedio de *resarcimiento*

---

<sup>1</sup>Salvo Leysser L. León Hilario, Rómulo Morales Hervias y Jorge Beltrán Pacheco, en el medio nacional.

<sup>2</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. 11va. Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1996, p. 54.

por el simple hecho que el ordenamiento legal en materia laboral establece un mecanismo de *indemnización* (remedio distinto al *resarcimiento*), que defectuosamente, se ha hecho creer que este remedio tasado es el único medio de reparación del daño, como si el remedio *indemnizatorio* fuera una reacción frente al daño.

## **2.- Cuando el análisis por alcance demuestra la inutilidad de la diferenciación de conceptos. El caso fortuito y/o la fuerza mayor:**

Un claro ejemplo de la inutilidad de la diferenciación de conceptos, en el ámbito de la responsabilidad civil, resulta ser el *caso fortuito* o *fuerza mayor*, tanto en responsabilidad extracontractual<sup>3</sup>, como en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones o inejecución de las prestaciones<sup>45</sup>. Aquí cabe preguntarse: ¿merece atención, o, resulta útil una diferenciación de conceptos, entre el caso fortuito y la fuerza mayor? La respuesta, sin lugar a dudas, es un contundente NO, y ello en razón al *alcance* de ambas palabras.

Pues bien, si analizamos los artículos 1315° y 1972° del Código Civil<sup>6 7</sup>, entenderíamos que ambas palabras están comprendidas en los supuestos de *causas no imputables*<sup>8</sup> de la

---

<sup>3</sup> Artículo 1969° del Código Civil.

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

<sup>4</sup> Artículo 1314° y siguientes del Código Civil.

<sup>5</sup> Cabe señalar que el legislador optó por una indebida denominación en el TÍTULO IX del Código Civil, correspondiente a la responsabilidad por *incumplimiento de las obligaciones* o *inejecución de las prestaciones*, denominándole indebidamente: *Inejecución de Obligaciones*. Las *prestaciones* al ser acciones u omisiones, sólo pueden ser ejecutadas o no (es por ello que, sólo se le puede denominar *ejecución de la prestación*); mientras que, en el caso de la *obligación*, por ser el objeto del contrato o su consecuencia como producto del acuerdo de voluntades, sólo puede ser cumplido en atención al acuerdo (es por ello que, sólo se le puede denominar *cumplimiento de la obligación*).

<sup>6</sup> Artículo 1315° del Código Civil.

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (*el subrayado es nuestro*).

<sup>7</sup> Artículo 1972° del Código Civil.

En los casos del artículo 1970°, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del tercero o de la imprudencia de quien padece el daño (*el subrayado es nuestro*).

<sup>8</sup> En este punto hay que tener cuidado, a las inobservancias del legislador, que en el caso del artículo 1315° del Código Civil se define como «causa no imputable» sólo al «caso fortuito y fuerza mayor». Respecto a ello, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEÓN HILARIO. *Responsabilidad Objetiva*. En: *El Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 649, realizan las precisiones correspondientes al contenido de la definición legislativa: «La definición dada por el legislador puede generar cierta confusión, en tanto y en cuanto limita el significado de la causa no imputable al caso fortuito o fuerza mayor. En el mismo Código Civil, en la sección dedicada al régimen de la responsabilidad extracontractual, se señala como concausas eximentes de la responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, *pero también al hecho determinante de tercero y la imprudencia de quien padece el daño* (artículo 1972°). Es legítimo, entonces, preguntarse, que ocurre en materia de incumplimiento de obligaciones cuando se presentan estos dos últimos supuestos. La doctrina no duda sobre la inclusión del hecho

responsabilidad civil, lo cual atendería a producir un mismo efecto: exonerar al individuo de una obligación resarcitoria; en ambos casos (caso fortuito y fuerza mayor), la característica común es que el acontecimiento se encuentra fuera de la voluntad y del control de las partes o sujetos y, en razón a ello, resultan ser eximentes de responsabilidad.

Sin perjuicio que, parte de la doctrina comparada insiste en distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, a pesar de la conformidad unánime respecto a sus efectos jurídicos, el legislador peruano ha optado por la noción unitaria, precisamente por la producción de los efectos comunes<sup>9</sup>.

Como es fácil advertir, no es necesario atender a una diferenciación de conceptos dado el *alcance* de ambas palabras (exoneración de responsabilidad), más aun, cuando el legislador peruano ha optado por una noción unitaria, por lo menos, respecto a los efectos que ambas nociones producen.

Entonces, volviendo al tema central del presente artículo, ¿tiene la misma suerte o el mismo destino las nociones de *indemnización* y *resarcimiento*?

### **3.- Análisis por alcance de los remedios: «Indemnización» y «resarcimiento»:**

En estas líneas, no quiero caer en contradicción con las palabras de Atilio Aníbal Alterini («*las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas*»), ni caer en el error de éste autor, ya que él mismo no siguió sus propios consejos al desarrollar su visión de las instituciones del Derecho Civil en el proyecto del Código Civil argentino<sup>10</sup>.

Para el desarrollo de la distinción de estos remedios (*indemnización* y *resarcimiento*) me remito a la tesis –al marco teórico, específicamente- de Héctor Augusto Campos García<sup>11</sup>,

---

determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (el acreedor, en este caso) en concepto de “causa no imputable”, y es así como, consideramos, debe entenderse el sentido del artículo comentado».

<sup>9</sup>Para una mayor alcance sobre el tema se puede recurrir al artículo de Leysser León, «*El caso fortuito y la fuerza mayor en el incumplimiento de las obligaciones*». En: LEÓN HILARIO, Leysser. *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2da. Edición corregida y aumentada. Prólogo de Luigi Corsaro. Lima: Jurista Editores, 2007, pp.771-791.

<sup>10</sup>«Ya he tenido oportunidad de referirme a los defectos de este documento [Proyecto de Código Civil argentino], en especial, por su presentación en forma de tratado, excesivo en definiciones, y contrariamente a los términos de Alterini, favorable a su particular visión de las instituciones del derecho civil, inviablemente caracterizada por el análisis superficial, cuando no por la mera reseña. El mismo tiene escrito que “las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas”. Sin embargo en su proyecto se dice, sin nada de belleza (...), sin nada de coherencia (...), sin nada de discreción legislativa (...), sin nada de técnica legislativa.” (el subrayado es nuestro), cita del artículo «*Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el Derecho civil peruano*». En: *Ib.*, pp. 269-270.

<sup>11</sup> 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

donde ha realizado una investigación académica encomiable, que tiene que ser reconocida dado los incentivos que provoca a los estudiantes, profesores o investigadores del Derecho para realizar investigaciones con la misma rigurosidad del autor referido, no con el ánimo de ser un «intelectual» sino un «académico»<sup>12</sup>.

Este autor, para realizar la distinción conceptual entre los remedios *resarcimiento* e *indemnización*, hace el distingo en razón al (a) orden funcional, (b) estructural y (c) consecuencial<sup>13</sup>:

(a) Orden funcional:

Las instituciones analizadas (*indemnización* y *resarcimiento*) sirven para finalidades distintas.

La *indemnización* sirve para eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro, con lo que no es más que una compensación genérica; cumpliendo con ello una función «reequilibradora o reintegradora».

Mientras que, el *resarcimiento* cumple una doble función.

La primera, desde la perspectiva del agente emisor de la voluntad (el que genera el daño), cumple una función de reconstitución (o restauración) del patrimonio del lesionado.

---

del afectado en el contexto del proceso civil peruano" de CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. Sustentada el 12 de abril de 2012, con mención "Sobresaliente", ante: Hugo Forno Flores (Presidente), Leysser León Hilario (Crítico) y Giovanni Priori Posada (Asesor).

<sup>12</sup>«Una cosa es el intelectual, apegado a los ensayos -sobre todo de índole periodística-, otra cosa es el académico. El intelectual es un hombre culto; el académico, un estudioso sistemático. El intelectual es un diletante, un superficial y un snob; el académico, un profesional de la investigación. El intelectual carece de métodos, sus apreciaciones subjetivas, sus conclusiones aporísticas, su discurso falas y dirigido al gran público: el académico no escribe para las masas, sino para contribuir para el desarrollo de una disciplina. El intelectual espera la complacencia y el aplauso de su público; el académico las críticas del círculo estrecho de sus colegas. Quien hace una tesis no espera matricularse en el número abierto de los intelectuales, sino en el número cerrado de sus colegas. El intelectual busca y alcanza la fama; el académico no busca el prestigio público, solo encuentra el reconocimiento objetivo del medio científico. El intelectual busca de la exposición oral, el académico, sin perjuicio de la conferencia académica, prefiere el discurso escrito. El intelectual opta por la retórica, el académico por los datos. El intelectual es arbitrario, el académico tolerante. El intelectual navega en una biblioteca, el académico la organiza. El intelectual ama a los periódicos, la radio y la televisión; el académico se cuida de ellos, su tribuna no es otra que las revistas científicas y las editoriales. El intelectual es ensayista, el académico es monográfico en el mejor sentido de la palabra. Quien aspire a sustentar una tesis debe reconocerse en el número de los académicos, no en el de los intelectuales», En: RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley Editores, 2011, pp. 66-67.

