

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho**



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO  
38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE  
LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.LEG. N°  
728.**

**Análisis de casos judiciales durante los años 2018 sobre indemnización por despido  
arbitrario en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.**

**Tesis para optar el Título Profesional de Abogado**

**Por:**

Bach. Oscar Wilder Coro Cerquín.

Bach. Amilcar Emilio Ruiz Ruiz.

**Asesor:**

Mg. Juan Miguel Llanos Cruzado

**Cajamarca – Perú**

**2019**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho**



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO  
38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE  
LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.LEG. N°  
728.**

**Análisis de casos judiciales durante los años 2018 sobre indemnización por despido  
arbitrario en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.**

**Por:**

Bach. Oscar Wilder Coro Cerquín.

Bach. Amilcar Emilio Ruiz Ruiz.

**Cajamarca – Perú**

**2019**

COPYRIGHT 2019 © by

(Bach. Oscar Wilder Coro Cerquín.

Bach. Amilcar Emilio Ruiz Ruiz.)

Todos los derechos reservados.

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL**

**TÍTULO DE LA TESIS**

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO  
38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE  
LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.LEG. N°  
728.”**

Presidente: Abg. Christian Fernando Tantaleán Odar

Miembro: Abg. Daniel Vásquez Rivasplata

Miembro: Abg. Juan Miguel Llanos Cruzado

## **DEDICATORIA**

*A Dios por el maravilloso regalo de la vida.*

*A nuestros padres por su motivación y apoyo constante, gracias por estar siempre allí.*

*A nuestros amigos y demás familiares, quienes nos tuvieron la paciencia suficiente para realizar el presente trabajo.*

## **AGRADECIMIENTO**

*A nuestros queridos amigos docentes y asesores por  
la guía y aporte jurídico y científico en la  
realización de la presente tesis.*

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>i</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>ii</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>vi</b>
<b>ABSTRAC.....</b>	<b>vii</b>

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

<b>1 MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. El problema de investigación .....</b>	<b>1</b>
<b>1.1.1. Planteamiento del problema de investigación.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1.2. Formulación del problema.....</b>	<b>3</b>
<b>1.1.3. Justificación de la investigación .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2. Objetivos de la investigación.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2.1. Objetivo general.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2.2. Objetivos específicos.....</b>	<b>4</b>
<b>1.3. Hipótesis de la investigación .....</b>	<b>5</b>
<b>1.3.1. Operacionalización de las variables .....</b>	<b>6</b>
<b>1.4. Metodología de la investigación.....</b>	<b>6</b>
<b>1.4.1. Aspectos generales .....</b>	<b>6</b>
<b>1.4.2. Aspectos específicos .....</b>	<b>7</b>
<b>1.4.3. Limitaciones de la investigación.....</b>	<b>10</b>
<b>1.5. Aspectos éticos de la investigación.....</b>	<b>10</b>

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

<b>2.1. Antecedentes de la investigación.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2. Teorías que sustentan la investigación.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.1. Teoría de la responsabilidad civil.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.2. Teoría de responsabilidad laboral.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.3. Daño patrimonial.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.4. Daño extra patrimonial.....</b>	<b>17</b>

2.3.	Bases teóricas.....	17
2.3.1.	La estabilidad laboral y el despido arbitrario en el Perú y en el derecho comparado .....	17
2.3.2.	Criterios para fijar la indemnización en la vía civil y su diferencia con la vía laboral .....	27
2.3.3.	El marco jurídico constitucional de los derechos laborales contra el despido.....	36
2.4.	Discusión teórica .....	39
2.5.	Definición de términos básicos.....	41
2.5.1.	Definición de despido arbitrario .....	41
2.5.2.	Definición de indemnización.....	41
2.5.3.	Definición de modificación.....	42

### **CAPÍTULO III**

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D. LEG. N° 728**

3.1	Vulnera la dignidad del trabajador.....	42
3.2	Lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral .....	52
3.3	Transgrede la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral	58

### **CAPITULO IV**

#### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

4.1	Presentación de resultados .....	68
4.1.1.	Sentencias expedidas por el Primer Juzgado Laboral .....	69
4.1.2.	Sentencias expedidas por el Tercer Juzgado Laboral .....	91
4.2	Discusión de resultados.....	105
4.3	Contrastación de la hipótesis .....	110

### **CAPÍTULO V**

#### **PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 38° DEL D.S. N° 03-97-TR – D.LEG. N° 728 LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL**

5.1	Exposición de Motivos .....	111
-----	-----------------------------	-----



<b>5.2 Propuesta de Proyecto de Ley .....</b>	<b>112</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>115</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>116</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>117</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>127</b>

## RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo principal determinar los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral aprobado mediante D. Leg. N° 728, a fin de garantizar el respeto de los derechos laborales, ello a razón del siguiente planteamiento del problema ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728? Para dar solución a dicho problema se ha formulado la siguiente hipótesis: Los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral D. Leg. N° 728, son: la vulneración de la dignidad del trabajador, lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral; y finalmente la transgresión de la buena fe contractual y del principio de continuidad laboral.

El tema elegido reviste suma importancia pues busca que los legisladores regulen de manera adecuada, cómo debe darse la indemnización por despido arbitrario, dejando de lado el sistema tasado o tarifario, que en muchas ocasiones es injusto e insuficiente para reparar el daño causado; ello en base a los fundamentos jurídicos que se exponen en la presente investigación; los mismos que contribuirán de forma específica al derecho laboral, jueces y trabajadores.

Finalmente, para el desarrollo de la presente investigación se utilizó el método dogmático y hermenéutico, con un enfoque cualitativo y un diseño no experimental transversal. La investigación desarrollada fue de tipo descriptiva – propositiva, haciendo uso de la observación documental y revisión de procesos judiciales del año 2018.

**Palabras claves:**

Indemnización por despido arbitrario, derecho laboral, decreto legislativo N° 728.

### **ABSTRAC**

The main objective of this thesis is to determine the legal grounds for modifying article 38, which regulates the compensation for arbitrary dismissal of the law on productivity and labor competitiveness approved by D. Leg. N ° 728, in order to guarantee the respect of labor rights, this because of the following approach to the problem What are the legal grounds for the amendment of Article 38 that regulates compensation for arbitrary dismissal of the law of productivity and competitiveness labor regulated by Legislative Decree N ° 728? To solve this problem, the following hypothesis has been formulated: The legal bases for the modification of article 38 that regulates compensation for arbitrary dismissal of the law on productivity and labor competitiveness D. Leg. No. 728, are: the violation of the dignity of the worker, injuries of effective judicial protection and labor protection; and finally, the transgression of contractual good faith and the principle of labor continuity.

The chosen topic is of the utmost importance, since it seeks that the legislators regulate adequately how compensation should be given for arbitrary dismissal, leaving aside the assessed or tariff system, which in many cases is unfair and insufficient to repair the damage caused; all this based on the legal bases that are exposed in the present investigation; they will contribute specifically to labor law, judges and workers.

Finally, for the development of the present investigation the dogmatic and hermeneutic method was used, with a qualitative approach and a transversal non-experimental design. The research developed was of a descriptive - proactive type, making use of documentary observation and review of judicial processes of the year 2018.

**Keywords:**

Compensation for arbitrary dismissal, labor law, legislative decree N ° 728.

# CAPITULO I

## INTRODUCCIÓN

### 1. MARCO METODOLÓGICO

#### 1.1. El problema de investigación

##### 1.1.1. Planteamiento del problema de investigación

El derecho al trabajo, como derecho económico y social que constituye la base del bienestar y la realización de la persona, y que además implica la atención prioritaria por parte del Estado conforme lo establece la Constitución Política del Perú en el artículo 22°, ha generado que la protección del trabajo, así como la realización de una actividad laboral (manual o intelectual) con la finalidad de percibir una remuneración que permita solventar sus necesidades y las de su familia, no solo sean regulados antes y durante el vínculo laboral, sino también después de extinguido dicho vínculo.

Ahora bien, el legislador ha establecido en qué casos se extingue el vínculo laboral de forma válida y amparada por la legislación laboral, tal es el caso de término del contrato, mutuo disenso, renuncia, despido justificado; sin embargo, existen casos en los que el fin de vínculo laboral se da por factores o causas no reconocidas por nuestro ordenamiento, tales como son los despidos nulos, injustificados o fraudulentos; para lo cual el legislador ha establecido mecanismos de protección al trabajador frente al ejercicio abusivo del empleador, estos mecanismos avalan la reposición o el establecimiento de una indemnización para el trabajador despedido injustificadamente.

Y es justamente en esta última parte donde centraremos nuestra investigación, pues, se ha establecido que estamos ante un despido arbitrario cuando el empleador no expresa la causa o no puede ser demostrada dentro de un proceso, en consecuencia, el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728 prescribe que “Si el despido es arbitrario (...), el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización establecida en el artículo 38° como única reparación del daño sufrido”. Este artículo no solo define que se entiende por despido arbitrario, sino que además señala que la protección no es restitutoria es decir no hay reposición, pero si resarcitoria según lo estipulado en el artículo 38°, el mismo que señala: “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 doceavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”; esto refiere claramente un sistema tasado de indemnización frente al despido arbitrario, situación que muchas veces es injusto e insuficiente para el trabajador, más aun si no se ha considerado la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil, valoración del daño moral, ni mucho menos se le otorga la facultad discrecional al Juez para que valore los medios de prueba y se fije una indemnización justa, por lo que consideramos que dicho artículo debe ser modificado sobre la base de los fundamentos que se expondrán a continuación, a efectos de garantizar una reparación justa a favor del trabajador, evitando así la vulneración de los preceptos constitucionales, sobre todo si la propia Constitución en su artículo 27°

establece que la ley le otorgará al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, ello nos lleva a plantear la siguiente pregunta ¿el sistema tarifario o tasado por el artículo 38° refleja una adecuada protección al trabajador?, consideramos que dicho artículo debe ser modificado sobre la base de los principios y derechos que protegen al trabajador.

### **1.1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728?

### **1.1.3. Justificación de la investigación**

#### **1.1.3.1. Justificación práctica**

La presente investigación tiene una importante relevancia jurídico laboral, tanto para el legislador, juzgador, empleador y de forma especial para los trabajadores, pues en principio este trabajo constituirá un antecedente a tener en cuenta por los legisladores al momento de fijar el monto de la reparación frente a un despido arbitrario. Asimismo, y en cierta medida contribuye a los empleadores, puesto que deberán evaluar las consecuencias económicas que les genere incurrir en un despido arbitrario.

#### **1.1.3.2. Justificación teórica**

De forma distintiva esta investigación, que esperamos concluya con la modificación del artículo 38° del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, contribuirá con el respeto de los derechos laborales de los trabajadores, pues son los principales afectados con una indebida regulación, ya que el sistema tarifario para fijar la indemnización muchas veces puede resultar insuficiente; de allí con esta investigación el trabajador verá mejor delimitado sus derechos.

Finalmente, se busca dar una solución a una indebida regulación y de esta manera contribuir con el área del derecho individual de trabajo, asimismo servirá de gran ayuda a los abogados y estudiosos del derecho que se dedican a la defensa, por cuanto esperamos que el resultado de la presente investigación se evidencie en un proyecto de ley.

## **1.2. Objetivos de la investigación**

### **1.2.1. Objetivo general**

Determinar los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

**1.2.2.1.** Analizar la estabilidad laboral y el despido arbitrario en el Perú y en el derecho comparado.



**1.2.2.2.** Investigar los criterios para fijar la indemnización en la vía civil y su diferencia con la vía laboral (sistema tasado o de tarifario).

**1.2.2.3.** Considerar el marco jurídico constitucional de los derechos laborales.

**1.2.2.4.** Registrar sentencias judiciales correspondientes al año 2018 referido a la indemnización por despido arbitrario en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

**1.2.2.5.** Proponer la modificación del artículo 38° del Decreto Legislativo N° 728.

### **1.3. Hipótesis de la investigación**

Los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral D. Leg. N° 728, son:

- A) Vulnera la dignidad del trabajador
- B) Lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral
- C) Transgrede la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral

### 1.3.1. Operacionalización de las variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
<b><u>V1</u></b> Fundamentos Jurídicos para la modificación del artículo 38° del D. Leg. N° 728.	Jurídico Laboral	- Vulnera la dignidad del trabajador.  - Lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral.	- Fichas de Observación documental  - Cuadros estadísticos de revisión de expedientes.
<b><u>V2</u></b> Despido arbitrario	Jurídico Laboral	- Transgrede la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral	

## 1.4. Metodología de la investigación

### 1.4.1. Aspectos generales

#### 1.4.1.1. Enfoque

Es *cualitativo*, porque evalúa el desarrollo natural de los sucesos, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

#### **1.4.1.2. Tipo**

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); es decir, determinar los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° de D. Leg. N° 728 a efectos de garantizar el respeto de los derechos laborales, el de percibir una indemnización justa.

#### **1.4.1.3. Diseño**

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose ésta al tratamiento de fenómenos que se han producido en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández, et al, 2010, p. 148).

#### **1.4.1.4. Dimensión temporal y espacial**

Es *transversal*, porque estudia los aspectos de desarrollo de la materia a investigar en un momento único; en este caso en la actualidad (Hernández, et al, 2010, p. 151).

### **1.4.2. Aspectos específicos**

#### **1.4.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra**

##### **1.4.2.1.1. Unidad de análisis**

La unidad de análisis está circunscrita al marco doctrinario y normativo laboral, así como la revisión de sentencias sobre despido arbitrario durante el año 2018 de los juzgados

especializados de trabajo de Cajamarca, específicamente el primer y tercer juzgado laboral.

#### **1.4.2.1.2. Muestra**

Está delimitada por los tres juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

#### **1.4.2.1.3. Universo**

Debido al tipo de investigación que se realizará, el universo se encuentra delimitado por la totalidad de juzgados especializados de trabajo de todo el Perú. En ese sentido, es necesario tener presente que el objeto de una investigación formalista-dogmática, apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de sus elementos formales normativos (Witker, 1995, p. 65).

#### **1.4.2.2. Métodos**

Es *hermenéutica – jurídica*, porque no solo busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que también se unan entre ellas (Ramos Nuñez, 2005, p. 103). Y *dogmática jurídica*, dado que analizo e interpreto la doctrina y las sentencias afines a nuestra investigación.

#### **1.4.2.3. Técnicas de investigación**

Se utilizó la *técnica de observación documental*, porque la investigación partió del análisis de las fuentes documentales; mediante esta técnica se inició la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación. Asimismo, también se utilizó la *técnica de la recopilación y procesamiento de datos*, porque a través de preguntas y respuestas, se logró una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema (Hernández, et al, 2010, p. 418).

#### **1.4.2.4. Instrumentos**

Las *fichas de observación documental*, como instrumento más utilizado para recolectar los datos, las mismas que consisten en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir (Hernández et al, 2010, p. 217).

#### **1.4.2.5. Técnicas de procesamiento para el análisis de datos**

A partir de la observación documental, se recogió la información doctrinaria y casuística para proceder luego a su análisis, lo que fue contrastado con los resultados que se obtuvieron de las sentencias revisadas, las cuales fueron codificadas mediante un registro sistemático de cuadros a través del software Excel.

### **1.4.3. Limitaciones de la investigación**

Para el desarrollo del presente proyecto de investigación hemos identificado como limitaciones aquellas de carácter temporal, así como las de carácter bibliográfico, debido a que son escasas las investigaciones que versen sobre la indemnización por despido arbitrario. Asimismo, se ha identificado como limitación el acceso a los legajos y/o sentencias de procesos judiciales laborales referidos a indemnización por despido arbitrario que existen en los Juzgados Especializados de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, pues estos nos ayudaron a determinar el criterio bajo por el cual los magistrados fijan una indemnización. No obstante, ello se vio superado mediante la lectura constante y los trámites necesarios ante los juzgados respectivos.

### **1.5. Aspectos éticos de la investigación**

En la investigación se respetaron las posiciones de los doctrinarios y juristas respecto al tema planteado, así como se mantendrá la confidencialidad de las personas que se indiquen en las sentencias. Asimismo, los autores de la tesis garantizan la originalidad del presente estudio.

## CAPÍTULO II

### 2. MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación

Iniciamos este párrafo señalando que existe una vasta investigación que trata del despido arbitrario, pero, no desde el planteamiento del problema que se ha señalado en la presente investigación, así encontramos la tesis presentada por la Bach. Susana Eva Garavito León, titulada *“Indemnización por despido arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016”* ante la Universidad César Vallejo, para obtener el título de Abogado, correspondiente al año 2016, donde se formula el siguiente planteamiento del problema *¿Cómo se viene aplicando la indemnización por despido arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos en la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016?*, y consecuentemente la siguiente hipótesis, “se viene aplicando de manera desproporcional la indemnización por despido arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos en la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016”, así la investigación concluye en:

- 1.La indemnización es una figura jurídica que se da como una forma de resarcimiento por el daño que se le causa al trabajador ante un despido

arbitrario, este es considerado una sanción adecuada para el empleador, pero no se considera el total de los años laborados, solamente se aplica lo que determina el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciendo que todos los trabajadores que sean despidos arbitrariamente tendrán derecho a un sueldo y medio por año de servicio con un tope de doce remuneraciones, correspondiente a ocho años; pero que sucede con un trabajador que tiene veinte años, no va a poder tener la totalidad de remuneraciones ya que existe este tope máximo. Entonces se concluye que se viene aplicando de manera desproporcionalidad la indemnización para los trabajadores que tienen más de 8 años de servicios, y que lamentablemente, el juez no podría otorgar más allá de lo que determina la ley.

2. En la indemnización por despido arbitrario se aplica el principio de razonabilidad, ya que la sanción impuesta al empleador se da de acuerdo al hecho causado, pues está relacionado con el actuar del empresario hacia el trabajador, dado que este debe ser razonable y proceder conforme a la razón.

3. Nuestra Legislación Laboral, aplica el principio de igualdad para todos los trabajadores, en el caso de la indemnización por despido arbitrario para aquellos empleados que tienen más de 8 años de servicios, se les está dando un trato desigual, ya que no les corresponde recibir más que el tope máximo establecido por ley. Pero no se está dando un trato diferenciado pues el procedimiento que se sigue es igual, donde el Juez tiene que actuar conforme lo indica la ley, de lo contrario tendría que estar debidamente motivada su decisión (Garavito León, 2016, p. 59)

Asimismo, la autora Noelly de los Ángeles López Coronado, en su investigación titulada “*Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre proceso de indemnización por despido arbitrario, en el Exp. N° 2039-2009-0-2001-JR-LA-02, del distrito judicial de Piura*” para optar el título profesional de abogada, correspondiente al año 2016, quien luego de una ardua investigación, arriba a las siguientes conclusiones:

1. Respecto a la sentencia de primera instancia, se determinó que su calidad fue de rango muy alta, conforme a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio. Fue emitida por el tercer juzgado laboral de la ciudad de Piura, cuya parte resolutive fue: declarar fundada la demanda por despido arbitrario, ordenando por lo mismo a la entidad demanda el pago de doce



mil seiscientos treinta y cuatro con 92/100 nuevos soles. (Exp: N° N°2039-2009-0- 2001- JR-LA-02)

2. Por su parte, la calidad de la motivación del derecho fue de rango muy alta; porque en su contenido se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión; y la claridad (López Coronado, 2016, p. 125)

Por otro lado, consideramos necesario incorporar a las bases teóricas la tesis presentada por Julio César Huanayque Condori, titulada “*Análisis de los criterios interpretativos del despido fraudulento en la jurisprudencia peruana y su aplicación en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*”, para obtener el título de abogado en el año 2017 para la Universidad Nacional de San Agustín, quien llega a las siguientes conclusiones:

1. La limitada forma de protección del artículo 34 del vigente TUO de la LPCL para otorgar tutela restitutoria frente a un despido inconstitucional con vulneración de derechos fundamentales obligó al Tribunal Constitucional, mediante el caso Fetratel, STC 1124-2001-AA-TC, ha inaplicar dicho dispositivo legal, y mediante el caso Llanos, STC 976-2001-AA/TC, reforzar los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a prácticas empresariales abusivas mediante las cuales se extinguían unilateralmente la relación laboral, vaciando de contenido el derecho al trabajo, en su contenido esencial a la causa justa en el despido, y la adecuada protección contra el despido arbitrario.
2. De acuerdo al Tribunal Constitucional, es procedente la tutela restitutoria con ocasión de un despido arbitrario, cuando se produce con vulneración con derechos fundamentales, como consecuencia de un acto írrito y viciado de inconstitucionalidad como es en el caso del despido arbitrario que es incausado, fraudulento o nulo; además, conforme a la STC 0206-2005-AA/TC, dicha protección también puede ser otorgada por los jueces laborales. Sin embargo, no es sino con la vigencia de la Ley 29497, y los Plenos Jurisdiccionales Supremos I y II, que la judicatura ordinaria reconoce uniformemente dicha potestad, aunque limitada solo al despido incausado y fraudulento (Huanayque Condori, 2017, p. 177)

Finalmente, es importante señalar que se ha realizado la búsqueda de tesis y/o proyectos de investigación en los repositorios de las principales universidades del país, como es el caso de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y de la región como Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada del Norte; en donde se ha verificado que no existen antecedentes del presente proyecto de investigación relacionados con la formulación del problema, de allí que resaltamos una vez más que la presente tesis no tiene antecedentes.

