



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 38° DEL T.U.O. DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 728; EN LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA IMPROPIA DE SALIDA EN EL PERÚ”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

César Augusto Plasencia Robles

Asesor:

Abog. Javier Arturo Reyes Guerra

Trujillo – Perú

2016

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **César Augusto Plasencia Robles**, denominada:

**“INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 38° DEL T.U.O. DE LA LEY DE
PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL - DECRETO LEGISLATIVO
N° 728; EN LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA IMPROPIA DE SALIDA
EN EL PERÚ”**

Abog. Javier Arturo Reyes Guerra
ASESOR

XXXXXXXXX XXXXXXX XXXXXXXX
**JURADO
PRESIDENTE**

XXXXXXXXX XXXXXXX XXXXXXXX
JURADO

XXXXXXXXX XXXXXXX XXXXXXXX
JURADO

DEDICATORIA

El presente trabajo es dedicado a mi familia, por el apoyo humano incondicional que me brindan en cada día de mi vida, permitiéndome tener paz para poder afrontar los estudios, el trabajo y todos los problemas que se generan fuera de casa.

A mis abuelos por la bendición de tener conmigo a los cuatro y puedan ver como el producto del amor de sus hijos logra terminar un capítulo más en su vida académica.

A Rubí, por toda la paciencia, el amor y entrega; porque me inspira a ser cada día mejor para poder estar a la altura de una gran mujer.

A mis amigos, por las alegrías vividas en esta etapa; por las risas y las tensiones por ayudarme a ser mejor persona, porque las alegrías de los amigos son propias.

Mención especial merece mi madre, pues sin toda la fe que me tuvo, yo en este momento no sería lo poco que soy ahora, ella es el motivo principal de mi vida y el principal impulso para realizar todo lo realizado hasta ahora.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a todas las personas que en pequeña o gran medida apoyaron a la realización de este trabajo.

A mis profesores de derecho laboral por ayudarme a encontrar la vocación en la materia y por todo lo enseñado en el claustro universitario.

A mi asesor Javier Arturo Reyes Guerra, por apoyarnos desde el inicio de la tesis hasta el término de la misma y ser la guía necesaria en todo el arduo recorrido que significo la realización de esta investigación.

A mi padre, por siempre apoyarme y enseñarme a amar el estudio por el derecho laboral, pues de no ser por sus ideas esta investigación no sería posible.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

<u>APROBACIÓN DE LA TESIS</u>	ii
<u>DEDICATORIA</u>	iii
<u>AGRADECIMIENTO</u>	iv
<u>ÍNDICE DE CONTENIDOS</u>	v
<u>ÍNDICE DE TABLAS</u>	viii
<u>ÍNDICE DE FIGURAS</u>	ix
<u>RESUMEN</u>	x
<u>ABSTRACT</u>	xi
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	18
2.1. Antecedentes	18
2.1.1. Nacionales:.....	18
2.1.2. Internacionales:	20
2.2. Bases teóricas.....	22
2.2.1. <i>MARCO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LABORAL</i>	22
2.2.1.1 <i>LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ EN MATERIA LABORAL</i>	22
2.2.1.2 <i>PRINCIPIOS LABORALES</i>	25
2.2.1.2.1 <i>EL PRINCIPIO PROTECTOR</i>	26
2.2.1.2.2. <i>PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHO</i>	27
2.2.1.2.3. <i>PRINCIPIO DE CONTINUIDAD</i>	28
2.2.1.2.4. <i>PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD</i>	29
2.2.1.3 <i>LA TUTELA EN MATERIA LABORAL</i>	31
2.2.1.3.1 <i>TIPO DE TUTELA</i>	31
2.2.1.3.1.1. <i>RESARCITORIA</i>	31
2.2.1.3.1.2. <i>RESTITUTORIA</i>	32
2.2.2. <i>TOPE INDEMNIZATORIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 38° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL</i>	33
2.2.2.1 <i>ARTÍCULO 38° DE LA LPCL</i>	33
2.2.2.1.1 <i>EVOLUCIÓN HISTORICA</i>	33
2.2.2.1.2 <i>ÁMBITO DE APLICACIÓN</i>	35
2.2.2.2. <i>LA INDEMNIZACIÓN</i>	37
2.2.2.2.1. <i>TOPE INDEMNIZATORIO</i>	37
2.2.2.2.2. <i>TIPOS DE INDEMNIZACIÓN</i>	37
2.2.2.2.2.1 <i>INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO</i>	37

2.2.2.2.2.2.	INDEMNIZACIÓN POR RETENCIÓN INDEBIDA DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS Y DAÑO AL EMPLEADOR.....	38
2.2.2.2.2.3.	INDEMNIZACION POR HORAS EXTRAS.....	40
2.2.2.2.2.4.	INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE GOCE DE VACACIONES....	41
2.2.2.2.2.5.	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DERIVADO DE ACTOS DE HOSTILIDAD.....	42
2.2.2.2.2.6.	INDEMNIZACION POR DESPIDO EN EL PERIODO DE PRUEBA.....	44
2.2.2.2.2.7.	INDEMNIZACION PON DAÑOS Y PERJUCIOS.....	45
2.2.2.2.3.	LEGISLACIÓN COMPARADA.....	46
2.2.2.2.3.1.	CHILE.....	46
2.2.2.2.3.2.	ARGENTINA.....	47
2.2.2.2.3.3.	BOLIVIA.....	48
2.2.2.2.3.4.	BRASIL.....	49
2.2.2.2.3.5.	ESPAÑA.....	49
2.2.3.	<i>ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA IMPROPIA DE SALIDA</i>	50
2.2.3.1	PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL.....	50
2.2.3.1.1.	ESTABILIDAD LABORAL.....	51
2.2.3.1.1.1.	ESTABILIDAD LABORAL DE ENTRADA.....	53
2.2.3.1.1.2.	ESTABILIDAD LABORAL DE SALIDA.....	54
2.2.3.2.	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO.....	55
2.2.3.2.1.	DEFINICIÓN.....	55
2.2.3.2.2.	ALCANCES.....	55
2.2.3.3.	DESPIDO EN MATERIA LABORAL.....	55
2.2.3.3.1.	DEFINICIÓN.....	55
2.2.3.3.2.	ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	55
2.2.3.3.3.	CAUSAS DE DESPIDO.....	57
2.2.3.3.3.1.	CAPACIDAD.....	58
2.2.3.3.3.2.	CONDUCTA.....	59
2.2.3.3.4	PROCEDIMIENTO DE DESPIDO.....	61
2.2.3.3.5.	TIPOS DE DESPIDO.....	63
2.2.3.3.5.1.	DESPIDO JUSTIFICADO.....	63
2.2.3.3.5.2.	DESPIDO INJUSTIFICADO.....	63
2.2.3.3.5.3.	DESPIDO INCAUSADO.....	64
2.2.3.3.5.4.	DESPIDO ABUSIVO.....	64
2.2.3.3.5.5.	DESPIDO NULO.....	65.
2.2.3.3.5.6.	DESPIDO FRAUDULENTO.....	66
2.2.3.3.5.7.	DESPIDO INDIRECTO.....	67
2.2.3.3.5.8.	DESPIDO ARBITRARIO POR FALTA DE CRITERIO DE RAZONABILIDAD E INOBSERVANCIA AL DEBIDO PROCESO.....	68
2.2.3.4.	EL DESPIDO ARBITRARIO.....	69
2.2.4.	<i>EVOLUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ DESDE LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N°728</i>	67
2.3.	Hipótesis	69
CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA.....		70

CAPÍTULO 4. RESULTADOS	78
4.1. RESULTADO N° 01: LEGISLACIÓN COMPARADA.....	78
4.2. RESULTADO N° 02: ANÁLISIS DE SENTENCIAS.....	89
4.3. RESULTADO N° 03: ENTREVISTAS.....	103
CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN	125
CONCLUSIONES	145
RECOMENDACIONES	146
REFERENCIAS	147
ANEXOS	153

ÍNDICE DE TABLAS

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	73
TABLA DE LEGISLACIÓN COMPARADA	81
TABLA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS	92
TABLA DE ENTREVISTAS	106
TABLA DE RESULTADO Nº 01	134
TABLA DE RESULTADO Nº 02	141
TABLA DE RESULTADO Nº 03.....	146
MATRIZ DE CONSISTENCIA	157
CUADRO ESTADÍSTICO DEL PRODUCTO BRUTO INTERNO (1994 – 2015).....	162
CUADRO ESTADÍSTICA DE TASA DE ACTIVIDAD (2004-2014).....	163

ÍNDICE DE FIGURAS

GRÁFICO DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	77
GRÁFICO DE ÓRDENES DE INSPECCIÓN.....	158
GRÁFICO DE INSTRUMENTO DE LEGISLACIÓN COMPARADA	159
GRÁFICO DE INSTRUMENTO DE ANÁLISIS DE SENTENCIA	160
GRÁFICO DE INSTRUMENTO DE FICHA DE ENTREVISTA	161

RESUMEN

La indemnización por despido arbitrario, entendida en la doctrina como estabilidad laboral de salida relativa impropia, genera segados debates en lo concerniente al quantum indemnizatorio, pues algunos doctrinarios consideran que este es muy limitado mientras otros tantos consideran que es demasiado proteccionista ante el desamparo del empleador hacia el trabajador.

En aplicación social el debate sigue latente, pues mientras el sector empresarial privado considera que esta indemnización no va acorde con la economía de libre mercado aplicada en la legislación peruana, la masa laboral considera que el resarcimiento por despido arbitrario es insuficiente, de ahí parte motivo por el cual se debate en tribunales la indemnización por diversos tipos de daños de carácter civil en materia laboral, cuando la norma es clara al distinguir ambas figuras, más aun cuando esta señala que la indemnización por despido arbitrario busca cubrir cualquier tipo de daño existente al término de la relación laboral en la cual se cesó al trabajador sin mediar causa justa.

Es por ello que el presente trabajo analiza la afectación causada a los trabajadores, analiza las tendencias legislativas de actualidad en derecho nacional y comparado referente a la estabilidad laboral de salida e indemnización por despido arbitrario de los trabajadores, a fin de proponer la modificación del Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente al tope indemnizatorio.

ABSTRACT

Compensation for unfair dismissal, understood in doctrine and job stability of improper relative output generates mowed discussions with regard to compensatory damages, as some doctrinaire believe that this is very limited while many others believe it is too protectionist to helplessness employer towards the worker.

In social issue of the debate is still latent, because while the private business sector believes that this compensation will not be consistent with the free market economy applied in our country, the labor force considers that compensation for unfair dismissal is insufficient, hence part why which compensation is discussed in court for various types of damage civilian labor kill, when the norm is clear to distinguish both figures, even more so when it states that compensation for unfair dismissal is to cover any existing damage to term of employment in which the worker was stopped without just cause.

That is why this paper analyzes the impact of patients workers, analyzes the legislative trends in selected national and comparative law concerning labor stability output and compensation for arbitrary dismissal of workers, in order to propose the amendment of Art. 38° of the Law of Productivity and Competitiveness in relation to the compensation cap.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La Constitución Política del Perú de 1993, vigente hasta la fecha, regula en su Capítulo II: “De los derechos sociales y económicos”, el derecho del trabajo, a diferencia de su antecesora; y en obediencia a un nuevo modelo económico (Social de Mercado) restringe la potestad de Derecho Fundamental al Derecho del Trabajo y lo relega a la categoría de Derechos Sociales y Económicos, todo con el fin de reactivar la economía; limitando la intervención estatal y permitiendo que los particulares contratar en materia laboral bajo sus propios criterios, generando un régimen liberal, tal como señala Correa (1993). Sin embargo a criterio de Solozabal (1991) el criterio de “fundamentalidad” de los derechos no radica en la “etiqueta” que le asignen los estados, sino en la relación de un derecho cuestionado, determinado, ideológica, teórica e históricamente “con la dignidad y libertad de la persona humana.

En tal sentido, la regulación del derecho del trabajo ha tenido notable influencia emanada de la Constitución en los últimos años, delimitando las responsabilidades y beneficios tanto del empleador como del trabajador en el contexto laboral peruano.

La Constitución Política del Perú de 1993 (Diciembre 29, 1993) señala en el artículo 22° que el trabajo es “un deber y un derecho, y base del bienestar social”. Siguiendo la misma línea de ideas el artículo 27° de la norma hipotética señala que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, otorgándole de este modo al trabajador estabilidad laboral, en virtud del Principio de Continuidad.

A fin de poder delimitar el problema es prioritario comprender que el Principio de continuidad se estableció en virtud de favorecer al trabajador y considera al contrato de trabajo de duración indefinida, haciéndolo resistente a las circunstancias que en el proceso puedan alterar este carácter; es por ello que la Constitución Política del Perú protege la estabilidad laboral (como medio de acción del principio de continuidad) o en su defecto brinda estabilidad laboral de salida para los trabajadores. La estabilidad laboral de entrada y de salida es desarrollada por Ermida (1983), considerando la primera como la garantía jurídica brinda desde el inicio del nexo laboral, la cual asegura al trabajador una estabilidad laboral de entrada una vez superado el periodo de prueba; y la de salida como la Protección frente al término de

la relación laboral, la cual puede darse solo por causales taxativas. Esta a su vez puede ser absoluta o relativa; será absoluta cuando se reponga al trabajador a su puesto de trabajo y relativa cuando se otorguen protecciones distintas al trabajador, tales como indemnización, remuneraciones devengadas, etc. Esta última puede ser a su vez propia o impropia; será propia cuando se declare la nulidad de proceso sin reposición efectiva, y será impropia cuando la protección sea la indemnización; según Toyama (2008) legalmente el sistema que predomina en el Perú como regla general es la estabilidad laboral del salida relativa impropia (indemnización).

Siguiendo esta línea de ideas, la Ley de Competitividad y Productividad Laboral (Marzo 21, 1997) protege al trabajador ante un despido arbitrario del siguiente modo:

Artículo 34º, referente a los derechos del trabajador:

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

El mismo se traslada al artículo 38º para determinar el monto indemnizatorio por despido arbitrario:

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

Ahora bien, una vez desglosado el marco normativo actual, se puede observar que la aplicación de la norma restringe el derecho de los trabajadores pues, al aplicar de la estabilidad laboral de salida relativa impropia, esta no puede ser ejecutada completamente por la existencia del tope indemnizatorio, el cual limita el monto indemnizatorio a un máximo de ocho años de tiempo de servicio, confinando la exigibilidad de una mayor indemnización a trabajadores que duplican o hasta triplican el tiempo de servicio.

Adicional a la limitada indemnización por despido arbitrario los trabajadores los trabajadores recurren a diversas formas de obtener una indemnización mucho más adecuada y coherente con la afectación causada por lo cual es muy común demandar indemnización por diversos tipos de daño, lo cual genera incertidumbre tanto en los trabajadores como en los empleadores puesto que los criterios del fallo se regulen por las circunstancias que acompañan al despido en cada caso en concreto, a su vez que esta no es la vía idónea para sustentar ese pedido puesto que la norma señala que la única reparación por el daño sufrido es la indemnización; por ello un incremento en el tope indemnizatorio estaría justificado en la inclusión de la figura de los diversos tipos de daño dentro de lo establecido en la norma, a fin de generar certeza sobre los fallos referentes a esta materia.

Finalmente, el problema cobra mayor relevancia al comprobarse la cantidad de trabajadores despedidos de manera arbitraria, según lo señala el propio Ministerio de Trabajo en su Anuario del 2015¹, donde suman un total de ocho mil quinientos setenta y cuatro trabajadores despedidos arbitrariamente, calculado en base a las actas de inspección de verificación de despido emitidas por las inspectores de trabajo de la Superintendencia Laboral de Fiscalización Laboral y del Ministerio de Trabajo.

Respecto al último punto, se basa la problemática del presente proyecto, pues la indemnización como tal, busca ser un subsidio ante un eventual desamparo laboral sufrido por el trabajador, tomando como base la realidad actual del mercado laboral y la naturaleza de los contratos laborales, siendo estos en su mayoría temporales, se buscó un tope indemnizatorio proporcional que permita proteger a la mayoría de trabajadores.

El problema a colación es palpable puesto que el legislador no tomo en cuenta al establecer el tope indemnizatorio masa laboral que supera el record de ocho años de servicio, generando así una restricción al exigir el total del monto indemnizatorio por todo el record laboral del trabajador; con lo cual tanto los trabajadores como el poder judicial buscan generar el aumento de esa indemnización con figuras como la de los daños y perjuicios en materia civil.

¹ Ver ANEXO N° 02

Finalmente no solo la presente investigación advierte los problemas que genera la limitación de la norma puesto el ministro del trabajo, Alfonso Grados, dentro de las medidas laborales que se aplicaran dentro de los cien primeros días se mostró a favor de incrementar la indemnización por despido arbitrario por considerar que el mismo es *arbitrario y reducido*, a cambio de evitar la reposición del trabajador, conforme lo declaró a Reyes (12 de agosto de 2016) para el diario Gestión.

Por tal motivo, la presente investigación está orientada a implementar modificación del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en busca de la desaparición del límite indemnizatorio a fin de no perjudicar la estabilidad laboral de salida relativa impropia (tutela resarcitoria a través de la indemnización por despido arbitrario) de los trabajadores que han laborado por más de ocho años en una empresa del sector privado.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera el tope indemnizatorio contenido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral incide en la estabilidad laboral relativa impropia de salida de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio en el Perú?

1.3. Justificación

El presente trabajo se justifica teóricamente en la existencia de una norma limitativa (artículo 38° de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral) la cual detalla el alcance máximo de la protección que perjudica la completa exigibilidad de la estabilidad laboral relativa impropia, entendida como la indemnización por despido arbitrario, con lo cual se vería mermado el acceso a una total reparación pecuniaria tomando en cuenta todos sus años de servicio, al respecto la investigación ayuda en la ampliación del concepto jurídico y el alcance de la misma al ofrecer una óptica distinta a la planteada en la legislación peruana, logrando así desarrollar un nuevo concepto sobre la tratativa de este derecho laboral y finalmente servir como bases para generar y/o ampliar nuevos estudios sobre la materia en la medida que puede servir de inspiración para nuevas ideas, hipótesis o problemáticas.

Obedece a una naturaleza metodológica, en la medida que la investigación ayudara a complementar los conceptos trabajados en la misma, así como puede servir como

base para establecer mejores formas de investigar las variables planteadas, sirviendo de esta manera para la perfección del concepto planteado por la legislación de la figura jurídica de la indemnización por despido arbitrario y los límites de su alcance.

Finalmente la investigación tiene una utilidad social en la medida que resulta útil para la colectividad la correcta protección de sus derechos, en el caso específico de la investigación planteada los resultados de la investigación beneficiara a los trabajadores afectados por el limite indemnizatorio establecido por la norma , de modo que estos recibirían una indemnización completa por todo el record laboral de servicio, finalmente la investigación alcanza toda la legislación nacional en materia laboral pues se discute una figura jurídica que está regulada en la norma principal de trabajo, siendo finalmente esta la que se aplica territorialmente en toda la nación, por lo cual el desarrollo de esta investigación tendrá una repercusión en benéfico de todos los trabajadores peruanos.

1.4. Limitaciones

El presente proyecto presenta limitaciones de carácter interno como la escasa bibliografía a disposición del investigador en la ciudad que se desarrolla la investigación, por ello se recurrió a bibliografía tanto nacional como internacional a fin de superar estas restricciones; bajo el mismo tenor la escasa cantidad de especialistas en la materia, en el territorio donde se desarrolla el proceso investigativo, respecto al tema a tratar se presenta como limitación en la presente investigación, no obstante ello se realizaron las diligencias necesarias para hacer llegar las inquietudes del investigador a los especialistas en la materia fin de obtener la opinión académica sobre el tema investigación.

De igual manera se observan limitaciones de carácter externo tales como el acceso a los expedientes que son materia de estudio y parte sustancial de la investigación; dichas limitaciones pueden obedecer a la falta de voluntad del juzgado para facilitar los expedientes, pues el investigador no labora en dicho juzgado, o en su defecto un criterio a tomar en cuenta sería una hipotética huelga en el poder judicial lo cual impediría el acceso de dichos expedientes, no obstante ello el investigador uso las herramientas adecuadas del proceso de investigación y toma de muestra para poder llevar a cabo de manera exitosa la investigación ; de igual forma el manejo de información estadística de relevancia para la investigación resulta de difícil acceso para el investigador en la medida que es información privada de las diversas

empresas, no obstante ello el investigados uso los instrumentos metodológicos adecuados para poder realizar la investigación y poder definir sus alcances.