<sup>13</sup> Sin perjuicio de las críticas y precisiones que desarrolla en cada uno de estas razones de diferenciación; además desarrolla, también, la utilidad práctica de la diferenciación de las instituciones y, sin caer en arrogancia, concluye que el tema es «opinable», pese a la notable diferenciación de los remedios analizados.

La segunda, desde la perspectiva de la víctima del daño, en sentido amplio, el restablecimiento de una situación perjudicada, *por equivalente o en forma específica*<sup>14</sup>, es decir, mantener el *statu quo* previo a la ocurrencia del daño.

(b) Orden estructural:

Esta diferenciación se da bajo tres ideas centrales:

1) Tienen fundamentos distintos.

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

2) Punto de origen distinto.

La *indemnización* u *obligación indemnizatoria* tiene como origen a la norma jurídica (supuesto de hecho); a diferencia del *resarcimiento* u *obligación resarcitoria*, en un hecho aquiliano<sup>15</sup>.

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 (subjeto u objetivo), para que con el análisis del resarcimiento se le impute un daño a un sujeto.

---

<sup>14</sup>El maestro De Cupis ha desarrollado de manera clara y categórica la diferenciación entre el «resarcimiento» propiamente dicho y la «reintegración en forma específica»; señalando que, la primera, establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido (reparación por equivalente), mientras que, el segundo, aun no cancelando el daño del mundo de los hechos, crea una situación «materialmente» correspondiente a la que existía antes de producirse el daño. Es por ello que la responsabilidad civil, señala De Cupis, consiste en una «obligación resarcitoria» que tiene por objeto reparar el daño a través de un «resarcimiento» o una «reintegración en forma específica».

<sup>15</sup> Con el relación a este término CORSARO, Luigi. *Neminem laedere y derecho a la integridad*. En: *Proceso y Justicia*. N° 03. 2002, pp. 151-152, señala: «En el sistema legislativo, la infracción a estas situaciones subjetivas constituye un “hecho ilícito”, cuya consecuencia es un perjuicio, para el titular del interés protegido (damnificado), y el autor del hecho (dañador) está obligado a resarcir el daño causado. (...) “hecho ilícito”, por ello, es lo que lesiona a la integridad física o al derecho de propiedad ajeno, u otra situación jurídica subjetiva protegida por la ley con carácter general, y que contraviene el deber de abstenerse de lesionar las situaciones jurídicamente protegidas ajenas (*alterum non laedere*). Esto es lo que se llama, aunque con menos frecuencia que en el pasado, “hecho ilícito aquiliano”. Este es el hecho ilícito que infringe el deber general de respeto a la persona ajena y al patrimonio ajeno en la vida de relación.

La responsabilidad que se deriva de la infracción del precepto *neminem non laedere* –una explicación que indica, sintéticamente, el conjunto de los deberes que incumben a todos en relación con la salvaguardia de las situaciones jurídicamente protegidas ajenas- toma el nombre de “responsabilidad aquiliana” o “extracontractual”, o “hecho ilícito”, o incluso, más recientemente, el de “responsabilidad civil”. (...) Del hecho ilícito nace, más bien, una obligación de resarcir el daño, que se ve como acreedor del damnificado, y como deudor, al autor del hecho ilícito».

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<sup>16</sup>), de igual modo surgiría esta.

(c) Orden Consecuencial:

Este orden atiende a un doble aspecto:

1) A la cuantía de la suma de dinero:

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

2) Al diferente alcance de los remedios aplicables en función a si estamos frente a un supuesto generador de indemnización o resarcimiento:

Cuando estamos frente a una *obligación indemnizatoria* solo cabe una compensación dineraria por equivalente; mientras que, cuando estamos frente a una *obligación resarcitoria*, su objeto (reparación del daño) puede consistir en un *resarcimiento* (que establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido –reparación por equivalente-) o una «reintegración en forma específica» (que es aquella que crea una situación «materialmente» correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, aunque nunca se cancele el daño del mundo de los hechos)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>Aunque para otro sector, «los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extra-contractual o aquiliana son: a) La imputabilidad, entendida como capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona. b) La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de la responsabilidad del sujeto. d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. e) El Daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado» En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Sexta Edición. Lima: Editorial Rodhas, 2011, p. 85. De la misma forma, el profesor Taboada, partiendo de la estructura clásica de los hechos jurídicos, señala que «en el caso específico de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil extracontractual, la estructura de los mismos está conformada por los siguientes elementos: la antijuridicidad e ilicitud, la conducta del sujeto de derecho, el daño causado, la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño causado, la imputabilidad y los factores de atribución», En: TABOADA CÓDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Tercera Edición. Lima: Grijley, 2013, p. 31.

<sup>17</sup>«debe aclararse que el ordenamiento jurídico admite un doble modo de reparar el daño, que es por un lado el resarcimiento y por el otro la reintegración en forma específica, por lo cual la obligación resarcitoria tiene, hablando con precisión, un objeto (reparación del daño) que puede concretarse tanto en el resarcimiento

Como bien lo advierte el profesor Leysser León, existe una diferenciación fundamental que debe tenerse en cuenta al consultar textos alemanes e italianos para el estudio de las instituciones analizadas (*indemnización* y *resarcimiento*), por más que en el castellano, en el sentido coloquial y hasta en el ámbito jurídico -lamentablemente- sean tomadas como sinónimas. En el alemán se distingue entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizo*). *Risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; *indennità* es el valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.<sup>18</sup>.

De lo señalado, podemos precisar que «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»<sup>19</sup>.

Resulta pertinente lo señalado por el profesor Rómulo Morales, citando a Cesare Salvi, que la *indemnización* –a diferencia del *resarcimiento* de los daños emergentes, lucros cesantes y las pérdidas de oportunidades- es un remedio que comprenden los casos en los cuales una obligación pecuniaria se constituye con miras a la composición de intereses que resulta necesaria por la pérdida o la limitación de un derecho derivada de la verificación de un determinado hecho jurídico concreto<sup>20</sup>.

Como se puede percibir fácilmente, ambos remedios (*indemnización* y *resarcimiento*) consisten en dar un monto dinerario, donde un sujeto queda obligado a desembolsar una cantidad pecuniaria a otro sujeto. Y justamente, esta similitud, hace que genere confusiones entre ellas; sin embargo, estos remedios no deberían generar dudas en cuanto a su diferenciación y su respectiva aplicación. Entre los supuestos de *indemnización* podemos mencionar a los siguientes:

---

como en la reintegración en forma específica (el subrayado es nuestro), En: DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la Segunda Edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Casa Editorial Bosh. 1975, p. 588.

<sup>18</sup>LEÓN Hilario, Leysser. *La Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, op. cit., p. 241.

<sup>19</sup>BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. «Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil». En: *Dialogo con jurisprudencia*. N° 143. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 385.

<sup>20</sup>MORALES HERVIAS, Rómulo. «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». En: *Dialogo con jurisprudencia*. N° 153. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 49.