## **2.2. Teorías que sustentan la investigación**

### **2.2.1. Teoría de la responsabilidad civil**

Al analizar la figura de la indemnización de manera genérica, necesariamente tenemos que recurrir a la teoría de la responsabilidad civil, así se tiene que “los orígenes de la responsabilidad civil, se remontan al derecho romano y datan del siglo XVIII; el contenido de la responsabilidad civil según su origen remarcan dos clases: responsabilidad civil contractual y extracontractual” (Soto Coaguila, 2015, p. 34); a pesar de que la actual doctrina busca unificar las dos tipos de responsabilidades, nuestro Código Civil los diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, siendo la principal diferencia el origen de las obligaciones y el nexo de causalidad, así en la responsabilidad contractual las obligaciones derivan de un acuerdo plasmado en un contrato, en tanto que la extracontractual se deriva de lo que imponga la ley. No obstante, esta teoría se expresa en el análisis de los elementos generales que se evalúan

antes de determinar la obligación de reparar un daño, los cuales en términos de Trazegnies son:

#### **2.2.1.1. El daño**

Es el “detrimento que sufre una persona en su esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial. Se produce daño cuando se lesiona un interés ya sea este simple o jurídico. Sin embargo, para que el daño sea reparable debe ser injusto, es decir, no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

#### **2.2.1.2. Nexo causal**

Es el vínculo que existe entre la conducta que se reprocha y el resultado dañoso. El primer elemento que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de “causa-efecto” que puede ser natural o jurídica.

#### **2.2.1.3. Factor de atribución**

Determina la intencionalidad del agente en la producción del hecho dañoso. El grado de intención determina la mayor o menor responsabilidad del agente en la comisión del acto que se repudia y con ello, la extensión del monto de la indemnización.

#### **2.2.1.4. La antijuricidad del hecho**

Es decir, nace la obligación de indemnizar cuando se causa un daño a otros u otros mediante un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico por contravenir una norma imperativa los

principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres” (De Trazegnies Granda, 1988, p. 92).

### **2.2.2. Teoría de responsabilidad laboral**

A pesar de que, cuando hablamos de indemnización, se nos viene a la mente la teoría de la responsabilidad civil, en el ámbito del derecho laboral se ha ido proponiendo una teoría de la responsabilidad laboral, la misma que señala: “su aplicación se usa para sustentar la reparación del empleador en los casos de accidentes de trabajo, efectivamente, se debe recurrir a las normas del derecho común, o del Código Civil, para poder concretizar el pago de una indemnización, atendiendo a que no existe una norma específica que permita tasar el quantum indemnizatorio en la reparación; no obstante, la atribución de la responsabilidad de parte del empleador tiene su principal sustento en los principios del derecho laboral” (Formaro, 2010, p. 35)

### **2.2.3. Daño patrimonial**

El daño patrimonial es aquel que causa una disminución y suele repararse con intercambio de bienes por dinero o simplemente constituye una reparación monetaria, este tipo de daño recae sobre el objeto de forma directa o indirecta a causa de un daño causado a la persona siempre que este sea susceptible de comercio entre los hombres; es también llamado daño material, y “es directo si lo sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y, también se considera el daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño

emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para trabajar sobrevinida a la víctima” (Maciá Gómez, 2015, pág. 22)

#### **2.2.4. Daño extra patrimonial.**

Es aquel que está referido a la afectación causada a un valor recíproco en la vida de hombre, esta acción puede causar privación o disminución de la paz, la tranquilidad del Espíritu, la libertad individual, la identidad, el honor y demás sagrados afectos; esto también puede ser susceptible tanto para el individuo como para su grupo, es decir familia y personas jurídicas (entes ideales); este tipo de daños en suele suceder cuando se rompe el vínculo laboral por despido arbitrario, pues consecuentemente a ello suele suceder que el empleador recurre, a una ficticia serie de imputaciones que tiene como finalidad desdeñar la buena conducta o capacidad del trabajador y por ende evitar la Indemnización por Despido Arbitrario (Ramirez Sanchez, Luján Tuper, & Deza Castañeda, 2007)

### **2.3. Bases teóricas**

#### **2.3.1. La estabilidad laboral y el despido arbitrario en el Perú y en el derecho comparado**

##### **2.3.1.1. La estabilidad laboral y el despido arbitrario en el Perú**

###### **2.3.1.1.1. La estabilidad laboral**

Es definido como “el derecho que tiene un trabajador a conservar su puesto indefinidamente, siempre que no incurra en faltas previamente

determinadas o que no acaezca en especialísimas circunstancias” (Concha Valencia, 2014, p. 12).

Por otro lado, “la estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa” (Pérez Rey, 2004, p. 22).

Así se tiene que, la estabilidad laboral nos garantiza la permanencia de las actividades laborales, donde es el empleador quien deberá procurar al trabajador la continuidad de sus laborales, salvo que se presenten causas justificadas de extinción del vínculo laboral. Ahora bien, la estabilidad laboral se sustenta en los siguientes fundamentos jurídicos; el derecho al trabajo, la conservación del empleo y el principio de continuidad laboral, los mismos que serán abordados en el desarrollo de la tesis.

Ahora bien, la vigente Constitución Política de 1993, busca garantizar la estabilidad laboral, así precisa “el mandato al legislador, que contiene esta norma, y que plantea, en orden a la interpretación de la misma diversas, cuanto importantes cuestiones relativas a la preceptividad de dicha norma y la interdicción de la arbitrariedad como su posible contenido mínimo, al sentido del despido que adopta y a la eficacia reparadora del despido arbitrario” (Blancas Bustamante, 2012, p. 392).

En fin, la actual norma suprema dentro de todos los derechos económicos sociales y culturales le otorga una mayor protección al derecho al trabajo, estableciéndolo no solo como un deber y derecho, sino también como aquello que el Estado debe garantizar y promover para el bien de la sociedad y de la persona en sí misma.

La propia constitución en el “artículo 26° regula o recoge tres principios de modo enunciativo que son los pilares del Derecho del Trabajo; se dice en esta norma que, en la relación de trabajo se respetan los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma o también conocido por la alocución latina *in dubio pro operario*, derivada del clásico principio penal *in dubio pro reo*” (Concha Valencia, 2014, p. 20), este dispositivo encuentra estrecha relación con lo dispuesto por el Convenio de Trabajo N° 158 de la OIT, al señalar que la legislación de los países puede reconocer la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa.

#### **2.3.1.1.2. El despido arbitrario**

Cuando desarrollamos el planteamiento del problema, señalamos que existen diversas formas de poner fin al vínculo laboral, algunas permitidas por el ordenamiento jurídico como es el caso de despido por causales expresamente establecidas en la legislación, así se define al despido como “una forma de extinción de la relación laboral, que se caracteriza porque se encuentra fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, donde coinciden en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación

de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora” (Blancas Bustamante, 2012, p. 49).

La ley de productividad y competitividad laboral establece que aquellos despidos permitidos son, justificados, así como, también aquellos que son contrarios a los principios y derechos del trabajo, entre los cuales se encuentran el despido nulo, injustificado o arbitrario y el fraudulento, brevemente daremos la definición de cada uno de ellos para centrarnos en el despido arbitrario.

#### **2.3.1.1.3. El despido nulo.**

El *despido nulo*, es “el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios. Si el trabajador interpone demanda judicial de nulidad del despido y ésta es declarada fundada, éste tiene derecho a la reposición en su puesto de trabajo y al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, salvo que opte por una indemnización por despido.

El Decreto Legislativo N° 728 señala en su artículo 29° como causales de despido nulo, las siguientes:

- 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 período de gestación o dentro de los 90 (noventa) 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.
- f) Cuando el trabajador sea portador del SIDA.
- g) El Despido basado en la discapacidad del trabajador” (Haro Carranza, 2003, p. 289).

#### **2.3.1.1.4. El despido fraudulento.**

Otra clase de despido que fue establecido por el Tribunal Constitucional es el *despido fraudulento*, el mismo que se “produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, consecuentemente, de forma contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aunque se haya cumplido con la imputación de una causal y el procedimiento respectivo, tal como ocurre cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o cuando también, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se extingue la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la fabricación de pruebas” (Concha Valencia, 2014, p. 29).

En tanto que, el *despido arbitrario* es entendido como “aquel que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar está en juicio. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda

simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aun no hecho efectivo.

El artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que frente al despido arbitrario el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Siendo el monto de la indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

El monto de la indemnización por despido arbitrario en el caso de contratos a plazo fijo, es igual a una remuneración y media mensual por cada mes que falte para completar el plazo estipulado en el contrato, con un máximo de 12 remuneraciones” (Baylos Grau, 2009, p. 49).

Así, la propia norma prevee como manera de protección frente al despido arbitrario el pago de una indemnización, en tanto que en los casos de nulo o fraudulento procede la reposición.

### **2.3.1.2. La estabilidad laboral y el despido arbitrario en el derecho comparado**

#### **2.3.1.2.1. En el derecho colombiano**

Se establece que en el “caso de Colombia, el Estado Social de Derecho de la Constitución de 1991 se enfocó en una distribución igualitaria de derechos, deberes y beneficios; es decir que, sobre la base del interés común, se garanticen los medios para que aquellos más desfavorecidos y, por tanto, desiguales tengan las mismas oportunidades de ejercer sus

potencialidades mínimas en todos los ámbitos y poder así desarrollar la esencia de su libertad” (Ruíz, 2002, p. 33).

El Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, regula una tipología contractual de trabajo en función a su duración entre los cuales señala a término indefinido, al término fijo, por duración de la obra o labora contratada, por desarrollar actividades ocasionales, accidentales o transitorias, por lo que frente al despido establece como “sistemas de protección las siguientes:

- a. Estabilidad absoluta: se configura cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador.
- b. La estabilidad relativa, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido, pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador. Dentro de esta última se encuentra a la estabilidad propia (que existe cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del acto rescisorio) y a la estabilidad impropia (cuando la vulneración de ese derecho no afecta la eficacia del despido, si bien se sanciona el incumplimiento contractual con indemnización o con sanciones administrativas) (Cerquera Unda, 2018, p. 38).

En atención a lo expuesto, se tiene que el derecho laboral adopta un modelo de estabilidad relativa impropia en donde el trabajador despedido actualmente no puede recurrir a instancias judiciales para que al declarar la ineficacia del despido y consecuentemente sea reintegrado, pues ya está previamente establecido en la ley laboral que la consecuencia de la

ineficacia del despido es una indemnización de perjuicios que fue previamente tasada por el legislador, conforme así lo señala el artículo 64° del Código Sustantivo de Trabajo.

#### **2.3.1.2.2. En el derecho costarricense**

Para el caso de Costa Rica, se ha establecido que “protege la constitucionalidad y tiene como obligación velar por una ocupación honesta y útil; así lo establece el artículo 56° de la Constitución Política, que reza el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad” (Iglesias Facundo, 2016, p. 53).

Ahora bien, este país realiza la distinción entre un despido justificado e injustificado, estableciendo al igual que en nuestro país las causas por las cuales un empleador puede hacer uso de su poder directriz y sancionar con la figura del despido, no obstante, el artículo 28° al 30° de su Código de Trabajo, también señala “el despido injustificado es aquel que no se ajusta a ninguna de las causales establecidas por la ley para autorizar al patrono a despedir sin responsabilidad patronal. Este despido obedece tan solo a la voluntad unilateral del empleador, quien, por lo tanto, debe otorgar el preaviso que corresponda, y cancelar al trabajador el auxilio de cesantía. El despido impuesto directamente por el empresario existe en la realidad desde que éste decide dar por terminadas las prestaciones del contrato de trabajo, y no solamente existe, sino que producirá todos sus efectos si, pese a su forma defectuosa o a su fondo injustificado, el trabajador no reclama contra él. Mas la Ley concede al trabajador unos

medios de defensa para impugnar tal despido” (Almansa Pastor, 1968, p. 155)

Conforme se puede interpretar en el caso del derecho laboral de Costa Rica, se regula una sola clasificación del despido injustificado, aquel que es realización sin expresión de alguna de las causas establecidas por ley, no obstante señala que existen mecanismos de defensa como es el caso de la indemnización, así se expresa que “no podemos hablar de estabilidad en sentido propio, cuando el trabajador puede ser despedido sin justa causa teniendo solamente el derecho a cierta indemnización por omisión del preaviso y por antigüedad” (Katz, 1957, p. 61).

En consecuencia, para este ordenamiento, la noción de estabilidad laboral parte de la obtención de la seguridad en empleo, donde si bien se admite la idea de la reposición, la seguridad se encuentra demarcada por la obtención de alguna indemnización y la continuidad de labores, en primera instancia, esto se evalúa de acuerdo a las necesidades de la empresa, así como el lugar de trabajo. Siempre que todas estas acciones no perjudiquen el ámbito personal y familiar, de allí que la propia constitución busca garantizar no solo el trabajo, sino también su permanencia.

#### **2.3.1.2.3. En el derecho boliviano**

Bolivia, es uno de los países que regula en su Constitución Política de Estado el derecho a la estabilidad laboral en el trabajo, así lo “señala en su artículo 157°, el trabajo y el capital gozan de la protección del Estado, por lo que corresponde, el Estado tiene la obligación de crear condiciones

que garanticen para todos, posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa, asegurando sobre todo la continuidad de sus medios de subsistencia para mejorar las condiciones de vida de las familias” (Iglesias Facundo, 2016, p. 52).

Por otro lado, se reconoce el principio de la continuidad laboral, que constitucionalmente, se define como “un derecho constitucional, el que, desarrollado legislativamente se entiende como el derecho del trabajador a conservar su labor cuando no ha incurrido en causales legales de despido o cuando ha sido despedido sin haber sido sometido a un proceso interno disciplinario, cuando las normas internas aplicables a la empresa así lo disponen” (Cáceres, 2015, p. 69).

De lo expuesto anteriormente, se tiene que el ordenamiento jurídico boliviano, otorga una actitud proteccionista hacia el trabajador, no obstante, en cuanto a la indemnización por despido arbitrario se refiere el artículo 13° de la Ley General de Trabajo señala que cuando fuere retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad el patrono estará obligado a indemnización por tiempo de servicios, con la suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año de trabajo continuo y si los servicios no alcanzan a un año, en forma proporcional a los meses trabajados. Si el trabajador tuviese más de ocho años de servicio, se percibirá la indicada indemnización, aunque se retirare voluntariamente. Esto es, establece de igual manera un sistema tasado de indemnización en el ámbito laboral, pero a diferencia de otras legislaciones, se reconoce una indemnización si se supera los 8 años de servicio.

#### **2.3.1.2.4. En el derecho chileno**

En este contexto, el Código de Trabajo señala en su artículo 168°, que las indemnizaciones deben de ser equivalentes a un mes de sueldo por cada año de servicio y periodo superior a seis meses prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tiene un tope máximo de once años.

En ese sentido se ha establecido que “la indemnización por despido injustificado, procede por incumplimiento de la causalidad del despido y de específicas exigencias establecidas por el legislador. El fundamento de esta sanción es claro, se plantea como sanción al empleador por haber puesto término al contrato de trabajo sin una causa que lo fundamente, es decir, por haber despedido arbitrariamente; como también por no haber cumplido especiales obligaciones del contrato” (Rojas, 2014, p. 79).

De ello se tiene que, en el caso de Chile, se penaliza la conducta del empleador, por incurrir en un despido sin respetar las causas justificadas o seguir el procedimiento establecido por ley. Estableciéndose que la indemnización tiene como tope el equivalente a un mes laborado por once años, esto es, presenta de cierta manera el sistema de prueba tasada de la indemnización, algo que difiere de las normas que regulan el proceso civil en cuanto a la indemnización por responsabilidad contractual se trata.

### **2.3.2. Criterios para fijar la indemnización en la vía civil y su diferencia con la vía laboral**

#### **2.3.1.3. Criterios de la indemnización en la vía civil**

Como se ha tratado en el apartado de la teoría, la responsabilidad civil, ya sea en ambos casos contractual o extracontractual, posee los mismos elementos, tales como el daño, ilicitud o antijuricidad, nexo causal y los criterios de imputación subjetiva y objetivo, que para el caso de análisis es aplicable el subjetivo, pues el empleador realiza el acto arbitrario del despido con conocimiento de que está incurriendo en falta con la ley, pues no sustenta su despido en ninguna de las causales. Por lo que, ahora procederemos a analizar los criterios para cuantificar el monto de las reparaciones civiles, al respecto se tiene que “el sustento de la cuantificación y los criterios que la orientan, deben reflejar los datos concretos que justifican, estableciendo una fundamentación de base objetiva y que la decisión sea también analizando la particularidad del afectado, y su impacto del daño generado por el incumplimiento, de la relación contractual” (López Mesa, 2001, p. 207).

En materia civil, la cuantificación del monto indemnizatorio parte desde la cuantificación del daño moral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1321°, 1332° del Código Civil, pues se analizan instancias como la pérdida de oportunidad, el daño moral, valoración equitativa del resarcimiento, todo ello con la finalidad de buscar un resarcimiento justo frente al perjuicio ocasionado, ello mediante una suma compensatoria que se considera equivalente al daño sufrido, pues “uno de los principales problemas para la determinación de la cuantificación de los daños morales



ocasionados, es el mayor grado de subjetividad en su aplicación” (Pizarro, 2012, p. 90).

Lo expuesto anteriormente resulta sumamente importante, pues la falta de criterios podrida llevar al subjetivismo y arbitrariedad, aunado a ello una incorrecta valoración del daño no cumpliría con la finalidad inherente de la indemnización, así se sustenta que “en numerosos fallos judiciales, donde, ya sea por mala interpretación de la ley o por viejas concepciones, se ordena el pago de indemnizaciones simbólicas, que poco sirven para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño, que suele convertirse en un grave problema cuando se tiene que valorar estos daños en nuestras Cortes” (García Rojas, 2015, p. 91), de allí procederemos a adoptar de la doctrina algunos criterios de cuantificación del daño.

#### **2.3.1.3.1. El quantum indemnizatorio**

Para ello se parte del artículo 1321° del Código Civil<sup>1</sup>, el mismo que inicialmente es entendido como una teoría de la causa próxima, no obstante estudiosos en la materia como Espinoza, considera que este artículo refleja no la

---

<sup>1</sup> “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída

determinación de la causa, sino la determinación del daño, sobre el cual señala “el segundo párrafo del artículo 1321º, no se refiere precisamente a la relación de causalidad, sino más bien a la determinación de las consecuencias dañosas y más puntualmente a aquellas que el responsable deberá resarcir. Esta interpretación permitiría entender mejor la curiosa estructura del artículo considerando que su primer párrafo se refiere al factor atributivo de responsabilidad, en el caso de inejecución de obligaciones y los siguientes al quantum indemnizatorio, posición mucho más lógica que pretender insertar un análisis de causalidad (de hecho) en el segundo párrafo (lo que conllevaría a un total desorden en el análisis del cualquier problema)” (Espinoza, 2011, p. 680). Ahora bien, no se debe olvidar que el citado artículo se aplica para la responsabilidad civil contractual, criterio que es de nuestro interés y que será comparado en los ítems siguientes.

#### **2.3.1.3.2. Valoración equitativa del resarcimiento**

Por su parte este criterio se encuentra contenido en el artículo 1332<sup>o2</sup> del Código Civil, el mismo que le atribuye al Juez la obligación de liquidar de manera equitativa del monto de la indemnización, cuando el daño será difícil de probar, es decir el monto indemnizatorio se encuentra guiado por un criterio de justicia.

---

<sup>2</sup> Que, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

Al respecto se tiene que “este mecanismo se justifica debido a que, al estar obligado el juez o el árbitro a resolver sobre una pretensión indemnizatoria, también tiene la obligación de determinar la cuantía de lo que hay que indemnizar, una cifra, con independencia de si la víctima pudo probar o no un monto preciso en esa materia” (Castillo Freyre, 2006, p. 123).

Es decir, la ley le otorga cierta facultad discrecionalidad al Juez para sea quien mérito a la valoración de ciertas circunstancias de la naturaleza jurídica y del daño en cada caso, otorgue uno monto indemnizatorio, justo y digno de conformidad con la merituación probatoria y que dicha decisión además deberá estar plenamente justificada en la resolución judicial.

Este criterio de la “equidad puede ser identificada como un método supletorio de creación jurídica que obra o se realiza a través de los jueces, y que obedece a una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, establece una decisión. Dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes, elementos o factores, que combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, contribuye a formar el criterio de éste” (Squella, 1983, p. 91).

#### **2.3.1.3.3. Pérdida de chance**

Denominado también como pérdida de la oportunidad y entendido como “aquel daño que puede consistir en la frustración de un deseo o en la pérdida de una oportunidad, expectativa o probabilidad. Estos casos contienen un elemento de certeza y otro de incertidumbre, los cuales van a tener que ser tomados en cuenta por el juzgador para determinar el grado de probabilidad fáctica a favor del afectado para obtener beneficios o evitar pérdidas de no ocurrir el incumplimiento contractual o el hecho ilícito” (Bustamante Alsina, 1993, p. 176). Este criterio debe ser analizado a la luz de los dos elementos que posee, pues se tiene que demostrar la posible oportunidad frustrada, a fin de evitar caer en el subjetivismo, y más aún lograr el criterio anterior que es que la indemnización sea justa y equitativa.

#### **2.3.1.3.4. Daño Moral**

Finalmente, este daño que adquiere gran relevancia y que ha sido duramente cuestionado por su nivel de probanza, es entendido como “una lesión o atentado a los bienes de la esfera personal que se traduce en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, y se enumeran algunas de las circunstancias en las que puede concretarse: ansiedad, angustia, inquietud, temor, incertidumbre” (Diez Picazo y Ponce de León, 1999, p. 329).

En el caso peruano se establece que “el primer paso para su cuantificación será determinar si la afectación de los derechos tiene consecuencias patrimoniales o no, buscar si existe la posibilidad de volver las cosas al estado anterior mediante una reparación simbólica y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero, buscando necesariamente aliviar a la víctima por el daño sufrido, asignando un monto como resarcimiento” (Osterling, 2006, p. 3).

Es decir, se debe valorar y cuantificar el daño, que efectivamente se ha incrementado y que ha sido debidamente acreditado, esto es, cuando se trate de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, se deberá analizar las características, la forma como se produjo el daño, las maneras de resarcimiento diferentes a la indemnización, si el daño moral fue provocado por dolo o culpa entre otros; la probanza de este tipo de daño puede ser realizada mediante una evaluación psicológica que refleja el nivel de aflicción o perturbación a la personalidad.