Sin embargo, no obstante las limitaciones observadas, tanto internas como externas, la presente investigación se llevó a cabo lográndose desarrollar todos los objetivos planteados determinado el alcance de la problemática y la afectación que esta causa, servirá como apoyo para investigaciones posteriores referentes al tema traído a colación.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar de qué manera el tope indemnizatorio contenido en el *artículo 38°* de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide en la estabilidad relativa impropia de salida de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio.

1.5.2. Objetivos específicos

- 1.5.2.1. Analizar la tratativa frente al despido arbitrario y la estabilidad laboral de salida relativa en derecho nacional y legislación comparada.
- 1.5.2.2. Determinar la afectación causada a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral.
- 1.5.2.3. Analizar la redacción del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente al tope indemnizatorio.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Nacionales:

- (1) En el artículo titulado: “El derecho a una indemnización integral del trabajador” de Ramírez (2009), publicado por la Revista jurídica de Perú señala la vital importancia del reconocimiento integral del monto indemnizatorio por despido arbitrario en materia laboral puesto que el derecho de trabajo no puede ser huidizo, porque de hacerlo o de desconocerlo, implicaría la renuncia a defender la dignidad de quien trabaja para otro y de desconocer los derechos fundamentales, principios elementales de toda sociedad democrática; siendo lo más grave aún que se reconocería a los trabajadores sólo como instrumentos de producción con fines lucrativos, dejando de lado su desarrollo personal, concibiendo al trabajador como commodities.

De esta forma el autor desarrolla la idea de un pago integral al trabajador por todo el tiempo de servicio, que no solo alcance a los beneficios sociales (entiéndase gratificación, vacaciones, compensación por tiempo de servicio, utilidades, etc.) sino de todo monto de carácter pecuniario y no pecuniario que le sean inherentes por derecho al trabajador, en esta figura entraría a tallar la indemnización por despido arbitrario, siendo así el trabajador tendría derecho aun indemnización integral por todo el record de servicio trabajado dejando de lado el límite establecido por la norma que no logra cubrir todo el tiempo de servicio de los trabajadores una vez que estos exceden los ocho años de labores, finalmente el autor considera que la indemnización integral contribuiría a reivindicar la figura del trabajador y su valor como persona en la sociedad, no solo como un mero valor de su productividad en la empresa.

El antecedente contribuye de esta manera a reforzar la idea de una indemnización integral en todos los derechos laborales del trabajador, entre ellos la indemnización por despido arbitrario, y en consecuencia la extinción o graduación del tope indemnizatorio establecido por la legislación nacional tal como se desarrolla en la presente investigación.

(2) En el artículo titulado: “Una sentencia del TC para seguir creyendo” de Monroy (2010) publicado por la Librería Comunitas en el libro: Para “mi otro corazón”, el autor detalla que el monto indemnizatorio comprendido por despido arbitrario debe ir más allá que lo meramente patrimonial, en la medida que al despedirse a un trabajador no solo se le está generando una afectación patrimonial, sino también esta se extiende en el tiempo (y en espacio) puesto que al ser el único sustento económico para la familia, no solo se deja en desamparo al trabajador sino a toda su carga familiar en la medida que dejan de percibir un sustento económico fijo, afectando no solo su realidad inmediata sino la realidad futura de sus hijos.

Al respecto el profesor Monroy no detalla un análisis técnico de la indemnización por despido arbitrario como figura jurídica, sino más bien desarrolla el impacto social en el tiempo y el espacio para los trabajadores cuyo empleador los ha cesado de manera arbitraria, se enumera los diversos perjuicios a los que es sujeto el trabajador al ser cesado injustamente, no solo el daño emocional que se genera en un primer momento si no que este llega alcanzar y comprometer en el futuro a quienes de él dependen (entisase como hijos, esposa, etc.) al dejar a la familia sin un ingreso fijo para costear la canasta familiar ni como cubrir las necesidades básicas de la familia, así como la educación de sus hijos. Resaltando de esta manera, no solo la importancia teórica de una indemnización por todo el record de servicio sino también la utilidad social al señalar que el alcance patrimonial es insuficiente en estos casos por toda la afectación que se causa al trabajador y en la persona de él a sus familiares.

Por ello el presente artículo refuerza la idea expuesta en la presente investigación en lo referente a la indemnización total por los años de servicio prestado por el trabajador, en la medida que el alcance patrimonial establecido por la norma resulta insuficiente en comparación a todos los derechos conculcados y todo el daño causado que se generó al trabajador a los que de él dependen.

2.1.2. Internacionales:

(1) En el capítulo titulado: “El despido, la injuria” Armado (2003), publicado por Nova Tesis en el libro denominado Régimen Indemnizatorio en el contrato de trabajo, el autor desarrolla el alcance de la estabilidad laboral el trabajador como figura jurídica del derecho y garantía laboral , dividiéndola en estabilidad laboral de entrada y estabilidad laboral de salida siendo la última de relevante importancia para el tema a desarrollar, exponiendo que se entiende por estabilidad laboral de salida, el monto indemnizatorio otorgado por el empleador al culminar el vínculo laboral y al cual se llega por acuerdo colectivo, este comprende el monto mensual determinado por la remuneración más alta multiplicada por todos los años de servicios en la empresa, cubriendo de esta manera el total del record laboral del trabajador.

Al respecto resulta de vital importancia las ideas plasmadas por el autor pues permite conocer la tratativa de la estabilidad laboral de salida en la legislación argentina, la cual a diferencia de la peruana es mucho más tuitiva y otorga al trabajador una indemnización integral, que no está limitada en ningún sentido por la norma y no se determina en base a la última remuneración (caso que si es aplicable en la legislación peruana) sino más bien por acuerdos colectivo y tomado en cuenta la remuneración más alta; de esta manera se detalla que la indemnización se delimita por el acuerdo de las partes en una negociación y no bajo el límite establecido en una norma.

Dicho antecedente refuerza la idea planteada en la presente tesis respecto al reconocimiento integral del monto indemnizatorio por despido arbitrario, en la medida que se reconoce el desenvolvimiento del trabajador en la empresa, no solo en el desarrollo de sus labores, sino también en lo que respecta a la negociación y reconocimiento de sus derechos, los cuales no pueden ser limitado por la legislación, sino nacen del acuerdo de las partes interesadas, el empleador, que resguarda los intereses de la empresa; y el trabajador quien es el llamado a conocer, proteger y exigir sus derechos laborales; finalmente el antecedente ayuda a entender la necesidad de plantear una indemnización más elevada al trabajador en caso de despido justo, tomando en cuenta sumas alta remuneración y el record total de servicio a su empleador, con la finalidad de establecer un parámetro mayor de protección y reconocimiento de la estabilidad laboral de salida como derecho inherente al trabajador.

(2) En el capítulo titulado: “Contrato de Trabajo y las Indemnizaciones” Fernández (2004), publicado por Nova Tesis en el libro denominado Derecho Laboral, señala la existencia de la indemnización por antigüedad la cual nace ante la inminente realidad laboral y legal de la sociedad argentina, dicha indemnización se desarrolla bajo la idea doctrinal de la estabilidad impropia, en la cual no asegura la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo de manera permanente y solo ser removido del mismo por causa justa de despido; sin embargo le otorga una indemnización al momento de ser cesado, la cual es comprendida por una remuneración mínima vital multiplicada por todos los años al servicio de la empresa, logrando de esta manera una protección al trabajador que se ha visto cesado de sus funciones de manera abrupta, otorgándole un subsidio económico hasta encontrar un nuevo empleo.

Al respecto, es importante lo desarrollado por el autor en la medida que especifica la tratativa del despido en un sistema jurídico parecido al peruano, y específicamente en materia laboral, desarrollan de aplicación primigenia la figura de la estabilidad laboral de salida relativa (indemnización), dejando de la lado la estabilidad laboral de salida absoluta (reposición), siendo este el mismo sistema que se aplica en la legislación peruana, con la diferencia que el sistema jurídico peruano establece una indemnización limitada en caso de cese, comprendida como compensación por tiempo de servicios, o despido arbitrario, que comprende la indemnización, siendo esta última la aplicada principalmente en caso de despido injusto, la cual resulta insuficiente para cierto sector laboral en la medida que establece una limitación a nivel legislativo, que una vez alcanzado el mismo no puede ser exigido en mayor medida.

El antecedente demuestra la tratativa internacional que se le da a la estabilidad laboral de salida y que comulgan con la idea desarrollada en esta investigación, en la medida que se otorga una indemnización mucho más elevada por las circunstancias legales que envisten al derecho laboral, específicamente en la tratativa que se da a la estabilidad laboral de salida y a la indemnización por despido arbitrario, con lo cual se refuerza la idea del reconocimiento integral de la remuneración.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LABORAL

2.2.1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ EN MATERIA LABORAL

La constitución como norma de la que emana todo el ordenamiento jurídico de una nación y regula el comportamiento de sus soberanos en territorio patrio es definido por Kelsen (1881/trad. 2008), desde un punto de vista material y formal; en sentido material, está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes que a su vez regulan tres preceptos principales de cualquier estado: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal; y en el sentido formal es el documento legal supremo que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales.

En este sentido, se puede entender desde cualquier óptica que la constitución es la norma máxima de cualquier estado, la cual solo puede ser modificada siguiendo un procedimiento especial distinto al de las normas ordinarias.

En tal forma, el tratamiento constitucional que se le da al Derecho Laboral resulta importante para entender la protección que tiene el trabajador en un marco constitucional, de esta forma, la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) en el artículo 27° señala que la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario.

Siendo así, según el análisis de Neves (2015) se puede disgregar este precepto constitucional desde tres aristas “la ley”, “adecuada protección” y “despido arbitrario”. Respecto al primero desarrolla la idea que de acuerdo al mandato constitucional el derecho podrá ser jurisdiccionalmente exigido solo bajo existencia de una ley la cual haga obligatoria su cumplimiento en sociedad; en la segunda arista, establece que la adecuada protección a la que refiere la constitución es delegada al legislador, en este sentido se observan dos tipos de tutelas (resarcitoria o repertoria) traducida en la vía jurisdiccional como reposición o indemnización siendo esta ultima la de aplicación preferente en la legislación peruana; por ultimo en lo referente al último acápite define al despido como el término de la relación laboral de manera unilateral por parte del empleador y el mismo se torna arbitrario cuando se realiza sin causa justa.

Así pues, es de notar que la evolución constitucional en materia laboral, en específico, respecto a la estabilidad laboral ha tenido una tendencia a la

flexibilización, en la medida que su antecesora colocaba la materia en una posición expectante como derecho fundamental y reconocía una protección absoluta, distinta a la actual que coloca al Derecho del Trabajo como un derecho social económico y reivindica a la tutela resarcitoria como eje principal de la estabilidad laboral de salida dejando de lado la protección absoluta.

Ahora bien, la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) detalla en el artículo 22° que el trabajo es un deber y un derecho, es base del bienestar social y un medio de realización de la persona, bajo este precepto se entiende la labor fundamental que desarrolla el Trabajo en el desarrollo de la persona y su fin social fundamental para el estado, siendo así el estado garantiza su protección y lo considera de importancia primaria para su tutela, para Toyama (2015) el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible comprendido por el acceso (principio de primacía de la realidad), desarrollo (promoción o ascenso) y extinción (la protección frente a despidos sin expresión; pues todas estas etapas están comprendidas dentro del contenido del contrato laboral de causa), en este sentido la protección que alcanza la constitución es completa en la medida que en ninguna etapa de la relación laboral el trabajador esta desprotegido ante la voluntad del empleador.

No obstante estar desarrollado en el capítulo de derechos sociales económicos, tal cual es señalado en el artículo 23° de Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) al detallar que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, pues la labor fundamental del mismo es progreso social y económico, todo ello mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; en este sentido Huamán (2015) desarrolla dos ideas importantes en cuanto al artículo en mención, al señalar en primer lugar que se detalla la protección al trabajo incluye tanto a trabajadores dependiente como independientes, en la medida que en la actualidad los trabajadores independientes reciben un trato de las empresas clientes similares a las del nexo laboral establecido entre el empleador y el trabajador, en este sentido el trabajador independiente a igual que el asalariado es sujeto a la protección subjetiva del estado; en segundo término a razón del autor el presente artículo es la manifestación del principio protector, pues se detalla en la norma de manera implícita la protección o amparo preferente a una de las partes del nexo laboral, el trabajador.

Asimismo señala la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) en el artículo 24° que todo trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual, el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador, así rotula la carta magna la fundamental importancia que tiene la remuneración y los beneficios sociales para todos los empleadores, asumiendo un lugar primigenio en busca de garantizar una remuneración justa para los trabajadores; a razón de Toyama (2015) la remuneración como elemento fundamental del nexo laboral no solo es de importancia para el empleador y el trabajador en la medida que el contrato trabajo es un negocio jurídico oneroso en la que el empleador debe abonar una retribución al trabajador por los servicios prestados, siendo de esta manera esencial para la existencia de un vínculo laboral; sin embargo también guarda vital importancia para la legislación en el medida que fija un marco legal en la que esta se desarrolle, estableciendo un límite mínimo y señalándola como prioridad sobre otros adeudos del empleador.

De igual forma detalla el artículo 26° de la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) que los principios prioritarios del trabajo son de igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, así pues se interpreta que el resto de principios laborales no detallados en dicho artículo se encuentran subsumidos de manera implícita en los artículos restantes; la norma detalla de manera principal estos principios sin excluir a los restantes de la protección y reconocimiento constitucional, en la medida que son desarrollados por la legislación o por la propia constitución de manera implícita o explícita.

Con ello se entiende que la constitución busca proteger y reconocer a los principios del derecho laboral como base tutiva y protectora de los trabajadores y a su vez delimita los alcances de la potestad del empleador, al establecerle un límite entre lo que se puede reconocer a los trabajador en contraposición sobre lo que debe reconocer de acuerdo a ley, siendo así resulta vital el detalle y la importancia de la mención de los principios del derecho laboral en el marco constitucional, para luego ser desarrollado más a detalle las normas concernientes en materia laboral, y así el derecho laboral estar presente en todo el marco legal

nacional, desde la constitución, hasta las normas rango inferior, tales como leyes, decretos supremos, etc.

2.2.1.2. PRINCIPIOS LABORALES

Los principios son fuente de derecho, empleadas en caso de incertidumbre o contracción en las normas, tal como lo define Bobbio (1997) en ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanados de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria de su total ordenamiento jurídico, se puede entender la necesidad de los principios en materia jurídica como directrices del derecho.

De igual forma para el derecho del trabajo sus principios sirven como directrices de la relación empleado – empleador en materia laboral, en este sentido, se utilizan los principios del derecho del trabajo con la finalidad de establecer lineamientos para los cuerpos normativos que regulan en materia laboral y lograr un contrapeso en la relación contractual entre ambas partes.

Siendo así Plá Rodríguez (1978) señala a los principios laborales como líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho, a su vez los sindicados como, líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.

Se entiende de esta manera la importancia trascendental de los principios del derecho del trabajo para su aplicación social, en tal sentido Podetti (1997) detalla la triple función de los principios del derecho del trabajo: legislativa, normativa e interpretativa. En primer lugar, “es legislativa pues infunda en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio, otorgándole una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquéllas” (Pag. 144), de este modo cada una de las normas emitidas por el legislador está inspirada en los principios fundamentales del derecho del trabajo y van a servir para salvaguardar las garantías laborales de los trabajadores; como segundo punto “es normativa como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley, función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional” (Pag. 144). en tal sentido enviste de autoridad al principio pues este será aplicada ante

la ausencia de una norma, a fin que el derecho y quien lo exige no queden desamparados ante un vacío normativo; finalmente es interpretativa cuando “debe efectuarse la operación lógica-valorativa del alcance de las normas aplicables, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio” (Pag. 144), de este modo los principios se valoraran razonablemente para aplicarse en cada caso en concreto con la finalidad de usar el más idóneo cuando cada situación lo amerite.

2.2.1.2.1 EL PRINCIPIO PROTECTOR

El derecho del trabajo nace bajo la intención de proteger al trabajador y el principio protector es la prueba fundamental de ello, pues de él emana los preceptos generales más influyentes de la legislación laboral, siendo así este principio busca asegurar una tutela preferencial para los trabajadores a fin de nivelar las desigualdades entre el empleado y el empleador, así pues, el estado no pudo ser ajeno a los principios del derecho del trabajo y los plasmo de manera implícita en constitución, Toyama (2008) señala en la vigente constitución como en su antecesora se encuentra desarrollado el cuerpo constitucional el principio protector. En la Constitución Política del Perú de 1979 (Julio 12, 1979) se encuentra detallado en una de sus manifestaciones, el *indubio pro operario*, el cual esta desarrollada en el artículo 57° el cual prevé en su parte *infine* que en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador, en este sentido el estado reconoce de manera constitucional el principio protector; de igual modo la Constitución vigente en el artículo 26° inc. 3 detalla que siempre se aplicara la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Ahora bien del principio protector se manifiesta de las siguientes formas: *in dubio pro operario*, siendo este el criterio que debe usar el juzgador o interprete al elegir entre diversos sentidos posibles de la norma, siempre se debe elegir el que resulte más favorable al trabajador, norma más favorable determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que corresponda de acuerdo a la jerarquía tradicional de las normas; y finalmente la condición más beneficiosa por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

2.2.1.2.2 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHO

El principio de irrenunciabilidad de derechos busca establecer una protección a los derechos adquiridos por los trabajadores con la finalidad de que ellos por presión de su empleador no cedan algunos beneficios otorgados por ley, conseguidos bajo negociaciones colectivas u obtenidas al suscribir el contrato, se busca de esta manera no solo equilibrar las desigualdades que existen entre el trabajador y el empleador.

Siguiendo esta línea de ideas resulta correcto señalar lo detallado por Pla Rodríguez (1998), pues este considera a este principio como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”, sobre el particular, se entiende que busca proteger el sistema jurídico derechos y beneficios laborales de las afectaciones que puedan ser causadas por el propio trabajador.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Laboral N° 10712-2014-Lima., establece los alcances de este principio, señalando que, los derechos cuyo origen es una ley o norma jurídica estatal, con prescindencia de su jerarquía, son irrenunciables (exceptuando los pactos de reducción de remuneraciones que se realicen conforme a las reglas de la Ley N° 9463); por otro lado, los derechos cuyo origen sea el convenio colectivo o el laudo arbitral que resuelve la negociación colectiva, son irrenunciables para cada trabajador actuando individualmente; sólo pueden disponer de ellos la organización sindical que los negoció; finalmente, los derechos cuyo origen sea el contrato individual de trabajo o aquellos que el empleador otorgue por decisión unilateral, sí pueden ser objeto de renuncia por el trabajador actuando individualmente.

De esta manera se establece que los únicos derechos disponibles de los trabajadores son los que se otorgan en el contrato individual de trabajo o lo otorgados por el empleador; más allá de ello todos los derechos laborales son indisponibles.

De igual forma es correcto resaltar el estrecho vínculo que existe entre el principio protector y el de irrenunciabilidad de derechos, a respecto Vázquez (1982) señala que la irrenunciabilidad sería así una proyección o una prolongación del principio protector; puesto que si los derechos laborales pudieran ser sujeto de abdicaciones, eso no tendrían mayor sentido, en la medida que el trabajador quedaría huérfano de protección.

Siguiendo esta línea de ideas se puede entender que ambos principios se complementan y se tornan más eficientes entre ellos, con la finalidad de proteger al trabajador llegando a limitar incluso la autonomía del mismo.

2.2.1.2.3 PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

La continuidad laboral como principio del derecho del trabajo es mencionada en la legislación laboral peruana en diversos cuerpos normativos, partiendo desde la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) en el artículo 23° señala que la constitución brinda adecuada protección contra el despido arbitrario, así se manifiesta el principio de continuidad laboral en su forma de estabilidad laboral de salida relativa. De igual modo el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) establece en el artículo 10°, que el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario, de esta forma se manifiesta el principio de continuidad en su forma de estabilidad laboral de entrada, al detallar que luego del periodo de prueba el trabajador obtiene estabilidad laboral, de igual forma el artículo 34° detalla que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido, de esta forma la norma general de trabajo en la legislación peruana establece que el trabajador es indemnizado como única reparación por el daño sufrido, manifestándose de esta manera el principio de continuidad bajo la forma estabilidad laboral de salida. Adicionalmente Ley N° 28806 (Julio 22, 2006) que regula la actividad inspectiva establece en el inciso f del artículo 26° los servidores públicos con funciones inspectivas, tienen garantizada su estabilidad en el empleo; en este sentido se detalla que el principio de continuidad se pronuncia en reiteradas oportunidades en la legislación peruana manifestado en la estabilidad laboral sea esta de entrada o de salida.