- a) La indemnización justipreciada por expropiación<sup>21</sup>: Supuesto en el cual se le priva a un sujeto de su propiedad por causa de necesidad nacional o seguridad pública (en líneas generales es un acto de dominio propio del Estado, que para ejercerlo se sirve de la generalidad y vaguedad de los conceptos o términos de contenido genérico<sup>22</sup> - necesidad nacional o seguridad pública-), declarada por ley, otorgándole una *indemnización justipreciada*; nótese que, en el supuesto mencionado el quantum obedece al criterio establecido en la ley y el remedio no nace como reacción al daño sino como el otorgamiento de una compensación pecuniaria por la pérdida o la limitación de un derecho habilitada por la propia ley. En ese sentido, el profesor De Trazegnies (sin perjuicio que en su libro «*La Responsabilidad Extracontractual*» no advierta la diferenciación entre los remedios *indemnización* y *resarcimiento*) señala «que el Estado obligado a pagar una indemnización por daños que causa sin cometer acto ilícito alguno, sino, como resultado de su gestión pública»<sup>23</sup>.
- b) La indemnización por conjurar peligros actuales o inminentes<sup>24</sup>: Para algunos autores este artículo debería ser derogado o inaplicado dada la contrariedad con las normatividad de la responsabilidad civil, en específico el artículo 1971° del Código Civil<sup>25</sup>. Como bien se puede apreciar en el supuesto mencionado, estamos frente a un daño que según las reglas de la responsabilidad civil no sería *resarcible* ya que estaríamos ante la configuración de un supuesto de *estado de necesidad*; sin perjuicio de ello, el Código Civil establece, en el artículo 959°, una compensación pecuniaria, en estricto, una *indemnización*, atendiendo al sacrificio de un interés ajeno.
- c) La indemnización en los seguros particulares: En este supuesto el monto *indemnizatorio* es estipulado *ex ante* en el contrato, monto que puede diferir de los daños ocurridos, que en mayor medida no los cubren en su total magnitud, pues este

---

<sup>21</sup>Regulada por la Ley General de Expropiaciones (Ley N° 27117).

<sup>22</sup>MEJORADA, Martín. «*La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320*». En: *Ius et Veritas*, Edición N° 38, Lima: Asociación Civil Ius Et Veritas, 2009, p. 74–79.

<sup>23</sup>DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. Volumen IV. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 247.

<sup>24</sup>Artículo 959° del Código Civil.

El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados.

<sup>25</sup>Artículo 1971°.

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro (el subrayado es nuestro).

modo de compensación no obedece a una cuantificación en atención a los daños sino al propio contrato de seguro.

- d) La indemnización por ruptura de los esponsales<sup>26</sup>: En este supuesto resulta pertinente referirnos al término «ruptura» que al término «incumplimiento», ya que no nos encontramos frente a una obligación; aquí, no es posible admitir que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, como se advierte fácilmente, la ruptura de esponsales no es más que un ejercicio de un derecho<sup>27</sup>, por lo que no daría lugar a un supuesto de responsabilidad civil, que como bien señala el profesor De Trazegnies<sup>28</sup>, en el mundo de la responsabilidad aquiliana encontramos fronteras que más allá de ellas no existe resarcimiento, en ese sentido, si una persona causa daños al otro lado de la frontera, no puede ser responsabilizada por tal daño, lo que no configuraría un supuesto de *resarcimiento*, al ejercer regularmente un derecho.
- e) La indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho: Este supuesto está comprendido en el artículo 345-A° del Código Civil<sup>29</sup>, norma que fue introducida mediante Ley N° 27495, de fecha 07 de julio de 2001, la cual ha sido materia de discusiones y contradicciones a nivel doctrinal y jurisprudencial respecto a la

---

<sup>26</sup>Artículo 240° del Código Civil.

Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquel estará obligado a indemnizarlos. (...) *(el subrayado es nuestro)*.

<sup>27</sup>Artículo 1971°

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.

(...) *(El subrayado es nuestro)*.

<sup>28</sup>“El inciso 1° del artículo 1971 no plantea entonces una causal liberatoria de la obligación de pagar una indemnización sino una exclusión del sistema de responsabilidad. (...) El inciso 1° del artículo 1971 se justifica solamente en tanto que no es una repetición del principio de la culpa sino una norma que establece un aspecto mucho más de fondo: es el supuesto de frontera entre lo que debe ser considerado materia de responsabilidad extracontractual (y, por consiguiente, juzgado con las categorías de ésta) y lo que queda fuera de la responsabilidad extracontractual (y, por consiguiente, no origina responsabilidad al margen de todo análisis de culpa o de toda o de toda comprobación de causalidad)” *(el subrayado es nuestro)*. En: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo I. Volumen IV. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, pp. 191-192 y 194.

<sup>29</sup>Artículo 345-A

Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá de acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad de conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351, y 352, en cuanto sean pertinentes *(el subrayado es nuestro)*.

interpretación de la naturaleza de la *indemnización por la separación de hecho*. Y con el ánimo de hacer frente al problema interpretativo de la norma citada, la Corte Suprema de Justicia de la República emitió el Tercer Pleno Casatorio Civil –CAS. N° 4664-2010 Puno- con fecha 18 de marzo de 2011, generando más confusiones a los intérpretes<sup>30</sup>. Sin embargo, se puede rescatar la determinación de la naturaleza de la indemnización por separación de hecho, donde la Corte Suprema estableció que el título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura nupcial pese a que haga mención –equivocadamente- de algunos elementos de la responsabilidad civil para determinar del *quantum* indemnizatorio o para realizar la imputación de la indemnización al menos perjudicado, como si fuese un supuesto de *resarcimiento*.

Y en razón a esta contradicción inserta en el Tercer Pleno Casatorio Civil (donde señala primero –acertadamente - la naturaleza de una obligación legal de la *indemnización* en el supuesto del artículo 345-A y luego hacer referencia a los elementos de la responsabilidad civil –inclusión desafortunada y contradictoria-) el profesor Juan Espinoza opina al respecto y toma postura con relación a la naturaleza de la *indemnización* establecida en el artículo 345-A°, señalando que el supuesto es de naturaleza de responsabilidad civil extra-contractual, justamente, por atender a que los hechos que configuran la *indemnización* son presupuestos que tienen que ser ajustados a los elementos de la responsabilidad civil<sup>31</sup> (opinión que no compartimos; en todo caso, podríamos preguntarnos: ¿La separación de hecho por parte de uno de

---

<sup>30</sup> Para una mayor comprensión sobre las contradicciones incurridas por la propia Corte Suprema de Justicia de la República puede recurrirse a la lectura del artículo: MORALES HERVIAS, Rómulo. «*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*», *op. cit.*

<sup>31</sup>«(...)

n. La argumentación de los vocales de la mayoría me hace recordar al pasaje bíblico en el cual Pedro niega tres veces a Jesús y por ello, no dejo de ser cristiano: se le niega el carácter indemnizatorio a la denominada <<obligación legal>> contenida en el art. 345-A c.c., cuando se olvida que la reparación tiene la naturaleza de una relación jurídica patrimonial y, sobre todo, porque todo el análisis que hace el voto de la mayoría del pleno se centra en los elementos de la responsabilidad civil.

o. En resumen: si los hechos tienen que ser acreditados para que se compruebe quién es el <<más perjudicado>>, si se tiene que analizar la conducta del <<menos perjudicado>> (*rectius*, el que daña) y el pretensor (de la indemnización) tiene que acreditar el nexo causal y el daño, inequívocamente (por más que le voto de la mayoría diga otra cosa) estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil.

p. En mi opinión, la naturaleza de esta responsabilidad civil es extra-contractual, ya que el hecho que motiva la indemnización se da por calidad del cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídica (*sic*) matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional). Prueba de ello, es que en el Libro de Familia se hace alusión a los deberes (no a las obligaciones) de los cónyuges, como es el caso de fidelidad, asistencia (art. 288 c.c.) o de cohabitación (art. 287 c.c.). (...), En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil. op. cit.*, pp. 295-296.

los cónyuges o por acuerdo de ambos, no es un ejercicio regular de un derecho? ¿Y el ejercicio regular de un derecho no hace que el daño –si es que existe- sea uno “no resarcible” en atención al artículo 1971° inciso 1 del Código Civil? Entonces, ¿Estaríamos frente a un supuesto de responsabilidad civil? En nuestra opinión, no configura un supuesto de responsabilidad aquiliana como menciona el profesor Juan Espinoza, sino, sería una obligación legal -*indemnización*-).

Luis Alfaro Velarde –sin hacer hincapié en el uso diferenciador de los remedios - *indemnización y resarcimiento*- realiza un estudio sobre la naturaleza jurídica de la indemnización inserta en el artículo 345-A° del Código Civil. El autor señala que, entre los principales enfoques o posiciones que se han formulado por la doctrina comparada respecto a la indemnización por la separación de hecho, pueden encontrarse los siguientes: a) asistencial o alimenticia, b) de responsabilidad civil y c) indemnización por sacrificio (obligación legal impuesta por ley). De los cuales, el autor referido, toma postura por la última posición señalando lo siguiente: «La indemnización derivada de la separación de hecho, no obstante a lo que sostiene y defiende una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, ni mucho menos una prestación alimentaria, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria, impuesta por el legislador a uno de los cónyuges a favor del otro, con la finalidad de corregir o equilibrar en lo posible, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado. Criterio, que por cierto, ha sido correctamente adoptado y compartido en el III Pleno Casatorio Civil (fund. 8.2.4, p. 47)»<sup>32</sup>.