#### **2.3.1.4. Criterios de la indemnización en la vía laboral**

En materia laboral, no existen propiamente criterios para determinar el quantum de la reparación civil, por el contrario es la misma ley quien señala cuánto le corresponde indemnizar por despido arbitrario, dicha situación que también ha sido materia de

reflexión y debate en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, ahora bien este pleno ha establecido que “en los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas. El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda” (Lama More, 2017, p. 2).

El citado pleno, reconoce dentro de sus acuerdos criterios pertenecientes a la reparación civil, al precisar que el juez debe valorar la existencia del daño, la relación de causalidad y el factor subjetivo, además del pago de una suma por daños punitivos, estableciendo para tal efecto como monto máximo el equivalente al monto aportado ante el SPP o SNP.

El mismo pleno señala en uno de sus ítem los criterios que debe tomar el juez laboral para fijar el monto de la indemnización señalando que “el juez debe considerar que en estos casos no existe una *indemnización tasada legalmente como en el caso del despido arbitrario*, y serán los medios probatorios los que determinen la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según pretensión de la demanda. Se reconoce que el trabajador es libre de utilizar la falta de pago de remuneraciones entre el despido y la reposición como uno de los criterios para sustentar su pretensión de indemnización. Asimismo, resulta pertinente que el Juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos” (resaltado es nuestro) (Lama More, 2017, pp. 3-4).

Ello nos lleva a colegir, que existe una doble acepción de la indemnización en la vía laboral, pues en el caso de los despidos fraudulento o incausado, el Juez es libre de valorar y determinar el monto de la indemnización, en tanto que cuando se trate del despido arbitrario, existe un sistema legal de indemnización tasada, situación que a su vez nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta ¿por qué el legislador le ha atribuido tal distinción y consecuencias a las 3 clases de despido?; no es acaso la propia Constitución, quien busca proteger al trabajador y garantizar su estabilidad laboral, por lo que consideramos que dicha situación no hace más que

perjudicar al trabajador, quien no es conocedor del derecho, y quien solo busca que se le fije un monto de reparación justa y equivalente al daño sufrido, independientemente del tipo de despido que la ley lo califique como tal.

En consecuencia, la diferencia recae en que mientras en el ámbito civil y parte del ámbito laboral, el juez de la causa tiene discrecionalidad para valorar todos los criterios antes de fijar un monto de reparación justa y equivalente al daño sufrido, en el caso del despido arbitrario, el legislador atribuye un sistema tasado de reparación, hecho que en consideración vulnera derechos laborales y la dignidad del trabajador.

### **2.3.3.El marco jurídico constitucional de los derechos laborales contra el despido.**

Al hacer mención del derecho laboral, necesariamente tenemos que referirnos a la constitucionalización del derecho del trabajo, ello supone “la incorporación al listado de los derechos fundamentales de un conjunto de derechos relativos al trabajo. Entre los más frecuentemente enumerados en las constituciones figuran el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga y a la negociación colectiva, el derecho a una remuneración justa, a la igualdad de trato y no discriminación, a la jornada de trabajo, a la protección contra el despido y algunos otros” (Carrillo Calle, 1993, p. 63).

De allí que, en el caso de afectación de los derechos inherente a la relación laboral como es el caso del despido, el marco jurídico



constitucional de protección se es visto de un aspecto jurisdiccional, así se puede recurrir a la jurisdicción ordinaria “que se caracteriza por un modelo de estabilidad laboral relativa, que sanciona con el pago de una indemnización el despido arbitrario, descartando la reposición del trabajador como medida reparadora, admite, no obstante, la aplicación de ésta únicamente cuando el despido es calificado como nulo, configurando un modelo dual, aunque desigual, de protección contra el despido” (Blancas Bustamante, 2004, p. 154).

Otra vía de protección, es recurrir al proceso constitucional de amparo, el mismo que “como mecanismo de tutela ante el despido arbitrario, el mismo que tiene como fundamento el artículo 27° de la Constitución que establece el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos que otorgue la ley. En este caso el mismo Tribunal Constitucional concluye que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador” (Blancas Bustamante, 2004, p. 155).

Entonces, la Constitución no solo garantiza el acceso al trabajo, sino también la protección frente al despido y de manera correlativa el derecho a la estabilidad laboral, a partir de ello, corresponde analizar qué derechos fundamentales consagrados constitucionalmente se ven vulnerados por el despido arbitrario, para ello es necesario precisar que “el Poder Ejecutivo emitió el decreto legislativo 728, norma que

significó, en líneas generales, el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de mínima protección ante el despido, finalmente plasmada en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta.

Para ello, delimitó la noción de despido, reconduciéndola al despido individual relacionado con la capacidad o conducta del trabajador, excluyendo el cese del personal por razones objetivas. Además, a la figura del despido injustificado añadió la figura del despido nulo. Este consistía en un despido que vulneraba derechos o valores fundamentales de especial importancia para el ordenamiento, como la libertad sindical, la igualdad, la maternidad, entre otros” (Villavicencio Ríos, 2013, p. 312).

Es decir, los derechos fundamentales que se protegen van desde el derecho a la dignidad del trabajador hasta el de maternidad, ello nos lleva a entender que el marco constitucional que protege al trabajador o trabajadora frente al despido arbitrario es sumamente amplio, pues en principio el despido arbitrario lesiona la dignidad del trabajador, el derecho al trabajo, la estabilidad laboral, el acceso al empleo, la libertad sindical, el derecho a gozar de una remuneración, el derecho a vivir en paz y tranquilidad tanto él como su familia, a su integridad psíquica, todo esos derechos se ven vulnerados cuando se comete un acto de despido arbitrario.

De allí que consideramos que toda norma infra legal, debe ser compatible con la Constitución pues como “norma fundamental, que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su

unidad; parte del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable” (Blancas Bustamante, 2004, p. 154); en consecuencia, toda norma que lesiona los preceptos constitucionales, no debe ser aplicada en mérito al principio de supremacía de la Constitución.

#### **2.4. Discusión teórica**

Después de una íntegra investigación acerca del despido arbitrario y sus mecanismos de protección, así como contrastando con las investigaciones existentes, he podido identificar que, si bien existen algunos estudios relacionados al despido arbitrario, ninguno de ellos propone la necesidad de modificar el sistema tasado o tarifario que regula la indemnización en el ámbito laboral; todo ello ha permitido que mediante un estudio de los antecedentes y cuestiones doctrinarias, realizar una crítica teniendo en cuenta las bases teóricas previamente expuestas.

Es así, que, adoptados parcialmente las conclusiones a las que llegan, sin embargo, precisamos una vez más que el despido arbitrario posee elementos, características, causas y efectos únicos que obligan a regular de manera específica la forma en que se va a fijar la indemnización.

Lo expuesto anteriormente, nos lleva a concordar con la investigación realizada por Susana Eva Garavito León, en el sentido de que evalúa la manera o forma como se han venido dando las indemnizaciones desde un sector del Poder Judicial, como es el caso de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el año 2016, en donde la investigadora advierte que la indemnización otorgada no es compatible con la finalidad de esta institución, ni mucho menos se considera el total de los años laborados, únicamente se aplica lo que determina el artículo

38°, lo que en la presente investigación se pretende modificar, ya que no se toma en cuenta aquellos trabajadores que laboran veinte años o más, puesto que no va a poder tener la totalidad de remuneraciones ya que existe este tope máximo que el artículo 38° lo establece, por lo que si bien señala en otra de sus conclusiones que se ha aplicado de forma correcta los principios de razonabilidad e igualdad, sustenta que existe un trato desigual para los trabajadores con más de 8 años de servicio toda vez que el artículo 38° nuevamente fija un tope de pago, por lo que consideramos que su aplicación ha sido insuficiente y que este por el contrario no es compatible con la naturaleza jurídica de la indemnización.

Por otro lado, tenemos la tesis realizada por Noelly de los Ángeles López Coronado, quien realiza una investigación de campo, centrándose en un solo Expediente, destinado a identificar la calidad de sentencias en primera y segunda instancia, por lo que, si bien resaltamos que se busque establecer el criterio o forma de interpretación de ambas instancias, la investigación debió abarcar una mayor unidad de análisis, de allí que no coincidimos con lo expuesto dado que concluye que en ambas instancias existe calidad en cuando a sus parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, dejando de lado el contenido esencial de la sentencia, es decir, si es justo o no, por lo que consideramos que esta tesis debió abarcar desde las teorías de la justicia a fin de determinar qué tan justo es la indemnización que se fija de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Finalmente, hemos de señalar la investigación realizada por Julio César Huanayque Condori, quien analiza los criterios interpretativos del despido

fraudulento desde la jurisprudencia y desde los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, quien también advierte la limitada forma de protección del artículo 34° del citado cuerpo normativo, a lo que nosotros agregamos el deficiente sistema tasado contenido en el artículo 38°, pues no se garantiza la tutela judicial efectiva, ni mucho menos la tutela resarcitoria laboral, de allí que considera necesario reforzar los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a prácticas empresariales abusivas mediante las cuales se extinguían unilateralmente la relación laboral, extremo en lo que estamos de acuerdo en su totalidad; en consecuencia el derecho laboral partiendo de lo señalado en el artículo 27° de la Constitución Política de Estado debe adecuarse a la realidad socio jurídica, a los preceptos de la teoría de la justicia, con la finalidad de proteger al trabajador.

## **2.5. Definición de términos básicos**

### **2.5.1. Definición de despido arbitrario**

En este tipo de despido se encuentran “los despidos verbales o, de hecho, donde no existe carta de despido ni procedimiento alguno, los despidos notificados con carta, pero donde no se indican los hechos que motivan la extinción ni la fecha de cese y los despidos notificados con carta cuya causa justa se basa en formulaciones ambiguas o imprecisas” (Arce, 2008, p. 522).

### **2.5.2. Definición de indemnización**

De acuerdo a su autor Guillermo Cabanellas de Torres, se define como “el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado” (Cabanellas de Torres, 1999, p. 97)

### **2.5.3. Definición de modificación**

Es una palabra “se refiere como la acción y resultado de modificar, alterar o variar una cosa o elemento su disposición sin alterar o mudar las características propias, disminuir algo en los términos justos” (RAE, 2015, p. 22)

## **CAPÍTULO III**

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D. LEG. N° 728**

#### **3.1 Vulnera la dignidad del trabajador**

Nuestra Constitución Política de Estado consagra en su artículo 1° que el respeto de la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de esta manera el Estado se obliga a proteger por encima de cualquier derecho la dignidad de la persona, por el simple hecho de serlo. Ahora bien, para definir al término dignidad, es necesario recurrir a la filosofía clásica del derecho, la cual establece que:

El concepto de dignidad se intuye por tanto en Platón, principalmente a través de las posibilidades intrínsecas conferidas al carácter humano. En su pensamiento, se revelan las relaciones entre la autonomía y la racionalidad, conceptos clave en orden a la realidad actual de la dignidad humana (Giner Rommel, 2015, p. 60).

La definición antes citada, fue realizada por Platón, el mismo que intenta definir qué se entiende por dignidad humana; al igual que él, diversos filósofos griegos realizan diversas definiciones, como por ejemplo Aristóteles quien señaló que:

Uno de los elementos específicos del ser humano de carácter cada vez más abstracto y generalizable es la racionalidad y la búsqueda de la felicidad. Ambos, suponen un verdadero alejamiento de la dignidad denominada extrínseca, que imperaba en el mundo antiguo. Se aportó nuevas dimensiones a la dignidad humana a través de sus consideraciones éticas y su profundización en el significado y alcance de lo que él denominó vida buena, vida digna de ser vivida. Por último, ya en el ámbito de sus teorías políticas, destaca su concepción del hombre como ser esencialmente social y su construcción de lo que él consideró la ciudad ideal (Aristóteles, 1994, p. 57).

Todas esas concepciones fueron alimentando a los pensadores contemporáneos quienes se unieron en su afán de definir qué se entiende por dignidad humana, realizando sus propuestas, vistas desde tres perspectivas distintas, en primer lugar, desde la *concepción ontológica personalista*, entiende que “la dignidad ontológica es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Es el valor que se descubre en el hombre por el sólo hecho de existir” (Andorno, 1998, p. 57). Desde la *concepción personalista – ética*;

Se defiende la naturaleza espiritual del hombre, señalando que es el único ser capaz de una relación reflexiva consigo mismo, el hombre individual no tiene en sí la esencia del hombre, ni como ser moral ni como ser pensante. El ser hombre se halla sólo en la comunidad, en la unidad del hombre con el hombre, una unidad que se apoya únicamente en la realidad de la diferencia entre el yo y el, tú (Feuerbach, 1975, p. 52).

De la misma manera, la *concepción teológica*, adopta en cierta medida una postura iusnaturalista; considera a la dignidad humana como una dádiva divina, otorgada al

ser humano por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, el hombre se encuentra expuesto a diversos influjos externos que pueden resultar una amenaza para llevar una vida digna. Sin embargo, en última medida, es el ser humano, libre, quien tiene en su mano esta decisión: vivir conforme a esta dignidad acercándose a Dios, o transgredirla, malográndose a sí mismo (Rahner, 1969, p. 252)

En tal sentido, se tiene que no es posible unificar dichas concepciones acerca de la dignidad de la persona humana, pero existe entre todas ellas un mismo común denominador, el mismo que establece que esta dignidad nace, subsiste y permanece en la dimensión intrínseca del hombre, y que se le atribuye por la condición de ser humano, o ya sea por ser proveniente de una voluntad divina, por lo que este término únicamente le corresponde al ser humano, de manera concreta e individual. Esta definición se relaciona con lo expuesto por Fabio, quien señala que;

La dignidad de la persona humana no consiste sólo en el hecho de que el ser humano sea, a diferencia de las cosas, algo considerado y tratado como un fin en sí y nunca como un medio para la consecución de un resultado determinado. Deriva también del hecho de que, por su voluntad racional, sólo la persona vive en condiciones de autonomía; es decir, como ser capaz de guiarse por las leyes que él mismo se da. Todo hombre tiene dignidad y no un precio, como las cosas (Comparato, 1999, p. 20).

En consecuencia, esta calidad intrínseca del ser humano, merece ser respetada y considerada por el Estado y la sociedad frente a todo acto que se pretenda realizar, todas estas concepciones han sido bien acogidas por nuestro ordenamiento jurídico peruano en el artículo 1º, pues señala como bien constitucional superior a la



dignidad, de allí que en toda norma, acto u omisión que se realiza no debe ignorar esta condición intrínseca del ser humano.

Ahora bien, habiendo delimitado a la dignidad humana, corresponde analizar cómo esta debe ser vista como un principio fundamental y de carácter universal que merece ser objeto de protección y regulación por parte de diversos ordenamientos jurídicos, convirtiendo a la dignidad humana un requisito esencial e inamovible del ordenamiento jurídico constitucional donde prevalezca el Estado democrático de derecho.

El principio de la dignidad de la persona humana, se encuentra conformado por tres dimensiones:

*a) Fundamentadora*, por ser el núcleo basilar de todo el sistema jurídico-positivo; *b) orientadora*, al establecer directrices para la consecución de los fines enunciados en el sistema axiológico-constitucional; *c) crítica*, puesto que este principio serviría de criterio para la valoración de la legitimidad de las diversas manifestaciones legislativas (Pérez Luño, 2008, p. 392).

Paralelamente a estas dimensiones, el respeto de la dignidad humana deriva las siguientes consecuencias:

a) La igualdad de derechos entre todos los individuos; b) la garantía de la independencia y autonomía del ser humano, no pudiendo utilizarse como instrumento u objeto; c) observancia y protección de los derechos inalienables del hombre; d) no admisibilidad de la negativa de los medios fundamentales para el desarrollo de alguien como persona o la imposición de condiciones subhumanas de vida (garantía de un nivel existencial mínimo) (Arce Flores Valdés, 1990, p. 49).

Entonces, la dignidad humana es el eje central de todo Derecho entendido como conjunto de normas, de todo derecho, entendido como potestad o facultad atribuida por el Estado y de todo sistema normativo, en la medida que lo legitima y le otorga validez, haciendo de la dignidad humana un bien jurídico inalienable, de allí que el ser humano no debe ser objeto de ofensas y humillaciones, por el contrario se debe garantizar el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo; es decir toda la estructura y actividad del Estado deben estar vinculadas al principio de dignidad de la persona humana, siendo obligación de este de proteger la dignidad de la persona humana contra terceros, autoridades, etc., independientemente de cada situación, pues como hemos señalado líneas arriba la dignidad humana tiene el carácter de individual.

Hasta ahora se ha tratado a la dignidad, como un elemento propio e independiente del ser humano por su condición de tal, no obstante, existe una sólida relación entre la dignidad como elemento formador de los derechos y garantías fundamentales, como bien se expresa “los derechos fundamentales, al menos en general, pueden ser (y así efectivamente lo son) consideradas concreciones de las exigencias del principio de la dignidad de la persona humana” (Wolfgang Sarlet, 1990, p. 276), en otras palabras la dignidad humana es el núcleo de los demás derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales permiten garantizar y promover la dignidad esencial de la persona humana, ya sea de forma individual, ya sea de forma colectiva, en los más diversos niveles de implicaciones del individuo en la esfera social. Es decir, el principio de dignidad de la persona humana se convierte en la base conformadora de todos los derechos fundamentales, tanto que varios de estos derechos serán reconocidos de forma expresa como consecuencia directa de la propia idea de

dignidad, entre los cuales se pueden citar el derecho a la vida, a la libertad, a la manifestación, a la salud, a la seguridad social y a la educación, etc. (Lemes Silva, 2016, p. 50).

De allí la necesidad de que la dignidad de la persona humana, sea positivizada, tal como así se ha establecido en nuestra Constitución, por otro lado, se debe tener en cuenta que al ser la dignidad humana la base de todos los derechos fundamentales, como es el caso del derecho al trabajo, derecho a una indemnización justa y digna, derecho a la estabilidad laboral, que es materia de análisis para la presente tesis; la dignidad como lo establece el artículo 1° de nuestra carta magna, presenta cierta vaguedad y generalidad, dado que su ámbito de protección es sumamente amplio.

Nos interesa ahora analizar, la manera como se garantiza la protección de la dignidad humana en el derecho laboral, y de manera específica en el derecho a la estabilidad laboral y derecho a una indemnización justa y digna, más aún si la dignidad humana funciona en muchos casos como límite de los derechos fundamentales, así se indica que estos “pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana” (Peces Barba - Martínez, 1995, p. 20).

Dentro de la gama de los derechos fundamentales se encuentran los derechos laborales, los mismos que tiene por finalidad proteger la dignidad, la libertad e igualdad de los trabajadores, así existen derechos fundamentales laboral específicos y no específicos:

*Los derechos fundamentales específicos* son aquellos denominados Derechos Fundamentales Laborales, y que son aquellos que se vinculan directamente con el trabajo. Dentro de estos podemos encontrar los siguientes derechos: libertad de trabajo, libre elección del trabajo, libre

contratación, prohibición de trabajos, derecho de asociación, derecho a la protección de la salud y derecho a la integridad física en el trabajo. En cuanto a los *derechos fundamentales no específicos*, podemos decir que son aquellos que tiene el trabajador como ciudadano dentro de una empresa. En consecuencia, los derechos fundamentales laborales no específicos corresponden a aquellos derechos propios de todo ser humano y que todo sistema jurídico laboral debe tener en cuenta. Son derechos fundamentales inespecíficos: la intimidad, la libertad de creencia religiosa, la libertad de expresión y la no discriminación (Lizama Portal, 2012, p. 3).

A nuestro criterio, el derecho a la estabilidad laboral, a no ser despedido sin una causa justa, a recibir una indemnización justa y digna, forman parte de los derechos fundamentales laborales específicos, por ende cuando se presenta un despido arbitrario, se está atentando gravemente contra la dignidad del trabajo, menoscabando su esfera intrínseca por su condición de ser humano, desconociendo su derecho al trabajo como un derecho humano y valiéndose del poder directriz del empleador para lesionar dicho derecho, pues;

El trabajo se identifica como factor de supervivencia y medio esencial en el desarrollo del individuo. De manera directa o indirecta el trabajo satisface necesidades y potencializa el desarrollo de cada persona, tanto en su ejecución como en el resultado que esta obtenga de realizar la actividad escogida. Por esto se convierte en el derecho que le debe ser otorgado, respetado y garantizado a todo ser humano para que este tenga la posibilidad de reconocerse a sí mismo y a los demás, como seres dignos, iguales y libres (Cantor Viscué, 2018, p. 63).

El derecho al trabajo, no solo debe ser visto desde el aspecto material, por el contrario, debe ser visto como:

El catalizador de energías sociales más importante. A través de su ejecución, el ser humano se integra, adquiere una identidad en distintos grupos, se desarrolla como individuo útil para sí mismo y para los demás. Porque, la actividad llamada trabajo es a través de la cual se producen transformaciones, las personas logran las satisfacciones de necesidades por medio de su evolución en la sociedad, pero también en su crecimiento personal que le permite vivir como un ser digno, le permite sentir su propia naturaleza (Pérez Ortiz, 2004, p. 13).

Es decir, el derecho al trabajo, que debe ser garantizado por el Estado, significa la posibilidad de alcanzar una vida digna, libre, con igualdad de condiciones, sin discriminación alguna, implicando un contenido de carácter ético – jurídico. Pero, para el desarrollo de la presente investigación, es necesario analizar en qué medida el despido arbitrario lesiona la dignidad del trabajador, por lo que partimos del siguiente criterio:

Toda persona necesita del trabajo para reafirmar su dignidad y es justamente esta premisa la que convierte al trabajo en un derecho humano. Por medio de este, es posible la movilización de energías sociales, que pueden generar ingresos y además tener efectos trascendentales sobre la calidad de vida de cada una de las personas que lo ejercen (Maz Neef, 2002, p. 77).