Por ultimo no solo la legislación regula y delimita los alcances del principio de continuidad, la Casación N° 960-2006-Lima, define al principio de continuidad de la siguiente manera:

“en virtud de la cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado

a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si esta nunca hubiese interrumpido, determinada no solo por el derecho del trabajador al ser reincorporado al empleo, sino también a que se le reconozcan todos aquellos derechos con contenido económico, cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación”

Se entiende entonces al principio de continuidad laboral como aquel que busca generar una tendencia de estabilidad laboral en los trabajadores, teniendo función motivadora tanto en el empleado como en el empleador, para el primero de ellos de manera positiva, pues busca detallar establecer un clima laboral libre de tensiones al no tener que estar preocupándose por la permanencia en su puesto de trabajo y en virtud de ello ser más productivos y útiles para sus empleadores; para el segundo sirve como como una medida disuasiva para el empleador, en la medida que al despedir un trabajador estable, este al ser repuesto será reconocido con la totalidad de sus beneficios sociales y remuneraciones dejadas de percibir.

2.2.1.2.4 PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

La primacía de la realidad como principio del derecho del trabajo, ha sido tomado en consideración por el legislador en el cuerpo normativo nacional, de esta forma se puede encontrar menciones específicas del mismo en la Ley N° 28806 (Julio 22, 2006), ley que regula la inspección laboral, en el artículo segundo del título primero, se establecen los principios en los que se basa el inspector de trabajo al realizar las actividades inspectivas, siendo así el inciso segundo de dicho artículo establece que caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiar se los hechos constatados. En tal sentido, resulta de vital importancia para el legislador que en desarrollo de las labores inspectivas se tome mayor importancia a los hechos reflejados, en la medida que los empleadores podrían ocultar verdaderas

relaciones de trabajo (investidas de subordinación, remuneración y contraprestación) como simples relaciones civiles, a fin de reducir costos laborales y no reconocer todos los derechos de los que el trabajador está investido, de otra forma, también serviría para ocultar labores permanentes bajo contratos modales cuando la naturaleza de la propia función exige la existencia de un contrato a plazo indeterminado.

Así las cosas, se entiende por principio de primacía de la realidad, lo que establece el profesor Plá Rodríguez (1998) significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a la primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, buscando con ello proteger a los trabajadores de los posibles abusos de sus empleador al no reconocerle parcial o totalmente sus derechos laborales.

Es así que el principio cobra vital importancia en su aplicación pues al ser empleado en el sistema jurídico peruano tanto por autoridades administrativas (inspectores de trabajo) y judiciales (jueces) permiten un correcto marco de protección al trabajador en la vía judicial y extrajudicial al constatar en primera instancia la existencia de un vínculo no reconocido que luego podrá ser exigido en la vía judicial, de esta forma ofrece a su vez una motivación adecuada para el empleador en busca que reconozca los derechos de sus trabajadores, puesto que de no ser así recibirá una sanción administrativa (traducida en multas) y una sanción judicial (tal como el pago de los beneficios sociales de sus trabajadores).

Así pues, el principio no solo es detallado de manera implícita en la legislación peruana sino también la menciona explícitamente el tribunal constitucional, en el Expediente N° 3710-2005-PA/TC (Fundamento N° 4), el máximo intérprete de la constitución, al señalar que el principio de primacía de la realidad es un principio implícito en el ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

De esta forma se logra delimitar en todo el marco jurídico y administrativo, no solo en cuanto a la función y la utilidad del principio sino también a la definición y alcances que de esta devienen en busca de tutelar los derechos laborales de los trabajadores.

2.2.1.3. LA TUTELA EN MATERIA LABORAL

La real academia española define a la tutela como dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra; en términos jurídicos la tutela sería entendida como una figura del derecho civil donde se le encarga u otorga a una persona poder de dirección sobre otra para ampararla y/o defenderla; pero, en abstracto se entiende al termino tutela jurídica a la protección que se brinda el estado a sus soberanos dentro de un marco jurídico constitucional.

Así las cosas se entiende que en la rama del Derecho Laboral se busca tutelar los derechos laborales de las personas, a fin que estas no seas afectada de alguna medida abusiva de sus empleadores.

Al respecto, para el caso específico del despido arbitrario, existen dos tipos de tutela, resarcitoria y restitutoria.

Existe marcada diferencia en este tipo de tutelas pues mientras la primera reivindica de manera categórica al derecho afectado, la segunda solo restituye hasta un límite establecido por la norma la afectación causada los derechos laborales.

2.2.1.3.1 TIPO DE TUTELA:

2.2.1.3.1.1 RESARCITORIA:

Entendida como la indemnización por despido arbitrario en la medida que resarce un daño y realizado y no lo restituye hasta el momento antes que se afecte el derecho.

En este sentido la tutela resarcitoria es materia de análisis por la constitución y la legislación peruana, desde el marco constitucional la tutela resarcitoria está comprendida en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) el cual señala que la legislación brinda adecuada protección contra el despido arbitrario. Por su parte la norma laboral menciona a la misma el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) al señalar

...Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente...

De esta forma ambas normas detallan que la protección que brinda el estado peruano frente al despido arbitrario es la indemnización, la cual tiene un tope especificado en el artículo 38°, siendo así que para la legislación peruana la tutela resarcitoria se usa de manera residual en caso de despido nulo.

2.2.1.3.1.2 RESTITUTORIA:

Entendida como la reposición al puesto de trabajo en la medida que se restituye el bien jurídico afectado (trabajo) por una acción arbitraria (despido), con la finalidad de salvaguardar los derechos laborales de las personas.

En materia legislativa la tutela resarcitoria queda relegada a un segundo plano, pues esta se utiliza solo en caso de despido nulo, para los demás tipos de despido arbitrario opera la indemnización.

Según lo detalla la parte de *in fine* del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

No obstante ello el convenio internacional de la Organización Internacional de Trabajo le da un trato preferente según detalla en el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 158 (Organización Mundial de Trabajo [OIT] 1982), el artículo 10° hace mención de lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Otorgándole al trabajador de manera preferente la restitución a su puesto de trabajo y quedando como medida accesorias la indemnización por despido arbitrario.

De lo establecido, se entiende que es política nacional en materia laboral aplicar la tutela resarcitoria (traducida en indemnización) en los casos de despido arbitrario, siendo aplicable solo la tutela preparatoria (restitución) en casos excepcionales; caso contrario al que establecen los convenios

internacionales, donde se da preferencia a la tutela resarcitoria (reposición) en caso de despido arbitrario.

2.2.2. TOPE INDEMNIZATORIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 38° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.

2.2.2.1. ARTÍCULO 38° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

2.2.2.1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

Mediante Ley N° 4916 Ley que modifica el artículo N° 296 del Código de Comercio (Enero 28, 1924).se estableció ciertos criterios para el cese de labores de los trabajadores en su centro de labores: “un preaviso de 90 días para el despido de los empleados particulares, un preaviso de 40 días para la renuncia del empleado y una indemnización compensatoria en caso de despido injustificado”, siendo esta la primera medida positivada de protección contra el despido arbitrario. La norma fue dirigida, sin embargo las disposiciones de esta regulación solo estaban dirigidas a empleadores, según señala Avalos (2012, 17 de noviembre).

Posteriormente la Constitución Política del Perú de 1979 (Julio 12, 1979), desarrolla con mayor detalle los derechos laborales de los trabajadores, entre ellos la estabilidad laboral y por extensión la adecuada protección contra el despido arbitrario siendo el postulado de aquella constitución la reposición del trabajador que fue despedido injustamente.

El panorama cambio en la década de los noventa con la entrada del presidente Fujimori a inicios de los noventa se buscaba reactivar una economía resentida por el primer gobierno de Alan García, y en aras de incentivar la inversión privada y promover una economía de libre mercado se dio origen a una de las páginas más oscuras en materia de derecho laboral con la promulgación del Decreto Legislativo N° 674. Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del estado. (Marzo 21, 1997) que da inicio al proceso de privatización de las empresas, produciéndose con ello los despidos masivos de los trabajadores.

Sin embargo, no es hasta el año 1991 en que se produce un gran cambio en el Perú, pues precisamente en ese año el presidente Alberto Fujimori implantó una política de flexibilización laboral cuyo origen tuvo un sustento interesante,

buscando mayor apertura del mercado laboral, en síntesis, que más personas cuenten con un empleo, aunque sea de manera temporal, y que los empresarios tengan mayores facilidades para la contratación y despido de trabajadores.

Así, la deslaborización empezó a materializarse con la publicado el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) denominado “Ley de Fomento del Empleo”, norma que tenía como premisa flexibilizar todo el marco normativo laboral a efectos de promover la productividad y la competitividad laboral, entre una de las grandes novedades de la norma se encontraba la indemnización como protección contra el despido arbitrario.

A la par la Constitución Política del Perú de 1993 (Diciembre 29, 1993) continúa la senda de la flexibilización laboral otorgando una relativa protección contra el despido arbitrario, como lo señala el artículo 27° de la misma “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, apartándose así de lo estipula por su antecesora pues, en la actualidad la indemnización es regla y la reposición excepción.

Por lo establecido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú empieza a implementarse un modelo de protección indemnizatorio pues el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997), para tratar de ser concordante la Constitución vigente, estableció que en los casos de flagrante vulneración de derechos fundamentales, llámese: libertad sindical, igualdad y debido proceso, (despido nulo) debía otorgarse una protección restitutoria; sin embargo, en los casos en que se despida a un trabajador sin tal vulneración flagrante (despido arbitrario) se podía optar tanto por la reposición como por la indemnización, quedando a criterio judicial la toma de la decisión.

Finalmente el panorama legal actual establece de acuerdo a lo estipulado en el Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Marzo 21, 1997) en el artículo 38°: “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones...”, estableciendo, un límite indemnizatorio de ocho años de servicio, generando inequidad en cuanto a los trabajadores que superan dicho record laboral, no obstante ello, resulta anecdótico resaltar que históricamente se mantiene el tope

indemnizatorio de doce remuneraciones, establecido en un primer momento por Ley N° 4916 como se mencionó *up supra*, hoy legado al Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997), con la salvedad que este último otorga el máximo del quantum indemnizatorio a los ocho años, generando marcadas diferencias con su antecesora que lo hacía recién a los treinta años, tal parece que se busca llegar al máximo indemnizatorio de la manera más pronta posible.

2.2.2.1.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN:

En la actualidad la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997), y en específico, el artículo 38° es aplicado en los procesos de Indemnización por despido arbitrario, el cual puede ser exigido por vía judicial con un límite máximo establecido de treinta días naturales a partir de suscitado el despido, en los que el trabajador hace ejercicio de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y expone frente a un juez, las circunstancias en las que realizó su despido buscando demostrar que no existió causa justa para el mismo, por lo cual al no estar amparado en la norma este vendría a ser arbitrario, lesivo, dañoso y perjudicial para el trabajador y los que dependan de él.

Contrario sensu, el empleador busca demostrar en el proceso que se respetó el procedimiento interno adecuado y se respetó lo estipulado en el cuerpo normativo, señalando que el despido fue generado por el comportamiento negligente del trabajador o por la inobservancia de lo establecido en el Artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por lo cual no habría cabida a una indemnización por despido arbitrario, ya que este se realizó cumpliendo estricta observancia de todos los criterios de ley.

Finalmente, el juez especialista en la materia busca determinar en el proceso la existencia o no de un abuso de poder por parte del empleador, actuando las pruebas en el nuevo proceso laboral, oralizado y dinámico, a fin de establecer si le corresponde al trabajador ser indemnizado.

Para ello se debe tomar en cuenta la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo en busca de generar un equilibrio jurídico ante una desigual realidad, en la que el empleador tiende a tener mayor ventaja sobre sus empleados, motivo por el cual la norma tiende a ser proteccionista y otorgar al trabajador una adecuada tutela frente al despido arbitrio. No obstante ello, esta se ve limitada en su

desarrollo en la materia específica de indemnización por despido arbitrario puesto que la norma establece un máximo al *quantum* indemnizatorio de ocho años de servicio.

Por último, en virtud del principio de doble instancia el empleador suele apelar las sentencias emitidas por los juzgados especializados con la finalidad que se le otorgue la razón en Sala Suprema Laboral, sin embargo, es criterio judicial en el Perú el reconocimiento y respeto de los derechos laborales de los trabajadores, no obstante las limitaciones establecidas en la norma respecto a la adecuada protección frente al despido arbitrario.

2.2.2.2. LA INDEMNIZACIÓN

Se entiende por indemnización al resarcimiento que se realiza hacia una persona por el daño o perjuicio causado y que este puede ser cuantificable preferentemente, al ser originario y de común uso en el derecho lo que se busca con este término es delimitar los alcances del resarcimiento a un perjuicio causado, establecido por el acuerdo entre las partes o por decisión judicial.

Al respecto Sánchez (2016) define a la indemnización como aquel acuerdo o transacción al que arriba un acreedor, también entendía como víctima y un deudor, también denominado como victimario, a efectos de resarcir un daño efectivo ocasionado por el primero en virtud de un incumplimiento o lesión tangible, sobre la materia se establece a sus vez una diferencia entre indemnización y resarcimiento, siendo este último la reparación integral del daño producido a la persona, contrario sensu, la indemnización solo reintegra un bien específico, por ello una indemnización nunca corresponde a la reparación integral de un bien afectado, sino más bien un contrapartida pecuniaria establecida por las parte de acuerdo la afectación realizada.

Desde este punto, la indemnización en materia laboral sirve para resarcir en cierta medida el daño causado al trabajador al conculcar algunos de sus derechos laborales, siendo así que el legislador ha buscado formas legales de proteger los derechos laborales intereses a todos los trabajadores ya sea dentro del marco de un contrato de trabajo o fuera del mismo.

2.2.2.2.1 TOPE INDEMNIZATORIO:

Se entiende como tope indemnizatorio al límite planteado por la legislación laboral, en específico artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad

Laboral (Marzo 21, 1997), en el Perú, para indemnizar a un trabajador como medida resarcitoria ante un despido arbitrario. Sin embargo el término es de aplicación general para todas las legislaciones que buscan especificar o delimitar el tope del quantum indemnizatorio en normativa laboral.

El nacimiento de este concepto en la legislación peruana se dio mediante Ley N° 4916 Ley que modifica el artículo N° 296 del Código de Comercio (Enero 28, 1924) se estableció entre otros criterios para el cese de labores de los trabajadores en su centro de labores, una indemnización compensatoria en caso de despido injustificado”, la cual tendrá un tope máximo de doce remuneraciones para el trabajador que haya laborado para el mismo patrón por más de treinta años.

2.2.2.2.2 TIPOS DE INDEMNIZACIÓN

2.2.2.2.2.1 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO:

La indemnización por despido arbitrario, en materia jurídico laboral está comprendida tanto en la constitución como en la legislación, siendo objeto de protección para el estado.

Así la Constitución Política del Perú (Diciembre 29, 1993) en su artículo 23° señala que La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario; a su vez el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) establece que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido, adicionalmente establece que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, de lo estipulado en la norma se desprende lo protección que establece el ordenamiento jurídico para el despido arbitrario en contratos a plazo indeterminado.

Finalmente, el artículo 76° del mismo cuerpo normativo establece cual es la protección frente al despido arbitrario en los contratos sujetos a plazo fijo señalando que si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, es importante señalar que en ambos contextos el límite indemnizatorio establecido es de 12 remuneraciones

De esta forma la constitución y el legislador le otorgan a la trabajador una tutela resarcitoria al trabajador que vio conculcado sus derechos laborales al ser despedido sin que medie una casusa justa de despido de las que detalla la norma, siendo así se puede entender que la protección brindada al trabajador se da una vez concluido el vínculo laboral en la medida que de no existir despido no existirá indemnización, lo cual demuestra que la tutela de los derechos laborales tiene un espectro protector que, en algunas ocasiones, excede al termino del contrato.

Por otro lado, el empleador que despidió arbitrariamente al trabajador tiene como oportunidad idóneo para reconocer el pago de esta indemnización en la liquidación de beneficios sociales, contrario sensu el trabajador según detalla la Ley de Competitividad y Productividad Laboral. (Marzo 21, 1997) en el artículo 36° tiene treinta días naturales para solicitar el pago de dicha indemnización en vía judicial, adicionalmente La Sentencia Casatoria N° 1370-98 establece la remuneración base para el cálculo del pago de dicha indemnización al señala que la obtención de a remuneración para el cálculo de la indemnización en trabajadores que reciben una remuneración variables se debe obtener tomando en cuenta el promedio de la remuneración de los últimos 6 meses de la relación laboral.

2.2.2.2.2 INDEMNIZACIÓN POR RETENCIÓN INDEBIDA DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS Y DAÑO AL EMPLEADOR

La compensación por tiempo de servicio a razón de Rodríguez (2007) tiene como principal objeto, en cuanto a su otorgamiento, el hecho de reconocer las labores efectivamente realizadas por el trabajador frente a las obligaciones y responsabilidades atribuidas por su empleador, durante la vigencia efectiva del vínculo laboral suscitado; adicionalmente, es un beneficio social cuya finalidad principal es cubrir las contingencias que origina el cese del trabajador por el tiempo que se encuentre desempleado Dicha finalidad exige una forma de cálculo distinta al de otro beneficios sociales y un régimen de disposición especial que debe ser conocido así como por los empleadores, todo ello la finalidad proteger al trabajador y su familia del periodo en el que el primero se encuentra desempleado.

Bajo la misma línea de ideas Mantero (1999) detalla la naturaleza jurídica de la compensación por tiempo de servicios al señalar que tiene la calidad de

beneficio social de previsión de las contingencias que origina cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia, tal característica se desnaturalizado paulatinamente en algunos sectores de la actividad Laboral pues el trabajador recibía en forma anticipada su importe. En su génesis, tuvo una finalidad de previsión esto es resguardar al trabajador frente a determinado tipo de infortunio laboral como la terminación de la relación laboral. De lo mencionado anteriormente se resalta la utilidad y finalidad de este beneficio social como un seguro para el trabajador en caso fortuito de desempleo.

Ahora bien, la norma regula los supuestos indemnizatorios por retención debida de la Compensación por tiempo de servicios, en primer lugar por sumas adeudadas por parte del trabajador al empleador, al respecto el artículo 40° del Decreto Supremo N° 001-97-TR (Febrero 27,1997), ley que regula la compensación por tiempo de servicios, detalla que la compensación pueden garantizar sumas adeudadas por los trabajadores a sus empleadores por concepto de préstamos, adelantos de remuneración, venta o suministro de mercadería producida por su empleador, siempre que no excedan en conjunto del cincuenta por ciento del beneficio; siendo este el caso el empleador está facultado de retener al trabajador los montos dinerarios otorgados como préstamo si este no ha terminado de cancelarlos al término de la relación laboral, sin embargo si el empleador realizara una retención indebida o excesiva esta será sancionada con una indemnización equivalente al doble del monto indebidamente retenido, al respecto el artículo 49° de la misma norma detalla que si el empleador retuviera, u ordenara retener, o en su caso cobrara cantidades distintas de las taxativamente previstas en el artículo 47°, pagará al trabajador por concepto de indemnización por el daño sufrido por éste, el doble de dichas sumas.

Por otro lado, distinto es el supuesto indemnizatorio por retención indebida de este beneficio social ocurre con la retención indebida derivada de una falta grave, así lo detalla el artículo 51° del mismo cuerpo normativo al señalar que si el trabajador es despedido por comisión de falta grave que haya originado perjuicio económico al empleador, éste deberá notificar al depositario para que la compensación por tiempo de servicios y sus intereses quede retenida por el monto que corresponda en custodia, a espera de la resolución del juicio que promueva el empleador. A su vez detalla que el empleador tiene un plazo de

treinta días naturales de producido el cese para interponer la demanda ante el juzgado de trabajo correspondiente, y de ser vencido el plazo en mención sin presentarse la demanda, caducará el derecho del empleador y el trabajador podrá disponer de su compensación por tiempo de servicios e intereses; adicionalmente el artículo 52° complementa lo señalado al establecer una indemnización por el pago de los días en que el trabajador estuvo impedido de retirar su compensación por tiempo de servicios.