Pese a la claridad de la naturaleza de la indemnización por la separación de hecho hasta estas líneas, es menester citar la tesis del profesor Leysser León (*amicus curiae* en el Tercer Pleno Casatorio), ya que ha sido el aporte más idóneo para esclarecer la figura:

*«(i) 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 el segundo (...) civil propiamente dicho, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano. Tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de*

---

<sup>32</sup>ALFARO VELARDE, Luis. *La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 139.

*equidad. En sede nacional se pueden identificar los siguientes casos de “indemnización” establecidos en la ley: el valor justipreciado en las expropiaciones; la indemnización “tarifada” por despido en el campo laboral; indemnización a cargo del incapaz de discernimiento previsto en el art. 1977 del CC; ruptura de esponsales prevista en el art. 240 del CC; y, la del art. 345-A a favor del cónyuge perjudicado en el caso de la separación de hecho.*

*(ii) Hecho el distinto, sostuvo que el art. 345-A del CC no regula un supuesto de responsabilidad civil porque: (a) Separarse no es fuente de responsabilidad civil en el Perú; (b) No existe un criterio de imputación señalado por la ley (...); (c) No existen referencias a los daños materiales que resultan de la separación; y, (d) El juez tiene la alternativa de adjudicar un bien de la sociedad conyugal en lugar de la indemnización, lo cual no tiene sustento en materia de responsabilidad civil.*

*(iii) Que el estudio de la jurisprudencia nacional demuestra que en esta materia existen graves errores, a saber: (a) Se sostiene que el art. 345-A contempla un supuesto de responsabilidad civil; (b) Que dicho artículo es aplicable todas las veces en que se aprecie una violación de derechos conyugales; (c) Que es un caso de responsabilidad objetiva y que por ello no se necesita comprobar la culpabilidad; y, (d) Autoriza a conceder resarcimientos, entre ellos, el del “proyecto de vida matrimonial”.*

*(iv) Esos graves errores deben ser subsanados a partir de las siguientes comprobaciones: (a) No hay responsabilidad civil en el Perú por separarse o divorciarse; (b) La verdadera responsabilidad civil radica en la violación de derechos constitucionales al interior del matrimonio (daños endofamiliares); (c) La antijuridicidad no es presupuesto ni elemento de la responsabilidad civil en el Perú, a diferencia de Alemania e Italia, donde los códigos civiles la contemplan expresamente; (d) La denominada responsabilidad objetiva está referida a los casos de riesgo o de exposición al peligro regulada en el art. 1970 del CC, que no guardan ninguna relación con la vida matrimonial; y, (e) Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. El proyecto de vida matrimonial no es resarcible, pues, por ejemplo, no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un contrato de seguro y, además, propicia interpretaciones discriminatorias en su cuantificación. En definitiva, el “daño al proyecto de vida” es solo un argumento para inflar los resarcimientos.*

*(v) En su concepto, la indemnización prevista en la ley debe ser concedida bajo las siguientes bases: (a) El fundamento de la indemnización al cónyuge perjudicado debe ser la solidaridad familiar, no un hecho de responsabilidad civil; (b) El juez debe atender exclusivamente a un*

*elemento objetivo, la diferencia patrimonial entre los ex cónyuges como resultado de la separación y divorcio, lo que viene a constituir el perjuicio; (c) Establecido el desbalance, se “indemniza” al menos favorecido, sobre la base de la equidad; y, (d) El daño moral no necesita ser probado»<sup>33</sup>.*

- f) La indemnización del incapaz de discernimiento.<sup>34</sup> En este supuesto la obligación es cuantificada en razón a la *equidad*, siendo este un criterio para medir la indemnización (criterio de liquidación del monto indemnizatorio, mas no de imputación), la cual se determina atendiendo a la situación económica de las partes; por tanto, no comprende lo que restaura un *resarcimiento* (daño emergente y lucro cesante) sino que comprende una compensación económica que es inferior al *resarcimiento*<sup>35</sup>. Es por esta razón que, el supuesto no se ajusta a las cláusulas normativas generales de la responsabilidad aquiliana (artículos 1969° y 1970° del Código Civil). Al respecto, advierte el profesor De Trazegnies que «se trata, pues, de una manifiesta infracción al principio de la responsabilidad por culpa ya que una persona sin discernimiento no puede ser culpable, y consecuentemente, no debe ser obligado a pagar indemnización (aquí el término debe ser entendido como *resarcimiento*)»<sup>36 37</sup>.

---

<sup>33</sup>RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. «Crónica del Tercer Pleno Casatorio». *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*. N° 337, pp. 5-6. El suplemento puede verse también de manera virtual, En: [file:///C:/Users/PC05/Downloads/JURIDICA\\_337%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PC05/Downloads/JURIDICA_337%20(1).pdf)

<sup>34</sup>Artículo 1977° del Código Civil.

Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo (el subrayado es nuestro).

<sup>35</sup> Para un mayor entendimiento del supuesto de la indemnización equitativa del artículo 1977° del Código Civil, véase en: “*Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano*”, en LEÓN HILARIO, Leysser. *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. op. cit., pp. 456-531.

<sup>36</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo I. op. cit., p. 69.

<sup>37</sup> Justamente, la falta de precisión con relación a la diferenciación de remedios (*indemnización y resarcimiento*), genera solo incoherencias en el cuerpo normativo civil, en ese sentido el profesor Trazegnies señala: «Muy bien. Pero si ésta es la teoría aceptada y la fuente principista del artículo 1976, ¿cómo se puede disponer en el artículo 1977 que, si el representante no le alcanza la fortuna para pagar a la víctima, deberá pagar el causante privado de discernimiento y, por tanto, libre de toda culpa? La persona privada de discernimiento es responsable o no lo es; pero no se puede decir que lo es sólo cuando su representante legal no tiene dinero: hay aquí una cuestión de principios y no de fondos. No se debe considerar a nadie “un poco” culpable, como no se puede considerar a una mujer “un poco” virgen: o lo es o no lo es. Si es culpable, como creen los MAZEAUD, debe responder siempre; si no es culpable, como cree el Código de 1984, entonces no debe responder nunca». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. . Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo I. Op. cit., pp. 416-417.

#### **4.- Supuestos de «indemnización tarifada» en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:**

De la lectura de Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la Ley Laboral), Decreto Supremo N° 003-97-TR, podemos entender que son cuatro los supuestos que habilitan al trabajador a solicitar una *indemnización* tarifada contenida en el artículo 38° de la Ley Laboral<sup>38</sup>, estos son:

- a) Despido Arbitrario o Injustificado<sup>39</sup>: De acuerdo con la Ley Laboral un despido es justificado cuando es fundado en causas relacionadas con la conducta (por la comisión de falta grave, por condena penal por delito doloso y por la inhabilitación – artículo 24°-)<sup>40</sup> o la capacidad del trabajador (por deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales, sobrevenidas que impidan el desempeño de las tareas del trabajador; por el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y condiciones similares; y por la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley –artículo 23°-)<sup>41</sup>, que la causa sea debidamente comprobada

---

<sup>38</sup> ARTICULO 38

##### INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

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.

<sup>39</sup> ARTICULO 34

##### DESPIDO ARBITRARIO O INJUSTIFICADO

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido.

Para demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38.

<sup>40</sup> ARTÍCULO 24

##### CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO RELACIONADAS CON LA CONDUCTA DEL SERVIDOR

Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

<sup>41</sup> ARTÍCULO 23

##### DESPIDO JUSTIFICADO

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

(demostración que tiene que ser visto en un proceso judicial –artículo 26º-) <sup>42</sup> y siempre que se haya llevado a cabo las formalidades establecidas en la ley (artículo 31º y 32º) <sup>43,44</sup>.

Cuando el empleador despide a un trabajador omitiendo lo señalado en el párrafo anterior; esto es, un despido por una causa no prevista en las normas legales referidas, cuando no se cumplen con las formalidades establecidas (por ejemplo, para que proceda el despido, está siempre debe ser comunicada por escrito) o cuando se imputa alguna causa pero judicialmente se demuestra su inexistencia o que la magnitud de la falta es no es grave, estaríamos frente a un supuesto de despido arbitrario o injustificado. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una *indemnización* tarifada.