En consecuencia, si a la persona se le atribuye un despido arbitrario y como consecuencia de ello, deja de laborar de manera intempestiva, se le está ocasionando un grave daño, no solo dentro de la esfera psíquica, sino también un gravísimo atentado contra su dignidad, pues ya no puede ejecutar dicha actividad intelectual o

manual que venía realizando para generar ingresos para solventarse asimismo y/o familia, sino que el poder satisfacer sus necesidades se ha visto frustrado, ya que si bien tendrá una adquisición de bienes y/o ahorros que podrá realizar durante el tiempo que dura un proceso judicial, su dignidad se ha visto resquebrajada por este acto abusivo del empleador. En cuanto al monto indemnizatorio se refiere, el tope dispuesto en la norma, también significa un grave atentado contra la dignidad del trabajador, pues no se realiza una debida valoración del daño, y se impone el monto fijado en la norma, situación que no le permite al ser humano determinarse por sí mismo y continuar con un proyecto de vida, previamente fijado.

Así lo establecido el Tribunal Constitucional Peruano, al precisar como derecho laboral inespecífico el derecho a la dignidad laboral, el mismo que es definido,

En el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, en su fundamento 7, donde establece que en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador, en todo momento, es decir al

inicio, durante y al concluir el vínculo laboral (Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 47).

De la misma en el Expediente N° 2129-2006-AA/TC, en cuyo fundamento 7, se establece que:

El demandante a la fecha en que se emitió la resolución cuestionada, se encontraba con licencia por enfermedad para que pueda recuperarse de la operación a la cual fue sometido como consecuencia de la enfermedad que padece; por lo tanto, el emplazado al haber dado por concluida su designación sin tener en cuenta que por motivos de su estado de salud se encontraba suspendida la relación existente entre las partes, ha vulnerado sus derechos a la dignidad y al trabajo, pues no ha tenido en consideración que por padecer de una enfermedad, el demandante se encontraba incapacitado temporalmente para prestar sus servicios a la entidad emplazada (Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 47).

Como se evidencia, el máximo intérprete de la Constitución, consagra como derecho laboral a la dignidad laboral, la misma que no solo puede ser desarrollada desde un sector del derecho laboral, como es la licencia por maternidad, etc.; sino que puede ser vista desde la indemnización en el despido arbitrario, pues;

La dignidad de la persona, constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto el principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana,

conforme lo establece en el Exp. N° 1244-2006-PA/TC (Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 47).

De ese modo, la dignidad laboral, resulta ser un derecho inherente al hombre, el mismo que es útil y necesario, y que se verá lesionado ante una insuficiente indemnización por despido arbitrario, puesto que, la propia naturaleza del hombre, de cualquier edad y/o condición, solo encuentra perfección en el trabajo, que constituye un fin en sí mismo, y que además fortalece la dignidad humana y de esta manera alcanzar la vida plena. En tal sentido, respecto a la dignidad humana existe un amplio fundamento ya sea en su contenido filosófico como jurisprudencial para que sea considerado como un elemento con capacidad suficiente para modificar lo dispuesto en el artículo 38° de la ley de productividad y competitividad laboral, en lo que respecta al monto límite fijado por concepto de indemnización.

### **3.2 Lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral**

El segundo fundamento por el cual se debe modificar el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, definida como “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; y que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas” (González Pérez J., 2001, p. 33). Otra idea que se propone sobre la tutela, es;

Aquel derecho subjetivo que tiene todo sujeto de derecho a que se le haga justicia, como el derecho que tienen los justiciables para acudir al órgano jurisdiccional a fin de que éste le asegure un resultado justo o acorde a derecho como solución ante el planteamiento un conflicto de intereses con trascendencia jurídica (Obando Blanco, 2000, p. 65).



Así, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho madre y genérico que involucra a todo el ordenamiento jurídico; para la presente investigación nos interesa conocer y analizar a la tutela jurisdiccional laboral, para ello resulta necesario conocer el significado de tutela; el mismo que refiere a:

La protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfecho y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo a través del proceso (Priori, 2003, p. 279).

Entonces, como se ha establecido, la tutela judicial efectiva es la manifestación constitucional que obliga a todas las instituciones a cautelar el acceso a todos los ciudadanos a una prestación jurisdiccional de todos los órganos del Estado, esta tutela se verá reflejada en el debido proceso, institución jurídica con relevancia constitucional que obliga a que todo proceso revista por los menos los elementos necesarios y garantías mínimas para garantizar la eficacia del derecho. De allí que, al ser la tutela jurisdiccional efectiva, un derecho fundamental, este no solo se agota con el acceso a la justicia (derecho de acción), sino que su contenido refleja una amplia gama de derechos, por lo que a nivel doctrinario se tiene que:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene como contenidos específicos: 1) El libre acceso a la jurisdicción; 2) Las posibilidades de alegación y defensa; 3) La obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonable, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes; 4) el acceso a los recursos legalmente establecidos; y, 5) La ejecución de la resolución judicial firme (Rubio Llorente, 1995, p. 7).

Para el ordenamiento peruano, la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra conformada por;

El derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales o acceso a la justicia, el derecho a un proceso con las garantías mínimas, el derecho a una resolución fundada en derecho y, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el Juez Natural que comprende la independencia e imparcialidad, la unidad Judicial, la predeterminación legal del órgano judicial, el acceso a la Jurisdicción, el libre acceso a los órganos propiamente judiciales, la prohibición de exclusión de conocimiento de las pretensiones, el reconocimiento de un recurso judicial efectivo que concrete el derecho de acción, el derecho a la Instancia Plural, el principio de igualdad procesal, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el deber judicial de producción de pruebas (Landa, 2002, p. 453).

Habiendo delimitado la definición de la tutela jurisdiccional efectiva y su contenido, a nivel doctrinario, este término ha sido regulado positivamente en nuestro ordenamiento como un derecho constitucional, pero su campo de aplicación se da en el derecho procesal, así la doctrina la ha denominado como tutela procesa efectiva, el mismo que esta;

Comprendido por los derechos de acceso a la justicia y debido proceso, constituye un derecho fundamental fundado en el valor justicia propiamente dicho, en razón a que permite garantizar tanto la protección de la dignidad humana como el libre desarrollo del individuo. De este modo, sin la existencia de dicho derecho fundamental el resto de derechos fundamentales

constituirían meras enunciaciones normativas sin eficacia práctica (Medina, 2008, p. 230).

Manifestaciones de este derecho, lo encontramos en todo el ordenamiento jurídico, como es el caso de su regulación contenida en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, que señala que toda persona tiene acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos, siempre con sujeción al debido proceso, y tal como sabemos de la práctica diaria del litigio, siempre se recurre al ordenamiento procesal civil, ante vacío o deficiencias de las demás normas procedimentales.

En los párrafos anteriores, se ha explicado la tutela jurisdiccional efectiva, sus diversas concepciones y contenidos, ahora interesa analizar cuál es la relación que existe entre esta institución con la tutela laboral, ello a raíz de que;

El concepto de tutela judicial efectiva tiene más significado en lo referido a las normas procesales laborales, en la medida que todo el Derecho del Trabajo no puede comprenderse extramuros de lo que supone el propio Estado Social, desentendiéndose del fin protector que trasunta todo el Derecho Laboral (Román de la Torre, 2006, pág. 51).

Toda norma requiere la misma protección jurisdiccional y el derecho laboral no es la excepción, pues la misma naturaleza jurídica del proceso laboral ha sido vista como un modelo de oralidad, celeridad, inmediatez, actuación y protección del derecho laboral, dirigido al trabajador como sujeto vulnerable de la relación laboral sustantiva y procesal, como consecuencia de ello, es que se han dictado diferentes

modificadorias al primigenio proceso laboral, para convertirlo en un proceso laboral oralizado, más aun si;

El Derecho del Trabajo, es entendido, como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección de las desigualdades fundamentales, ayudan a esta finalidad tuitiva no sólo las normas sustantivas sino también las procesales, pues superando aquellas tendencias que creían que el derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste (Rodríguez Piñero, 1972, p. 21).

Es decir, con la mejora y refuerzo de las normas y principio que orientan al proceso laboral, se busca la igualdad en la defensa procesal, ya que:

La formación misma del derecho del trabajo exige la creación de órganos y reglas propios para la resolución de los conflictos, órganos y reglas procedimentales que tienen el mismo fin que las reglas materiales sobre la prestación de trabajo, que no es otro que proteger al trabajador como individuo y componente de grupos de situación de desigualdad y de los peligros de explotación que conduce la base misma del sistema (Marquez Molina, 2010, p. 52).

Ello refleja la esencia del derecho laboral, pues los valores constitucionales que buscan ser protegidos, solo serán realizados, en la medida que la tutela jurisdiccional

efectiva, se encuentra plenamente garantizada en esta área. Así, la tutela laboral satisfactoria del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la estabilidad laboral, dentro del proceso laboral se evidencia en los casos donde la ley otorga una medida cautelar de reposición, como es el caso del despido nulo, de conformidad con lo señalado en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Para el caso de investigación, en el despido arbitrario no existe reposición, más la ley regula un efecto resarcitorio del derecho, de allí que surge la siguiente interrogante, en qué medida será tutelable el monto indemnizatorio que se fije, para ello se tiene que;

Las leyes procesales laborales no establecen técnicas procesales neutras, sino que las mismas obedecen a un planteamiento concreto que trata de asegurar la efectividad del propio derecho del trabajo, y, por tanto, de los valores y principios que en tal ordenamiento subyacen, a través de una regulación especial y distinta de la civil, que persigue garantizar una justicia eficaz y rápida (Marquez Molina, 2010, p. 57).

Seguidamente, esas manifestaciones procesales concretas que protejan la estabilidad laboral y el derecho a una indemnización justa y razonables son los principios de actuación y valoración de los medios probatorios, en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil, siempre que sean analizados desde una perspectiva garantista e intervencionista que avalen en derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un proceso de indemnización por despido arbitrario, entre otras manifestaciones que sustentan la tutela laboral, tenemos:

Las intervenciones que inician el proceso, admitiendo la demanda, hasta las que, en trámite de ejecución de lo resuelto, dan efectividad a la tutela dispensada, así como respecto a los grandes principios en que se inspira su

desarrollo y que deben servir, por mandato legal de guía interpretativa de la norma procesal. Todo ello adquiere así, su verdadera significación tuitiva (Aparicio Tovar, 1998, p. 55).

Por ende, el otorgamiento de una indemnización de acuerdo al límite fijado por la ley vulnera la tutela laboral, en la medida que vulnera el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, en el extremo de obtener una resolución sobre la pretensión procesal de indemnización que no solo sea motivada en hechos y derechos, sino que además debe ser razonable y congruente con la magnitud del daño, para tal efecto el Juez deberá valorar los medios probatorios y ejercer su discrecionalidad en cuanto a fijar un monto de reparación civil digno, y que además dicha resolución deberá estar basada en el sistema de fuentes propio del derecho.

### **3.3 Transgrede la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral**

El tercer y último fundamento jurídico que se debe valorar para modificar el artículo 38° de la ley de productividad y competitividad laboral, es la buena fe contractual y el principio de continuidad y estabilidad laboral, ambos como principios orientadores del derecho laboral tiene la obligación de ser merituados en cualquier proceso laboral, independientemente de la pretensión que sea accionada.

Así, nos centraremos en la *fe contractual*, este principio es una manifestación del principio de buena fe, el mismo que;

Constituye un principio general de derecho; es decir, es más que un mero criterio orientador en la interpretación y aplicación de las normas. Se trata de la norma jurídica en esencia, un caso de imposición obligatoria en la observancia de cualquier relación jurídica (Lemes Silva, 2016, p. 192).

A pesar de ser un principio general del derecho, cuando sea analizado tiene que ser visto de la óptica de cada derecho en particular, para el caso que nos ocupa, este deberá ser analizado desde las normas laborales. Otra definición de la buena fe, es;

La disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución, y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena, excluyente de engaño y de toda finalidad de alterarse el equilibrio de la relación contractual (Viña, 1989, p. 22).

De ello, mediante este principio de la buena fe que orienta a todo el sistema jurídico se busca lograr una convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, la misma que se concretiza o se espera que sea realizada mediante una correcta actuación de otros, en el derecho laboral, este principio tiene su despliegue en la relación laboral y que, a diferencia del derecho, donde este se ejecuta de manera instantánea, como el caso de la compra venta; en el derecho laboral, este principio se mantiene desde el momento en que se suscribe el contrato de trabajo, y tiene la calidad de tracto sucesivo dado que perdura a lo largo de todo el vínculo laboral, dicha situación;

Propician un verdadero avance del contrato de trabajo en el campo de la propia existencia del trabajador y van más allá de la mera entrega de las prestaciones obligacionales, potenciando el deber de la buena fe en el ámbito de estas relaciones especiales, de modo que se justifica, por sí solo, la importancia del principio de buena fe en el ámbito laboral (Lemes Silva, 2016, p. 193).

Es decir, la buena fe dota del contenido y de la fuerza valorativa en las relaciones de derecho material, para el caso en concreto nos referimos a las relaciones de derecho

laboral, de allí que nuestro ordenamiento jurídico no define en que consiste la buena fe en el derecho civil, laboral, societario, etc.; sino que su contenido se encuentra delimitado por cuestiones de ética, lealtad, rectitud en su comportamiento, su línea de pensamiento y de manera específica en el derecho laboral, por lo que de acorde con la doctrina italiana se tiene que;

La buena fe en la ejecución del contrato de trabajo consiste en que cada contratante debe salvaguardar el interés del otro, incluso más allá de la disciplina legal y negocial, siempre que tal salvaguarda no implique un sacrificio apreciable del propio interés (Montoya Melgar, 2001, p. 39).

En la doctrina italiana, se advierte la existencia de dos clases de buena fe, en sentido objetivo, se refiere a aquella conducta de las partes que se encuentran implicadas dentro del vínculo de obligaciones laborales; en tanto que la buena fe subjetiva se caracteriza porque está dentro de la esfera y creencias de cada individuo a nivel personal.

Para delimitar, como el artículo 38° de la ley de productividad y competitividad laboral lesiona la buena fe, es necesario conocer como se ha concretizado históricamente este principio, para ello;

El origen de la buena fe procede de la noción de fiducial; por ello se habla de principio de confianza, dado que las relaciones sociales tienen como punto de partida la confianza que las personas depositan unas en las otras y en el propio Estado (Rossal de Araújo, 1996, p. 23).

En el derecho romano, este principio de buena fe (de confianza), estaba basado en relaciones internas y externas, de allí que no había distinción entre la obligación y la persona, por ende, en caso de incumplimiento de la prestación, se daban los casos de esclavitud e inclusive la muerte del obligado, es así que surgen determinados



conceptos como la bona fide, vinculados a un conjunto de valores éticos griegos, los mismos que:

Atribuían al pretor la posibilidad de juzgar un poco más desvinculado de los formalismos que impedían la aplicación de justicia en el caso concreto, con amparo en la buena fe y fidelidad inherente a los contratos, aun cuando no se hubiera previsto expresamente una fórmula específica en el derecho material (Menezes Cordeiro, 1984, p. 60).

La situación descrita, permita ser válidamente aplicable al derecho laboral, en la medida de que más allá de la aplicación de las reglas positivizadas, se busca que el resultado sea más justo, aun cuando no estuviese expresamente previsto en la norma, esta afirmación debe ser tomada en cuenta por los jueces laborales al momento de fijar el monto de la indemnización, toda vez que deben velar porque se aplique la justicia a cada caso en concreto, es decir, si a vuestro criterio el monto debe ser superior a lo que dispone la norma, deben ser guiados por el precepto de justicia y conceder conforme corresponde, realizando una interpretación más allá de la norma. Este mismo criterio fue surgiendo en el derecho germánico, quien a pesar de tener una visión de la buena fe desde el aspecto individualista se adopta posteriormente esos criterios de justicia que deben orientar la aplicación de cada caso en concreto, esta situación es posteriormente adoptada por el Código Napoleónico que:

Establece exigencias a la buena fe en su aspecto subjetivo y objetivo, aunque sin mucho reflejo práctico en su sesgo objetivo hasta finales del siglo XIX. Toma especialmente en consideración la tendencia de vinculación a lo dispuesto en la ley, de modo que limitaba la actuación jurisdiccional, ya que sólo al Poder Legislativo le correspondía la actividad

creadora, desarrollándose más la noción de buena fe (Menezes Cordeiro, 1984, p. 27).

Así, consideramos que el legislativo debe extender la definición de la buena fe laboral guiados por los criterios de justicia, de tal manera que se permita ampliar el resarcimiento del daño causado producto del despido arbitrario, debiendo por ende adoptar legislativamente a la buena fe objetiva, que se caracteriza como:

Fuente autónoma generadora de obligación, que exige de las partes implicadas en la relación de derecho material una conducta cercana a la ética, a la probidad y a la confianza; es decir, no es suficiente que la parte actúe siguiendo la regla escrita y/o pactada, sino que es necesario que lo haga según imperativos morales y éticos que van más allá de la propia regla, convirtiéndose, así, en un parámetro normativo de interpretación de las conductas a la luz de aquellos preceptos (Lemes Silva, 2016, p. 199).

Resulta claro, que lo que debe guiar al juez al momento de fijar el monto de indemnización es la vulneración al principio de buena fe, como bien se indica se debe valorar los imperativos morales y éticos, que van más allá de la regla dispuesto en el artículo 83° de la ley de productividad y competitividad laboral, convirtiéndose de esa manera en un nuevo parámetro normativo de interpretación. La buena fe en los trabajadores se refleja en la obligación básica de todo trabajador de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, ello de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, por lo que si el trabajador es diligente, responsable y eficaz en todas y cada una de sus labores encomendadas y de manera intempestiva el empleador decide romper el vínculo laboral, ocasionando un daño irreparable, esta conducta no estaría lesionando el principio de buena fe contractual; de allí que la buena fe nos debe permitir identificar y desarrollar instituciones típicas

del régimen laboral, las mismas que son la ejecución del trabajo representando por el trabajador y el poder directriz del empleador, de modo que se revela importancia de aplicar y desarrollar sustancialmente este principio en la motivación de las sentencias sobre indemnización por despido arbitrario.

Por lo que lo expuesto con anterioridad se sustenta desde la siguiente concepción que se tiene sobre el principio de la buena fe, la cual:

Se ordena a lograr lo materialmente justo en las relaciones jurídicas y a superar lo meramente formal, corrigiendo los excesos del individualismo jurídico, para procurar dar a cada cual lo suyo, prohibiendo el daño a tercero, esto es, abriéndose a un entendimiento social y no puramente egoísta de los derechos. Obliga por igual a ambas partes. No se trata de un límite, sino de un principio hermenéutico para delimitar los deberes y derechos de las partes en situaciones de conflicto (Melgar, 2001, p. 12).

Inclusive el propio Tribunal Constitucional Peruano, en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, respecto de un proceso laboral seguido contra la empresa Telefónica del Perú, establece que la lesión al principio de buena fe, se convierte en arbitrariedad, definición que encuadra exactamente con el despido arbitrario y análisis del tema que se trata en la presente tesis:

La obligatoriedad que entraña el deber de buena fe no deviene del mero acuerdo de voluntades, porque ese pacto ha de responder a un criterio de razonabilidad y a un orden de valores amparado por el Ordenamiento vigente. Lo contrario sería simple arbitrariedad, que, junto con la violencia, son la antítesis del Derecho (STC – Exp. N° 976-2001/TC, p. 15).

Finalmente, sobre este principio queda válidamente delimitado que el despido arbitrario vulnera no solo el principio de buena fe, sino también el elemental sentido

de la justicia, dado que en este tipo de despido el empleador lo realiza con un ánimo perverso con engaño y de manera contraria a la verdad y las normas laborales, dicha situación evidencia un abuso del derecho, de allí que mayor aún la indemnización debe resarcir el daño como realmente se debe valorar con las normas que regulan la responsabilidad civil, y no con el sistema tasado que establece el artículo 38°.

Como señalamos al inicio de este ítem, el otro fundamento que se ve lesionado con la indemnización por despido arbitrario es el *principio de continuidad y/o estabilidad laboral*, el que es definido como:

La permanencia en el empleo, que el contrato de trabajo que una persona tiene con su empleador, se mantenga en el tiempo, que no termine de un momento a otro sin motivo. Toda persona, desea tener un trabajo estable, y no estar preocupado que al día siguiente deje de trabajar, es decir la estabilidad se dará siempre y cuando haya un contrato de trabajo. Sea este un contrato de trabajo a plazo indeterminado o plazo fijo, en el primer caso la persona tendrá que cotidianamente, sin fecha de término del contrato, salvo las causales legales de terminación del contrato, en el segundo caso, el trabajador permanecerá dentro del plazo fijado en el contrato, la misma que debe ser respetada por el empleador, salvo que exista causal legal para la finalización de esta (Paredes Infanzón, 2005, p. 77).

De por sí, la suscripción de un contrato de trabajo, implica intrínsecamente que se garantice la continuidad laboral, este principio emana el de la estabilidad laboral, la misma que implica dos extremos, pues por un lado se advierte la estabilidad laboral de entrada que se obtiene al momento en que se suscribe el contrato y se supera el periodo de prueba y de otro lado se debe garantizar la estabilidad laboral frente al despido, ya que este último solo será válido en la medida que sea por una causal

expresamente establecida en la ley, ahora bien se debe precisar que la estabilidad laboral adquiere mayor sostenimiento en los casos en que la contratación tenga la calidad de duración permanente por encima de lo temporal, en fin lo que el Estado Peruano busca, a nuestro criterio es garantizar el artículo 44° que establece que este debe velar por el respeto y garantía de los derechos fundamentales, de allí que se busca tutelar la permanencia del trabajador, lo que garantiza no solo el derecho al trabajo, sino también la sostenibilidad personal, familiar y social.