Ahora bien para determina el cálculo del monto indemnizatorio a trabajador se debe tener en cuenta cada uno de los casos previsto; en el primero de ellos (sumas adeudadas) el cálculo se establece en función al monto indebidamente retenido, pagándose el doble de lo retenido, así lo establece el mismo artículo 49° en su parte infine; finalmente si la retención indebida es derivada de una falta grave que genero un perjuicio económico al empleador, el artículo 52° estipula que se otorgara el pago de la indemnización por los días que se han retenido indebidamente el beneficio a su vez para el pago y reconocimiento de esta indemnización se tomara en cuenta; para el primer caso, en el momento que se tenga certeza de la retención indebida, y en la segunda opción, luego de vencido el plazo de presentación de la demanda o cuando esta haya sido declarada infundada.

2.2.2.2.3 INDEMNIZACION POR HORAS EXTRAS

Las horas extras son por definición voluntarias y el pago de las mismas es de obligatorio cumplimiento del empleador sean o no reconocidas por el mismo, que se presume que son de su conocimiento, así lo detalla el Decreto Supremo N° 007-2002-TR (Julio 3, 2002), ley que regula la jornada de trabajo, horario y sobretiempo, siendo así el artículo 10° de este cuerpo normativo afirma:

El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable [...]
La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado [...] Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta [...]
No obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en

calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente...

La norma es clara al señalar y detallar otro supuesto de indemnización en materia laboral por el trabajo en sobre tiempo cuando este es obligado por el empleador, al respecto detalla la existencia de la inversión de la carga probatoria al ser el trabajador quien deba demostrar que trabajo en sobre tiempo y obligado por su empleador, es este sentido, la imposición del trabajo sobretiempo está sujeto una sanción administrativa que no exime del pago de una indemnización al trabajador, que comprende del pago del 100 % (cine por ciento) adicional de la hora extra trabajada.

Ahora bien, el cálculo para establecer el pago de la hora extra trabajada es el estipulado en el mismo cuerpo normativo en su artículo 10° que detalla que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor/hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes; finalmente la oportunidad para el pago de esta indemnización es cuando se realice el pago de la remuneración ordinaria.

2.2.2.2.4 INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE GOCE DE VACACIONES

El periodo vacacional es un derecho laboral obligatorio y reconocido de manera específica en la legislación peruana, en la medida que permite al trabajador un tiempo de sano esparcimiento y descanso de sus obligaciones laborales para que pueda disfrutar de otras actividades tanto sociales como familiares.

Tan es así que el Decreto Legislativo N° 713 (Noviembre 7, 1991) , norma específica que regula el derecho al descanso remunerado de los trabajadores del sector privado, detalla en el artículo 23° que los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán una remuneración por el trabajo realizado; una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso, asimismo señala que esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo, esta mención explícita de la norma detalla la existencia de una indemnización vacacional al trabajador por no haber gozado de manera oportuna de su periodo vacacional. Es decir la norma castiga a falta de otorgamiento del descanso físico con una triple remuneración vacacional.

Por lo cual definirse la indemnización como el monto pecuniario que busca la reintegración de un bien específico, se puede entender el otorgamiento de una remuneración adicional por no gozar de periodo vacacional,

Ahora bien la remuneración base para el cálculo de la remuneración es según lo detalla la norma el equivalente al monto de una remuneración vacacional y la oportunidad del empleador para realizar el pago es cualquier ocasión dentro del año siguiente a aquel que se adquirió el derecho según detalla el artículo 14° de la norma que la oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador. A falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz.

Al respecto el derecho al descanso vacacional por parte del trabajador no solo regula la indemnizaciones de su no goce sino también regula las causales que excluyen del pago de la misma en situaciones de excepción como el estipulado en el artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR (Diciembre 2, 1992), Reglamento de Decreto legislativo N° 713, establece que la indemnización por falta de descanso vacacional, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional.

2.2.2.2.5 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO DERIVADO DE ACTOS DE HOSTILIDAD

Los actos de hostilidad en materia laboral están detallados en la legislación peruana en el artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) el cual detalla que serán acto de hostilidad equiparable al despido: La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría, el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador, el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia, los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. De esta forma la norma detalla las acciones u omisiones que el empleador puede realizar las cuales mellan o lesionan el buen desenvolvimiento de un clima laboral afectándolos derechos que asisten a los

trabajadores e incumpliendo, en algunos casos, con las obligaciones que derivan de la relación laboral.

Siendo así, Blancas Bustamante (2006) entiende los actos de hostilidad deviene en un despido arbitrario y por lo tanto indemnizable cuando es el empleador quien incumple sus obligaciones, la normativa laboral faculta al trabajador a extinguir la relación de trabajo, imputando al empleador la responsabilidad jurídica por dicho evento. Debido a la circunstancia de que, en este caso, la terminación de la relación laboral tiene como causa real y eficiente, la conducta del empleador, que virtualmente obliga a trabajador a retirarse del trabajo, entendiéndose a esta figura tanto en la jurisprudencia como en doctrina como despido indirecto.

Siendo este un tipo despido arbitrario tanto el plazo de solicitud del pago en vía judicial, como la remuneración base para solicitar el pago y la oportunidad para el pago del mismo están sujetas a lo estipulado por la normativa en materia de despido arbitrario; siendo el plazo de solicitud para requerir el pago en vía judicial treinta días útiles, la base remunerativa el promedio de los últimos seis meses de trabajo y la oportunidad del pago en la liquidación de beneficios sociales.

No obstante ello, el procedimiento para el despido indirecto es inverso, en la medida que es el trabajador el que solicita el cese de los actos de hostilidad al empleador solicitando a su vez un plazo de seis días naturales para que el mismo realice sus descargos, una vez concluido el procedimiento de continuar con las conductas hostiles o de no estar satisfecho con lo señalado en los descargos el trabajador se puede dar por despedido de acuerdo a lo estipulado en el artículo 30°.

2.2.2.2.6 INDEMNIZACION POR DESPIDO EN EL PERIODO DE PRUEBA

El periodo de prueba en materia laboral se entiende como el lapso de tiempo en que el empleador supervisa las labores del trabajador a fin de establecer la idoneidad del mismo en el puesto de trabajo y el desenvolvimiento en la empresa, en este sentido, la norma laboral regula que durante el periodo de prueba el trabajador no cuenta con protección frente al despido arbitrario en la medida que forma parte del proceso de inducción de un trabajador a su puesto de trabajo y un tiempo de estudio por parte del empleador para evaluar las capacidades del trabajador

De esta forma el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) detalla en el artículo 10° que el periodo de prueba es de tres meses y al término este el trabajador es sujeto de protección contra el despido arbitrario.

No obstante ello, el análisis realizado por Carrasco (2016) sobre las consideración expuestas en la Casación N° 7095-2014 – Lima, detallan la existencia de una indemnización por despido en el periodo de prueba.

En primer término es importante resaltar que la demanda en cuestión no detalla el pago de una indemnización por despido arbitrario (materia laboral) sino más bien, solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios por mala fe contractual. En este sentido, vale aclarar que el trabajador comprende que la indemnización por despido arbitrario no es materia de análisis en esta caso por encontrarse dentro del periodo de prueba, lo cual explícitamente detalla la norma, no genera protección contra el despido arbitrario; sino más bien busca tutela en materia civil en la medida que se rompió el vínculo laboral sin tomar en cuenta su experiencia ni capacidad profesional para con el cargo que se le ha encomendado.

Ahora bien, el análisis del colegiado señala que el deber indemnizatorio en el presente caso obedece a la vulneración del principio buena fe contractual, puesto que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, caso contrario estos deben ser indemnizables, toda vez que para el presente caso el empleador está haciendo uso inadecuado de la figura del periodo de prueba para despedir al trabajador de manera injustificada frustrando de esta manera su expectativa laboral

Finalmente del análisis en cuestión, es entendible que exista una indemnización por despido en el periodo de prueba al existir un daño concreto al trabajador y un afectación a la función del derecho laboral y a la legislación laboral en general, basado en dos ideas; la primera es el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, el cual señala en su contenido mínimo el derecho a mantener un empleo mientras no exista una causa legal que justifique el despido; y finalmente, bajo esta misma idea el sistema jurídico peruano no puede permitir el uso de arbitrariedades dentro de un contrato de trabajo donde la disponibilidad de los derechos de un trabajador quede a completa disponibilidad del empleador.

2.2.2.2.7 INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización por daños y perjuicios en materia civil, esta regula por Decreto Legislativo N° 295, Código Civil, el cual detalla en el artículo 1321° que 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.

Al respecto Espinoza (2007) define que el daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equivoco y sustancialmente impreciso: el **daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos), que derivan de la lesión del interés protegido**. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero *“autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”*.

Al respecto es evidente que la indemnización por daños y perjuicios busca como primer término castigar el incumplimiento de una obligación y en segundo lugar el resarcimiento de este incumplimiento por parte del deudor, en puridad se busca resarcir el daño y la afectación causada a una de las partes del vínculo contractual.

En materia laboral, son varios los tipos de indemnización observados por el legislador para beneficio de los trabajadores teniendo entre ellos a la indemnización por despido arbitrario, por el no goce del periodo vacacional, retención indebida de la compensación por tiempo de servicio, etc. Al respecto se puede decir que la indemnización en materia laboral también busca resarcir el daño causado, pero en este caso al trabajador, logrando un equilibrio en las desigualdades existentes en la relación empleado – empleador.

Ahora bien existen connotadas diferencias entre la indemnización en materia civil y laboral, siendo tal vez la más importante; que en el Derecho Civil ambas partes tienen una relación de horizontalidad donde cada una de ellas tiene deberes y obligaciones que le son exigidas de igual medida o de acuerdo lo pactado (responsabilidad civil contractual); a diferencia del Derecho Laboral,

donde el trabajador es la parte vulnerable de la relación contractual y derecho del trabajo busca equilibrar las desigualdades, es por ello que las indemnización son para los empleadores cuando estos conculquen los derechos de sus trabajadores.

Se puede decir entonces que si bien la semejanza más notable entre la indemnización en materia civil y materia laboral es el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de una obligación; la diferencia más notoria radica en el alcance de protección de la norma, pues la norma civil, protege a los iguales del incumplimiento de sus obligaciones, y en materia laboral se protege a los desiguales ante el incumplimiento de las obligaciones por la contraparte más empoderada.

2.2.2.2.3 LEGISLACIÓN COMPARADA:

2.2.2.2.3.1 CHILE

El Código de Trabajo. (Julio 31, 2002) en su artículo 168° señala lo siguiente: “Esta indemnizaciones equivalente 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.”

De esta manera queda establecido que para la legislación chilena el espectro protector de la norma para trabajadores que fueron despedidos sin mediar causa justa de despido, es de once años.

De igual forma complementa lo siguiente Rojas (2014): “Indemnización por despido injustificado. Es la indemnización que 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.” (Pag. 79)

Dilucidando el motivo por el cual legislador chileno penaliza la conducta negligente del empleador al cesar al trabajador de su puesto de trabajo sin respetar las observancias planteadas por ley.

2.2.2.2.3.2 ARGENTINA:

La Ley de contrato de trabajo (Mayo 13, 1976) en su artículo 245°, referente a la Indemnización por antigüedad o despido. Señala lo siguiente

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, empleo y seguridad social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.”

Del análisis de la norma resulta interesante determinar que para la legislación argentina existe una tope indemnizatorio en lo referente a la remuneración mínima para fijar el cálculo de la indemnización (dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual), mas no existe un tope indemnizatorio per se por los años de servicio a diferencia de las demás legislaciones estudiadas, pues esta es determinada por el convenio colectivo que sea vigente a la fecha de despido del trabajador, más aun si no hay convenio colectivo vigente el trabajador seria liquidado con el total de su tiempo de servicio.

Para complementar lo establecido por la norma Ramos (2008) señala: “el sistema tradicional optado por el legislador y consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo fue el sistema de estabilidad relativa impropia, esto es, el empleador tiene facultad para despedir al trabajador pero si el despido es arbitrario o injustificado debe pagar a cambio una indemnización. Esta indemnización no es discrecional de las partes o de un juez sino que es "tarifada". Esto significa que el propio legislador estableció los parámetros que deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización y quitó toda discrecionalidad para la fijación de la misma.” (Pag. 88)

2.2.2.2.3.BOLIVIA:

La Ley General de Trabajo de Bolivia (Diciembre 8, 1942) regula la indemnización correspondiente por despido arbitrario en su artículo 13°:

“Cuando fuere retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad el patrono estará obligado, independientemente del desahucio, 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, descontando los tres primeros que se reputan de prueba. Si el trabajador tuviese más de ocho años de servicio, se percibirá la indicada indemnización, aunque se retirare voluntariamente.”

Resulta interesante lo proteccionista que es la legislación boliviana respecto al tiempo de servicio que se le reconoce al trabajador, pues a diferencia de las diversas normativas estudiadas, esta le reconoce una indemnización al superar los ocho años de servicio, parece ser voluntad del legislador boliviano otorgar una bonificación por tiempo de servicio a los trabajadores que han mantenido fidelidad a un mismo empleador por un periodo prologado.

De igual forma Cáceres, R. (2015, Septiembre 30) “en Bolivia, la Estabilidad Laboral es un derecho constitucional, el que, desarrollado legislativamente se entiende como el derecho del trabajador a conservar su laboro 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.” (Pág. 69)

2.2.2.2.3.4 BRASIL:

La normativa brasileña regula la indemnización por despido arbitrario de una manera completamente distinta a las establecida de las diversas normativas sudamericanas, pues a diferencia de Chile, Argentina, Perú y Bolivia; pues Brasil genera un fondo indemnizatorio para sus propios trabajadores denominado Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio, el cual es retenido a manera de ahorro por el empleador, modelo bastante parecido al aplicado por la legislación nacional respecto a la ONP o AFP, sin embargo esta no la única indemnización que recibiría el trabajador si es despedido arbitrariamente, pues el empleado deberá indemnizar de manera adicional un porcentaje total del fondo ahorrado por el trabador.

Así lo desarrolla el Analista de Investigaciones Económicas del Gonzaga (2003). “En 1966 fue creado el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS). De acuerdo a este sistema, el empleador debe depositar cada mes 8% (8.5% desde septiembre de 2001) del salario mensual en una cuenta

individual, manejada por un banco estatal. Los depósitos son periódicamente ajustados para compensar la inflación, más una tasa de interés de 3% anual. La ley establece que los trabajadores despedidos sin causa justa, con excepción de los que están en el período de prueba, deben recibir dinero adicional pagado por el empleador equivalente a una proporción del saldo acumulado en el FGTS durante el período en que el trabajador estuvo laborando en la empresa. Esta proporción fue de 10% desde 1966 a 1988, pero en este último año la nueva Constitución incrementó dicha proporción a 40%. A partir de septiembre de 2001, las empresas deben pagar adicionalmente 10% del saldo del FGTS al Gobierno, cuando despidan un trabajador sin justificación.” (Pág. 89)

2.2.2.2.3.5 ESPAÑA:

La indemnización despido arbitrario es regulada por el Real Decreto Ley N°3, (Febrero 10, 2013) y señala lo siguiente: “La indemnización por despido injustificado arbitrario ser de veinte días de remuneración por año de servicio estableciendo un máximo de 12 remuneraciones.”

Así pues, es necesario resaltar la denominación del Real Decreto Ley: “Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, así se toma en cuenta que España atraviesa una crisis económica desde el año 2008, motivo por el cual buscando incrementar la inversión privada y fin de reactivar su economía, genera una serie de paquetes normativos de flexibilización laboral, entre ellos el Real Decreto Ley N°3, el cual reduce es el espectro de protección normativa, pues este era en un inicio de 45 días de remuneración por año de servicio. Luego de ello fue reducido a treinta y tres, quedando finalmente establecido que la indemnización por despido injustificado sea de veinte días de remuneración por cada año de servicio; no obstante ello el tope indemnizatorio de doce años se ha mantenido vigente, en virtud que el legislador protege la estabilidad del trabajador en su ambiente de labores, al respecto Gorelli J. (2010) señala lo siguiente: “Es evidente que el trabajo, el empleo y su estabilidad, es un bien jurídico esencial para el trabajador; de ahí que la pérdida del mismo no puede quedar impune; máxime en aquellos casos en los que la pérdida del empleo se debe a causas o motivos ajenos al trabajador.” (Pág. 18) Es por eso que a la indemnización por despido arbitrario se le denomina tradicionalmente como “principal”, pues se entiende que es la parte principal de

la cuantía que el trabajador va a recibir como consecuencia del despido arbitrario.

2.2.3. ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA IMPROPIA DE SALIDA

2.2.3.1. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL

La continuidad laboral, como principio regulador del derecho del trabajo desarrolla una función fundamental al momento de tutelar los derechos laborales de la masa poblacional trabajadora.

Este principio busca la estabilidad de las relaciones laborales en beneficio del trabajador sustentando ella en que el trabajo es la principal fuente de ingreso económico, por lo que el contrato debe considerarse lo más extenso dentro de lo posible.

Por su parte, el máximo intérprete de la constitución define la continuidad laboral de la siguiente manera: “Del artículo transcrito puede señalarse que en el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado.” en la sentencia **1874-2002-AA/TC**, de esta manera el tribunal constitucional señala que es una limitación a la contratación modal por tiempo determinado, puesto que al ser estos unos contratos de trabajo de naturaleza excepcional (el contrato a tiempo indeterminado es lo regular en el esquema laboral peruano) el empleador debe utilizarlos solo cuando la norma lo permita, no obstante ello el trabajador que ve afectado este principio del derecho del trabajo, puede exigir el cumplimiento del mismo bajo las directrices de la estabilidad laboral.

2.2.3.1.1 ESTABILIDAD LABORAL:

Actualmente la legislación laboral vigente recoge esta directriz en Decreto Legislativo N° 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Marzo 21, 1997) en su artículo 01° Inc.”C” del Título Preliminar: “Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales.”

Se deja constancia que el estado protege al trabajador y genera un derecho inherente a él, de estabilidad en el puesto de trabajo, para su tranquilidad y los que dependan de él.

Ahora bien, se entiende a esta directriz como la tendencia del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración al contrato de trabajo, Toyama (2008) complementa la idea definiendo a la estabilidad laboral de la siguiente manera:

“Es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo – el contrato típico de trabajo de permanencia y ello por la vocación protectora del derecho Laboral- ante las vicisitudes que presentan en la relación laboral, siendo una manifestación del principio de continuidad.” (Pág. 55)

De esta manera el jurista determina que la estabilidad laboral aplicada como figura del derecho es la extensión del principio de continuidad o el método que usa el estado para aplicarlo en su legislación, protegiendo al trabajador en su puesto de trabajo una vez superado el periodo de prueba.

La estabilidad laboral no solo es detallada en la legislación peruana y Constitución, sino también es de observancia internacional, así pues el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 158([OIT] 1982),detalla la tratativa que se debe dar a la figura de la estabilidad laboral en los países signatarios del mismo; en su artículo cuarto detalla que no se dará termino al contrato de trabajo sino es por causal justa de despido; siguiendo bajo la mismas línea de ideas el artículo séptimo señala que no se puede dar por concluida una relación laboral si es que en primer lugar no se otorgó al trabajador la facultad de ejercer su derecho de defensa y presentar sus descargos.

Por otro lado a fin de ofrecer una adecuada protección frente al despido arbitrario el artículo undécimo señala lo siguiente: El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso, de esta forma la Organización Internacional de Trabajo, busca generar en sus países signatarios, y en general a todos los países que tengan acceso a los acuerdos llegados en esta convención, un criterio respecto a la estabilidad laboral de salida.

Finalmente el Artículo duodécimo señala que el trabajador: De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o(b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones

normales a que están sujetas dichas prestaciones; o(c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

De esa manera es tratada en los convenios internacionales de la Organización Internacional de Trabajo la estabilidad laboral, buscando unificar criterios en diversas legislaciones del mundo; y otorgara los trabajadores una adecuada protección a la estabilidad laboral de entrada y de salida, la misma que se verá traducida en la reposición al puesto de trabajo caso contrario se indemnizara al trabajador.