- b) Despido Nulo: La Ley Laboral determina la nulidad del despido cuando tenga por motivo la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un proceso en contra del trabajador ante

- 
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a 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.

#### <sup>42</sup> ARTÍCULO 26

##### COMPROBACIÓN DE LAS FALTAS GRAVES

Las faltas graves señaladas en el artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

#### <sup>43</sup> ARTÍCULO 31

##### PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito por los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Mientras dura el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez.

#### <sup>44</sup> ARTÍCULO 32

##### COMUNICACIÓN DEL DESPIDO

El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.

Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

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

autoridades competentes; actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o cualquier otra índole; razón de sida; basado en la incapacidad del trabajador; y el embarazo<sup>45</sup>.

Cuando el trabajador es despedido en atención a estos supuestos, éste tiene el derecho a ser repuesto en su empleo, salvo que en la ejecución de sentencia opte por una *indemnización* tarifada (artículo 34°).

- c) Despido Indirecto (Hostilidad): La Ley Laboral reconoce como actos de hostilidad equiparables al despido a la falta de pago de las remuneraciones correspondientes; reducción inmotivada de la remuneración o la categoría; traslado del empleador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de causarle perjuicio; inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo a la vida y a la salud del trabajador; acto de violencia o faltamiento grave de la palabra en agravio del trabajador o de su familia; actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o cualquier otra índole; actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador; y la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> ARTÍCULO 29

DESPIDO NULO

El nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- 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;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir

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

- f) El despido por razón de sida, según la Ley N° 26626.
- g) El despido basado en la incapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050.

<sup>46</sup> ARTÍCULO 30

DESPIDO INDIRECTO: HOSTILIDAD

Son actos de hostilidad equiparables al despido 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;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o categoría;
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle un perjuicio;
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

Cuando el trabajador se encuentre inmerso en cualquiera de estas causales podrá optar, excluyentemente, por el cese del hostigamiento o por la terminación del contrato de trabajo pudiendo exigir, en este último supuesto, una *indemnización* tarifada<sup>47</sup>.

- d) Incumplimiento al «derecho de preferencia» para la readmisión en el empleo: En los casos de terminación del vínculo laboral por causas objetivas para el cese colectivo<sup>48</sup>, específicamente por razón de caso fortuito o fuerza mayor (inciso a) del artículo 46°) y motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (inciso b) del artículo 46°); los trabajadores afectados por el cese gozan del «derecho de preferencia» para su readmisión en el empleo, hasta el término de un año de producido el cese, el cual se activará siempre y cuando el empleador decidiera contratar personal para ocupar cargos iguales o similares a la del ex trabajador, en este supuesto el empleador se encontraría obligado a comunicarle al trabajador cesado para que regrese a su centro de labores, de no hacerlo, el ex trabajador puede solicitar una *indemnización* tarifada<sup>49</sup>.

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

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme la ley de la materia.

#### <sup>47</sup>ARTÍCULO 35

##### OPCIONES EXCLUYENTES EN HOSTIGACIÓN LABORAL

El trabajador que se considere hostigado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndole al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,
- b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

#### <sup>48</sup> ARTÍCULO 46

##### CAUSALES OBJETIVAS PARA EL CESE COLECTIVO

Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.

#### <sup>49</sup> ARTÍCULO 52

##### DERECHO DE PREFERENCIA PARA READMISIÓN EN EL EMPLEO

Los trabajadores afectados por el cese en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 46 gozan del derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar directamente o a través de terceros nuevo personal para ocupar cargos iguales o similares, dentro de un año de producido el cese colectivo. En tal caso, el empleador deberá notificar por escrito al ex trabajador, con quince (15) días naturales de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado a la empresa. En caso de

Y, también, existe otro supuesto habilitante para solicitar una *indemnización* tarifada, supuesto que no remite a la cuantificación establecida en el artículo 38° de la Ley Laboral, sino comprende una tarifación distinta, el supuesto es:

- a) Despido Arbitrario en contratos bajo modalidad: Este supuesto es similar al despido arbitrario contenido en el artículo 34° de la Ley Laboral, con la única diferencia que en este supuesto el legislador establece el *quantum* indemnizatorio de forma distinta al establecido en el artículo 38°.

En este supuesto, el *quantum* indemnizatorio que deberá abonar el trabajador es una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones<sup>50</sup>.

De lo anteriormente señalado se puede advertir cinco supuestos de *indemnización* tarifada en la Ley Laboral, obligaciones legales impuestos al empleador cuando se configure algunos de los cinco supuestos señalados anteriormente; estas compensaciones económicas no nacen como producto de la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, siendo simplemente una obligación legal como respuesta a la infracción del «principio de estabilidad laboral»<sup>51</sup>.

Es más, para hacer una referencia a las funciones de la responsabilidad civil, en un esfuerzo de síntesis, podemos señalar que sus funciones son tres<sup>52</sup>: de reparación, de prevención y de

---

incumplimiento, el ex trabajador tendrá derecho a demandar judicialmente la indemnización que corresponda conforme al artículo 38.

<sup>50</sup> ARTÍCULO 76

#### INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN CONTRATOS BAJO MODALIDAD

Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

<sup>51</sup> Para los laboristas el «derecho a la estabilidad laboral», también es un «principio», en ese sentido TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 403, señala: «La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo —el contrato típico tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral, siendo una manifestación del principio de continuidad. En palabras del profesor Plá Rodríguez, entendemos por este último principio como la tendencia del Derecho del Trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral».

<sup>52</sup> Sin embargo, LÉON HILARIO, Leysser. *fundamentales y nuevas perspectivas*. *op. cit.*, p. 240, las funciones son cuatro, esto es, de reparación, de prevención, de punición y de distribución; en ese sentido señala: «Es pacíficamente admitido que la responsabilidad civil cumple funciones de reparación (o reintegración), porque aspira a “reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del evento dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño); de prevención, “en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros”; de punición, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano,

punición. Y como se ha advertido anteriormente, los supuestos *indemnizatorios* cumplen una función distinta a los supuestos aquilianos, De Trazegnies –teniendo en cuenta que el autor referido no cree en la función punitiva de la institución- señala que «en todos los casos sometidos a la responsabilidad extracontractual la sociedad persigue tanto reparar a la víctima como desalentar la producción de los daños»<sup>53</sup>, entonces, mal haríamos al creer que con las *indemnizaciones* establecidas en la Ley Laboral se cumplen las funciones de la responsabilidad civil, ya que son remedios distintos.

## 5.- Restricción a la tutela resarcitoria:

En la Ley Laboral, en el artículo 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*») el legislador ha optado por introducir una regulación restrictiva con relación al remedio *resarcitorio* –siempre y cuando se configure un supuesto de responsabilidad civil-, toda vez que a simple lectura del artículo referido toma por sinónimas a la *indemnización* y al *resarcimiento*, señalando de manera tajante que la *indemnización* es el único medio para la reparación de los daños (¿?).

El artículo en mención, al confundir que la *indemnización* es un remedio que tiene la función de reparar daños, se entiende (normalmente en el medio laboral, sin perjuicio de que algunos intuyan una salida, aún insatisfactoria, como producto de un desconocimiento de la institución de la responsabilidad civil<sup>54</sup>) que la restricción de solicitar *resarcimientos* no sólo a la *indemnización* por el despido arbitrario como único medio de reparación de daños, sino también, a la *indemnización* por despido nulo (cuando el empleador opte, en la ejecución de sentencia, por la *indemnización*), a la *indemnización* por el supuesto de hostilidad (cuando el empleador opte por la terminación del contrato de trabajo), a la *indemnización* por el supuesto

---

donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con solo el límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de distribución, porque “la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de consiguiente posibilidad de que tienen para distribuir entre otros (consumidores) del daño resarcido”».

<sup>53</sup> DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. *op. cit.*, p. 340.

<sup>54</sup> BRINGAS DÍAZ, Gianfranco. *Resarcimientos adicionales a la indemnización tarifada por el despido arbitrario*. En: Soluciones Laborales. Sistema integral de información para jefes de recursos humanos, asesores legales, administradores y gerentes. N°54. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 29-38. El autor referido señala, de manera ambiciosa y oportunista, que existe la posibilidad de obtener una «indemnización superior» a la tarifada en la Ley Laboral en los casos en los cuales se configure un «abuso del derecho» en el acto del despido, y quedándose solo en el intento de su propósito señala lo siguiente: «intentaremos descubrir la postura correcta de la indemnización tarifada partiendo de los orígenes de la indemnización que propugna el Código Civil vigente del 1984, para dar una respuesta que algunos magistrados de nuestros órganos de justicia ya asumen, sobre la reparación íntegra del daño en el despido y ante el abuso de un derecho» (p. 29).

de incumplimiento al «derecho de preferencia» en la readmisión en el empleo y a la *indemnización* por el despido arbitrario en contratos bajo modalidad.