A nivel internacional, este principio también ha sido recogido en diversos instrumentos, citando a una de las instituciones más importantes del derecho laboral, se tiene a la Organización Internacional de Trabajo, el mismo que:

Contempla en el convenio de la OIT N° 158 la misma que no fue ratificada por el Perú, el Convenio 158 de la OIT, se refiere sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que data de junio del año de 1982, la misma que es complementaria a la Recomendación N° 119, de la OIT. Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1963, es decir en ambos casos solo se aborda la estabilidad de salida, la misma que está relacionada al despido, sin embargo, la estabilidad de entrada, no fue contemplada por la OIT (Alonso García, 1975, p. 444).

En el ámbito internacional se regula el despido justificado, como bien se señaló en el párrafo anterior en la recomendación N° 119, se establece que no procede el término de la relación laboral, salvo que exista una causa justificada; en nuestro país ambas Constituciones de 1979 y 1993 reconocen el derecho a la estabilidad laboral, así como se reconoce el despido justificado y se rechaza implícitamente el despido injustificado, e inclusive ambas constituciones reconocían la estabilidad laboral de entrada y de salida, así se establece que:

La Constitución de 1993, ha morigerado la expresión, indicando que ésta se ha dado en dos formas, siendo la primera que no menciona explícitamente la estabilidad y en la segunda la referida a la frase que el trabajador gozará de adecuada protección contra el despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos (Pasco Cosmópolis, 2000, p. 140).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que todo empleador debe respetar el contenido esencial del derecho del trabajo, la misma que significa, el hecho que no tener acceso a un puesto de trabajo o haber sido despedido sin causa justa, sobre el particular se ha precisado que:

El artículo 34° del D.S. 003-97-TR, cuando se refiere la norma en el segundo párrafo el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización, no basta que el legislador haya señalado que es un despido arbitrario, y una de las modalidades sea que el empleador despidiera a un trabajador sin causa, incausadamente, y el trabajador busque su reparación pidiendo una indemnización frente a la actitud del empleador, sino que se puede respetar el derecho del trabajo, porque esa norma referida al artículo 34° de la ley citada es contradictoria con el artículo 22° de la carta magna, es incompatible con la Constitución. Es por ello que dispone en su fallo la inaplicabilidad del artículo 34° segundo párrafo del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por ello ordena el TC. La reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidos, y se abstenga de seguir despidiendo (Paredes Infanzón, 2005, p. 5).

Por ende, si se protege la estabilidad laboral de salida, ello implica protección a todos los regímenes laborales, por lo que inclusive orienta al legislador a adoptar una mejora legislativa de reposición y no de indemnización cuando se trate de un despido arbitrario, por lo que sería ideal dicha modificatoria, no obstante, en la medida que ello no suceda, se debe garantizar que el monto a indemnizar sea justo y digno, acorde con el daño producido, como bien se ha expresado en los párrafos anteriores se busca proteger a la parte más débil de la relación laboral. Para brindar mayor sustento a la presente tesis, se tiene que señalar que el principio de continuidad laboral, presenta los siguientes alcances:

Preferencia por los contratos de duración indefinida; amplitud para las transformaciones del contrato; facilidades en que se haya incurrido; interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador (Arque Monzón, 2017, p. 27).

Estos elementos, que forman parte del principio de continuidad laboral, reflejan la necesidad de reflexionar sobre la tarifa indemnizatoria que nuestro sistema ha adoptado, queda finalmente establecido que existen suficientes fundamentos doctrinarios para modificar el artículo 38° de la ley de productividad y competitividad laboral.

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **4.1 Presentación de resultados**

La presente tesis, tiene por finalidad establecer los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728, a efectos de garantizar el respeto de la dignidad, buena fe y estabilidad laboral.

El problema jurídico surge a raíz de que el artículo 38° del D.S. N° 003-97-TR regula un sistema tasado o tarifario sobre la indemnización que se concede por despido arbitrario, situación que consideramos atenta con los derechos fundamentales y laborales del trabajador, pues debería aplicarse los criterios para



determinar el quantum indemnizatorio sobre las reglas de la responsabilidad civil. Por ende, consideramos la necesidad de su modificación, dado que no existe protección de la dignidad del trabajador, de la buena fe laboral, estabilidad laboral y el derecho a un resarcimiento justo y equitativo.

Por lo que, atendiendo a la naturaleza de la muestra no probabilística, y dado el desarrollo de la presente investigación, se ha creído conveniente registrar las sentencias judiciales correspondiente a indemnización por despido arbitrario del año 2018 en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; ello con el objeto de reforzar los fundamentos teóricos plasmados en la hipótesis. En ese contexto, se establecen los siguientes cuadros estadísticos a efectos de acreditar y dar mayor validez a nuestra hipótesis, teniendo presente que los datos de identidad han sido reservados por cuestiones de ética en el desarrollo de investigación; se hace hincapié que a los entrevistados se les explico el contenido y alcances de la presente tesis; los resultados son expresados de la siguiente manera:

#### **4.1.1. Sentencias expedidas por el Primer Juzgado Laboral**

##### **1. Sentencia N° 02-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	1486-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Polinario Ramos Huaripata
<b>Demandado</b>	MPC
<b>Materia</b>	Indemnización por daños y perjuicios
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante solicita el pago de indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de daño patrimonial: lucro cesante (S/. 15,565.00) y daño extra patrimonial: daño moral (S/. 5,000.00), por haber sido objeto de despido

incausado. El demandante alega haber sido despedido en mérito a la aplicación del precedente Huatuco, a pesar de contar con un mandato legal de reposición, por lo que considera que los elementos de la responsabilidad civil, han quedado plenamente configurados. Luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento, las partes consideran pertinente establecer el juzgamiento anticipado.

Por lo que, en la parte considerativa, se resalta la función del juez dentro del proceso laboral, el mismo que debe evitar la desigualdad entre las partes procesales, seguidamente precisa la carga probatoria y como se deben dar la conducta procesal de las partes, por ende, habiéndose determinado el juzgamiento anticipado, corresponde evaluar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

En el fundamento quinto, se inicia precisando el origen de reparar un daño dentro del sistema de la responsabilidad civil, estableciendo la concurrencia de cada uno de sus elementos para resarcir el daño. Precisa además que en materia laboral existe criterios discrepantes entre las Casaciones Laborales N° 2712-2009-LIMA y N° 1724-2004-LIMA, no obstante, a criterio de la juzgadora, quien aplica la teoría de la responsabilidad civil, considera que ante la existencia de todo daño causado de manera ilegítima debe ser resarcido, citando además el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, donde se ha establecido que en casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador puede demandar la reposición y acumular el pago de una indemnización, así el juez valorará los medios de prueba aportados.

En los considerandos siguientes, el juez evalúa los criterios de antijuricidad, el daño indemnizable, así como el lucro cesante (el cual se aplica desde la fecha en

que fue despedido hasta su reposición o hasta que el trabajador consiguió un nuevo trabajo), seguidamente evalúa el daño moral (bajo el criterio de sufrimiento o gran aflicción), para finalmente señalar que aplicando al caso concreto ha quedado acreditado la inconstitucionalidad del cese laboral del cual fue objeto demandante, pues se ha generado que el despido sea intempestivo y abrupto, sin respetar el procedimiento legal, ni mucho menos una causa que se le atribuya, por lo que en audiencia de juzgamiento se ha probado que el demandante era un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, tenía el derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que “correspondía que su empleadora cumpla con realizar los descuentos de ley para efectivizar los aportes al sistema nacional de pensiones o sistema privado de pensiones, teniendo en cuenta su remuneración mensual y el porcentaje establecido por ley respecto a los aportes a realizar en el sistema privado de pensiones, y el tiempo de servicios acumulados, se fija la indemnización por este concepto en la suma de 1,000.00 soles”. Evaluando los elementos de la responsabilidad civil, **RESUELVE: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA, y ORDENA que se cancele al demandante la suma de S/. 7,500.00 por lucro cesante, S/. 2,000.00 por daño moral y S/. 1,000.00 por daño punitivo.**

## 2. Sentencia N° 05-2018-L

<b>Expediente N°</b>	0681-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Fermín Cueva Calua
<b>Demandado</b>	MPC

<b>Materia</b>	Indemnización por daños y perjuicios
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante solicita el pago de indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de daño patrimonial: lucro cesante (S/. 5,866.66) y daño extra patrimonial: daño moral (S/. 10,000.00), por haber sido objeto de despido incausado. El demandante alega haber sido despedido, a pesar de contar con un mandato legal de reposición, por lo que considera que los elementos de la responsabilidad civil, han quedado plenamente configurados. Luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento, las partes consideran pertinente establecer el juzgamiento anticipado.

Por lo que, en la parte considerativa, se resalta la función del juez dentro del proceso laboral, el mismo que debe evitar la desigualdad entre las partes procesales, seguidamente precisa la carga probatoria y como se deben dar la conducta procesal de las partes, por ende, habiéndose determinado el juzgamiento anticipado, corresponde evaluar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

En el fundamento quinto, se inicia precisando el origen de reparar un daño dentro del sistema de la responsabilidad civil, estableciendo la concurrencia de cada uno de sus elementos para resarcir el daño. Precisa además que en materia laboral existe criterios discrepantes entre las Casaciones Laborales N° 2712-2009-LIMA y N° 1724-2004-LIMA, no obstante, a criterio de la juzgadora, quien aplica la teoría de la responsabilidad civil, considera que ante la existencia de todo daño causado de manera ilegítima debe ser resarcido, citando además el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, donde se ha

establecido que en casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador puede demandar la reposición y acumular el pago de una indemnización, así el juez valorará los medios de prueba aportados.

En los considerandos, siguientes el juez evalúa los criterios de antijuricidad, el daño indemnizable, así como el lucro cesante (el cual se aplica desde la fecha en que fue despedido hasta su reposición o hasta que el trabajador consiguió un nuevo trabajo), seguidamente evalúa el daño moral (bajo el criterio de sufrimiento o gran aflicción), para finalmente señalar que aplicando al caso concreto ha quedado acreditado la inconstitucionalidad del cese laboral del cual fue objeto demandante, pues se ha generado que el despido sea intempestivo y abrupto, sin respetar el procedimiento legal, ni mucho menos una causa que se le atribuya, por lo que en audiencia de juzgamiento se ha probado que el demandante era un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, tenía el derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que “correspondía que su empleadora cumpla con realizar los descuentos de ley para efectivizar los aportes al sistema nacional de pensiones o sistema privado de pensiones, teniendo en cuenta su remuneración mensual y el porcentaje establecido por ley respecto a los aportes a realizar en el sistema privado de pensiones, y el tiempo de servicios acumulados, se fija la indemnización por este concepto en la suma de 750.00 soles”. Evaluando los elementos de la responsabilidad civil, **RESUELVE: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA, y ORDENA que se cancele al demandante la suma de S/. 4,000.00 por lucro cesante, S/. 1,200.00 por daño moral y S/. 750.00 por daño punitivo.**

### 3. Sentencia N° 14-2018-L

<b>Expediente N°</b>	1660-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Marco Jared Hernández Becerra
<b>Demandado</b>	Pro región
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda incoando como pretensión las siguientes: Desnaturalización de los contratos de locación de servicios, indemnización por despido arbitrario, pago de beneficios sociales, pago de intereses legales. Centraremos nuestros resultados en cuando a la indemnización por despido arbitrario, los mismos que se encuentran contenidos en el considerando sexto, que establece literalmente el contenido del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, en ese sentido señala que el demandante ingreso a laboral a la demandada desde el 06 de septiembre del 2011 hasta el 13 de junio del 2017, acumulando un récord laboral de 5 años, 9 meses y 7 días, y siendo el caso que su última remuneración fue de S/. 3,7000.00 soles, y habiendo presentado la demanda dentro del plazo legal de 30 días hábiles, se concluye que la **entidad demandada debe abonar la suma de S/. 32,020.42 soles por despido arbitrario**. No desarrolla el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

### 4. Sentencia N° 18-2018-L

<b>Expediente N°</b>	2216-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Herbyn Huamán Mass

<b>Demandado</b>	MPC
<b>Materia</b>	Indemnización por daños y perjuicios
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

E

El accionante solicita el pago de beneficios sociales e indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de daño patrimonial: lucro cesante (S/. 48,060.00) y daño extra patrimonial: daño moral (S/. 10,000.00), por haber sido objeto de despido incausado. El demandante alega haber sido despedido de manera arbitraria, a pesar de contar con un mandato legal de reposición, por lo que considera que los elementos de la responsabilidad civil, han quedado plenamente configurados, puesto que al haberle despedido le ha ocasionado daños irreparables, dado que, al no percibir ingresos durante su despido, puso en riesgo su persona, al cubrir sus necesidades básicas. Luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento, las partes consideran pertinente establecer el juzgamiento anticipado.

Por lo que, en la parte considerativa, se resalta la función del juez dentro del proceso laboral, el mismo que debe evitar la desigualdad entre las partes procesales, seguidamente precisa la carga probatoria y como se deben dar la conducta procesal de las partes, por ende, habiéndose determinado el juzgamiento anticipado, corresponde evaluar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

En el fundamento cuarto, inicia precisando el origen de reparar un daño dentro del sistema de la responsabilidad civil, estableciendo la concurrencia de cada uno de sus elementos para resarcir el daño. Precisa además que en materia laboral existe criterios discrepantes entre las Casaciones Laborales N° 2712-

2009-LIMA y N° 1724-2004-LIMA, no obstante, a criterio de la juzgadora, quien aplica la teoría de la responsabilidad civil, considera que ante la existencia de todo daño causado de manera ilegítima debe ser resarcido, citando además el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, donde se ha establecido que en casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador puede demandar la reposición y acumular el pago de una indemnización, así el juez valorará los medios de prueba aportados.

En los considerandos, siguientes el juez evalúa los criterios de antijuricidad, el daño indemnizable, así como el lucro cesante (el cual se aplica desde la fecha en que fue despedido hasta su reposición o hasta que el trabajador consiguió un nuevo trabajo), seguidamente evalúa el daño moral (bajo el criterio de sufrimiento o gran aflicción, que en el caso concreto precisa que el demandante preciso que no tiene carga familiar y que el tiempo que estuvo despedido se eliminó su licencia de conducir, no presenta otro medio de prueba que acredite el daño moral), para finalmente señalar que aplicando al caso concreto ha quedado acreditado la inconstitucionalidad del cese laboral del cual fue objeto demandante, pues se ha generado que el despido sea intempestivo y abrupto, sin respetar el procedimiento legal, ni mucho menos una causa que se le atribuya, por lo que en audiencia de juzgamiento se ha probado que el demandante era un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, tenía el derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que “correspondía que su empleadora cumpla con realizar los descuentos de ley para efectivizar los aportes al sistema nacional de pensiones o sistema privado de pensiones, teniendo en cuenta su remuneración mensual y el porcentaje establecido por ley respecto a los aportes a realizar en el sistema privado de pensiones, y el tiempo



de servicios acumulados, se fija la indemnización por este concepto en la suma de 1,000.00 soles”. Evaluando los elementos de la responsabilidad civil, **RESUELVE: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA, y ORDENA que se cancele al demandante la suma de S/. 8,000.00 por lucro cesante y S/. 1,000.00 por daño punitivo**, declara infundada la pretensión de indemnización por daño moral.

#### 5. Sentencia N° 28-2018-L

<b>Expediente N°</b>	1887-2016-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Arturo Baltazar Sernaque Díaz
<b>Demandado</b>	Securitas S.A.C.
<b>Materia</b>	Pago de beneficios sociales y otros
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda incoando como pretensión los siguientes requerimientos: Reconocimiento del vínculo laboral a plazo indeterminado dentro del régimen laboral de la actividad privada, desnaturalización de la jornada atípica, pago de una indemnización por despido arbitrario en el monto de S/. 11,826.34 soles y pago de beneficios sociales. Centraremos nuestros resultados basándonos en la indemnización por despido arbitrario, los mismos que se encuentran contenidos en el considerando décimo, que establece literalmente el contenido del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, en ese sentido señala que al haberse acreditado la arbitrariedad del cese laboral, corresponde reconocer a favor del demandado la indemnización solicitada, teniendo en

cuenta que ingresó a laborar desde el 18 de octubre del 2011 hasta el 30 de noviembre del 2016, el demandante ha acumulado un record laboral de 4 años, 11 meses y 18 días y su última remuneración fue de S/. 1,592.77 soles, por lo tanto, **la demandada le debe abonar al demandante la suma de S/. 12,702.33 soles por despido arbitrario.** No desarrolla el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

#### 6. Sentencia N° 47-2018-L

<b>Expediente N°</b>	2712-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Ismael Chilón Abanto
<b>Demandado</b>	Residuos Sólidos El Hermano EIRL
<b>Materia</b>	Indemnización por despido arbitrario
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante pretende el pago por indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 4, 480.00, para tal efecto señala que ingreso a laborar para la entidad demandada como gerente de ventas el 05 de marzo del 2015, desde el inicio de su prestación tuvo contrato a plazo indeterminado, no obstante, el 28 de agosto del 2017, el empleador sin causa de justificación relacionada con su conducta o capacidad, sufrió un despido arbitrario, habiendo inclusive acudido a SUNAFIL quienes luego de una inspección determinaron que se trataba de un despido arbitrario.

Que, luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, se dispuso el juzgamiento anticipado, donde se determina a partir

del fundamento quinto, donde se determina que se acciona indemnización sin considerar para ello una previa declaración de desnaturalización de su relación laboral, por lo que, considera que en el plano fáctico y la desnaturalización de la relación laboral, viene a ser el sustento de la pretensión de indemnización por despido arbitrario, no obstante ello, existe un petitorio implícito, así en el considerando décimo, señala cuando nos encontramos ante un despido arbitrario, además de los derechos de los trabajadores, como lo es, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, de allí que se advierte que el 31 de agosto del 2017, el empleador da por concluido su vínculo de manera arbitrario, sin que exista una carta de imputación de cargos, por lo que al ser la empleadora una EIRL corresponde aplicar el artículo 47° del TUO de la Ley de Promoción de Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, estableciendo que el importe de indemnización equivale a 10 remuneraciones diarias con una máximo de 90 remuneraciones diarias , de allí que aplicando al caso concreto se determinó que al **demandante le corresponde S/. 2,382.21 por concepto de indemnización por despido arbitrario.** No desarrolla el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

<b>Expediente N°</b>	2712-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Ysidro de la Cruz Neira
<b>Demandado</b>	Municipalidad Distrital de San Juan

<b>Materia</b>	Reconocimiento de la relación laboral y otro
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

**n**

**sentencia N° 55-2018-L**

El accionante interpone demanda incoando como pretensión lo siguiente: Reconocimiento del vínculo laboral a plazo indeterminado dentro del régimen laboral de la actividad privada, pago de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario. Centraremos nuestros resultados en cuando a la indemnización por despido arbitrario, los mismos que se encuentran contenidos en el considerando noveno, bajo la denominación de indemnización tasada, donde describe literalmente el contenido del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, y señala que habiéndose determinado que el demandante era un trabajador a plazo indeterminado, sujeto al régimen laboral de la actividad privada, tiene protección contra el despido arbitrario, por lo que, al no haberse acreditado una causa justa con arreglo al procedimiento establecido, se configura un típico caso de despido arbitrario, por lo que, teniendo presente el tiempo de servicios prestados, del 23 de diciembre del 2014 al 15 de enero del 2017, **el demandante ha acumulado 2 años y 22 días, por lo que le corresponde la suma de S/. 2,631.46 por indemnización por despido arbitrario.** No desarrolla el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

**8. Sentencia N° 65-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	0459-2014-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	César Augusto Saavedra Aguirre
<b>Demandado</b>	Ángeles Minería y Construcción
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda incoando como pretensión lo siguiente: Desnaturalización de su contrato de trabajo, pago de vacaciones, reintegro de remuneraciones básica, pago de indemnización por despido arbitrario, entre otros conceptos. Centramos nuestros resultados en cuando a la indemnización por despido arbitrario, los mismos que se encuentran contenidos en el considerando noveno, donde señala que el plazo para accionar despido arbitrario caduca a los 30 días de producido el hecho, no obstante señala que el hecho ha ocurrido el 31 de diciembre del 2013, en tanto que su escrito de demanda fue interpuesta el 13 de mayo del 2011, habiendo transcurrido en exceso el plazo concedido por ley, por lo que, la pretensión no puede ser amparada.

## **9. Sentencia N° 91-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	01447-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Vera Correa Julio César
<b>Demandado</b>	BBVA Banco Continental
<b>Materia</b>	Indemnización por despido arbitrario
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante solicita la indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 31, 352.05, por daño moral S/. 40,000.00; sustentando para tal efecto que, con la demandada se inició una relación laboral el 15 de marzo del 2010, habiendo ocupado diversos cargos, y no fue sino hasta el 24 de abril del 2017, en que se realizó el despido fraudulento, por lo que la demandada en aparente cumplimiento de un despido por causa justa, alegando haber cometido falta grave, de allí que el cese de actividades se configura como un despido arbitrario por no haber garantizado el derecho de defensa, de allí que habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, sus principales fundamentos jurídicos sobre la indemnización por despido arbitrario se encuentran contenidos en el fundamento quinto, donde transcribe literalmente el contenido del artículo 38° de allí que respecto a la causa justa de despido imputada al demandante, se ha llegado a demostrar la buena fe laboral, la cumple un papel especial en el ámbito laboral, ya que refiere específicamente a la forma en que cada trabajador debe cumplir con sus obligaciones de acuerdo a lo pactado, no obstante en la audiencia se ha llegado a demostrar, que ha existido causa justa para que proceda el despido, de allí que declara infundada la demanda.

#### **10. Sentencia N° 92-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	01142-2015-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Jorge Napoleón Chávez Sarmiento
<b>Demandado</b>	EPS Sedacaj S.A.
<b>Materia</b>	Indemnización por daños y perjuicios
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante solicita el pago de indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de daño patrimonial: lucro cesante (S/. 93,204.02), daño emergente (S/. 100,000.00) y daño extra patrimonial: daño moral (S/. 100,000.00), por haber sido objeto de despido arbitrario. El demandante alega haber sido despedido de manera arbitraria, por lo que tuvo que iniciar un proceso de amparo, en el que se ordenó su reposición, de allí que el proceder de la demandada le ha ocasionado daños irreparables, así considera que los elementos de la responsabilidad civil, han quedado plenamente configurados, puesto que al haberle despedido le ha ocasionado daños irreparables, dado que, al no percibir ingresos durante su despido, puso en riesgo su persona, al cubrir sus necesidades básicas. Luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento.