Por su parte el Protocolo de San Salvador (Organización de los Estados Americanos [OEA] Noviembre 17, 1988), en el artículo séptimo referente a Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo detalla los parámetros de la estabilidad laboral de manera específica el inciso D señala: La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

De esta forma el Protocolo de San Salvador busca que el trabajador sea despedido solo por causa justa de despido, caso contrario sea sujeto a una indemnización por parte del empleador; de esta manera se ve manifestada la estabilidad laboral en los Protocolos y Convenios internacionales.

2.2.3.1.1.1 ESTABILIDAD LABORAL DE ENTRADA:

La estabilidad laboral de entrada es el derecho que obtiene el trabajador a mantearse perenne en el puesto de trabajo una vez superado el periodo de prueba (de tres meses, seis meses y un año, según sea el caso), pues como se desarrolló up supra la estabilidad laboral como directriz del derecho del trabajo busca limitar la contracción modal por ser de carácter excepcional.

Así lo entiende Carrillo (2007) al desarrollar la siguiente idea: “Con la estabilidad de entrada se pone en evidencia la directa relación que existe entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando el supuesto de hecho para recurrir a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos.”

No obstante ello la Constitución Política del Perú de 1993 no reconoce la estabilidad laboral de entrada, como si lo hace la constitución de 1979, tal cual lo menciona Paredes (2008): "La regulación del tema de la estabilidad laboral en la Constitución Política de 1993, es muy diferente a la Constitución de 1979. En la Constitución de 1979, se reconoce el derecho a la estabilidad laboral, así se tiene en el artículo 49° lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada".

Es importante entender entonces que para el caso en concreto de la actual constitución la estabilidad no es completa a diferencia de su antecesora que defiende la estabilidad tanto de entrada como de salida

2.2.3.1.1.2 ESTABILIDAD LABORAL DE SALIDA:

La estabilidad laboral de salida se encuentra íntimamente ligada a la estabilidad laboral de entrada, no obstante una se encuentra al inicio y otra el término de la relación laboral ambas buscan salvaguardar el derecho a la continuidad laboral correspondiente a todos los trabajadores.

Así, el profesor Villavicencio (1996) define a la estabilidad de salida como la protección frente al término de la relación laboral que solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad referidas a la estabilidad de salida: absoluta (que conlleva la reposición) o relativa (que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc.).

Como se había mencionado la estabilidad laboral de salida se encuentra al término de la relación laboral e implica la permanencia del vínculo laboral que solo puede ser rota por causal justa de despido, buscando limitar el poder del empleador pasando a ser el despido una potestad excepcional que solo puede ejercerse cuando la ley lo permita.

Pues bien, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la estabilidad laboral de salida se divide en absoluta y relativa, tan es así que Toyama (2008) señala que será absoluta cuando el resarcimiento al cese injustificado sea la reposición, contrario sensu, será relativa cuando el reparo sea la indemnización, de ser relativa, esta a su vez se divide en propia e impropia, así pues; será propia cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva, el trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga la

indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses, por su parte será impropia cuando la protección sea la indemnización.

Resulta claro entonces que el sistema predominante en el Perú, es la estabilidad relativa impropia de salida, puesto que ante un despido arbitrario el juez otorga al trabajador una indemnización por despido arbitrario calcula en base al tiempo de servicio que el trabajador presto a su empleador.

2.2.3.1.2 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO:

2.2.3.1.2.1 DEFINICIÓN:

Se entiende por indemnización a la compensación económica que recibe una persona como consecuencia de haber sido afectada con un perjuicio de índole laboral, moral, económica.

Bajo este sentido corresponde centrarse en la indemnización en materia laboral, la cual es el pago que realiza el empleador a trabajador por los perjuicios ocasionados por alguna actividad relacionada al trabajo (seguridad ocupacional, despido, etc); para la investigación en concreto se debe enfocar en la indemnización que se le otorga al trabajador producto de un despido arbitrario. Pues bien, esta es reconocida en legislación como la muestra de la estabilidad laboral relativa impropia de salida y un derecho inherente a un trabajador que se perjudico por un despido realizando de manera arbitraria.

2.2.3.1.2.2 ALCANCES:

El primer alcance normativo de la indemnización por despido arbitrario se encuentra en la Ley N° 4916 que creó una indemnización compensatoria en caso de despido injustificado. Con el paso del tiempo y el desarrollo de la legislación laboral en el país se crea la Ley N° 5119 modificó la Ley N° 4916, estableciendo el derecho a la indemnización también en los casos de renuncia del empleado, siendo esta la primera aparición de la que en la actualidad es la Compensación por tiempo de Servicios.

Finalmente la Ley de Fomento del Empleo, emitida en el gobierno del expresidente Alberto Fujimori en busca de flexibilizar el marco normativo laboral a fin de reactivar la economía introdujo como una de sus principales novedades, la indemnización como protección contra el despido arbitrario, apartándose de esta manera de lo estipulado anteriormente en Constitución Política de 1979 que tenía un criterio de estabilidad laboral absoluta frente al despido arbitrario.

2.2.3.1.3 DESPIDO EN MATERIA LABORAL

2.2.3.1.3.1 DEFINICIÓN:

A manera general el despido en materia laboral, es una forma de extinción del contrato de trabajo tomada unilateralmente por el empleador que busca extinguir el vínculo laboral con el trabajador sea de manera justificada o injustificada.

Ahora bien, a fin de determinar lo que es permitido por la norma, se remite al Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) en su artículo 34° señala que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Es por ello que la definición antes mencionada debe agregarse lo establecido en la legislación nacional, a fin de que el despido sea legal el trabajador debe estar inmerso en alguna de las causales de despido desarrollada en el mismo cuerpo normativo, de no ser el caso, el mismo artículo señala que el trabajador será repuesto a su centro de trabajo (de ser un despido nulo) ser indemnizado (al tratarse de un despido arbitrario).

En este sentido Blanca (2006) afirma que como consecuencia de la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la facultad de despido del empleador como mecanismo de protección del trabajador, se ha introducido la exigencia de que el despido se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecerá de validez y eficacia.

Todo esto en virtud a la tendencia proteccionista del derecho laboral en la legislación peruana, cuyo fin es defender los principios del derecho del trabajo y por consiguiente al trabajador.

En esta línea de ideas el Decreto Supremo N° 003-97-TR. establece cuales son las causas justas de despido, relacionado con la capacidad del trabajador (en caso pueda seguir ejerciendo sus funciones con normalidad) y con la conducta del mismo (relacionado con las faltas graves, condena por delitos o inhabilitación del trabajador).

El despido según lo define García (1981) "...en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto del despido ha de referirse a la extinción que se produce por la voluntad unilateral del empresario exista o no causa justificada"

A su vez Blancas Bustamante (2006) señala que la trascendencia individual y social que se atribuye, con evidente realismo, al despido ha determinado que

en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador.

Bajo esta línea de ideas el despido como figura jurídica y potestad del empleador es entendido como la extinción del nexo laboral por la voluntad del empleador, que debido a esta potestad máxima, las diversas legislaciones ha buscado regularla y establecer limitaciones y exigencias que hagan que su uso sea aplicable solo de última instancia y con carácter residual.

Ahora bien como evolución de figura jurídica la protección contra el despido tiene tres grandes etapas determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes estas etapas a razón de Blancas Bustamante (1995) son las siguientes: el despido: poder absoluto, el despido: poder limitado, y el despido: poder excepcional.

Al respecto se puede observar como el despido como figura jurídica ha ido evolucionando en la legislación peruana, y a su vez ha ido disminuyendo su alcance y efectos para beneficio del trabajador; así pues ahora la figura del despido solo se utiliza de manera excepcional y solo con las justificante previstas por ley, en la medida que todo despido injustificado es considerado arbitrario y está sujeto a una indemnización por parte de le empleador.

De esta forma se encuentran menciones en la legislación peruana, desde la constitución hasta el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997), los cuales regulan el adecuado uso de esta potestad del empleador y delimitan la función del mismo a casuales de conducta o capacidad; que de no ser observadas serán pasivas de sanciones administrativas e indemnizaciones.

2.2.3.1.3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.2.3.1.3.2.1 CAUSAS DE DESPIDO:

El derecho laboral tiene como función principal tutelar los derechos laborales de las personas y procurar para ellos un trato justo y equitativo dentro del marco de su desarrollo y desenvolvimiento laboral, es por ello que ante un despido, este busca que sea por causas justa inherentes al trabajador por faltas en conducta o capacidad, mas no una mera decisión arbitraria del empleador que perjudique de manera irreparable las expectativas laborales del trabajador.

Es por ello que la legislación peruana protege al trabajador frente al despido arbitrario tanto en la constitución como en las normas de menor jerarquía, y adicionalmente establece las causales de despido específicas para cesar al trabajador de su puesto de trabajo.

Al respecto el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) detalla que para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido. Como detalla dicho artículo solo se puede despedir al trabajador por motivos de conducta o de capacidad, limitando la capacidad del empleador para cesar a sus trabajadores, más aun señala específicamente cuales son las causales de despido.

2.2.3.1.3.2.1.1 CAPACIDAD:

Así pues, el artículo 23° establece las causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador al detallar tres principales; el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas, esta causal se justifica en la medida que se evalúa el desempeño funcional del trabajador dentro del ámbito de trabajo, bajo este punto el empleador tiene la facultad de cesar a un trabajador que no desempeña correctamente sus funciones; el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, esta medida se encuentra justificada en el desempeño del trabajador no solo dentro de su ambiente de trabajo sino también en comparación con los que realizan las mismas funciones, bajo este sentido el trabajador debe tener un desempeño parejo con el resto de los trabajadores; la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes; por último esta causa de despido obedece a la ponderación de derechos de

varias personas sobre el de una, en la medida que un trabajador que antes del inicio de sus labores se encuentre enfermo podría perjudicar no solo el desenvolvimiento en el desarrollo de su trabajo sino el de sus compañeros al poner en riesgo la salud de todas las personas con las que labora.

2.2.3.1.3.2.1.2 CONDUCTA:

Ahora bien, el artículo 24° establece las causales de despido por motivo de conducta y las detalla de la siguiente manera; la comisión de falta grave, obedece estrictamente al ámbito personal del trabajador y su conducta para con su empleador y compañeros de trabajo, por lo cual esta causa se justifica en los comportamientos poco adecuados de trabajador en el cumplimiento de sus funciones; la condena penal por delito doloso, si bien obedece al aspecto personal del trabajador también detalla su desenvolvimiento o conducta en sociedad; la inhabilitación del trabajador, por ultimo esta causal se justifica en el desenvolvimiento de las labores específicas de un trabajador que haya sido inhabilitado para ejercer funciones propias de su cargo, lo cual imposibilita el desarrollo de su trabajo, esto si bien está inmerso dentro de las conductas del trabajador y pertenece al aspecto personal del mismo, no es una conducta que afecte directamente a su empleador o compañeros, sino que debido a ella recibió una sanción que impida que pueda seguir desempeñando sus funciones laborales en sociedad.

2.2.3.1.3.2.2 PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

La primera mención normativa en la que se hace alusión al preaviso en el despido en la legislación peruana se da con la Ley N° 4916 la cual obliga al empleador a poner en sobre aviso noventa días de antelación al trabajador que iba a ser despedido.

Producto de ello y a fin que el despido sea justificado se debe seguir un procedimiento interno que permita establecer que empleado actuó diligentemente al remover a un trabajador de su puesto, dejando constancia del procedimiento, protegiendo de esta manera al trabajador de un despido intempestivo.

Ahora bien, el artículo 31° Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) y el artículo 41°, Decreto Supremo N° 001-96-TR (Enero 24, 1996) Reglamento de ley de fomento al empleo, establece cual es el

procedimiento en caso de la comisión de una falta grave el empleador debe cumplir con notificar al trabajador con una carta de preaviso de despido otorgándoles un plazo razonable no menor de 6 días naturales para que pueda defenderse, por escrito, de los cargos que se le formulan, a su vez señala que mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y los demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Ahora bien, de acuerdo al Artículo 32° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997), Decreto Supremo N° 001-96-TR (Enero 24, 1996) y al artículo 42°, una vez respetado el derecho de defensa el trabajador el empleador debe comunicar al trabajador sobre su despido, el cual debe cumplir la formalidad de ser entregado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla, le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos, todo ello en virtud que se deje constancia de la falta cometida por el trabajador pues el empleador no podrá invocar posteriormente una causal de despido distinta a la notificada, con la excepción de que este tome conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurrió el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

Es importante resaltar que no todas las faltas son materia de despido, existen faltas leves que al momento de su comisión sirven como acumulativo para el legajo del trabajador y posterior destitución por acumulación de las mismas, al respecto el artículo 33° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Marzo 21, 1997) señala que tratándose de la comisión de una misma falta por varios trabajadores, el empleador podrá imponer sanciones diversas a todos ellos, en atención a los antecedentes de cada cual y otras circunstancias coadyuvantes, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, según su criterio.

Ahora bien, respecto a la validez de la entrega de las comunicaciones del preaviso, como parte del despido el artículo 43° y 44° del Decreto Supremo N° 001-96-TR (Enero 24, 1996) señala que se entienden válidamente

entregadas si son dirigidas al último domicilio registrado por el trabajador en su centro de trabajo, aunque al momento de su entrega no se encontrare en aquel. Igualmente el empleador podrá entregárselas al trabajador, bajo cargo, en el centro de trabajo.

De esta forma se busca proteger al trabajador de un despido intempestivo y tendencioso por parte de empleador, pues se le otorga una garantía al derecho de defensa y a ser despedido acorde a ley.

2.2.3.1.3.3 TIPOS DE DESPIDO

2.2.3.1.3.3.1 DESPIDO JUSTIFICADO:

El primer tipo de despido es el amparado por la norma y establecido por la legislación peruana el cual faculta al empleado a despedir a su trabajador por causales relacionadas a la conducta y capacidad sin derecho a una indemnización, pero siguiendo un procedimiento previamente establecido, siendo este el único de los tipos de despidos permitidos por la legislación producto de la propia ineficiencia del trabajador.

Al respecto la norma establece en el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997), las causales de despido es los artículos 22°, 23° y 24°, el primero de ellos establece que para la exigencia de un despido es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada las cuales que solo pueden ser por motivos de capacidad o conducta; por su parte el siguiente artículo detalla cuales son los motivos relacionados con la capacidad del trabajador que justifican un despido: el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajado y la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley; finalmente el último artículo detalla las causales de conducta merecedoras de despido, así se tiene: la comisión de falta grave (detallada en el artículo 25°), la condena penal por delito doloso y la inhabilitación del trabajador.

2.2.3.1.3.3.2 DESPIDO INJUSTIFICADO:

Contrario sensu el despido injustificado es el que se realiza sin observar las causales justas se despido prevista por la norma, en este sentido el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) en el artículo 34° define al mismo de la siguiente manera:

...Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente...

En este sentido la norma detalla que el despido injustificado es aquel que se justifica en una de las causales previstas por la norma, no obstante ello esta no puede ser demostrable en el proceso, o en definitiva inobserva las causales de despido, este a sus vez es pasible de una indemnización que es considerada por el propio cuerpo normativo, con ello se otro a al trabajador una estabilidad laboral de salida, al otorgarle protección contra el despido arbitrario por parte del empleador.

2.2.3.1.3.3.3 DESPIDO INCAUSADO:

El despido incausado mencionado en Expediente N° 1124-2002-AA/TC, de la siguiente forma: “se produce el denominado despido incausado cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

El despido incausado el cual es definido Vinatea (2004) como el que no se exprese causa alguna, contemplándose, también, los despidos que tienen un motivo prohibido por la ley, los despidos fraudulentos y todos los que vulneren derechos fundamentales del trabajador, al respecto cabe resaltar que este es diferente al despido injustificado en la medida que el despido injustificado se acogió a alguna de las causales de despido solo que esta no es justificada correctamente ni sustenta la posibilidad de despedir al trabajador, este en cambio es un despido en el que no se acoge a ninguna causa de despido como justifican es la simple arbitrariedad del empleador la que decide poner fin nexo laboral y despedir al trabajador, generando de esta manera una afectación al trabajador, la cual es pasible de una indemnización por despido arbitrario, ya que el despido injustificado es un tipo de despido arbitrio.

2.2.3.1.3.3.4 DESPIDO ABUSIVO

Ahora bien, el despido abusivo también es considerado como otro tipo de despido lesivo al trabajador, él se ejecuta cuando el empleador cesa del puesto de trabajo a su empleado no solo de una manera injusta o arbitraria,

sino generándole un perjuicio de índole moral haciendo para ello ejercicio de un abuso de su poder, al respecto Mangarelli (1984) señala ciertos presupuestos para que se pueda otorgar una indemnización por daño moral, señalando que debe mediar un incumplimiento del empleador o un hecho ilícito distinto del incumplimiento del deber de no despedir sin justa causa; todo ello no exonera al empleador de una indemnización por despido arbitrario otorgada al trabajador por despedirlo sin causa justa.

De esta forma la característica principal el despido abusivo es el abuso de poder por parte de empleador, poder que es utilizado para generar al trabajador no solo el rompimiento de un nexo laboral injusto, con todos perjuicios que de él devengan sí que al genera un al trabajador un perjuicio de índole moral, a diferencia de los anteriores tipos de despidos que no generan mayor daño al trabajador que el de desposeer de al empleado de un ingreso fijo mensual.

2.2.3.1.3.3.5 DESPIDO NULO

Se entiende por despido nulo lo desarrollado en el Exp. N°0976-2001-AA/TC-Huánuco, en concordancia con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997); cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.; se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida, se despide al trabajador por razones de discapacidad.

Todo ello, en virtud a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, en los artículos que regulan la protección a los trabajadores y el trabajo (artículo 22° y demás), generando así una detallada miscelánea de situaciones en las que no es legalmente permitido extinguir el vínculo laboral con el trabajador, aun estas estén justificadas correctamente en la legislación.

Respecto al mismo no solo la constitución señala los supuestos del despido nulo, sino que estos son mencionados con mayor detalle en la Ley de

Productividad y Competitividad Laboral la cual define las causales de cuando un despido es considerado nulo, de esta forma el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) señala en el artículo 29° lo siguiente:

- 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.

De esta forma, la norma es clara al especificar la protección contra el despido nulo señalando los supuestos planteado por la constitución (referente los derechos fundamentales) así como lo detallado específicamente en la norma sustantiva.

De manera adicional resulta importante señalar que en este tipo de despido la tutela aplicada por el legislador es resarcitoria, todo ello en virtud a lo especificado en norma, el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997), detalla en la parte infine del artículo 34° que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

2.2.3.1.3.3.6 DESPIDO FRAUDULENTO:

El despido fraudulento es definido de la siguiente manera en el Exp. N.° 415-987-AA/TC: "Se despide al trabajador con ánimo perverso y *auspiciado por el engaño*, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al

trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas".

Según lo esgrimido por el Tribunal Constitucional, se entiende entonces que la característica principal del despido fraudulento es el engaño y animo de afectación que tiene el empleador al despedir al trabajador increpándole conductas ajenas a la realidad.

2.2.3.1.3.3.7 DESPIDO INDIRECTO

El despido indirecto es un tipo de despido que se da no bajo causales de despido injustificadas o basadas en engaños, sino más bien, por diversas conductas del empleador, conocidos en la doctrina y la normativa nacional como actos de hostilidad, considerados de esa manera pues son comportamientos de empleador que busca generar una afectación dentro del ámbito emocional al trabajador dentro del desarrollo de contratación laboral, así pues el Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) en el artículo 30° detalla a los actos de hostilidad de la siguiente manera:

Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

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

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;

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

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis

días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

En este sentido la norma es clara en detallar que cuáles son los actos considerados hostiles bajo los que el trabajador se puede dar por despedido una vez realizado el procedimiento establecido en la parte infine de dicho artículo, el cual le solicita a su empleador el cese de estos actos así como sus descargos, de no ser satisfactoria la respuesta o de no cesar dichos actos el trabajador se puede dar por despedido.

Así pues, la característica diferencial del despido indirecto es que el trabajador se da por despedido, y no el empleador quien despide al trabajador, puesto que este último busca con sus conductas que el trabajador renuncie, en este sentido para que se puedan dar acto de hostilidad deben ser generados por una persona con autoridad y/o que tenga trabajadores a cargo, que represente al empleador.