Los supuestos de *indemnizaciones*, donde el *quantum* obedece a la legislación (artículo 38 de la Ley Laboral o el artículo 76, dependiendo del supuesto de *indemnización*), son considerados como único medio de reparación de daños según la prescripción establecida el artículo 34 de La Ley, lo cual implica, la imposibilidad de que el trabajador –aquel que se encuentre inmerso en las causales de *indemnización* de la legislación laboral- pueda solicitar en la vía correspondiente<sup>55</sup> un *resarcimiento*.

Con ello no afirmamos que todos los supuestos de *indemnización tarifada* contenidos en la Ley Laboral, configuren –en paralelo- de manera automática un supuesto de responsabilidad civil, afirmar ello sería una contradicción a simple vista; por el contrario, lo que sí podríamos afirmar es que en la gran mayoría de supuestos que habilitan una *indemnización tarifada* no se configura un supuesto aquiliano, por la sencilla razón que sólo nacerán *resarcimientos* cuando se configure en supuesto en atención a sus elementos –daño, relación de causalidad y criterio de imputación-.

Así, la Corte Suprema mediante la Cas N° 1420-2009-DEL SANTA, de fecha 17 de enero de 2011, haciendo un total enredo en su pronunciamiento y tomando posición sinonímica entre *indemnización* y *resarcimiento*, señala:

*«SÉTIMO.- Que, en efecto, habiéndose producido el despido arbitrario dentro de la esfera laboral, el mismo que se rige por la Ley Laboral respectiva, a esta norma habrá de estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que quepa, tras agotar esta vía con su contenido indemnizatorio tasado, retornar de nuevo al Código Civil para con base en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo*

---

<sup>55</sup>Somos de la opinión que la vía correspondiente es la civil, en atención al artículo 9 del Código Procesal Civil, el cual es el que establece de manera clara y precisa la determinación de la competencia en razón a la materia («La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulen»); sin embargo, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal Laboral, Ley N° 2949 se establece la competencia al Juez Laboral. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Alfonso HIGA GARCÍA. *Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido*. En: Soluciones Laborales. Sistema integral de información para jefes de recursos humanos, asesores legales, administradores y gerentes. N° 68. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 14, señala: «En efecto, y debido a la ausencia de regulación general sobre esta materia, en un juicio no eran pocas las ocasiones en las que este tipo de demandas eran conocidas por juzgados civiles, situación que se buscó corregir mediante el acuerdo en mayoría del pleno jurisdiccional laboral realizado en Lima en el año 2008 según el cual; “El juez laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo”; acuerdo cuyo sentido fue acertadamente incluido en la NLPL debido a que, a pesar a pesar del Pleno; “(...) aún quedaba en pie el cuestionamiento central respecto a que la competencia se rige por el principio de la legalidad (...)”».

*resarcimiento de daños y perjuicios; por lo que la causal in iure denunciada debe desestimarse».*

Lo que a primera vista llama la atención es cómo la Corte Suprema señala, de manera incomprensible (aunque su desconocimiento de la materia ya no resulta sorprendente), que la *indemnización tarifada* contenida en la Ley Laboral es el producto del análisis del Código Civil para el nacimiento de la *indemnización* (¿?) y, en razón a ello, -señala- resulta desestimable «retomar de nuevo» a las disposiciones del Código Civil para otorgar *resarcimientos* (¿Las *indemnizaciones tarifadas* se dan como resultado a la configuración de los elementos de la responsabilidad civil? ¿El *quantum indemnizatorio* es cuantificado en razón al daño sufrido?).

Es claro que con este pronunciamiento se anula la posibilidad de ir por la vía correspondiente para solicitar un *resarcimiento*, es más, por si no fuera poco, en el mismo pronunciamiento (específicamente, en el voto singular del Sr. Solís Espinoza) haciendo un «esbozo» del artículo 34 y 38 de la Ley Laboral, llega a las conclusiones equívocas, como por ejemplo: creer que las *indemnizaciones tarifadas* son supuestos de responsabilidad civil donde puede existir supuestos donde no existan daño, pero que de igual manera merecen compensación por criterios de responsabilidad civil<sup>56</sup> (para configurarse un supuesto de responsabilidad

---

<sup>56</sup>«TERCERO.- La discusión en el caso de autos, en sí resulta posible reclamar una superior al límite previsto en la disposición glosada. En doctrina laboral se ha comentado con bastante precisión, así Julio Martínez Vivot refiere que cierta doctrina ha entendido que, aunque el sistema es tarifado, podría admitirse la posibilidad de reclamar un importe mayor que el que resulte de los cálculos antes expresados si se acreditara la existencia de un daño realmente sufrido, calificable en un importe superior (...) Hemos resistido a esta tendencia considerando que la indemnización tarifada como la entiende la mayor parte de la jurisprudencia comprende tanto la indemnización de perjuicios materiales como inmateriales y, eventualmente, el daño moral. También se discute acerca de la legitimidad de un sistema tarifado o sistema de varemos en la indemnizaciones. Por un lado, se afirma que este sistema no permite la reparación integral de los daños, ya que se limita cuantitativamente la indemnización de manera expresa; por otro lado, se indica que la reparación integral de los daños es una aspiración máxima, pero no siempre sucede que la totalidad del daño sea reparado con indemnización, a decir de Roberto M. López Cabañas las indemnizaciones no pueden ser ilimitadas ni debe predicarse con validez universal un supuesto principio de reparación integral del daño. Será integral en cuanto el ordenamiento consienta en repararlo (...) es una utopía muy común llegar a esa idílica reparación integral, y esto se ve muy claramente en el daño moral. Cuando el daño opera sobre el sentimiento, las afecciones, es muy difícil llegar a una estimación justa del perjuicio sufrido.

CUARTO.- Siguiendo la línea doctrinal expuesta a criterio del suscrito, y atendiendo a que en nuestra legislación existen sistemas tarifados regulados por normas especiales, como ocurre con la legislación laboral, su tratamiento queda circunscrito a ella; lo contrario supone desconocer la naturaleza indemnizatorio del sistema tarifado. La posibilidad de reclamar mayor monto indemnizatorio no resulta ajustada a derecho en aquellas situaciones en que se establece un sistema tazado, debido a que este justamente fue concebido para la reparación total y rápida del daño, pues hace fácil la determinación del monto indemnizatorio –en base a parámetros de carácter legal- y excluye la prueba del daño producido, a diferencia de lo que sucede cuando no existe un sistema tarifado, donde es necesario determinar, entre otros, los daños y su cuantía. Incluso en un sistema tarifado la indemnización se impone a pesar de la inexistencia de daños a decir de Vialard, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, en el trabajo –cuando no admite el régimen de estabilidad absoluta- la relación contractual se rige de acuerdo con una norma especial. La sanción que corresponde frente al incumplimiento del empleador que viola la regla que establece la vocación e perdurabilidad de la

civil ¿no es necesario que exista daño?) y siendo la legislación laboral uno que comprende un sistema tarifario, se debe de negar la *tutela resarcitoria*, por el simple hecho que los artículos referidos así lo establecen (es decir, no da ningún fundamento, solo atina al *facilismo judicial*: «es así porque la norma lo dice»<sup>57</sup>).

La indemnización contenida en la Ley Laboral, si bien es cierto que no resulta ser contraria con relación a la interpretación del artículo 27 la Constitución Política, con ello no se puede negar que esta tiene una naturaleza de obligación legal (o sanción, si cabe el término) como producto del quebrantamiento del «principio de estabilidad laboral»<sup>58</sup>, obligación establecida al simple arbitrio del legislador laboral; pero con ello no se puede pretender que el nacimiento de aquella obligación legal nace como producto de la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, afirmar esto sería creer que el ordenamiento jurídico está plagado de simples antojos al gusto del legislador de turno.

---

relación de trabajo se traduce en el cobro de una indemnización. Como esta esta tarifada entendemos que no hay posibilidades de deducir las acciones que el Código Civil le concede al acreedor. La diferencia que existe no es caprichosa, sino que tiene su razón de ser en las características propias de la relación laboral y el instituto de la estabilidad relativa.