Por lo que, en la parte considerativa, se resalta la función del juez dentro del proceso laboral, el mismo que debe evitar la desigualdad entre las partes procesales, seguidamente precisa la carga probatoria y como se deben dar la conducta procesal de las partes, por ende, corresponde evaluar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

En el fundamento cuarto, inicia precisando el origen de reparar un daño dentro del sistema de la responsabilidad civil, estableciendo la concurrencia de cada uno de sus elementos para resarcir el daño. Precisa además que en materia laboral existe criterios discrepantes entre las Casaciones Laborales N° 2712-2009-LIMA y N° 1724-2004-LIMA, no obstante, a criterio de la juzgadora, quien aplica la teoría de la responsabilidad civil, considera que ante la existencia de todo daño causado de manera ilegítima debe ser resarcido.

En los considerandos siguientes el juez evalúa los criterios de antijuricidad, el cual ha quedado demostrado en el proceso de amparo N° 2008-821 donde se estableció la ilegalidad del cese laboral, en relación al daño indemnizable, así como el lucro cesante (el cual se aplica cuando la víctima deja de percibir por efecto del daño de un determinado bien, es decir, este bien no logró ingresar a su patrimonio); por lo que, en el caso se ha acreditado que desde la fecha de despido hasta la fecha de reposición han transcurrido 2 años, 6 meses y 9 días, percibiendo además como remuneración básica la suma de S/. 1,988.00, en dicho lapso de tiempo el demandante laboro en trabajos esporádicos donde percibía la suma de S/. 900.00 soles, por lo que se fija prudencialmente el lucro cesante en la suma de S/. 10,000.00.

En cuanto, al daño emergente, se tiene que el demandante no ha acreditado fehacientemente la pérdida patrimonial, pues ha presentado documentos privados, que no revisten de una certificación notarial, por lo que, no es posible formar convicción respecto a este extremo. Respecto al daño moral, se señala que ha quedado acreditado que el despido se ha producido de manera intempestiva y abrupta, aunado a ello el demandante ha precisado en audiencia que dicho despido le produjo aflicción y desasosiego al no tener una fuente de



ingresos, por lo que con criterio de equidad fija la suma de S/. 10,000.00. Evaluando los elementos de la responsabilidad civil, **RESUELVE: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA, y ORDENA que se cancele al demandante la suma de S/. 10,000.00 por lucro cesante, S/. 10,000.00 por daño moral,** declara infundada la pretensión de indemnización por daño emergente.

#### 11. Sentencia N° 109-2018-L

<b>Expediente N°</b>	02337-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Hilario Cortéz Estacio
<b>Demandado</b>	Municipalidad Distrital de Baños del Inca
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda incoando como pretensión lo siguiente: Pago de incrementos de la remuneración en razón de los pactos colectivos, reintegro de las remuneraciones, pago por bonificación de escolaridad, pago de aguinaldos, pago de canasta familia, pago de asignación familiar, pago de indemnización por daños y perjuicios por haber sido objeto de despido. Centraremos nuestros resultados en cuando a la indemnización por despido arbitrario, los mismos que se encuentran contenidos en el considerando décimo quinto, donde desarrolla los contenidos de la responsabilidad civil, así como la discrepancia entre sentencias casatorias, para posteriormente proceder analizar los elementos de la antijuricidad, el daño indemnizable, en cuanto al lucro

cesante y daño moral se refiere, por lo que refiere que los daños en los elementos antes mencionados han quedado acreditados, y en cuanto a la aplicación del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, donde se establece la protección frente al despido arbitrario se ha determinado que de acuerdo al tiempo de servicios acumulado por el demandante, se fija la indemnización por este concepto la suma de S/. 1,000.00 soles. Finalmente, **ordena que la entidad edil cumpla con pagar a favor del demandante el monto de S/. 2,000.00 por lucro cesante, S/. 3,000.00 por daño moral y S/. 1,000.00 por daños punitivos.**

#### 12. Sentencia N° 115-2018-L

<b>Expediente N°</b>	01685-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Ronny Jhonatan Ramírez Valdez
<b>Demandado</b>	Empresa Tratamiento de Agua Manantial Perú S.A.C.
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando que se declare la desnaturalización de los contratos laborales, facción de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pago de remuneraciones, pago de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 2,127.12. Sustenta para tal efecto, que desde el 07 de noviembre del 2016 ingresó a laborar en la empresa suscribiendo diversos contratos a plazo determinado los mismos que se desnaturalizaron posteriormente, y habiendo adquirido la calidad de contrato a plazo indeterminado, mis labores se vieron interrumpidas el 31 de mayo del

2017, pues se indicó el motivo del cese laboral, además de incumplir con el pago de beneficios sociales.

Por lo que, luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, donde se ha demostrado que el tiempo que laboró el accionante, presentando para tal efecto un contrato modal por necesidad de mercado y en mérito al principio de primacía de la realidad se ha establecido que desde el inició de la prestación se encontraban bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado. En cuanto a la indemnización se establece en el considerado sétimo que el trabajador tiene derecho a no ser despedido sino por una causa justa, en el presente caso se refiere que el demandante fue despedido el 31 de mayo del 2017, cuando cerraba los container de un proyecto ubicado en el Distrito de Baños del Inca, sin indicar el motivo de su cese laboral, por lo que señala en dicho fundamento, al **no existir dudas respecto al despido arbitrario del empleador y conforme a la liquidación contenida en el artículo 38° corresponde reconocer a favor del demandante el monto de S/. 2,324.75 soles.**

### **13. Sentencia N° 141-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	02893-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Aquino Mantilla Roberto
<b>Demandado</b>	Municipalidad Distrital de Matara
<b>Materia</b>	Indemnización por daños y perjuicios
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

La accionante solicita el pago de indemnización por daño patrimonial: daño emergente en la suma de S/. 9,783.88 y lucro cesante S/. 12,440.00 y por daño moral S/. 20,000.00, precisando que con fecha 02 de septiembre del 2013 su persona fue despedida de forma incausado, por lo que inició un proceso de amparo, en el que se dispuso su reposición, por ende, el proceder arbitrario por parte de la demandada le ha generado daños irreparables; en consecuencia, se inició el proceso laboral con la audiencia de conciliación, de juzgamiento, y de la revisión de la sentencia se advierte que a partir del considerando quinto, se desarrolla los elementos inherentes a la responsabilidad civil, analizando cada uno de los elementos, respecto al daño indemnizable precisa que ha existido certeza del daño, la subsistencia del mismo, la relación e injusticia en el comportamiento y resultado producido, por lo que respecto al lucro cesante se configura desde la fecha en que fue despedida hasta su reposición o hasta que la trabajadora consiguió un nuevo trabajo, de allí que teniendo en cuenta la realidad peruana, el monto que le corresponde es de S/. 6,000.00 soles; en cuanto al daño emergente señala que el demandante es el sostén de su anciana madre, por lo que ha tenido que realizar dos préstamos de S/. 5,000.00 y S/. 3,000.00, no obstante, no presenta documentos que acrediten que ha venido realizando pagos a dicho préstamos, por lo que en este extremo la demanda es declarada infundada por insuficiencia probatoria. En cuanto al daño moral lo fija en la suma de S/. 2,000.00 soles, por cuanto señala que el demandante al momento de ser despedido tenía 50 años, y sus posibilidades de conseguir un nuevo trabajo eran mínimas y de conformidad con la aplicación del V Pleno, el monto punitivo es de S/. 1,200.00 soles; en consecuencia, declara **FUNDADA EN PARTE la demanda y ORDENA que se cumpla con pagar S/. 6,000.00 por lucro**

cesante, daño moral S/. 2,000.00 y daños punitivos S/. 1,200.00 soles, declarando **INFUNDADA** la pretensión de indemnización por daño patrimonial.

#### 14. Sentencia N° 180-2018-L

<b>Expediente N°</b>	01511-2016-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Castillo Araujo Nixon Roberto
<b>Demandado</b>	Empresa R & E Service EIRL
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando la declaración de la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por el periodo comprendido del 01 de octubre del 2009 al 18 de febrero del 2016, reintegro de pago de remuneraciones y beneficios sociales, regularización de pagos de los aportes de salud y pensionarios e indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 8,666.46. Centremos nuestra atención en este último aspecto. Así, en el fundamento sétimo se advierte el contenido normativo nacional e internacional que protege al trabajador, para posteriormente aplicar lo señalado en el artículo 38° del D.S N° 03-97-TR, y señala que la entidad demandada lo ha despedido sin expresión de causa que lo justifique, por lo que, no existiendo dudas del despido arbitrario, y teniendo en cuenta la fecha de inicio y término del contrato laboral, **al demandante le corresponde la suma de S/. 8,662.89 soles. No desarrolla los elementos de la responsabilidad civil.**

### 15. Sentencia N° 169-2018-L

<b>Expediente N°</b>	02324-2017-0-0601-JR-LA-01
<b>Demandante</b>	Santos Juan Heras Mosqueira
<b>Demandado</b>	Municipalidad Distrital de los Baños del Inca
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante solicita el pago de incrementos de la remuneración en razón de pactos colectivos, pago de bonificación por escolaridad, pago de aguinaldos convencionales, pago de canasta familiar, pago de asignación familiar, pago de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante en la suma de S/. 17,443.34 y daño moral S/. 8,000.00 soles. Al igual que el caso anterior, centraremos nuestra atención en la pretensión de indemnización, sobre el particular el demandante señala que fue despedido el 05 de enero del 2015, por lo que pide se le ordene el pago de la indemnización; en la sentencia en el considerando décimo se establece los elementos de la responsabilidad civil, así como la discrepancia de criterios entre las casaciones laborales, para posteriormente analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, en cuando al lucro cesante refiere que esta se calcula desde la fecha en que fue despedido hasta su reposición o hasta que el trabajador consiguió un nuevo trabajo, sin embargo hay parámetros que se tienen que evaluar, como es el caso

de la realidad peruana, el trabajo del ciudadano promedio, la edad y especialización técnica, etc.; en el caso de autos el demandado declaro que desde la fecha de su despido hasta su reposición han transcurrido 08 meses, por lo que teniendo en cuenta su remuneración el monto por lucro cesante es de S/4,000.00 soles.

Respecto al daño moral, fija la suma de S/. 2,000.00 soles por cuanto el demandante acreditó tener carga familiar, cuenta con casa propia, y que no se puede soslayar el hecho que, al no tener cierta estabilidad laboral, sufrió un grado de aflicción o desasosiego generador de daño moral, y finalmente luego de la aplicación del V Pleno señala que por concepto de daños punitivos se fija la suma de S/. 500.00 soles. Declarando fundada en parte en los conceptos antes mencionados.

#### **4.1.2. Sentencias expedidas por el Tercer Juzgado Laboral**

##### **1. Sentencia N° 20-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	00636-2017-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Emiliano Vera Chicoma
<b>Demandado</b>	MPC
<b>Materia</b>	Indemnización por daños patrimoniales y extra patrimoniales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

cionante interpone demanda solicitando se fije una indemnización por daños patrimoniales y extra patrimoniales del despido arbitrario en el monto de S/. 11,000.00 por lucro cesante, S/. 1,000,000.00 por daño moral y S/. 25,762.00 por

daño emergente; para tal efecto señala que con fecha 12 de abril del 2012, la recurrente fue víctima de despido arbitrario, por lo que inició un procesal de amparo mediante el cual se ordenó su reposición, que al haberlo despedido de manera incausado lo ha humillado, maltratado moral y psicológicamente, obligándolo a recurrir a la vía judicial en busca de reestablecer sus derechos violados, que habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el juez señala en su fundamento cuarto delimita la responsabilidad civil en material labora, al citar la Casación Laboral N°2665-2013-Lambayeque en el que se considera la responsabilidad por despido arbitrario como aquella de naturaleza contractual, para posteriormente señalar los elementos de ilicitud, relación de causalidad y factor de atribución.

En cuanto al daño, señala que el lucro cesante se ha configurado cuando la víctima deja de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir la remuneración se ha suspendido por decisión unilateral ilegítima del empleador, para señalar el monto por lucro cesante se tiene que evaluar el monto de la remuneración, tiempo de desempleo, periodo que tarda una persona en conseguir un trabajo, así se ha acreditado que desde el 12 de abril del 2012 no tenía trabajo, el cual le generaba ingresos, con los cuales podía cubrir las necesidades de él y de su familiar, es decir estuvo aproximadamente sin trabajo 9 meses y 22 días, por lo que se le reconoce al demandante la suma de S/. 10,705.20 por el tiempo que estuvo sin trabajo, dicho monto es referencias ya que se debe tener en cuenta que su remuneración mensual fue de S/. 1,100.00 soles.

En cuanto, al daño emergente señala que desde se produjo el despido arbitrario ha tenido que realizar un préstamo para cubrir sus necesidades y las de su familia, no obstante, el documento que presenta se trata de un documento



privado adquiere fecha cierta y produce cierta eficacia jurídica, en ese extremo declara infundada la demanda. Seguidamente, sobre el daño moral el demandante solicita el pago de un millón de soles, por cuanto le ha generado un padecimiento moral y sufrimiento psicológico, así el juez considera que si bien, no cabe duda que el despido le ha generado un gran aflicción y angustia, se debe tener en cuenta que el daño moral es de difícil probanza, de allí que para cuantificar el daño moral procede a la aplicación del artículo 1984° del Código Civil, y atendiendo al tiempo que ha estado sin trabajar y con criterio de conciencia y equidad fija la suma de S/. 1,000.00 soles.

**Por lo que, declara fundada en parte la demanda y fija la suma de S/. 10,705.20 por lucro cesante, S/1,000.00 soles por daño moral, declara infundada el daño emergente.**

## 2. Sentencia N° 22-2018-L

<b>Expediente N°</b>	02053-2015-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Hernan Hugo Benique Ramos
<b>Demandado</b>	Carranza Ingeniero Minería y Construcción S.A.
<b>Materia</b>	Reconocimiento de vínculo laboral y otros
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando se fije una indemnización por despido arbitrario, pago de beneficios sociales, otorgamiento de certificado de trabajo; para tal efecto señala que ingresó a laborar en la empresa demandada el 25 de marzo del 2014 como chofer de camioneta, y no fue sino hasta el 15 de septiembre del 2015, que el gerente de la empresa le comunico de manera

prepotente se retire de las instalaciones y le dio orden la vigilante para que lo retire de la empresa, que habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el juez señala en su fundamento cuarto el reconocimiento del vínculo laboral del demandante, el que ha quedado plenamente demostrado en audiencia que pertenece a un contrato a plazo indeterminado; en cuanto al cese de sus actividades laborales, se tiene que este culminó el 15 de septiembre del 2015, sin que exista carta de preaviso y/o algún otro documento que acredite que el demandante haya cometido una falta grave, por lo que en los considerandos posteriores señala la normatividad nacional e internacional que lo protegen frente al despido arbitrario. Y es en el fundamento noveno, donde realiza una transcripción del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, sobre el cálculo de la indemnización para luego de realizar una operación aritmética señala que **le corresponde la suma de S/. 3,982.50 por indemnización por despido arbitrario. No realiza análisis de los elementos de la responsabilidad civil.**

### 3. Sentencia N° 29-2018-L

<b>Expediente N°</b>	02026-2015-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Gilbert Guadamos Mendoza
<b>Demandado</b>	Essalud Cajamarca.
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 1245-GG-ESSALUD-2015 y se declare inválida la extinción del vínculo laboral por despido incausado sufrido por el demandante y se ordene el pago de una indemnización ocasionado por el despido sufrido,

señala que ingresó a laborar el 14 de agosto del 2000 como Jefe de la Unidad de Créditos y Cobranzas a tiempo indeterminado, que mediante resolución se da por concluida su designación, es así que mediante proceso de amparo se dispone su reposición a su centro de labores, no obstante en la entidad demandada ya no existía el cargo en el cual inició sus labores, por lo que tuvo que ser asignado a la plaza como técnico administrativo en la unidad de adquisiciones recursos patrimoniales, para posteriormente cesar el vínculo laboral mediante carta de despido en mérito a presuntas faltas cometidas, por lo que luego de llevarse a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el juez señala en su fundamento cuarto, los puntos controvertidos dentro de los cuales está el determinar si el demandante ha sido despedido de forma arbitraria, así precisa que en mérito a la aplicación del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, al demandante se le debe aplicar el régimen laboral de la actividad privada, posteriormente señala que al estar comprendido dentro de este régimen es objeto de protección frente al despido arbitrario, del cual ha sido objeto, por lo que dispone la reposición del trabajador a su centro de labores.

#### 4. Sentencia N° 33-2018-L

<b>Expediente N°</b>	01582-2016-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Jorge Luis Ventura Díaz
<b>Demandado</b>	Essalud Cajamarca.
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El demandante pretende que se le fije una indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 3,652.50, así como el pago de beneficios sociales e indemnización por daño patrimonial por lucro cesante por despido arbitrario en la suma de S/. 12,600.00. Expone que ingreso a laborar el 23 de marzo del 2015 en el cargo de responsable del Departamento de Recursos Humanos, y que posteriormente sin comunicación alguna le obligan a dejar de realizar labores, y que su reincorporación será en el transcurso del mes, la misma que jamás se realizó. Que, habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el juez establece en su considerando cuarto como puntos controvertidos determinar si el demandante ha sido objeto de despido arbitrario, seguidamente señala las normas nacionales e internacionales que protegen al trabajador frente a esta clase de despido.

De la revisión del proceso y de lo dicho en audiencia se tiene que al demandante se lo contrato hasta el 31 de diciembre del 2016, por lo que debió permanecer en dicho puesto hasta dicha fecha y no hasta el 31 de julio del 2016, por lo que se le ha despedido sin expresión de causa, configurándose un caso de despido incausado, debiendo ser de aplicación lo señalado en el artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, en consecuencia, le correspondería **al demandante la suma de S/. 13,575.00 por despido arbitrario. En cuanto a la pretensión de indemnización por daño patrimonial (lucro cesante), el juzgado señala que, al haberse amparado y calculado el monto por despido arbitrario, este extremo deviene en improcedente, pues estaría generando un enriquecimiento sin causa en el demandante, contraviniendo con ello las funciones de la responsabilidad civil.**

## 5. Sentencia N° 38-2018-L

<b>Expediente N°</b>	00599-2016-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Edinson Cieza Campos
<b>Demandado</b>	Empresa Eckerd Perú
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El demandante solicita se fije indemnización por despido arbitrario en el monto de S/. 9,900.00 soles, pago de beneficios sociales e indemnización derivado de los dalos y perjuicios derivados del despido arbitrario en la suma de S/. 232,602.25 por lucro cesante, S/. 192,602.25 por daño emergente, S/. 20,000.00 por daño moral. Señala que ingresó a laborar para la demandada el 05 de abril del 2005 como técnico de farmacia suscribiendo un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, siendo objeto de diversas rotaciones en la ciudad de Cajamarca, y la última fue en la ciudad de Chota, por lo que se demandado ante SUNAFIL cese de actos de hostilidad, la entidad demandada en respuesta a ello da extinguido el vínculo laboral, sin estar de acuerdo con las razones para ello, por lo que al no existir causal para la procedencia del cese, se deviene en un despido arbitrario, por lo que luego de llevarse a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el juez de la causa determina que se ha excedido en el uso del ius variandi, cometiendo actos de hostilidad y como consecuencia de ello se ha

generado el despido arbitrario, por lo que de aplicación con lo dispuesto en el artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, le corresponde la suma de **S/. 20,192.37 por indemnización por despido arbitrario, si se tiene en cuenta que ingreso a laborar el 05 de abril del 2005 al 16 de marzo del 2016. Fija además una indemnización por daño moral en la suma de S/. 1,500.00 soles en aplicación a lo dispuesto en el artículo 1984° del Código Civil, analiza brevemente el daño moral. Declara infundada la indemnización por daño patrimonial y lucro cesante.**

#### **6. Sentencia N° 40-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	01683-2017-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Ana Karina Rodríguez Castañeda
<b>Demandado</b>	Complejo de servicios educativos Magister SRL
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

La accionante interpone demanda solicitando el pago de una indemnización por despido arbitrario, así como el pago de sus beneficios sociales, refiere que con fecha 01 de enero del 2008 ingreso a laborar en dicha empresa en la ocupación específica de contadora hasta el 05 de junio del 2017, fecha en la que fue cesada, ello debido a que, a raíz de un problema entre los socios de la empleadora, se le imputo la comisión de una falta grave, a lo que ella considera que fue arbitrario. Por lo que, luego de realizada la audiencia de conciliación y juzgamiento, el juez de la causa señala como puntos controvertidos determinar si la demandante fue víctima de un despido arbitrario, así del fundamento cuarto se tiene que con fecha 26 de mayo del 2017, se le cursó a la demandante una carta de preaviso de

despido donde se le imputa la comisión de una falta grave, posterior a ello la demandante efectúa sus descargos, por lo que en el considerando séptimo se tiene que de lo actuado en audiencia de juzgamiento y demás medios de prueba se tiene que no resulta ser cierto que las conductas atribuidas a la demandante como incumplimiento de sus obligaciones sean tales como es el MOF, por lo que de conformidad con el Código de Ética del Contador Público, se tiene que la demandante ha actuado conforme a sus atribuciones. Ninguna de las conductas atribuidas como incumplimientos se subsume en la descripción de falta grave, en consecuencia, no se ha comprobado de parte de la demandante algún incumplimiento de obligaciones derivadas de su contrato de trabajo, la ley, normas internas del centro laboral, mucho menos que se haya quebrantado la buena fe laboral, en ese sentido se ha configurado un típico caso de despido arbitrario, al haberse invocado hechos claramente inexistentes. **Por lo que, respecto a la indemnización en el fundamento décimo octavo aplica lo dispuesto en el artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, en consecuencia, le corresponde la suma de S/. 19,152.96 en mérito al récord laboral de 9 años, 5 meses y 5 días.**

#### **7. Sentencia N° 56-2018-L**

<b>Expediente N°</b>	01209-2017-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Segundo Fausto Cachi Crisostomo
<b>Demandado</b>	MPC
<b>Materia</b>	Indemnización por daños patrimoniales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando la indemnización por daño patrimonial y extra patrimonial derivados del despido arbitrario que comprende la suma de S/. 10,764.45 por lucro cesante y S/. 4,000.00 soles por daño moral, al respecto refiere que con fecha 5 de septiembre del 2014 fue despedido de forma arbitraria por lo que inició el proceso laboral con el cual obtuvo su reposición, además señala que el tiempo que fue despedido le ha generado un grave perjuicio, gran aflicción y angustia. Así, luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el Juez de la causa delimita los puntos controvertidos en el fundamento tercero, y en el fundamento cuarto desarrolla los elementos de la responsabilidad civil, en cuanto al daño causado, respecto al lucro cesante se tiene que se ha acreditado que desde el 5 de septiembre del 2014, el demandante no tenía trabajo, con cuya prestación podía cubrir las necesidades de él y de su familia, por lo que solo se le debe reconocer el periodo comprendido desde el 05 de septiembre del 2014 hasta el 10 de junio del 2015, estuvo sin trabajo aproximadamente 9 meses y 15 días. Por lo que, por lucro cesante le corresponde el monto de S/. 10,764.45 soles, teniendo en cuenta que su remuneración mensual fue de S/. 1,133.10 soles.