2.2.3.1.3.3.8 DESPIDO ARBITRARIO POR FALTA DE CRITERIO DE RAZONABILIDAD E INOBSERVANCIA AL DEBIDO PROCESO

Este tipo de despido arbitrario, como su denominación lo detalla se basa en la inobservancia de los criterios de razonabilidad y contravención al debido proceso al respecto Ferro (2012) detalla, en la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, este tipo de despidos emanados del Tribunal Constitucional, se apartan del análisis del despido y se centran en el estudio de los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y respeto al debido proceso, siendo claro que si un despido es irrazonable, este será injusto.

Al respecto el tribunal constitucional se pronunció de la siguiente forma en la sentencia 03169-2006-PA/TC; respecto un trabajador que se presentó a laborar en estado etílico configurándose así una falta grave pasible de sanción más no de despido, tal cual lo detalla el fundamento 15 de dicha sentencia:

“Por ello este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en el fundamento que precede, al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido

en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada.”

2.2.3.1.4 EL DESPIDO ARBITRARIO

El artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728 (Marzo 21, 1997) señala que un despido es arbitrario cuando se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador, sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar ésta en juicio. En consecuencia el mismo párrafo establece una sanción hacia el empleador, traducida como indemnización hacia el trabajador o reposición al puesto del que fue injustamente cesado.

No obstante ello el artículo 38° del mismo cuerpo normativo detalla con mayor precisión la sanción emitida al empleador en beneficio de su trabajador estableciendo el pago de una indemnización tarifada equivalente a una y media remuneración por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones (en puridad ocho años de servicio).

En el Perú, la legislación reconoce al despido arbitrario como un poder excepcional del empleador aplicable solo si se base en una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, ahora bien, entiéndase por causa justa de despido la señalada en artículo 22° de la legislación laboral la cual indica que sólo puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, se entiende entonces que el poder de despedir es legítimo sólo cuando hay causa justa.

Según lo detallado se entiende entonces por despido arbitrario al despido discrecional e ilegítimo y por tanto indemnizable.

Así pues, Arce (2006) menciona que se esta frente a un ejercicio irregular del derecho en el caso de despido arbitrario, si el abuso en el ejercicio de un derecho ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del Derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social, entonces el despido arbitrario implicará siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

Anteriormente la Constitución Política de 1979 era mucho más proteccionista en materia laboral consagrando la estabilidad en el trabajo como derecho

fundamental, sistema que fue dejado de lado por su predecesora la Constitución de 1993, pues suprimió la estabilidad laboral reemplazándola por “la adecuada protección contra el despido arbitrario” establecida en el artículo 27° lo que a razón de Blancas (2006) significó una transición hacia un modelo de “mínima protección” de los trabajadores.

Actualmente, la constitución delega a la Ley la protección que debe existir en el Perú contra el despido arbitrario, tal como lo desarrolla el artículo 27°, ello hace resalta que actualmente en la legislación peruana no existe estabilidad laboral de salida absoluta ni se halla expresamente detallada en la Constitución pues al referirse la carta magna a que “la ley brinda una adecuada protección frente al despido arbitrario”, remite a la presente legislación laboral la cual establece un sistema de estabilidad de estabilidad de salida relativa impropia, en puridad, una indemnización frente al uso abusivo del poder de subordinación que tiene el empleador para con el trabajador, que decide dar por finalizado el vínculo laboral sin expresar causa justa.

2.2.4. EVOLUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ DESDE LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N°728

El 21 de Marzo de 1997, bajo el segundo gobierno del ex presidente Alberto Fujimori se promulgo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral como una serie de medidas que buscaban reactivar la economía del país que quedo resentida luego del primer gobierno del ex presidente Alan García, que fue ejercido en el periodo 1985 -1990, al respecto el análisis político planteado por el Diario ABC de España (ABC, 1988) refiere lo siguiente:

“Ocaso y declive del presidente que más esperanzas suscitó con su elección. Las fuerzas liberales se movilizan en torno a Vargas Llosa. El liderazgo de Alan García comienza a tocar fondo en Perú tras la huida hacia adelante que supuso la ley de Nacionalización de la Banca. El espejismo de un líder con fuerza y carisma capaz de resolver los graves problemas económicos y de terrorismo que padece Perú ha desembocado en una profunda decepción no sólo entre los sectores liberales o centristas, sino entre la izquierda y su propio partido, el Apra. En abril de 1985, el entonces candidato presidencial aprista, Alan García, cuestionaba la conveniencia- incluso la legitimidad- de las propuestas de la izquierda radical peruana respecto a la nacionalización de la Banca...”

Finalmente los problemas en la gestión de gobierno aunado con los conflictos sociales que se enfrentaban en ese momento, entiéndase Sendero Luminoso, terminaron por lapidar el gobierno de Alan García llegando a una tasa de inflación de 2'178.482% y teniendo como último ministro de la cartera de Economía a César Vásquez Bazán, según detalla el informe publicado en el diario El Comercio Vega (Septiembre 11, 2013).

Siendo así, la presidencia es asumida por el ex presidente Alberto Fujimori por el periodo comprendido entre 1990 – 1995, que posteriormente será aplazado por un periodo adicional comprendido entre 1995 – 2000, donde se trata la reactivación económica del país con diversas medidas de corte social económico, dentro de ellas la aplicación de políticas de flexibilización laboral, con lo que se buscaba incentivar la inversión privada ponderando a esta por encima de los derechos laborales, puesto que la Constitución Política del Perú de 1979 otorgaba mayor tutela a los derechos laborales.

Posteriormente el Perú experimentaría un incremento en las inversiones y la tan ansiada reactivación económica con lo que el Perú llegaría a encabezar las el crecimiento económico del país según lo detalla Luis Davelouis (Marzo 30, 2011) en un informe para El Comercio en el cual detalla lo siguiente:

'Hoy se puede afirmar que el Perú está inmerso en una época privilegiada [...] nuestro país ha mantenido en los últimos diez años un crecimiento económico muy acelerado, lo que nos posicionó entre los líderes de América Latina. Así lo afirmaron distintos especialistas del Banco Mundial durante la presentación del estudio "Perú en el umbral de una nueva era: lecciones y desafíos para consolidar el crecimiento económico y un desarrollo más inclusivo"

El mencionado documento refiere que entre el 2000 y el 2010 el Perú obtuvo el segundo lugar del ránking en lo que se refiere a crecimiento económico per cápita, seguido de Panamá. "Esto pone al Perú en un clima de bastante optimismo", refirió Felipe Jaramillo, director del Banco Mundial para Centro América y ex director para el Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y Venezuela. De hecho, salvo por la crisis económica financiera del 2008-2009, nuestro país se ha puesto por delante de Brasil y Chile al crecer a una tasa media anual del 5% del PBI, un hito que no se alcanzaba desde la década de 1960'

Finalmente en el último lustro el país fue gobernado por el ex presidente Ollanta Humala siendo esta la época en la que la economía nacional sufrió cierta desaceleración económica que obedecen a criterios coyunturales internacionales y nacionales. Al respecto el Informe Preelectoral Administración 2011-2016 redactado por la Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas ([PCM – MEF], 2016) detallan que la economía peruana avanzó en promedio 4.7 %, superior al 2,4% de América Latina y el Caribe en el periodo 2011-2015, pese a un contexto internacional adverso de igual forma se detalla que la economía pasó de crecer 6.9 por ciento durante el 2006-2010 a 4.7 % durante el último quinquenio, con lo se deja constancia el proceso de desaceleración económico que está sobrellevando el país.

No obstante ello, según cuadros estadísticos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI²) detalla que el crecimiento de producto bruto interno del país desde 1994 al 2015 ascendió de 98.579 millones de nuevos soles a 606.406 millones de nuevos soles, teniendo a la fecha una tasa de crecimiento anual del 4.3%

De igual forma la tasa de actividad de la de población peruana es de 72,3% en el año 2014, por último el ingreso promedio mensual proveniente del trabajo de esta población es de 1 229,9 nuevos soles.

2.3. Hipótesis

El tope indemnizatorio comprendido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide negativamente en la estabilidad relativa impropia de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio, en la medida que este no puede gozar del total de monto indemnizatorio por los años de servicio realizado.

² Ver Anexo N° 6 - 7

CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA

1.1 Operacionalización de variables

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
TOPE INDEMNIZATORIO	Límite planteado por la legislación laboral, en específico artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el Perú, para indemnizar a un trabajador como medida resarcitoria ante un despido arbitrario. Sin embargo el término es de aplicación general para todas las legislaciones que buscan especificar o delimitar el tope del quantum indemnizatorio en normativa laborales importante resaltar esta medida es variable acorde	El Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Noviembre 8, 1991) en el artículo 38°: <i>“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...”</i>	Límites establecidos en la norma	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política del Perú en lo referente a los artículos que regulan el Derecho del Trabajo. - Decreto Legislativo N° 728 en lo referente a la estabilidad laboral. - Evolución histórica de la estabilidad laboral en el Perú.
			Quantum indemnizatorio	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias casatorias que establecen el quantum indemnizatorio. - Análisis de casuística que delimitan el

	<p>con la realidad, social, jurídica y económica de cada nación, llegando a veces inclusive a no existir un tope determinado.</p>	<p>Así pues el tope indemnizatorio planteado en la legislación es de ocho años de servicio en caso despido arbitrario.</p>		<p>quantum indemnizatorio.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia nacional y extranjera.
			<p>Ámbito de aplicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Legislación comparada. - Tendencias actuales en materia laboral. - Realidad social y económica, desde 1990 hasta la actualidad.
	<p>Entendido en la legislación como la indemnización por despido arbitrario, es una directriz del derecho del trabajo manifestación del principio de continuidad laboral el cual le otorga al trabajador una permanecía</p>	<p>Villavicencio A. (1996) separa a la estabilidad laboral de salida en dos sistemas: absoluta (que conlleva la reposición) o relativa (que importa protecciones distintas</p>	<p>Principio de continuidad</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Alcance doctrinario del principio de continuidad. - Evolución histórica del principio de continuidad en el Perú

ESTABILIDAD DE SALIDA RELATIVA IMPROPIA	<p>en el empleo (en caso las labores que realice así lo requieran) y no ser despedido sino por circunstancias señaladas previamente por ley.</p> <p>Esta sirve como medio resarcitorio al trabajador que es cesado por decisión unilateral del empleador sin mediar causa justa prescrita en la ley a su vez es una limitación del empleador a su poder de subordinación sobre el trabajador.</p>	<p>como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc.).</p> <p>Por su parte Toyama (2008) a su vez divide a la estabilidad relativa en propia e impropia, será impropia cuando la protección sea la indemnización.</p> <p>Siendo este último sistema el aplicado en la legislación nacional, la estabilidad de salida relativa impropia.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de casuística referente a la continuidad laboral
			Estabilidad Laboral de salida	<ul style="list-style-type: none"> - Situación normativa relativa a la estabilidad laboral en la legislación peruana - Sistema de protección en lo referente a estabilidad laboral de salida - Alcance doctrinario de las estabilidad laboral de salida

			Despido arbitrario	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias casatorias referentes al despido arbitrario - Análisis de casuística - Jurisprudencia nacional y extranjera que detalle la tratativa del despido arbitrario.
--	--	--	--------------------	---

1.2 Diseño de investigación

La presente investigación según su propósito es Básica, pues a través de la información expuesta en el marco teórico y los resultados obtenidos de los instrumentos empleados, se determinará la manera en que se genera la afectación de la estabilidad relativa impropia de los trabajadores por la aplicación del *artículo 38°* de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aportando conocimiento en el ámbito jurídico.

Asimismo, la presente investigación es descriptiva con un diseño de investigación no experimental de corte transversal, pues no se manipulará ninguna variable y se analizará una situación jurídica-social en un periodo determinado, y es de tipo correlacional-causal, puesto que busca definir, analizar y describir las dimensiones y alcances del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; y la estabilidad laboral de salida relativa impropia y los actos que constituirían una transgresión al mismo, a fin de establecer si una de las variables de la investigación incide o tiene un efecto ya sea positivo o negativo sobre la otra.

Diseño Transversal:

Estudio	T1
M	O

Dónde:

M: Muestra

O: Observación

1.3 Unidad de estudio

El Art. 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su incidencia en la estabilidad laboral de salida relativa impropia.

1.4 Población

- Expertos en Derecho Laboral: Jueces Laborales y abogados que ejercen docencia universitaria en materia de Derecho Laboral en las universidades del país.

- Legislación comparada de diversos países en materia de indemnización por despido arbitrario
- Sentencias judiciales sobre indemnización por despido arbitrario e indemnización por daños y perjuicios: 07
 - o Casación N° 3592-2014 LIMA
 - o Casación N° 002683-2002
 - o Sentencia N° 03172-2013-0-1601-JR-LA-03
 - o Sentencia N° 1818-2015-1JETT-NLPT
 - o Sentencia N° 2025-2015-1JETT-NLPT
 - o Fallos N° 306:1964
 - o Fallos N° 327:3677

1.5 Muestra (muestreo o selección)

- La muestra es de tipo no probabilística, debido a que por el objeto y alcance de la investigación resulta conveniente la selección de acuerdo criterio del investigador.
- Expertos es derecho laboral:
 - o Cinco (05) Vocales superiores de la Primera y Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
 - o Tres (03) abogados especializados en Derecho Laboral
 - o 1 juez superior especializado en materia laboral
- Legislación comparada: 6 países (Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, España y Estados Unidos)
- Sentencias Judiciales

NÚMERO DE EXPEDIENTE	FECHA
Casación N° 7095-2014 – Lima	30 de setiembre del 2015.
Casación N° 002683-2002	3 de Junio de 2004
Sentencia N° 1818-2015-1JETT-NLPT	01 de Septiembre del 2015
Exp. N° : 03172-2013-0-1601-JR-LA-03	14 de marzo del 2014
Exp. N°: 2025-2015-1JETT-NLPT	27 de Noviembre del 2014
Fallos N° 306:1964	13 de Diciembre de 1984
Fallos N° 327:3677	14 de Septiembre del 2004

Criterios de selección de muestra

- Procesos de indemnización por despido arbitrario llevado en otros países, con un sistema normativo similar al peruano, cuyo record laboral supere los ocho años de servicio.
- Procesos de indemnización por despido arbitrario e indemnización por daños y perjuicios.
- Doctrinarios que realicen investigación en materia laboral.
- Especialistas en materia laboral, que ejerzan la enseñanza en el claustro universitario con lo cual estarían obligados a actualizarse constantemente respecto a la materia laboral.
- Jueces de sala especializados en materia laboral, que reconocen los procesos en segunda instancia por lo cual tiene un conocimiento más detallado de la materia.

1.6 Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos

- Análisis documental: Se realizó un análisis a través de la doctrina, legislación nacional y comparada, la cual se señala en el Anexo N° 03
- Análisis de expedientes: Se realizó un análisis de expedientes judiciales tanto nacionales como extranjeros tomando en cuenta para la selección de ellos los fines y la utilidad para la investigación, para poder instrumentalizar esa información se utilizó un cuadro de análisis señalado en el Anexo N° 04
- Entrevista: Se aplicó un cuestionario de preguntas a diversos especialistas en materia laboral, la cual esta detallado en la Guía de entrevista, ver Anexo N°05 Se incluye a su vez la opinión sobre el problema investigado del profesor Wilfredo Sanguinetti que por motivos personales no puedo responder el total de la entrevista.

1.7 Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos

Se realizó un análisis de documentales, entrevistas y de expedientes como se explica en los procedimientos.

PROCEDIMIENTOS

- **Procedimiento (DOCUMENTALES):** Se consultaron libros, artículos y revistas tanto en físico como por vía web, en un promedio de cuarenta (50) autores especialistas en las materias Laboral y Procesal Laboral, relevantes para el desarrollo de la presente investigación; así mismo mediante cuadros de análisis

se realizó un análisis de legislación comparada en lo referente a estabilidad laboral de salida relativa impropia.

- El investigador extrajo la información recopilada los elementos esenciales de las variables de investigación, así como sus características y dimensiones, que permitieron obtener un conocimiento claro y preciso de la incidencia que tiene una sobre la otra.
- Para instrumentalizar la legislación comparada se utilizó un cuadro comparativo en el cual se detallan semejanzas y diferencias entre la legislación nacional y comparada a fin de determinar el ámbito de protección de las mismas; utilizando para ello el modelo otorgado por la facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte
- **Procedimiento (SENTENCIAS):** Se analizaron sentencias cuya materia verse sobre indemnización por despido arbitrario e indemnización por daños y perjuicios, a efectos de extraer aquellos criterios empleados fundamentos expuestos y aplicados por el órgano jurisdiccional para solucionar la controversia.
- El procedimiento utilizado para instrumentalizar los expedientes y poder incluirlo dentro de los resultados, fue mediante un cuadro de análisis modelo otorgado por la facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte; donde se detalla la en número de expediente, jueces que lo emiten, fecha de emisión, resumen del caso y conclusiones.
- **Procedimiento (ENTREVISTA):** La entrevista se realizó personalmente o vía correo electrónico a los especialistas en la materia, integrantes de la muestra establecida, en la fecha que dispuso el entrevistado dentro del cronograma, en preguntas de tipo abiertas a efectos de conocer su opinión crítica respecto al objeto de investigación.
- Para ello se utilizó una guía de entrevista con preguntas concernientes al tema a investigar.
- Posterior a haberse efectuado la entrevista, se procedió a la reproducción escrita de la misma, registro de respuestas y consecuentemente analizarlas, lo que contribuyó a reforzar de gran manera la hipótesis planteada.

CAPÍTULO 4. RESULTADOS

4.1. RESULTADO N° 01: LEGISLACIÓN COMPARADA

PAÍS	PERFIL DE SIGNIFICACIÓN	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS	TIPOLOGÍA/ CONTEXTO CULTURAL.	ESPACIO Y TIEMPO	COMENTARIO
España	Real Decreto Ley N° 03/2012 La indemnización por despido injustificado arbitrario ser de veinte días de remuneración por año de servicio estableciendo un máximo de 12 remuneraciones.	En la legislación peruana la Ley de competitividad y productividad laboral establece un tope indemnizatorio al igual que en la legislación española comprendido por el record laboral del trabajador.	El Real Decreto Ley a diferencia de su símil peruano establece un monto indemnizatorio distinto, mientras la LPCL reconoce una remuneración y media por año de servicio hasta el tope de 12 remuneraciones (8 años de	Ley/Romano Germánico	España 2012	El contexto histórico cultural, por lo general sirve como medida de análisis para la aplicación de leyes, en ese caso la tendencia mundial es la e incentivar el libre mercado y así promover la inversión

			servicio) el Real Decreto Ley establece solo 20 días de remuneraci ón por cara año de servicio, hasta los 12 años.			privada, tomando como regla la flexibilizac ión laboral, Europa siempre vanguardista enseña como una norma puede ser flexible y a su vez protectora como es desarrolla do en el presente caso.
--	--	--	--	--	--	---

Argentina	<p>Ley de contrato de trabajo</p> <p>Art. 245° <i>“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a Un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de</i></p>	<p>En ambos países se establece como media protectora ante el despido arbitrario a un sistema de estabilidad de salida relativa impropia, entendido, como indemnización por despido arbitrario, ante una afectación al principio de continuidad laboral.</p>	<p>En Argentina a diferencia de en la legislación peruana el tope indemnizatorio no se regula en la norma sino de acuerdo a lo establecido en el convenio colectivo vigente, a su vez la legislación argentina establece un marco de protección mucho mayor que la peruana al establecer que las indemnización será de un mes de sueldo por</p>	Ley/ Romano Germánico	Argentina 1976	<p>Al respecto, es rescatable lo que establece la legislación argentina en cuanto al total del tope indemnizatorio, pues este no se regula por la ley, sino más bien por lo establecido en convenio colectivo, más aun de no existir convenio colectivo vigente, no existe tope indemnizatorio, otorgándole así una</p>
-----------	---	--	---	-----------------------------	-------------------	---

<p>servicios si éste fuera menor. <i>Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante,</i></p>		<p>cada año de servicio (no establece límite alguno), adicionalmente establece que el monto base será la remuneración más alta y no la última como lo establece la legislación peruana.</p>		<p>completa protección trabajador frente al despido arbitrario.</p>
--	--	---	--	---

	<p><i>juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.”</i></p>					
--	---	--	--	--	--	--