QUINTA.- La disposición citada, teniendo en cuenta el caso concreto, no contiene atisbos, de ser una abierta por cuando de manera de concreta solo establece cómo se determina el monto indemnizatorio después de haberse establecido un despido arbitrario, el cual debe concordarse con el artículo treinta y cuatro del referido texto normativo, no denunciado por la recurrente, que considera –de manera taxativa- que la cuantía establecida en el numeral treinta y ocho **como única reparación por el daño sufrido** (resaltado de esta Sala Suprema). Es decir, es la única consecuencia legal a favor del trabajador por el despido arbitrario, sin posibilidad de extender la limitación dispuesta, posición que se asume para este específico caso.

(...)

Y actuando como sede de instancia, SE CONFIRME la sentencia apelada de fecha veintisiete de febrero del año dos mil ocho que obra a fojas doscientos treinta y nueve que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Edwin Yobany Carbajal Burgos, y en consecuencia se ordena que el Banco de Crédito del Perú pague a favor del demandante la suma ocho mil nuevos soles (S/. 8,000.00) por concepto de daño moral».

<sup>57</sup> Así también puede advertirse en el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, Tarapoto de 5 al 8 de agosto de 2000, con relación al «monto máximo de indemnización por despido arbitrario».

<sup>58</sup> En este punto es necesario precisar, nuestro rechazo a la costumbre de creer que todo aquello que se toma como justificación para realizar una regulación arbitraria es *per se* un principio, en el caso concreto, los laboristas tienen la costumbre de llamar «principio» o «derecho» a toda base que introducen en la legislación para «legitimar» su arbitrariedad. En ese sentido, TOYMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El despido disciplinario en el Perú*. En: *Revista ius et veritas*. N° 38. 2009, pp. 130-131. Señala, con relación al «principio» referido, lo siguiente: «En virtud del principio protector del Derecho del Trabajo, y de su derivado principio de continuidad, el contrato laboral tiene vocación de permanencia en el tiempo. Los esfuerzos por mantener la vigencia del contrato de trabajo frente a las vicisitudes que pueda que pueda afrontar responden y representan se conoce como estabilidad laboral. Y es básicamente lo que procura el derecho a la estabilidad en el trabajo es proporcionar al trabajador las garantías necesarias para que esta vocación de permanencia de su vínculo se vea reforzada. Tales garantías parten del derecho constitucional al trabajo y buscan limitar la facultad del empleador ante un despido. En efecto, los artículos 22 y 27 de nuestra Carta Política comprenden la consagración del derecho al trabajo cuyo contenido involucra la presencia de los aspectos que se identifican con la llamada estabilidad laboral de entrada y salida».

El legislador al establecer una confusión contenida en el artículo 34 de la Ley Laboral (concebir a la *indemnización* como único medio de reparación), al tratar como sinónimas a la *indemnización* y al *resarcimiento*, genera *ex ante* una restricción a la tutela resarcitoria, viéndose con ello perjudicado la institución de la responsabilidad civil.

Como propuesta de solución a tal confusión laboral, se ha escrito mucho sobre una «indemnización adicional» o «indemnización superior» frente a despidos configurados como «pluriofensivos»<sup>59</sup> o cuando se «verifique» un «abuso del derecho en el acto del despido»<sup>60</sup>. Entendemos que las propuestas tienen el mejor de los ánimos para alcanzar una solución, pero con buenos deseos y tergiversando instituciones legales no se puede llegar a soluciones eficientes.

Sin embargo, Gómez Valdez, haciendo un análisis de la naturaleza de la *indemnización tarifada* de la Ley Laboral, citando a Gerald Couturier, señala que para éste existen dos maneras de entender la naturaleza de la *indemnización*, ya sea como fundamento remunerativo o como naturaleza reparadora de daños; Gómez Valdez discrepa con el autor referido y tomando posición distinta exhorta a ver a la *indemnización* «como un simple pago legal ante la comisión de un falta del ordenamiento laboral, reservándose el derecho del trabajador, en base a los artículos citados del C.C., de recurrir, luego, a la vía judicial, para que allí le sea reconocido el resarcimiento por los daños y perjuicios resultantes de una acción u omisión que le ha ocasionado un daño»<sup>61</sup>.

Aquí hay que tener en cuenta algo bien lógico y sencillo de asimilar: *resarcir* implica, de alguna u otra forma, eliminar el daño (o, al menos eso pretende, por más que el daño nunca se borre del mundo de los hechos). Siguiendo la lógica, ¿se puede dar *resarcimientos* sin que existan daños? Lo más probable es que lo que se dé (por ejemplo, en el caso de las *indemnizaciones tarifadas* de la legislación laboral) sea bajo otro criterio o título; si bien es cierto que el legislador puede ordenar desembolsar un monto dinerario (*indemnizaciones tarifadas* contenidas en la Ley Laboral), eso no quiere decir que su razón de ser o justificación sea la configuración de un supuesto de responsabilidad civil; tampoco se puede aceptar como

---

<sup>59</sup>TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Alfonso HIGA GARCÍA. *Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido*. En: Soluciones Laborales. Sistema integral de información para jefes de recursos humanos, asesores legales, administradores y gerentes. N° 68. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 13-22.

<sup>60</sup>BRINGAS DÍAZ, Gianfranco. *Resarcimientos adicionales a la indemnización tarifada por el despido arbitrario*. *op. cit.*, pp. 29-38.

<sup>61</sup>GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo. Relaciones individuales del trabajo*. Lima: San Marcos. 2009, p. 307. El autor citado señala lo siguiente: «El término de indemnización escogido en materia laboral para justificar las reparaciones económicas resultantes de un abuso de derecho que producen despido arbitrario, no es exacto, pues conforme a la teoría de la reparación del daño, cuando de indemnización se trata, los arts. 1984 y 1985 del C.C. señala –principio recogido por el derecho positivo comparado–, que es el juez civil el único encargado de establecer la reparación del daño tanto moral como material. Al precisarse que existe una indemnización por ruptura arbitraria, se está trastocando este elemental principio del Derecho común».

sinónimas (a la *indemnización* y *resarcimiento*) por el simple hecho de que en el medio jurídico se tenga la costumbre a darle un mismo *nomen –indemnización por daños y perjuicios* para ambos casos-.

Luiz Guilherme Marinoni, al explicar la función que cumplen las clasificaciones de las sentencias, señala que «aunque se pueda hacer una distinción entre concepto y definición, considerando la primera como la realidad jurídica y la segunda como su descripción, lo cierto es que esta diferencia no es usual y aquí no tiene importancia. El problema es confundir el concepto (o definición) con *nomen iuris*. (...) Cuando se procura saber el significado de un concepto doctrinario hay que investigar, evidentemente, *la doctrina que la formó*. (...) Si un concepto doctrinario no puede descartar la doctrina y *los valores del momento* en que fue delineado, es evidente que la modificación de la sociedad y del Estado implica el surgimiento *de otro concepto*. Sin embargo, los conceptos, en cuanto distintos, *deben también poseer nombres diferentes*. Si esto no sucede, en la discusión *se cree hablar de un mismo concepto, cuando en realidad apenas se alude a un mismo nombre*. Sucede que, como es obvio, para que sea posible el entendimiento entre los intérpretes, *no se puede dar el mismo nombre a dos “realidades”*»<sup>62</sup>.

Como bien lo señala el Luiz Guilherme, y haciendo una analogía a la distinción entre *indemnización* y *resarcimiento*, no es aceptable que dos supuestos distintos (o realidades, en términos del autor citado) tengan un mismo un mismo efecto o se le pretenda dar una misma naturaleza, más aún, cuando la diferenciación no es un tema sólo de forma, sino, todo lo contrario, tiene implicancias prácticas.

## 6.- CONCLUSIONES:

El profesor De Trazegnies Granda -con relación a la oposición realizada por la Comisión de Asesores de las Compañías de Seguros respecto a la inclusión sobre la regulación del seguro obligatorio para el vigente Código Civil, realizada en el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre Responsabilidad Extracontractual, elaborado por el autor referido- señala:

«Este Informe revela una preocupación más bien gramatical que jurídica, ya que la mayor parte de sus observaciones no se refieren a conceptos jurídicos sino al uso de las palabras y hasta el empleo de las comas. Lamentablemente, como quienes lo suscribieron son abogados y no lingüistas, su cooperación en ese campo era limitada e insegura; en cambio, se perdió

---

<sup>62</sup>GUILHERME MARINONI, Luiz. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra editores. 2007, pp. 130-132.

una oportunidad para que se desplegaran su talento jurídico en pro de la creación de un sistema más adecuado y moderno de responsabilidad extracontractual en el Perú.