Sobre el daño moral, considera que es de difícil probanza, pero que se infiere del acto arbitrario que sin duda le ha ocasionado sentimientos de angustia e impotencia en el demandante, más aún si se considera que era el único puesto de trabajo que tenía, por lo que, en aplicación al criterio contenido en el artículo 1984° del Código Civil le corresponde la suma de S/. 1,000.00 soles. **Resuelve declarando FUNDADA EN PARTE la demanda y ordena que se le indemnice al demandante en la suma de S/. 10,764.45, por lucro cesante y S/. 1,000.00 soles por daño moral.**



## 8. Sentencia N° 062-2018-L

<b>Expediente N°</b>	01776-2017-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Natividad Valdez Cueva
<b>Demandado</b>	MPC
<b>Materia</b>	Indemnización por daños patrimoniales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando el pago de una indemnización por despido arbitrario e intereses y costos del proceso; refiere que con fecha 01 de septiembre del 2007 como obrero en la subgerencia de obras para luego ser rotado como policía municipal, y con fecha 24 de agosto del 2015, se le notifica con una carta mediante la cual le comunican que estaba despedido, motivo por el cual inició un proceso laboral donde se dispuso su reposición, por lo que el tiempo que estuvo despedido le ha generado un grave perjuicio.

Así, luego de haberse llevado a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, el Juez de la causa delimita los puntos controvertidos en el fundamento tercero, además de desarrollar los elementos de la responsabilidad civil, en cuanto al daño causado, respecto al lucro cesante se tiene que se ha acreditado que el demandante fue despedido el 24 de agosto del 2015 y fue repuesto el 04 de abril del 2017, es decir estuvo sin trabajo 29 meses y 10 días, por lo que el tiempo que estuvo despedido no se ha acreditado que haya percibido ingresos, es decir no tuvo un trabajo remunerado, por lo que sí es posible reconocer a favor al demandante por lucro cesante el monto de S/. 28,570.22 soles.

Sobre el daño moral, se considera que es de difícil probanza, pero que se infiere del acto arbitrario que sin duda le ha ocasionado sentimientos de angustia e impotencia en el demandante, más aún si se considera que era el único puesto de trabajo que tenía, por lo que, en aplicación al criterio contenido en el artículo 1984° del Código Civil le corresponde la suma de S/. 5,000.00 soles. **Resuelve declarando FUNDADA EN PARTE la demanda y ordena que se le indemnice al demandante en la suma de S/. 28,570.22 soles, por lucro cesante y S/. 5,000.00 soles por daño moral.**

#### 9. Sentencia N° 88-2018-L

<b>Expediente N°</b>	00782-2016-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Agustín Muñoz Sánchez
<b>Demandado</b>	Clínica Limatambo S.A.C
<b>Materia</b>	Derechos Laborales
<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral

El accionante interpone demanda solicitando se declare la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, se fije una indemnización por despido arbitrario en la suma de S/. 9,479.16, pago de beneficios sociales y pago de indemnización por daño moral. Sustenta que, ingreso a trabajar en la entidad demandada el 06 de junio del 2011 bajo la modalidad de locación de servicios, el 02 de enero del 2012 ingresa en planilla, pero el periodo anterior a este prestó servicios de manera personal, subordinada y percibiendo remuneración. En cuanto a la indemnización por despido se tiene que con fecha 16 de abril del

2016 ingresó a trabajar marcando asistencia, pero al querer ingresar a su oficina, no pudo hacerlo, siendo evidente que se encuentra ante un despido arbitrario. Que, luego de llevarse a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, se tiene que el Juez de la causa expresa los puntos controvertidos en el fundamento segundo, posteriormente en el fundamento cuarto señala la normatividad nacional e internacional aplicable, como es el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Por ende, en el presente caso se tiene que el 16 de abril del 2016 el demandante se reincorporó a su puesto de trabajo como coordinador general de Recursos Humanos, luego de haber hecho uso de su derecho vacacional, sin embargo, al querer ingresar a su oficina se percató la chapa de seguridad había sido cambiada; por lo que de los medios de prueba aportados, no se ha acreditado que el demandante fuera notificado con la carta de preaviso de despido, por lo que nos encontramos frente a un típico caso de despido arbitrario siendo pasible de protección de conformidad con lo señalado en el artículo 27° de la Constitución. Seguidamente en el fundamento décimo segundo señala literalmente el contenido del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, en cuanto al monto a indemnizar, correspondiéndole **la suma de S/. 11,429.17 soles por concepto de despido arbitrario, en el fundamento décimo séptimo desarrolla los elementos de la responsabilidad civil respecto al daño moral, por lo que le fija la suma de S/. 1,000.00 soles**

#### 10. Sentencia N° 100-2018-L

<b>Expediente N°</b>	00685-2016-0-0601-JR-LA-03
<b>Demandante</b>	Richard Augusto Vásquez Valdivia
<b>Demandado</b>	Securitas SAC y Minera Yanacocha
<b>Materia</b>	Derechos Laborales

<b>Vía procedimental</b>	Proceso Ordinario Laboral
--------------------------	---------------------------

El accionante interpone demanda solicitando se reconozca una relación laboral a plazo indeterminado, el pago de una indemnización por despido arbitrario e indemnización por daño personal y moral. Sustenta que, ingreso a trabajar en la entidad demandada el 24 de mayo del 2011 como vigilante bajo un contrato modal por servicio específico, pero en mérito a las labores que realizaba era de agente conductor, por lo que su contrato se ha desnaturalizado. Con fecha 30 de marzo del 2016, la empresa demandada le cursa una carta señalando el término de su relación laboral, sin embargo, al desnaturalizarse su contrato, no podía ser despedido sin antes haberse imputado la comisión de la falta laboral.

Que, luego de llevarse a cabo la audiencia de conciliación y de juzgamiento, se tiene que el Juez de la causa expresa los puntos controvertidos en el fundamento tercero, posteriormente en el fundamento décimo señala la normatividad nacional e internacional aplicable, como es el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Por ende, en el presente caso se tiene que el demandante ha tenido una relación laboral a plazo indeterminado por lo que su despido debió encuadrarse en causa justa conforme lo establece el artículo 22° y habiéndose despedido sin expresión de causa que lo justifique, configura un típico caso de despido arbitrario siendo pasible de protección de conformidad con lo señalado en el artículo 27° de la Constitución. Seguidamente en el fundamento décimo primero señala literalmente el contenido del artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR,

en cuanto al monto a indemnizar, correspondiéndole **la suma de S/. 14,792.64 soles por concepto de despido arbitrario, en el fundamento décimo tercero desarrolla los elementos de la responsabilidad civil respecto al daño moral, por lo que le fija la suma de S/. 3,000.00 soles.**

#### **4.2 Discusión de resultados**

Habiéndose presentado los resultados obtenidos en el primer y tercer juzgado especializado laboral, se tiene que se han encontrado criterios diferentes en cuanto a la valoración de los medios de prueba, así en principio podemos rescatar que los abogados confunden cuando se trata de la configuración del tipo de despido arbitrario, ello puede llevar a error al juez al momento de conceder el monto indemnizatorio pues en algunos casos se ha advertido que en la demanda se lo califica como despido incausado y se ha ordenado su reposición, hecho que si bien no afecta el derecho del trabajador, si consideramos que se debe establecer la unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico, respecto al tratamiento de cada tipo de despido.

De otro lado, se ha advertido como común denominador en ambos juzgados, es que cuando se trata de una indemnización por despido incausado, estos realizan un análisis de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, conjuntamente con los medios de prueba, e inclusive se ha citado artículos pertenecientes al Código Civil, ello refleja la necesidad de que al momento de fijar un monto indemnizatorio necesariamente se tiene que recurrir a las reglas del Código Civil y a la libre valoración y merituación de las pruebas.

En cuanto a las sentencias expedidas por el Primer Juzgado Especializado Laboral se tiene que en los casos en que se cuenta con la medida de reposición por mandato judicial y sobre la base de ello, se acciona la indemnización el juez se encarga de valorar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, conjuntamente con los medios de prueba aportados poniendo especial énfasis en el lucro cesante y daño emergente, pues como se ha podido advertir de las primeras sentencias descritas, no solo se concede la indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral, sino que a diferencia del tercer juzgado laboral, esta juez aplica el V Pleno Jurisdiccional Supremo en material laboral y previsional estableciendo un monto además por daño punitivo, el mismo que es calculado sobre la base del aporte al SNP o AFP, como se expuso, ello es el criterio en los casos de indemnización posterior a un proceso laboral o constitucional de reposición.

No obstante, en los casos como se da en el Exp. N° 1660-2017, donde se presenta un típico caso de despido arbitrario, derivado de una desnaturalización de contrato, la jueza únicamente aplica lo señalado en el artículo 38° del D.S. N° 003-97-TR, para tal efecto tiene en cuenta su última remuneración y el tiempo laborado, esta situación que se han advertido en ambos juzgados conlleva a una indemnización desigual e injusta, pues en algunos casos el monto es sumamente menor, como

puede darse lo contrario; en este extremo el juez ni siquiera evalúa los elementos de la responsabilidad civil, sino únicamente se limita a aplicar dicho artículo, e inclusive cuando se solicita una indemnización por despido arbitrario y se le agrega una reparación por daño moral, este concepto siempre es denegado bajo el argumento de que si se le concede estaríamos ante una doble indemnización y por ende un enriquecimiento indebido por parte del demandante.

Un aspecto importante que merece nuestra atención, es que se advierte claramente en cada una de las sentencias, un factor repetitivo en algunos considerandos, es decir el uso de modelos en cuanto a la redacción de las sentencias, citando constantemente las Casaciones Laborales N° 2712-2009-LIMA y N° 1724-2004-LIMA, ello podría conllevar a la valoración subjetiva de los elementos de la responsabilidad civil.

De manera adicional podemos señalar que, en algunos casos, como se da en el Expediente N° 2712-2017, es la entidad administrativa fiscalizadora SUNAFIL quien se encarga de determinar ante qué tipo de despido nos encontramos, como en el expediente, se determinó la existencia de un despido arbitrario, y que trajo como consecuencia la aplicación de una indemnización siendo únicamente aplicable el artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR.

Es importante resaltar que en sentencias como la contenida en el Expediente N° 1142-2015, se expuso en los fundamentos de hecho, que el demandante fue objeto de despido arbitrario, esta misma situación se precisó en la parte considerativa de la sentencia, no obstante la jueza no aplicó el artículo 38° de la norma precitada, sino que efectivamente realizó un análisis de todos los medios de prueba y su relación con los elementos de la responsabilidad civil, fijando de esta manera un monto indemnizatorio justo acorde a la realidad y los hechos, ello demuestra independencia y libertad en la valoración de los medios de prueba.

Lo expuesto refuerza nuestra tesis, que postula la derogación del artículo 38°, en la medida que, en cualquier caso, de despido, se debe proceder a la valoración de los medios de prueba de conformidad con las reglas del sistema de la responsabilidad civil, y no se debe fijar un sistema tasado de reparación para el caso de despido arbitrario.

Más aún si se ha advertido que en los casos en los que se aplica el artículo 38° del D.S. N° 03-97-TR, no se aplica lo dispuesto en el V Pleno Jurisdiccional Laboral, por lo que una vez más incidimos en que se debe delimitar las clases de despido, a efectos de evitar incurrir en errores en cuanto a su interpretación y aplicación.

En cuanto a las sentencias obtenidas por el Tercer Juzgado Especializado Laboral, se tiene que se ha podido señalar que dicho magistrado da especial énfasis en sus considerandos a los documentos normativos nacionales e internacionales que regulan la protección del trabajador frente a un despido arbitrario, aun cuando algunos de estos documentos internacionales como es el caso de las recomendaciones de la OIT no tienen el carácter de vinculante.

Por lo tanto, merece nuestra atención la forma de valoración de este juzgado, sobre el daño moral, pues si bien señala que este concepto es de difícil probanza, podemos ver en sus sentencias que fija un equivalente a S/. 1,000.00 por daño moral, no existiendo mayor sustento y/o valoración, hecho que sin duda debe ser mejorado, no con la finalidad de que el monto sea mayor, sino que se otorgue lo que es justo y correcto.

De igual manera, se presenta al igual que juzgado anterior, incertidumbre respecto a la valoración y consecuencia de cada despido, pues como se advierte en la sentencia expedida dentro del Proceso Laboral N° 636-2017, el demandante solicita se fije una indemnización por daños patrimoniales y extra patrimoniales del despido arbitrario,

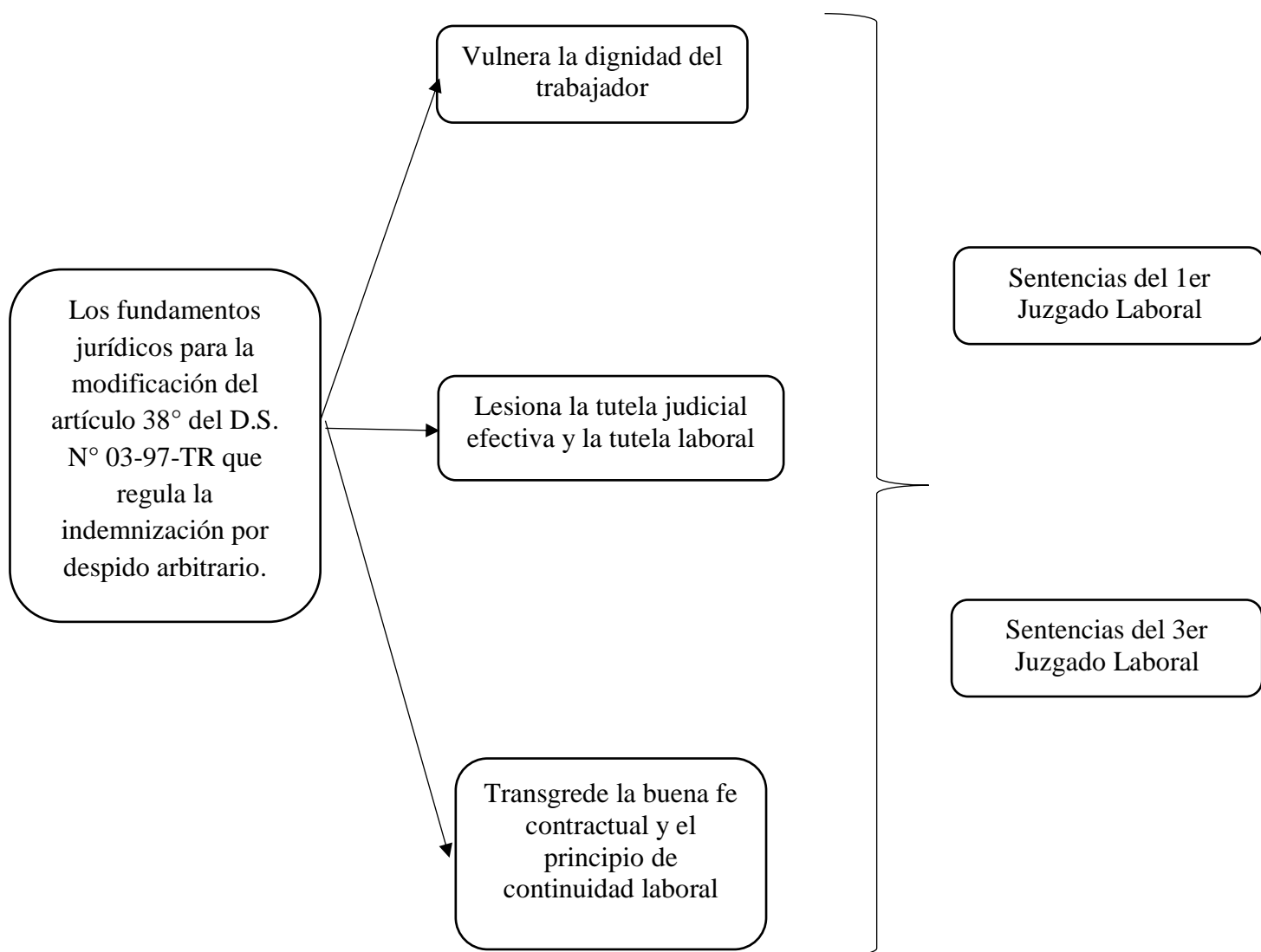


donde el juez, a nuestro criterio, de forma correcta valora los elementos de la responsabilidad civil, y no aplica el artículo 38°, a diferencia de algunos casos en donde se alega despido arbitrario y se aplica este artículo, tal como se advierte en la sentencia contenida en el Expediente N° 2053-2015.

Nuevamente, consideramos que se debe derogar este artículo, y aplicar un criterio igual para las 3 clases de despido que existen, a fin de que el monto indemnizatorio refleje el real y justo monto que se debe otorgar, pues el sistema tasado que allí que establece conlleva a la ilegitimidad y vulneración de la buena laboral y estabilidad laboral.

Aunado a ello, resulta importante precisar el criterio de cada juzgado para fijar un monto indemnizatorio sobre la base del artículo 38°, pues no se debe tomar en cuenta el periodo o récord laboral sino se debe valorar el perjuicio generado, pues la indemnización por despido arbitrario es la única protección que la ley establece frente a este acto arbitrario del empleador a diferencia del despido nulo o fraudulento, donde se permite la reposición; por ende si se presenta esa situación, conviene realizar la siguiente pregunta ¿No sería más lógico que se fije una indemnización justa acorde con los medios de prueba?, la respuesta se da por sí sola. De allí que la indemnización tarifada que señala el artículo 38° resulta insuficiente para cubrir o resarcir todos los daños causados a los trabajadores, siendo este inclusive limitado en cuanto a sus derechos, vulnerándose como se ha expuesto en el capítulo anterior su dignidad laboral, el derecho a la estabilidad laboral, a la protección frente a un despido, de allí la necesidad de reformular este articulado.

### 4.3 Contrastación de la hipótesis



## **CAPÍTULO V**

### **PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 38° DEL D.S.**

#### **N° 03-97-TR – D.LEG. N° 728 LEY DE PRODUCTIVIDAD Y**

#### **COMPETITIVIDAD LABORAL**

##### **5.1 Exposición de Motivos**

En mérito a lo desarrollado en la presente tesis se ha creído conveniente realizar un Proyecto de Ley que servirá para modificar el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR en el extremo que fija un sistema tasado para el cálculo del monto de indemnización en despido arbitrario.

Lo que se busca, es modificar el citado Decreto Supremo a efectos de establecer un sistema de libre valoración de conformidad con las reglas de la responsabilidad civil, a efectos de garantizar una debida protección de los derechos laborales del trabajador, frente a la facultad directriz del empleador, además de obtener un verdadero resarcimiento producto del daño causado; por ende, mediante la aprobación de la propuesta legislativa y emisión de una nueva normativa, se coadyuvara con la problemática existente debido a una indebida regulación del sistema tasado de cálculo indemnizatorio. Por lo que teniendo en cuenta la reglamentación vigente y tomando como ejemplo el proyecto de ley N° 2301/2012-CR.

## 5.2 Propuesta de Proyecto de Ley

Proyecto de Ley N° \_\_\_\_\_



**PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 38° DEL  
D.S. N° 003-97-TR**

### **FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 38° DEL D.S. N° 003-97-TR**

#### **Artículo 1. Modificación:**

Modifíquese el texto del artículo 38° del D.S. N° 003-97- TR, DEL Texto Único Orgánico del Decreto Legislativo N° 728 denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el que quedará redactado en los términos siguientes:

#### **Art. 38°**

La indemnización por despido arbitrario será valorada de conformidad con las normas y principios que establece el Sistema de la Responsabilidad Civil, sobre la base de un sistema de libre valoración y meritación de la prueba aportada en el proceso.

#### **Disposiciones finales**

**Primera.** - Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

**Segunda.** - La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los            días del mes de            de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los            días del mes de

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente, que gira debido el indebido monto resarcitorio que ha venido dando en los casos de indemnización por despido arbitrario.

En ese sentido, la presente ley busca resolver el conflicto existente, pues modifica el artículo 38° del D.S. N° 003-97-TR, estableciendo que se deberá fijar el monto indemnizatorio de acuerdo con las reglas contenidas en el Código Civil, respecto a la responsabilidad civil, dejándose de lado cualquier sistema tasado, a efectos de garantizar el respeto de sus derechos laborales, teniendo como principal fundamento las otras clases de despido como nulo y fraudulento, y además de la dignidad del trabajador, la buena fe y estabilidad laboral; finalmente solo así se garantiza la realización y protección de los derechos laborales de los trabajadores.