<p>Estados Unidos</p>	<p>Ley Federal del Trabajo de 1938</p> <p>La indemnización por despido injustificado comprende los siguientes conceptos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago por el tiempo de desempleo • Restablecimiento en el trabajo • Otras indemnizaciones • Daños punitivos • Honorarios del abogado 	<p>El sistema legal estadounidense en materia laborales visto desde una óptica distinta respecto a la indemnización por despido injustificado comprende los trabajadores sin embargo al igual que las legislaciones precedentes las establiades asumidas por la legislación como medio de protección para el trabajador que ha sido despedido</p>	<p>Sesgada diferencia existe entre ambos sistemas jurídicos, al tener un sistema legal distinto la tratativa laboral no se da principalmente por la norma sino por los precedentes que se generan a partir de casos emblemáticos. Otro punto en discordia sería la propia naturaleza de la IDA, en la medida que para los EE.UU esta</p>	<p>Ley/ Anglosajon</p>	<p>Estados Unidos 1938</p>	<p>Resulta difícil encontrar en el Common Law una norma encargada de regular algún hecho en concreto, pues como es bien sabido los jueces fallan en base a la jurisprudencia, tomando a ella como fuente de derecho y base de su sistema jurídico. No obstante la Ley Federal de</p>
-----------------------	--	---	--	------------------------	----------------------------	--

		injustament e.	es una medida legal permitida para despedir al trabajador; el TC se pronunció de manera contraria en el proceso seguido por FETRATEL contra telefónica.			Trabajo señala los criterios mínimos a tomar en cuenta al establecer un indemniza ción por despido arbitrio, dejando a carácter discrecion al del juez el quantum indemniza torio
--	--	-------------------	--	--	--	--

Bolivia	<p>Ley General de Trabajo de Bolivia</p> <p>Art. 13°: <i>“Cuando fuere retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad el patrono estará obligado, independiente mente del desahucio, 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, descontando los tres primeros que se reputan de</i></p>	<p>En ambos países se establece como media protectora ante el despido arbitrario a un sistema de estabilidad de salida relativa impropia, entendido, como indemnización por despido arbitrario, ante una afectación al principio de continuidad laboral.</p>	<p>A diferencia de la legislación peruana, la Bolivia establece una indemnización obligatoria por tiempo de servicio si el trabajador supera un periodo laboral determinado (8 años), se retire este de manera voluntaria o sea despedido por su empleador.</p>	Ley/ Romano Germánico	Bolivia 1942	<p>La legislación boliviana excede en el espectro protector a la legislación peruana, no solo porque mantiene un amplio margen indemnizatorio, proteccionista del trabajador sino también porque le otorga una indemnización por tiempo de servicio adicional cuando este supera un record laboral</p>
---------	--	--	---	-----------------------------	-----------------	--

	<p><i>prueba. Si el trabajador tuviese más de ocho años de servicio, se percibirá la indicada indemnización, aunque se retirare voluntariamente.”</i></p>				<p>determinado</p>
--	---	--	--	--	--------------------

Chile	<p>Código del Trabajo Art. 168°</p> <p>Esta indemnización es equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio y periodo superior a seis meses prestados continuamente a dicho empleador.</p> <p>Esta indemnización tiene un tope máximo de once años</p>	<p>Al igual que la normativa peruana, se reconoce el concepto de estabilidad relativa de salida impropia, teniendo una correcta protección al trabajador que ha sido cesado de sus labores sin mediar causa justa.</p>	<p>Al igual que la normativa española la diferencia más sesgada radica en la limitación del tope indemnizatorio</p> <p>En la legislación peruana, pues a diferencia de su par española o chilena, esta reconoce muchos menos años de servicio como tope indemnizatorio para el despido arbitrario.</p>	Ley/ Romano Germánico	Chile 2002	<p>La normativa chilena a comparación con su par peruana en su cuerpo legal ordenado de derecho laboral, muestra una amplio margen de protección para sus trabajadores, pues si bien ellos practican la economía de libre mercado permitiendo a los privados</p>
-------	---	--	--	--------------------------	---------------	--

						<p>acordar entre ellos los términos de la contratación, no permite que la parte más vulnerable en esta negociación quede a expensas de la voluntad general del empleador.</p>
--	--	--	--	--	--	---

4.2. RESULTADO N° 02: ANÁLISIS DE SENTENCIAS

DATOS DE LA SENTENCIA

- N° DE CASACIÓN: 7095-2014 – Lima
- MAGISTRADOS: Arévalo Vela, Montes Minaya, Yrivarren Fallaque, De La Rosa Bedriñana, Malca Guaylupo
- FECHA DE EMISIÓN: 17 de junio de 2015.
- FECHA DE PUBLICACIÓN: 30 de setiembre del 2015.
- IMPUGNANTE: La demandante, Eryka San Miguel Wong
- MATERIA: Indemnización por daños y perjuicios

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Se trata del recurso de casación interpuesto por Eryka San Miguel Wong, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, contra la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha dos de agosto de dos mil trece, que revocó la sentencia apelada, que declaró fundada en parte la demanda; reformándola la declararon infundada; en el proceso seguido con la empresa demandada, Deportes Aventura S.A.C., sobre pago de indemnización por daños y perjuicios.

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

En el presente caso la corte suprema, se pronuncia, sobre el despido en el periodo de prueba, otorgándole una indemnización por daños y perjuicios (puesto que la indemnización por despido arbitrario no corresponde porque la recurrente no estaba sujeta a estabilidad laboral). Respecto a la demanda resulta relevante para la investigación en la medida que la corte suprema emite un fallo bajo un razonamiento protector de los derechos del trabajador al establecer que si bien durante el periodo de prueba se puede despedir sin causa justa sin que sea pasible de indemnización, esta tiene que estar regida bajo un criterio de buena fe por parte del empleador en la medida que el trabajador es la parte más vulnerable del vínculo laboral, por lo cual el empleador solo podría despedir al trabajador en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias del empleador para el puesto o que las

pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas.

FALLO: Declararon fundado el recurso de casación interpuesto por la demandante, en consecuencia, casaron la sentencia de vista contenida en la resolución, que revocó la sentencia apelada y revocándola, declararon infundada; *y actuando en sede de instancia*; confirmaron la sentencia contenida en la resolución, que declaró fundada en parte la demanda.

CONCLUSIONES:

- La indemnización por despido arbitrario no ampara al trabajador en periodo de prueba, no obstante ello el empleador debe tener criterios mínimos de buena fe para contratar y despedir a un trabajador.
- En tal sentido, resulta importante el criterio judicial al reivindicar el derecho del trabajador a ser indemnizado por ser despedido sin respetar los principios fundamentales de la contratación (sea en materia civil o laboral), sin tomar en cuenta el periodo de prueba sino el perjuicio generado.

DATOS DE LA SENTENCIA

- N° DE EXPEDIENTE: 03172-2013-0-1601-JR-LA-03
- MAGISTRADOS: Castillo León, Reyes Guerra, Peralta García
- FECHA DE EMISIÓN: 14 de marzo del 2014
- IMPUGNANTE: El demandado Universidad Privada Antenor Orrego
- MATERIA: Beneficios sociales y otros

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Es materia de apelación la sentencia, que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Luis Raymundo Ibáñez contra la Universidad Privada Antenor Orrego, sobre indemnización por daños y perjuicios ordena que la parte demandada cumpla con pagar al demandante la suma de s/.103,536.36 por concepto de indemnización por lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida.

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

El ex trabajador demanda a la su ex empleador por pago de beneficios sociales (en los extremos referidos a indemnización por despido arbitrio e indemnización por daño moral y al proyecto de vida).

Al respecto los magistrados señalan que única indemnización prevista por la norma en caso de despido arbitrario es la establecida por el artículo 34° de la LPCL, el cual limita otro tipo de indemnización, respecto al daño moral, refiere que por el solo hecho de haberse despedido injustamente no se comprueba el daño moral pues este está previsto de otra series de circunstancias adicionales al despido, finalmente en cuanto a proyecto de vida estima que siempre que se cese a un trabajador de una empresa habrá afectaciones a las expectativas de ascenso del trabajador. Al respecto de lo desarrollado por los magistrados resulta interesante el análisis que se realiza sobre la limitación establecida por la norma ante el despido arbitrario y que esta debería en su defecto ser la única protección que existe puesto que el daño moral como pretensión indemnizatoria debe estar revestida de circunstancias adicionales al despido.

FALLO: REVOCARON la Sentencia, que declara FUNDADA en parte la demanda interpuesta por don Luis Raymundo Ibáñez contra la Universidad Privada Antenor Orrego.

CONCLUSIONES:

- La indemnización por despido arbitrario es la única protección que existe frente a un despido injusto en concordancia con lo establecido por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- El daño moral como pretensión indemnizatoria frente a un despido es adecuada en cuanto se cumplan los presupuestos que para cada caso en concreto lo ameriten, bajo este punto es pasible de tomarse en cuenta para un aumento de la indemnización por despido arbitrario al daño moral, sin embargo la tutela idónea es la indemnización por despido arbitrario, por lo cual estaría sustentada un incremento en la misma a fin de evitar recurrir al daño moral.

DATOS DE LA SENTENCIA

- N° DE CASACIÓN: N° 002683-2002
- VOCALES: Aguayo Del Rosario, Alfaro Álvarez, Balcázar Celada, Carrión Lugo y Pachas Avalos.
- FECHA DE EMISIÓN: 3 de Junio de 2004
- FECHA DE PUBLICACIÓN: 3 de Septiembre de 2004
- IMPUGNANTE: La demandada EMPRESA AGROINDUSTRIAL LAREDO SOCIEDAD ANÓNIMA

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El demandante es una ex trabajadora de la empresa agroindustrial Laredo sociedad anónima, el cual fue despedido de la empresa mediante un acto calumnioso por habersele imputado la calidad de ladrón, lo cual no sólo dio origen a la pérdida de su trabajo, lo que ya fue indemnizado, sino también al menoscabo de su honor y reputación como persona. Por ello solicita en la vía civil el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios, la cual es cuestionada por su ex empleador en la presente casación, aduciendo que el medio idóneo para subsanar dicha controversia fue resuelta al otorgársele una

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

En el presente caso la Corte Suprema de Justicia de la Republica, desarrolla la idea una indemnización extra-tarifada cuando se configura un despido abusivo siendo este cuando el empleador no solo despide de forma arbitraria, sino que de forma abusiva afecta derechos fundamentales del trabajador, en el caso en concreto acusan de manera calumniosa a su ex trabajador generado no solo la pérdida de su trabajo sino también una grave afectación moral a su honor y reputación. En vista de ello a razón de la corte, por los perjuicios sufridos le otorga una indemnización adicional a la del despido arbitrario, pues esta no es suficiente para satisfacer la afectación realizada al trabajador.

indemnización por despido arbitrario.	
FALLO: Declara fundada la demanda de indemnización por daño moral en favor de JORGE PINILLOS MELITON	
CONCLUSIONES:	
<ul style="list-style-type: none">• La indemnización extra tarifada es necesaria puesto que la indemnización por despido arbitrario resulta insuficiente ante los daños causados a los trabajadores• En tal sentido, se debe ampliar el tope indemnizatorio establecido en el Art. 38° de la LPCL para que este sea más tuitivo con el trabajador que es despedido injustamente.	

DATOS DE LA SENTENCIA

- SENTENCIA N°: 1818-2015-1JETT-NLPT
- JUEZ : Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez
- FECHA DE EMISIÓN: 01 de Septiembre del 2015
- IMPUGNANTE: Samuel Ygnacio Flores Maza
- MATERIA: Indemnización por despido arbitrario

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El demandante señala que durante la relación laboral con su empleadora se ha desempeñado como Chofer Profesional, conduciendo tráiler con cisterna y/o carretas, cubriendo las rutas que comprendían diferentes puertos cumpliendo una jornada laboral de 16 horas aproximadamente, trabajando incluso días de descanso y feriado, sin que se reconozca las horas extras o los descansos trabajados; así mismo señala que fue despedido de manera arbitraria al ordenársele tomar vacaciones, para posteriormente ser informado que no continuará en la empresa por incumplir con asistir al mismo sin justificación alguna.

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

En el presente caso el juzgado especializado en materia laboral reconoce la indemnización por despido arbitrario en modalidad de despido fraudulento al ex trabajador de la empresa Joselito, pues se induce a su despido a través del engaño (se le solicita tomar vacaciones), no obstante ello el record de servicio de este trabajador no supera los ocho años. Por ello el análisis del caso resulta relevante para traer a colación, el estudio de la existencia y desaparición del tope indemnizatorio, pues el propio cuerpo de la sentencia señala que el estado ofrece una adecuada protección frente al despido arbitrario, la cual se ve traducida en una indemnización por el tiempo de servicio, si este no supera los ocho años, como resulta el presente caso. No obstante ello es de notar que si el tiempo de servicio hubiese sido mayor, el trabajador no hubiera podido gozar de una indemnización por el total de su

tiempo de servicio, la cual será materia de análisis en el siguiente expediente.

FALLO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por SAMUEL YGNACIO FLORES MAZA, contra la empresa TRANSPORTES Y SERVICIOS GENERALES JOSELITO S.A.C.; sobre PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

CONCLUSIONES:

- La indemnización por despido arbitrario de un trabajador esta limitada por el tope indemnizatorio establecido en la noma.
- El tope indemnizatorio no representaría mayor inconveniente si el trabajador no presenta un record laboral superior a los ocho años de servicio, sin embargo, no todos los trabajadores laboran para un empleador menos de ocho años.

DATOS DE LA SENTENCIA

- SENTENCIA N°: 2025-2015-1JETT-NLPT
- JUEZ : Luis Manuel Sánchez Ferrer Chávez
- FECHA DE EMISIÓN: 27 de Noviembre del 2014
- FECHA DE PUBLICACIÓN: 30 de Julio del 2015
- IMPUGNANTE: Angela Elizabeth Bellido Lamas.
- MATERIA: Indemnización por despido arbitrario

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La trabajadora sostiene que con fecha 04 de marzo de 2004 ingresó a laborar para la **EMPRESA PERIODÍSTICA NACIONAL S.A. - EPENSA**, mediante una seudo prestación de Locación de Servicios sin que entre las partes se haya suscrito contrato civil alguno, y que luego de mas de diez años laborados en la empresa es despedida sin causa justa incumpliendo con el procedimiento estipulado por la norma en lo referente a despido por causal de conducta o capacidad. Así pues no cumplió con advertirse que mejore su conducta mediante

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

En el presente caso el juzgado especializado en materia laboral reconoce la indemnización por despido arbitrario en la modalidad de despido injustificado, pues se cesa al trabajador basándose en lo establecido en la norma, pero no se justifica en la realidad la aplicación de la causal. Sin embargo lo más resaltante del análisis de esta sentencia es la afectación que se produce a esta trabajadora al no indemnizarla por el total de sus años de servicio, tal como lo señala la propia sentencia: “*Se puede verificar que, el primer cálculo (S/.21,020.74) si se ha excedido del tope establecido en la normatividad laboral, por lo que a la demandante le corresponde por indemnización por despido arbitrario la suma señalada en el cálculo segundo, la misma que asciende al monto de S/. 15,534.96 nuevos soles*”.

<p>memorándums, ni se le notifico previamente con una carta de preaviso de despido para que realice sus descargos.</p>	<p>Como es de observar, la trabajadora se ve perjudicada en el monto indemnizatorio final establecido en la sentencia, referido al tope indemnizatorio por despido arbitrario, el cual es establecido por la norma, a diferencia del caso anterior en que trabajador si fue indemnizado por todo los años de servicio.</p>
<p>FALLO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por ANGELA ELIZABETH BELLIDO LAMAS, contra las empresa PRENSMART S.A.C.; sobre PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES.</p>	
<p>CONCLUSIONES:</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • La indemnización por despido arbitrario de un trabajador está limitada por el tope indemnizatorio establecido en la noma. • El tope indemnizatorio resulta inconveniente al trabajador pues presenta un record laboral superior a los ocho años de servicio, impidiéndole este el cobro de una indemnización que comprenda el total de su record laboral trabajado. 	

DATOS DE LA SENTENCIA

- FALLOS: 306:1964
- MAGISTRADOS: Carlos Fayt, Augusto Cesar Bellusci, Enrique Santiago Petracchi.
- FECHA DE EMISIÓN: 13 de Diciembre de 1984
- IMPUGNANTE: Heino Paluri
- MATERIA: Indemnización por antigüedad

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El actor fue despedido sin causa y reclamó judicialmente la indemnización correspondiente.

En primera instancia se hizo lugar a su reclamo conforme lo normado en el Art. 245 que limitó a tres veces el importe del salario mínimo vital, vigente al momento de la extinción de la relación laboral, el monto básico a tomar en cuenta a los efectos de fijar la indemnización por antigüedad. El actor se agravó respecto del cálculo del monto base de la indemnización. La Cámara confirmó sentencia del juez de grado, contra ese pronunciamiento el actor

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

El presente caso resulta interesante la tratativa argentina sobre la indemnización por despido arbitrario otorgándose a sus trabajadores una indemnización por antigüedad calculada con bases en la mejor remuneración mensual, que no puede exceder tres veces el salario mínimo vital vigente o lo acordado mediante convenio colectivo.

Para la investigación en concreto el caso resulta interesante pues el trabajador, a pesar de que la sentencia fue fallada en su contra, no discute la indemnización por todos los años de servicio, sino el tope base con el que se calcula la indemnización, la cual a su criterio es muy pobre.

Este caso demuestra como en diversas legislaciones otorga una tutela mayor a la estabilidad relativa impropia de salida planteada en su propia norma legal, de igual modo, la legislación peruana podría emular dicha normativa estableciendo unos

<p>interpuso recurso extraordinario que fue concedido. La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada.</p>	<p>parámetros básicos como los establecidos por la legislación argentina.</p>
<p>FALLO: Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Señor Procurador Fiscal, se confirma la sentencia en lo que fue materia de recurso. Costas por su orden, en atención a la índole alimentaria de las prestaciones que el recurrente perseguía defender.</p>	
<p>CONCLUSIONES:</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • La legislación argentina otorga a sus trabajadores una indemnización por antigüedad por despido injustificado, la cual se calcula como base no puede superar tres veces el salario mínimo vital el cual será multiplicado por todos los años de servicio de no existir convenio colectivo vigente. • La indemnización por antigüedad puede ser usada en la legislación peruana estableciendo límites básicos similares a los de la legislación argentina. 	

DATOS DE LA SENTENCIA

- FALLOS:327:3677
- MAGISTRADOS: Enrique Petracchi, Augusto Belluscio, Carlos Fayt, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni
- FECHA DE EMISIÓN: 14 de Septiembre del 2004
- IMPUGNANTE: Carlos Alberto Vizzoti.
- MATERIA: Indemnización de antigüedad por despido arbitrario

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El actor se desempeñó como Director Médico para la demandada por un periodo de 26 años de tiempo completo y percibía una remuneración mensual de \$ 11.000. Al ser despedido se le abonó la suma de \$ 27.000 en concepto de indemnización acorde al tope tarifario fijado por el convenio colectivo. Disconforme con la suma percibida, reclamó que se le abonara la diferencia correspondiente entre el haber salarial realmente percibido y los años trabajados para la empresa. Primera instancia hizo lugar a la demanda, la accionada apeló. La Cámara Nacional de

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

El presente caso sirve materia de análisis pues, este se muestra como los propio tribunales argentinos se apartan de la norma cuando esta resulta muy lesiva, declarando la inconstitucionalidad de la misma, en el presente caso el actor demanda la inconstitucionalidad del pago de la indemnización por antigüedad, pues debido al convenio colectivo vigente esta se reduciría en un 90%, es por ello uno de los propios fundamentos de la sentencia señala lo siguiente: *“Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable ... acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes.”*

<p>Apelaciones del Trabajo revocó lo resuelto por el anterior tribunal y rechazó la demanda. Contra este pronunciamiento el accionante interpuso recurso extraordinario que fue concedido. La Corte revocó la sentencia apelada.</p>	<p>De esta forma la legislación argentina otorga a sus trabajadores una adecuada protección frente al despido arbitrario, al permitírsele cobrar una indemnización por antigüedad inobservando la limitación establecida en el Art. 245° de la legislación laboral Argentina de este modo la estabilidad relativa impropia de salida del trabajador no se ve soslayada por un imperativo de la norma.</p>
--	---

FALLO: Se declara ADMISIBLE el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas por su orden en todas las instancias en atención al cambio de criterio sobre el punto en debate.

CONCLUSIONES:

- La indemnización por antigüedad aplicada en la legislación argentina puede ser inobservada si esta es inconstitucional y afecta de manera gravosa la indemnización otorgada a los trabajadores.