Después de múltiples referencias a una pretendida “falta de semántica”, tales como no debe usarse la palabra “resarcir” sino “indemnizar” (a pesar de que el diccionario de la Real Academia de la Lengua las considera sinónimas)»<sup>63</sup> (el subrayado es nuestro).

Independientemente a que no haya sido fructífero la inclusión del seguro obligatorio en el Código Civil vigente propugnada por la Comisión Reformadora sobre Responsabilidad Extracontractual, fuera de la discusión a que sí debió o no ser incluido, lo que podemos rescatar es que la Comisión de Asesores de las Compañías de Seguros al rechazar la propuesta por el Proyecto<sup>64</sup>, hicieron una advertencia, que de por cierto no era solo una «advertencia de forma», ya que la precisión (que a nuestro parecer sí es oportuna) consiste en que tal obligación es a título *indemnizatorio* y no *resarcitorio*.

En este tipo de supuestos, como se ha explicado precedentemente, el monto dinerario nace cuando se da el evento previsto –un accidente, por ejemplo- y su cuantificación no obedece a los daños, sino a una determinación *ex ante* estipulada entre los contratantes del seguro (el límite lo establece el contrato de seguro); aquí no es necesario realizar un juicio de responsabilidad civil para determinar si se distribuirá un monto dinerario; aquí estamos frente a una *indemnización* mas no en un supuesto *resarcitorio*, donde el obligado a dar el monto *indemnizatorio* es la empresa de seguros, sujeto obligado mas no responsable.

Las relaciones jurídicas deben nacer como producto de una justificación o razón de ser, no pueden crearse por simple arbitrio del legislador, sostener lo contrario, sería -en términos del propio profesor De Trazegnies- un mundo de locos<sup>65</sup>; de repente, la advertencia para la distinción entre *indemnización* y *resarcimiento* no se le tomó la importancia que merecía, por creer que sólo era un problema de «forma», sin embargo, como se podrá apreciar es un tema de «fondo» con implicancias prácticas.

---

<sup>63</sup>DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. *op. cit.*; p. 160.

<sup>64</sup>Como señala DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. *op. cit.*, 1988; p. 160, «El 10 de marzo de 1983 el presidente de la Asociación Peruana de Empresas de seguros dirigió al entonces Ministro de Justicia, doctor Armando Buendía, la comunicación N° 100/83-P con la que adjuntaba un informe de sus asesores Legales, tenazmente opuesto al Proyecto de la Comisión Reformadora basado en la idea de la difusión social del riesgo y en el uso de seguros obligatorios para ciertos accidentes».

<sup>65</sup>«Las relaciones jurídicas no pueden existir sin una justificación o razón de ser: el reino del Derecho es el reino de la inteligibilidad. Un sistema jurídico compuesto por normas sin explicación, que no son consistentes entre sí y que se aplican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos», DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. *op. cit.*, 1988, p. 141.

Hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico constituye un sistema donde deben existir normas compatibles, de manera organizada, no solo referente a un área específica sino en todo el sistema en sí. Como señala la profesora Eugenia Ariano, «decisiones equivocadas ha habido (y habrá) siempre en todas latitudes, pero cuando esos yerros encuentran su causa en opciones legislativas equivocadas o poco claras es hora, por lo menos, de dar la señal de alarma»<sup>66</sup>.

En se sentido, y sin ánimo de creernos dueños de la verdad absoluta, concluimos –dando señal de alarma- lo siguiente:

1. La obligación *resarcitoria* nace solamente cuando se configura un supuesto de responsabilidad civil, esto es, como producto de la configuración de sus elementos (daño, relación de causalidad y criterio de imputación) y cuando no esté inmerso en los supuestos del artículo 1971 y 1972 del Código Civil.
2. La obligación *indemnizatoria* tiene como justificación el arbitrio del legislador, en el supuesto de las *indemnizaciones tarifadas* de la Ley Laboral, obedece como resultado de la infracción al «principio» o «derecho» a la «estabilidad laboral», como producto de una determinada política legislativa.
3. La obligación *resarcitoria* y la obligación *indemnizatoria*, son remedios distintos que se configuran o nacen por estructuraciones distintas y cumpliendo funciones distintas.
4. Los supuestos *indemnizatorios* comprendidos en el ordenamiento jurídico peruano responden a justificaciones políticas diversas para cada caso concreto, no tiene una estructuración jurídica uniforme como sucede en la configuración de un supuesto de responsabilidad civil.
5. Las *indemnizaciones tarifadas* contenidas en la Ley Laboral nacen como producto de un adopción legislativa por contener como presupuesto la existencia de un «"principio" a la estabilidad laboral», que al quebrantarlo -el empleador- asume la obligación legal como sanción, inclusive en supuestos que no existan daños, la obligación nace sin obedecer a una configuración establecida, nace automáticamente.
6. El artículo 34 de la Ley Laboral («*la indemnización (...) como única reparación por el daño sufrido*»), confunde ambos remedios y restringe la tutela resarcitoria por el hecho de haberse configurado un supuesto *indemnizatorio*, siendo a todas luces contraria a la propia Constitución Política, toda vez que la responsabilidad civil es una institución puesta a la ciudadanía para accionar cuando se hayan configurado daños resarcibles.
7. La imposición de una *indemnización* no es límite o restricción de accionar a la vía correspondiente el *resarcimiento* de los daños, siempre y cuando se haya

---

<sup>66</sup>ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista editores. 2003, p. 120.

realizado un juicio de responsabilidad civil acorde a sus elementos y delimitación de fronteras.

8. No es coherente tener la postura de solicitar montos adicionales a la *indemnización tarifada*, compartir esta posición es caer en la falsa sinonimia, las compensaciones de una y otra obedecen a títulos distintos. Con ello no mencionamos que de todos los supuestos de indemnización tarifada en la Ley Laboral habiliten un resarcimiento (hay supuestos que ni existe daño, donde no corresponderá *resarcimiento* alguno), sino, existen supuestos en los cuales podría configurarse un supuesto de responsabilidad civil (a parte del supuesto indemnizatorio) donde si cabe la acción de reclamar un resarcimiento en atención a los daños sufridos.
9. La restricción resarcitoria contenida en el artículo 34 de la Ley Laboral debería ser derogada por ir en contra del propio sistema jurídico y generar incoherencia legal.

## **7. BIBLIOGRAFÍA.-**

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Dirittto Privato*. 11va. Ed. Milán: Giuffre Editore, 1996, p. 54.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEÓN HILARIO. Responsabilidad Objetiva. En: *El Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

LEÓN HILARIO, Leysser. Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. 2da. Edición corregida y aumentada. Prólogo de Luigi Corsaro. Lima: Jurista Editores, 2007

RAMOS NUÑEZ, Carlos. Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Lima: Grijley Editores, 2011.

CORSARO, Luigi. *Neminen laedere* y derecho a la integridad. En: *Proceso y Justicia*. N° 03. 2002.

TABOADA CÓDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Tercera Edición. Lima: Grijley, 2013.

DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de la Segunda Edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Casa Editorial Bosh.

BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. «Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil». En: Dialogo con jurisprudencia. N° 143. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «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». En: Dialogo con jurisprudencia. N° 153. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

MEJORADA, Martín. «La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320». En: Ius et Veritas, Edición N° 38, Lima: Asociación Civil Ius Et Veritas, 2009.

DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Tomo II. Volumen IV. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

ALFARO VELARDE, Luis. La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. «Crónica del Tercer Pleno Casatorio». Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. N° 337, pp. 5-6. El suplemento puede verse también de manera virtual, En: file:///C:/Users/PC05/Downloads/JURIDICA\_337%20(1).pdf.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

BRINGAS DÍAZ, Gianfranco. Resarcimientos adicionales a la indemnización tarifada por el despido arbitrario. En: Soluciones Laborales. Sistema integral de información para jefes de recursos humanos, asesores legales, administradores y gerentes. N°54. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Alfonso HIGA GARCÍA. Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido. En: Soluciones Laborales. Sistema integral de información para jefes de recursos humanos, asesores legales, administradores y gerentes. N° 68. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

TOYMA MIYAGUSUKU, Jorge. El despido disciplinario en el Perú. En: Revista ius et veritas. N° 38. 2009.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. Derecho del Trabajo. Relaciones individuales del trabajo. Lima: San Marcos. 2009.

GUILHERME MARINONI, Luiz. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra editores. 2007.

ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del proceso civil. Lima: Jurista editores. 2003.