Pues, el contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación peruana y la jurisprudencia actual emitida y revisada viene siendo objeto de diversas críticas. Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico.

## **EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 38° del D.S. N° 003-97-TR.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un requisito inherente que se debe valorar al monto de fijar el monto indemnizatorio.

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral D. Leg. N° 728, son la vulneración de la dignidad del trabajador, la lesión de la tutela judicial efectiva y la tutela laboral y la trasgresión de la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral.
2. El despido arbitrario lesiona el derecho a la estabilidad laboral relativa impropia, a diferencia de las legislaciones extranjeras como Chile, donde el reconocimiento del monto indemnizatorio frente a un despido arbitrario es mucho más amplio, se concede una mayor protección.
3. Los elementos de la responsabilidad civil como es la ilicitud, factores de atribución, relación de causalidad, daño patrimonial y extra patrimonial deben ser aplicados y valorados cuando se trata de un despido arbitrario, dejándose de lado el sistema tarifario señalado en el artículo 38°.
4. El marco jurídico constitucional de protección de los derechos laborales, evidencia la necesidad de una urgente modificación del artículo 38° a efectos de garantizar una verdadera tutela resarcitoria.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se debe disponer una revisión general del D.S. N° 003-97-TR a fin de verificar los vicios y adecuar las nuevas relaciones del contexto jurídico laboral, en cuanto a los despidos que nuestra legislación prevé, a fin de proteger al trabajador frente a factores externos que atentan contra su dignidad, recomendando para ello una reforma conforme al proyecto de ley expuesto.
2. Se debe promover la realización de reuniones de trabajo entre los trabajadores, empleadores o sector empresarial, Dirección Regional de Trabajo y SUNAFIL con el objetivo de informar las consecuencias económicas que sucede frente a un despido arbitrario, así como capacitar sobre el procedimiento para un despido, evitando conductas que lesionan los derechos laborales de los trabajadores, generando un grave daño, realizando de ser el caso campañas de capacitación.
3. Finalmente, incentivar la investigación jurídica y social en material laboral en los jueces, abogados para contribuir con la mejora del Derecho Laboral, haciendo de ser el caso proyectos de ley en coordinación con el Sector Empresarial y el Ministerio de Trabajo.



## LISTA DE REFERENCIAS

- 061, I. D. (2002). *Violencia familiar contra la mujer en el Callao. Análisis de la Actuación Estatal*. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú.
- 211-2014-Ica, C. N. (2016). Tenencia Ilegal de Armas. *Diario El Peruano*, 443.
- Acción de Amparo, 2016 (Tribunal Constitucional 25 de junio de 2004).
- Adams, J. (1992). *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*. Madrid: Pirámide.
- Aderson, J. (1994). *Pobreza y Políticas Sociales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Aguilar Cavallo, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales.
- Almansa Pastor, J. M. (1968). *El despido nulo*. España: Editorial Tecnos.
- Alonso García, M. (1975). *Curso de derecho del Trabajo*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Altamirano Vera, M. (2014). *El marco simbólico de la ley de violencia familiar y sus modificaciones*. Trujillo: UNT.
- Alzate, R. (2006). *Teoría del Conflicto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Anderson, J. (2001). *Informe sobre acoso moral en el lugar del trabajo*. Barcelona: Fondo Editorial Legis.
- Andorno, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Antonio, C. P. (1998). *El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría del Derecho Contemporáneo*. España: Universidad de Alicante.
- Aparicio Tovar, J. (1998). Jesús, El Juez Laboral, Imparcial, pero no Neutral. *Revista de Derecho Social*, 55.
- Arana Zegarra, M. (2002). *Resolución de conflictos medioambientales en la microcuenca del río Porcón, Cajamarca 1993-2002*. Lima: PUCP.

- Arce Flores Valdés, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Arce, E. (2008). *Derecho Individual del trabajo en el Perú*. Lima-Perú: Palestra.
- Ardito Vega, W. (2004). *Análisis Comparado de la Legislación sobre la Violencia Familiar en la Región Andina*. Lima.
- Arévalo Rodas, G. M. (2014). *El requisito de procedencia en las pretensiones sobre reducción, variación, prorrateo y exoneración de alimentos, y la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Arque Monzón, R. L. (2017). *Evolución del despido incausado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.
- Aste Daffós, J. J. (2004). *Resolviendo conflictos entre el Estado, las empresas mineras, las comunidades campesinas y los organismos de la sociedad civil*. Lima: GRADEECO.
- Ayvar Roldan, C. (2007). *Violencia Familiar. Interés de todos. Doctrina, jurisprudencia y legislación*. Lima: Adrus.
- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bandura, A. (1987). *Teoría del Aprendizaje Social*. España: Calpe.
- Basombrío, C. (2009). *Percepción de inseguridad*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Baylos Grau, A. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Bello Félix, E. T. (2016). *La Pensión alimenticia de los hijos mayores de edad*. España: Universidad de Salamanca.
- Blancas Bustamante, C. (2004). La protección contra el despido lesivo a los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional. *Derecho y Sociedad*, 154.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Derecho PUCP* N° 68, 392.
- Bosqued Lorente, M. (2005). *Mobbing: Como prevenir y superar el acoso psicológico*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.

- Bullard González, A. (2003). *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Butler, J. (1999). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.
- Cabanellas de Torres, G. (1999). *Diccionario Jurídico Elemental*. Lima-Perú: Ley y Derecho.
- Cáceres, R. (2015). *El despido de trabajo*. La Paz, Bolivia: Blog Mi Trabajo.
- Cantor Viscués, L. (2018). *El trabajo y la dignidad humana desde la perspectiva kantiana*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali.
- Cardenas Flacon, W. (2004). *Derecho Civil VI - Familia*. Lima: Rao Editora.
- Cardona Llorenz, J. (2014). *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que los concierna a los XXV años de la Convención*. España.
- Caro Magni, R. E. (2016). *El delito de marcaje o reglaje*. Lima: USMP.
- Carrillo Calle, M. (1993). Los Derechos Laborales en la Constituciones Hispanoamericanas, bases para un Estudio Comparado. *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, 63.
- Carrillo Hoyos, S. V. (2011). *Comunidades y minería: La Comunicación en el conflicto*. Lima: PUCP.
- Castillo Arredondo, V. (2007). *El ABC del Derecho Laboral*. Lima: EGACAL.
- Castillo Freyre, M. (2006). *Valoración del Daño: Alcances del Artículo 1332 del Código Civil. Tomo II*. Lima: Editorial Rodhas.
- Castro, S. (2013). *Concesiones Mineras: Procedimiento y acceso a la información*. Lima: SER.
- Cerquera Unda, S. C. (2018). *El principio de estabilidad laboral en Colombia: La tensión entre los derechos sociales laborales vs las políticas neoliberales de flexibilización*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Cillero Bruñol, M. (2008). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de principios*. Montevideo.
- CINEP. (2012). *Minería, Conflictos Sociales y Violación de Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá: CINEP.

- Cohaila, E. (2013). *Micro corrupción en la Policía Nacional del Perú: El caso de las coimas de tránsito en Lima Metropolitana*. Lima.
- Comparato, F. K. (1999). *Afirmación histórica de los derechos humanos*. Sao Paulo: Editorial Saraiva.
- Concha Valencia, C. R. (2014). *Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional*. Lima-Perú: PUCP.
- Constitucionales, C. d. (2006). *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral: Tribunal Constitucional del Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Corante Morales, V. (2004). *Violencia Familiar. Doctrina, jurisprudencia y legislación*. Lima: Ediciones Jurídica.
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Corsi, J. (1997). Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar. *Violencia familiar, una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*.
- Cortés Villegas, L. (2007). *¿Es o no es? Dos estudios de caso a discutir sobre mobbing en los centros de trabajo*. México: Ediciones y Gráficos Eón, S. A.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Dahl, R. (1989). *La poliarquía: participación y oposición*. Buenos Aires: REI.
- De Trazegnies Granda, F. (1988). *La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones Generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Editorial Civitas.
- Egaña, R. (2002). *Reforma del Estado de Chile: Avances y Desafíos*. Santiago: Estudios Públicos.
- Escobedo Mosqueira, H. J. (2015). *Las deficientes relaciones interpersonales entre jefes y subordinados en la PNP y función policial*. Lima: PUCP.
- Española, R. A. (2015). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid-España: DREA.
- Espinoza. (2011). *Código Civil Comentado, Comentan 209 Especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil. Tomo VI*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Femenías, M. L. (2009). *Poder y violencia sobre el cuerpo de las mujeres*. Barcelona: Editorial Anagrama.

- Fernández, D. (2002). *Acoso Moral (mobbing): Una dimensión del Riesgo psicosocial*. Madrid: CCO.
- Fernández, M. (1998). *Comentarios a la Legislación sobre Violencia Familiar*. Lima: 1992.
- Ferreira, G. (1992). Hombres Violentos: Mujeres Maltratadas. *Aportes a la Investigación Y Tratamiento de un Problema Social*, 430.
- Feuerbach, L. (1975). *La esencia del cristianismo*. Madrid: Salamanca.
- Formaro, J. (2010). *Juicio por accidentes y enfermedades de trabajo*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Franco Idárraga, H. (2003). *La empresa y el centro de trabajo*. México: UNAM.
- Freud, S. (1982). *El Psicoanálisis*. Madrid: Editorial Universidad.
- Fruhling, H. (2001). *La reforma policial y el proceso de democratización en América Latina*. Lima: Centro de Estudios para el Desarrollo.
- Garavito León, S. E. (2016). *Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los Operadores Jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016*. Lima: Universidad César Vallejo.
- García Muntufar, G. (1999). La propiedad minera. Dominio de las minas. *Revista del Colegio de Abogados de Lima*, 14.
- García Rojas, W. (2015). *Valoración del monto en resarcimiento en responsabilidad civil contractual y los problemas jurisprudenciales en la cuantificación*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- García-Izquierdo. (2005). *Violencia psicológica en el trabajo: Mobbing*. Madrid: Psicología Pirámide.
- Garrido Falla, F. (1953). *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*. Lima: PUCP.
- Garrido Falla, F. (1986). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Garriques Kittelsen, S. (2012). *Mobbing: Alcances del concepto, aproximaciones a su presencia en nuestro medio y propuestas para prevenir, detectar y afrontarlo en las organizaciones*. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas.
- Giner Rommel, G. (2015). *Dignidad Humana*. Madrid: Editorial UNED.
- González Pérez, J. (1986). *Fundamentos de la Dignidad Humana*. Madrid: Editorial Civitas.

- González Pérez, J. (2001). *El Derecho a la tutela jurisdiccional. Tercera edición*. Madrid: Editorial Civitas.
- Guerra, H. y. (1997). *Journal of Personality and Social Psychology*. New York: Plenum Press.
- Haro Carranza, J. E. (2003). *Derecho Individual de Trabajo*. Lima-Perú: RAO.
- Heinz, L. (1996). *The content and development of mobbing at work. European Journal of Work and Organizational Psychology*. Europa: Selecciones del Reader's Digest.
- Huanayque Condori, J. C. (2017). *Análisis de los criterios interpretativos del despido fraudulento en la jurisprudencia peruana y su aplicación en los juzgados laborales de la corte superior de justicia de Arequipa*. Arequipa-Perú: UNSA.
- Huanca Quispe, G. A. (2013). El derecho a la defensa de las comunidades campesinas y nativas en los procesos judiciales desde la perspectiva constitucional. *Derecho y Cambio Social*, 13.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley.
- Iglesias Facundo, K. (2016). *Vulneración al derecho a la estabilidad laboral en el régimen laboral privado como consecuencia del precedente huatuco*. Huánuco: Universidad de Huánuco.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Jiménez Barahona, Z. F. (2014). *El acoso laboral o mobbing en el área comercial de las empresas*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Katz, E. (1957). *La Estabilidad En El Empleo*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Kierszenbaum, M. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal*. Buenos Aires: UBA.
- Lama More, H. &. (2017). *V Pleno Jurisdiccional Supremo*. Lima: Diario El Peruano.
- Landa, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, 453.
- Larrain, S. (2007). *Abuso sexual: conceptos, manifestaciones y causas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Lemes Silva, C. (2016). *Los principios de dignidad humana, proporcionalidad y buena fe como límites a los derechos del trabajador*. Madrid: Unviersidad de Burgos.
- Levitsky, S. (2012). Construyendo instituciones sobre cimientos débiles: lecciones desde America Latina. *Revista de Ciencia Política*, 17-44.

- Lizama Portal, L. (02 de Julio de 2012). *Los derechos fundamentales del trabajador*. Obtenido de Escuela Sindical: <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/derechos-fundamentales-en-la-relacion-de-trabajo1.pdf>
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *Derecho Penal. Parte General: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- López Coronado, N. d. (2016). *Calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre proceso de indemnización por despido arbitrario, en el Exp. N° 2039-2009-0-2001-JR-LA-02, del Distrito Judicial de Piura*. Piura-Perú: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- López Mesa, M. (2001). *Curso de derecho de las obligaciones. Tomo III*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Lorenzo Cadarso, P.-L. (2001). Principales teorías sobre el conflicto social. *Revista de Historia*, 237.
- Maciá Gómezi, R. (2015). La dualidad del daño patrimonial. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 21-32.
- Malarino, E. (2003). *La policía en los estados de derecho latinoamericanos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas.
- Mallqui Reynoso, M. (2002). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.
- Marquez Molina, D. A. (2010). *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*. Santiago: Universidad de Chile.
- Mayoral Blasco, S. (2010). El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu. *Revista Internacional de Sociología*, 24.
- Maz Neef, M. (2002). *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Bogotá.
- Medina, C. (2008). Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Jurisdicción Internacional*. 230.
- Melgar, M. (2001). La buena fe en el Derecho del Trabajo. *El acto de su recepción como Académico de Número*, (pág. 12).
- Menezes Cordeiro, A. M. (1984). *Buena fe en derecho civil*. Sao Paulo: Editorial Amedina.
- Messineo, F. (2001). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Lima: San Marcos.
- Monroy Galvez, J. (1987). *Introducción al proceso civil*. Lima: Temis.
- Montoya Melgar, A. (2001). *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.

- Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Editorial Tirant to blanch.
- Obando Blanco, V. R. (2000). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima: Palestra.
- OMEBA. (2000). *Diccionario Jurídico*. México: Temis.
- Ore Ignacio, M. d. (2015). *El derecho alimentario del hijo extramatrimonial mayor de 18 años en las demandas del juzgado de paz letrado de lima 2015*. Lima: Universidad de Huánuco.
- Osse, A. (2006). *Entender la labor policial, recursos para activistas de los derechos humanos*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Osterling, F. (2006). La Equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. *Primer volumen colección de Estudios de Derecho Patrimonial*, 3.
- Paredes Infanzón, J. (2005). La estabilidad laboral en el Perú. *Revista del Poder Judicial del Perú*, 77.
- Pasco Cosmópolis, M. (2000). *Derecho Laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Patterson, G. R. (1982). *Proceso de la Familia Coercitiva*. Oregón: Castalia.
- Peces Barba - Martínez, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General I*. Madrid: Editorial Eudema.
- Peralta Andia, J. (1996). *Derecho de familia en el Código Civil*. Lima: IDOSA.
- Pérez Luño, A. E. (2008). Derechos Humanos. *Curso de Derecho Constitucional*, 392.
- Pérez Ortiz, V. (2004). *Derecho al trabajo: Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el Empleo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Pizarro, R. D. (2012). Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 90.
- PNP. (2016). *Manual de Operaciones de Mantenimiento y Restablecimiento del Orden Público*. Lima: DIRGEN.
- Priori, G. (2003). La Efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Revista Ius et Veritas Año 13*, 279.
- Proceso de Amparo, 2132 (Tribunal Constitucional 25 de octubre de 2008).



- ProDialogo. (2010). *Gestión integral y adaptativas de recursos ambientales para minimizar vulnerabilidad al cambio climática en microcuencas alto andinas*. Lima: FIODM.
- Rahner, K. (1969). *Escritos de Teología II*. Madrid: Taurus.
- Ramírez Sánchez, F., Luján Tuper, J., & Deza Castañeda, M. (2007). La Reparación del Daño Extrapatrimonial por Extinción del Contrato de Trabajo. *Derecho y Sociedad*, 21-227.
- Ranelletti. (1950). *Faltas penales, gubernativas y administrativas*. Madrid: Civitas.
- Reyes Ríos, N. (2002). *Derecho Alimentario en el Perú: Propuesta para desformalizar el proceso*. Lima: San Marcos.
- Ricci, F. (1999). *Derecho Civil*. Lima: IDEMSA.
- Rodríguez Piñero, M. (1972). *Derecho de Trabajo y Proceso*. Madrid: Publicaciones de la Escuela Social de Murcia.
- Rodríguez Rescia, V. (1998). *La ejecución de las sentencias de la Corte*. Costa Rica: Instituto Interamericano.
- Rojas, I. (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: Instrumento de protección ante el despido. *Revista Ius et Praxis*, 79.
- Román de la Torre, M. D. (2006). *Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales*. Lima: Consejo General del Poder Judicial.
- Romero Coloma, A. (2008). *La Intimidación Privada: Problemática Jurídica*. Madrid: Madrid: Colección Scientia Iurídica.
- Romero Gálvez, S. A. (2003). *Teoría del Conflicto Social*. Lima: ESAN.
- Rossal de Araújo, F. (1996). *Una buena fe en el contrato de empresa*. Sao Paulo: Editorial Ltr.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Rubio Llorente, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ruíz, M. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Sáez Navarro, C. (2002). *El acoso moral desde la perspectiva de la psicología del trabajo*. Bilbao: Fondo Editorial del Poder Judicial.

- Salas Beteta, C. (2009). *Criminalización de la Violencia Familiar*. Lima: Fondo Editorial.
- Salud, O. -O. (1998). *Violencia contra la mujer, un tema de salud prioritario*. Estados Unidos: Wordl Healt.
- Sarasua, B. (2003). *Perfil Psicológico del maltratador a la mujer en el hogar*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 976 (Tribunal Constitucional del Perú 26 de junio de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucionalidad, 0022-2004 (Tribunal Constitucionalidad 12 de agosto de 2005).
- Soto Coaguila, C. (2015). *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Lima: Juveric.
- Squella, A. (1983). Derecho natural y equidad. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 91.
- Tarrow, M. (2001). *Minería y conflicto social*. Lima: SEPIA.
- Trujillo Flores, M. M. (2007). Mobbing: Historia, causas, efectos y propuesta de modelo para las organizaciones mexicanas. *Revista Innovar*, 91.
- Trujillo Paz, L. S. (2014). *Mobbin: El acoso moral en la relación laboral*. Trujillo: UPAO.
- V, B. V. (1996). *Legislación y violencia contra la mujer: Visiones desde el Derecho Comparado*. Lima: Serie Mujer y Derechos Humanos.
- Ventura Domínguez, B. (2016). *El Proceso de Violencia Familiar como garantía de los derechos de las víctimas de violencia de género en el Segundo Juzgado de Familia de Huánuco*. Huánuco: Universidad de Huánuco.
- Vidal Ramos, R. P. (2013). *La Responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: UNMSM.
- Villavicencio Ríos, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Revista de la Facultad de Derecho N° 71*, 312.
- Viña, G. (1989). *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: Civitas.
- Walker Leonor, E. (1984). *El síndrome de la mujer maltratada*. New York: Springer.
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.

Wolfgang Sarlet, I. (1990). *La eficacia de los derechos fundamentales*. Sao Paulo: Saraiva.

Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. México: Editorial Cárdenas.

Zolezzi Ibárcena, L. (1998). *La Teoría General del Proceso*. Madrid: Temis.

## ANEXOS

**Anexo N° 01: Matriz de Consistencia.**

TABLA N° 01: Matriz de Consistencia

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 38° QUE REGULA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.LEG. N° 728.**

**Análisis de casos judiciales durante los años 2018 sobre indemnización por despido arbitrario en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
<b>GENERAL</b> ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728?	<b>GENERAL</b> Determinar los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral regulado por Decreto Legislativo N° 728.	<b>Hi.</b> Los fundamentos jurídicos para la modificación del artículo 38° que regula la indemnización por despido arbitrario de la ley de productividad y competitividad laboral D. Leg. N° 728, son:	<b>V1</b>  Fundamentos Jurídicos para la modificación del artículo 38° del D. Leg. N° 728	<b>Enfoque:</b> Cualitativo.  <b>Tipo:</b> Básica, de Lege data.  <b>Muestra:</b> Los tres juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.  <b>Universo:</b> Juzgados especializados de trabajo de todo el Perú.  <b>Métodos:</b> Es hermenéutica – jurídica Y dogmática jurídica.  <b>Técnicas de investigación:</b> observación documental  <b>Diseño:</b> no experimental.  <b>Instrumentos:</b> fichas de observación documental y los cuadros estadísticos
	<b>ESPECÍFICOS</b> <b>O.E.1:</b> Analizar la estabilidad laboral y el despido arbitrario en el Perú y en el derecho comparado <b>O.E.2:</b> Investigar los criterios para fijar la indemnización en la vía civil y su diferencia con la vía laboral (sistema tasado o de tarifario). <b>O.E.3:</b> Considerar el marco jurídico constitucional de los derechos laborales. <b>O.E.4:</b> Registrar sentencias judiciales correspondientes al año 2018 referido a la indemnización por despido arbitrario en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. <b>O.E.5:</b> Proponer la modificación del artículo 38° del Decreto Legislativo N° 728.	A) Vulnera la dignidad del trabajador B) Lesiona la tutela judicial efectiva y la tutela laboral C) Transgrede la buena fe contractual y el principio de continuidad laboral.	<b>V2</b>  Despido arbitrario.	