4.3. RESULTADO N° 03: ENTREVISTAS

ENTREVISTADO / PREGUNTAS	¿Qué comprende el principio de continuidad?	¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?	¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?
<p>JAVIER REYES GUERRA</p>	<p>El principio continuidad de la relación laboral, refiere en cuanto a la finalización del contrato de trabajo en efecto, si el principio de continuidad expresa la tendencia del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, o lo que es lo mismo, a la conservación en el tiempo de la fuente de trabajo; entonces, el principio de estabilidad laboral surge para sustentar en la ejecución del contrato de trabajo la necesidad de preservar el mismo y evitar</p>	<p>La estabilidad laboral de entrada constituye un aspecto del principio de estabilidad laboral que alude justamente al momento en que se decide la contratación de un trabajador que bajo los alcances del principio de continuidad implicara la preferencia de una contratación de carácter permanente, dejando toda posibilidad de contratación temporal a situaciones que por su naturaleza ostenten tal condición y reúnan los requisitos exigidos por ley; de allí que el periodo de prueba</p>	<p>La estabilidad laboral de salida constituye el otro aspecto del principio de estabilidad laboral que incide directamente en la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, que implica la prohibición del despido arbitrario, siendo este aspecto el que se vincula directamente con el principio de estabilidad laboral.</p>

	su extinción por decisión unilateral del empleador (despido) salvo la existencia de algún motivo autorizado o justificado legalmente.	construya un mecanismo legal concreto para establecer la condición laboral definitiva que adquiere un trabajador dentro de la relación laboral.	
SEGUNDO PACHECO YEPEZ	Es una directriz que establece que el trabajador es perenne en el puesto que le corresponda.	Suposición mediante la cual el trabajador una vez superado el periodo de prueba (tres meses, seis meses y un año, según corresponda), obtiene estabilidad laboral de si su labor necesaria en la empresa.	Medida de protección tomada por el legislador para salvaguardar los derechos de los trabajadores una vez terminado el vínculo laboral que lo une a la empresa, puede ser relativa o absoluta
GUSTAVO VICUÑA GONZALES	Es el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa. Es una limitación a la facultad discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo.	Se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato en la naturaleza de las labores. Significa que el contrato laboral tiene vocación de permanencia o	Se ubica en el momento final de la relación laboral, implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca causa justa que permita terminarlo.

		indefinida y la contratación temporal debe estar sujeta a determinadas causas.	
KARLA CASTILLO CASTRO	Significa permanencia en el trabajo, es decir que el contrato de trabajo suscrito se mantenga en el tiempo	Esta referido a la estabilidad de inicio de la relación laboral o contratación, la cual se adquiere superando el periodo de prueba que es de tres meses en el sector privado.	Esta referido al despido, en el sentido que se debe respetar los términos de la contratación laboral, salvo la existencia de causa justa de despido previsto
LOLA PERALTA GARCIA	Derecho de trabajador de gozar de todas las prerrogativas y beneficios que le concede la ley por el tiempo que ha sido contratado, sea a tiempo determinado o indeterminado.	Es referente al periodo de prueba, donde el empleador tiene la facultad de despedir al trabajador si este considera que este no cumple con los requisitos mínimos necesarios para el puesto de trabajo, caso contrario seguirá trabajando.	Todo trabajador frente a la extinción del vínculo laboral el empleador debe recurrir a un correcto proceso de despido, un trabajador no puede ser despedido sin causa justa o sin que el contrato de trabajo haya llegado a su vencimiento.
VICTOR CASTILLO LEON	Es una garantía fundamental del derecho del trabajo que consiste en el	Supone el régimen regulatorio de la contratación laboral, el Perú debe por norma general	Es la resistencia que tiene el contrato de trabajo a su terminación si no es por

	<p>derecho que tiene el trabajador de mantenerse en el puesto de trabajo mientras no incurra en causal justa de despido, comprende el derecho de acceso al trabajo.</p>	<p>se debe contratar a un trabajador a plazo indeterminado y la contratación modal se aplica a manera de excepción, según interpretación del tribunal constitucional.</p>	<p>causa justa, supone la regulación de las causas justas de despido. Se puede establecer un esquema de estabilidad absoluta, cuando cualquier infracción a las causales de despido da lugar a la reposición o a la estabilidad laboral relativa donde la infracción a las causales de despido generan una tutela de tipo resarcitoria.</p>
<p>JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU</p>	<p>Manifestación del principio protector del derecho laboral y busca un fin tuitivo, busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible, resista ante cambios del empleador, fusión de empresas; que los procesos de despido se hagan respetando el debido</p>	<p>Manifestación del principio de continuidad laboral que busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible especificando requisitos en el acceso al trabajo, busca limitar al máximo los requisitos de acceso de la estabilidad laboral, por</p>	<p>Manifestación del principio de continuidad laboral que busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible especificando requisitos en la salida al trabajo, busca determinar los requisitos justos de salida del puesto de trabajo, por ejemplo causales</p>

	<p>proceso y que estos tengan causa justa.</p> <p>El principio de continuidad es la manifestación del derecho laboral en la extensión del contrato de trabajo, es la vocación de permanencia.</p>	<p>ejemplo un periodo de prueba corto.</p>	<p>de despido por conducta o capacidad.</p>
<p>RICARDO MIRANDA RIVERA</p>	<p>Se plantea como medida protectora ante el trabajador y supuesto de trabajo.</p>	<p>Es la protección que recibe el trabajador al ingresar a su puesto de trabajo y que no será removido de este en tanto y en cuanto su labor se esencial en la empresa, es una limitación a la modalidad determinada de la contratación laboral.</p>	<p>Es un medio de protección al que le es favorable al trabajador que fue cesado de su puesto de trabajo sin causa justa de despido o sin fundamentación alguna del mismo.</p>
<p>JOSE ROGRIGUEZ VIERA</p>	<p>Es el principio protector del derecho del trabajo, en virtud del Art. 4° de la LPCL, que estable que la</p>	<p>Es el derecho que tienen todos los trabajadores, de acuerdo a los convenios de la OIT, que todo trabajador tiene</p>	<p>Versa sobre el derecho de repulsión del trabajador despedido injustamente y sobre la indemnización por</p>

	naturaleza del contrato de trabajo es permanente, salvo la excepción que es la temporalidad cuando esta es justificada	estabilidad laboral desde el momento que ingresa a trabajar, salvo por lo establecido en el Art. 9° de la LPCL, referente al periodo de prueba de tres meses, seis meses y un año	despido arbitrario (estabilidad relativa impropia).
CONCLUSIONES	Garantía fundamental del derecho del trabajo que consiste en el derecho que tiene el trabajador de mantenerse en el puesto de trabajo mientras no incurra en causal justa de despido	Aspecto del principio de estabilidad laboral que alude justamente al momento en que se decide la contratación de un trabajador que bajo los alcances del principio de continuidad	Derecho de reposición del trabajador despedido injustamente y sobre la indemnización por despido arbitrario
ENTREVISTADO / PREGUNTAS	¿Considera usted que el principio de continuidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?	Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?	¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

<p>JAVIER REYES GUERRA</p>	<p>Mayormente no es respetado, en principio por la elevada informalidad de la contratación de trabajadores en el Perú; es decir, si no hay un trabajo formal, menos habrá el respeto de derechos laborales; ahora bien, en el caso de empleadores que son formales o al menos que procuran lucir como formales, también se dan distorsiones cuando se utiliza abusivamente de la contratación modal para situación fácticas en las que la naturaleza de la prestación laboral es</p>	<p>En el caso de Chile el principio de estabilidad laboral se aplica en su vertiente de tutela resarcitoria y no restitutoria (estabilidad laboral relativa). Es de hacer notar una situación similar en México y España aunque destacando que la estabilidad laboral está enfocada en lograr la formalización y mayor acceso al empleo y la regulación de modalidades contractuales como el contrato a prueba. Es de advertir que en el caso español si bien se admite ante casos concretos de afectación de derechos fundamentales la nulidad del despido, se trata de una</p>	<p>Si, en cuanto a la indemnización en la medida que esté vinculada siempre al tiempo de servicios trabajador y no se presenten circunstancias que agraven la situación de desempleo o las propias circunstancias de la salida del empleo del trabajador.</p>
-----------------------------------	--	--	---

	<p>permanente finalmente, ya centrándonos en aquellos trabajadores que son estables o permanentes, se presentan reiterados casos de vulneración del principio de estabilidad laboral por imputar faltas sin el debido sustento, que no se configuran o han sido "inventadas" o por serios defectos en el procedimiento de despido; por lo tanto, considero que no hay una adecuada sujeción al cumplimiento de dicho principio.</p>	<p>regulación muy similar a la regulación contenida en la LPCL, aunque más limitada, pero que no tiene abierta más posibilidades, como sí ocurre con los precedentes del TC en el Perú. En el caso Mexicano se considera la nulidad del despido por no haberse producido el aviso de despido, pero se trata de una situación formal en todo caso subsiste el criterio de la estabilidad laboral relativa.</p>	
<p>GUSTAVO VICUÑA GONZALES</p>	<p>No, consideran que es un sobre costo laboral,</p>	<p>En principio, se debe tener presente el Convenio 158 de</p>	<p>Efectivamente, perjudica a los que cuentan con mayor tiempo de servicios. No es suficiente</p>

	<p>limita su facultad discrecional y afecta la productividad.</p>	<p>la OIT que establece el despido causal. Ha sido ratificado por más de 30 países, no encontrándose dentro de estos el Perú.</p> <p>La estabilidad no ha sido articulada en igual forma en todos los ordenamientos legales. Las legislaciones que establecen la inamovilidad absoluta para todos los trabajadores, pero con aplicación muy relativa, tenemos México y Brasil; las que disponen la inamovilidad plena para algunos grupos de trabajadores o, en circunstancias especiales, tenemos España y Argentina; las que reconocen la estabilidad</p>	<p>resarcimiento, ya que solamente se indemniza la pérdida del empleo sin causa justificada y se efectúa en base a un sistema tarifado sin importar la gravedad del daño sufrido.</p>
--	---	---	---

		<p>relativa y admiten la rescisión del contrato sin causa justificada, pero con indemnización compensatoria suficiente, ha sido adoptada por la mayoría de los países iberoamericanos, como Bolivia y Estados Unidos. En los países bajos, se ha implementado lo que se conoce como la flexiseguridad, que es una especie de seguro de desempleo; es decir, se faculta el despido sin causa pero con una indemnización significativa.</p>	
<p>KARLA CASTILLO CASTRO</p>	<p>No es respetado por los empleadores quienes no toman en consideración el</p>	<p>(Pregunta no resuelta por el entrevistado)</p>	<p>Sí, porque el tope indemnizatorio no resulta suficiente resarcimiento para aquellas personas que superan los ocho años en el sector privado</p>

	<p>contenido esencial del derecho al trabajo, motivo por el cual el poder judicial soporta una gran carga procesal referida a la indemnización por despido arbitrario y a las reposiciones por despido incausado, nulo o fraudulento.</p>		
<p>LOLA PERALTA GARCIA</p>	<p>Existe un grueso sector de empleadores que optan por despedir al trabajador sin recurrir al debido proceso o imputándoles el termino del contrato, no obstante el trabajador haya sido contratado para actividades ordinarias propias de la</p>	<p>La tendencia mundiales la primacía de los contrato modales, sin embargo los movimientos de las intuiciones sindicales, por ejemplo en Francia luchan por la derogación de norma a fin de generar mayor estabilidad laboral, sin embargo la tendencia es la flexibilización laboral.</p>	<p>Para ese tipo de trabajadores que han trabajado por muchos años en una misma empresa, para estos casos si el trabajador es despedido y la empresa no justifica su despido, definitivamente existirá insatisfacción por parte del trabajador.</p>

	<p>empresa, ahí nos encontramos ante despidos incausados.</p>		
<p>VICTOR CASTILLO LEON</p>	<p>A veces es respetado ya veces no, esa es la realidad de todas las normas jurídicas, en especial las laborales. Lo importante es que cuando el empleador no respeta la estabilidad laboral de salida, existen los mecanismos de tutela judicial apropiados a través de los cuales se otorga o bien una tutela repositoria o sustitutoria de acuerdo a nuestro sistema.</p>	<p>Se conoce que en otros países reconocen modelos de estabilidad absoluta y modelos de estabilidad relativa, el modelo más famoso es de tutela laboral relativa que la comparten países latinoamericanos y europeos. Los modelos de estabilidad laboral absoluta son mas escasos pero aún podemos encontrar algunos modelos como la legislación brasileña, de igual forma en el caso boliviano.</p>	<p>El monto del resarcimiento obedece a una elección política del legislador. La ley de estabilidad laboral Nº 24514 que precedió a la LCPL, tenía un sistema indemnizatorio mucho más protector, reducida por la ley actual, pero nada impide que existan cambios legislativos, sin embargo a mí me parece que es una opción política.</p>

<p>SEGUNDO PACHECO YEPEZ</p>	<p>Por la informalidad latente en el Perú, no lo creo.</p>	<p>Chile y Brasil practican políticas muy proteccionistas para sus trabajadores, llegando incluso a tener márgenes más amplios de indemnización por despido arbitrario</p>	<p>Me parece que es una decisión más que legislativa política y se basa en la historia, pues a través de la misma, el tope indemnizatorio siempre ha sido de doce remuneraciones, más aun ahora se busca llegar más rápido al mismo.</p>
<p>RICARDO MIRANDA RIVERA</p>	<p>La informalidad en el ambiente laboral peruano no permite que sean respetados todos los derechos laborales de los trabajadores, por extensión tampoco la estabilidad laboral como manifestación del principio de continuidad laboral.</p>	<p>A nivel constitucional las legislaciones establecen una protección absoluta contra el despido arbitrario, sin embargo se están realizando algunos cambios en determinadas naciones pues buscan incentivar su economía en base a la flexibilización laboral.</p>	<p>Tal vez la indemnización no sea sufriente pero recordemos que la naturaleza de esta indemnizaciones proteger al trabajador solo por el periodo de desempleo al que él se pueda afrontar.</p>
<p>JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU</p>	<p>En general si, dependiendo del sector, en el sector informal no</p>	<p>La continuidad laboral está siendo cada vez más regulada de una u otra</p>	<p>Obviamente si soy trabajador voy a creer que existe una afectación, pero acá se debe buscar llegar a un punto medio, hay países donde no hay</p>

	<p>se respeta naturalmente, pero el en sector formal luego de la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2002 se tiene mayor cuidado en los requisitos para los ceses laboral</p>	<p>forma, no hay una relación estricta entre estabilidad y continuidad laboral, puesto que los países en desarrollo como el nuestro deben buscar atraer la inversión privada, debería sensibilizar este derecho a la reposición que nos pone el puesto octavo en el mundo con respecto rigidez en contratación y despido, según el foro económico mundial.</p>	<p>indemnizaciones, la ley peruana tiene una doble protección con la indemnización y la compensación por tiempo de servicio, que es un seguro de desempleo.</p>
<p>JOSE ROGRIGUEZ VIERA</p>	<p>En la práctica, las empresas formales respetan los derechos laborales del trabajador, el problema recaería en las empresas informales, las cuales no reconocen los</p>	<p>He leído respecto a las prácticas laborales en Suiza y Singapur, que lideran las políticas laborales en el mundo, Suiza en primer lugar y Singapur en el segundo lugar y ellos manejan el tema de la</p>	<p>Depende desde que punto analicemos la pregunta, en primer lugar resultaría beneficiosos para el trabajador que labora en un país como el nuestro, pues en comparación con los países de avanzada no se le reconoce los derechos a estos trabajadores, sin embargo debemos tomar en cuenta que los países de avanzada respetan mucho los derechos te receta generación de los</p>

	<p>derechos del trabajador. Justamente el foro económico mundial establece las prácticas de contratación y despido, uno de los grandes problemas que nos ubica en el último lugar es la informalidad laboral.</p>	<p>contratación laboral por contratos tipo, de acuerdo a lo establecido en su código civil, como prestaciones de servicio. En países de avanzada que lideran el foro económico mundial aplican la deconstrucción al derecho del trabajo, pero ello pudo ser posible en la medida que han podido lograr el poder los derechos humanos de tercera generación, derechos de solidaridad, por ello se ha logrado la interdependencia laboral entre el trabajador y el empleador.</p>	<p>trabajadores, con lo cual se estaría equilibrando la balanza.</p>
<p>CONCLUSIONES</p>	<p>Mayormente no es respetado por la elevada informalidad</p>	<p>En las tendencia mundiales existe la primacía de los contrato modales en busca de la flexibilización laboral,</p>	<p>La indemnización por despido arbitrario en todos los casos no es suficiente resarcimiento, sin embargo, el monto del resarcimiento obedece a una elección política del legislador.</p>

	laboral que hay en nuestro país.	sin embargo existen países cuya legislación laborales rígida	
ENTREVISTADO / PREGUNTAS	En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?	De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?	La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en la legislación peruana.
JAVIER REYES GUERRA	El lucro cesante, daño moral y el daño al proyecto de vida. En el primer caso por las remuneraciones que deja de percibir el trabajador. en el segundo caso por la afectación psíquica al trabajador y en el ultimo caso en la medida en que se trunque una proyección laboral evidente	Esencialmente incrementar el tope indemnizatorio considerando el tiempo de servicios del trabajador, ampliando la franja del tiempo de servicios para aplicar la remuneración indemnizable	La afectación sería positiva en la tutela de los derechos de los trabajadores; evidentemente la parte empleador siempre se considerara afectada por este tipo de modificatorias. En cuanto al desarrollo de la LPCL en caso de introducirse una modificación como la propuesta, no percibo mayor afectación que la acotada en forma precedente.

<p>SEGUNDO PACHECO YEPEZ</p>	<p>El lucro cesante, daño moral y el daño al proyecto de vida me parece que serían los más adecuados para justificar unos posibles incrementos.</p>	<p>Considero que el tope indemnizatorio como techo limitativo es correcto, no realizaría cambio alguno.</p>	<p>No realizaría ninguna afectación a la norma pues sería un cambio más político que legislativo.</p>
<p>LOLA PERALTA GARCIA</p>	<p>Debería calcularse a través de sus beneficios sociales y si el trabajador demanda el daño moral, este debe demostrar el daño que le ha causado haber sido despedido.</p>	<p>Se podría aplicar de forma excepcional para los trabajadores que superan los quince años o veinte años de servicio una indemnización por todos los años de servicio.</p>	<p>Los afectados se modificarse la norma en el aumento de la indemnización por despido arbitrario serán los empleadores.</p>
<p>GUSTAVO VICUÑA GONZALES</p>	<p>No es tan simple, ya que en el actual sistema tarifado no es necesario que el trabajador tenga que probar la cuantía de los daños; lo que podría perjudicar al trabajador ante insuficiencia probatoria. En todo caso, podría establecerse que para obtener una indemnización adicional a la tarifada, se exigiría la acreditación del nexo</p>	<p>En principio, se debe tener presente que cualquier cambio en el sentido de incrementar el tope indemnizatorio tiene una seria resistencia por la parte</p>	<p>Claro, porque significaría una modificación de dicha norma, aun cuando sólo en lo que respecta a la extinción del contrato de trabajo. En todo caso, me inclino por la aprobación y promulgación de una Ley General de Trabajo que</p>

	<p>causal del daño económico así como el moral y psicológico. Actualmente se está adicionalmente a la indemnización por despido arbitrario la acción de daños y perjuicios.</p>	<p>empresarial; por ello debe efectuarse un cambio gradual.</p> <p>Podría establecerse la indemnización en la forma siguiente: hasta los 08 años, remuneración y media mensual por cada año de servicios; para los 04 años siguientes, 01 remuneración mensual por cada año adicional; y, para los 04 subsiguientes, media remuneración mensual por cada año.</p>	<p>incluya la indemnización especial por despido arbitrario.</p>
<p>KARLA CASTILLO CASTRO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Daño emergente, referido al empobrecimiento del trabajador al no contar con su trabajo (endeudamiento). 	<p>Modificaría el tope indemnizatorio de acuerdo a los años de servicio, incrementando el</p>	<p>Afectaría de manera positiva el desarrollo del Decreto Legislativo N° 728, ya que condeciría con la realidad económica por la que se viene atravesando, acercando de</p>

	<ul style="list-style-type: none"> • Lucro cesante, respecto a las remuneraciones dejadas de percibir. • Daño moral ante el despido, aunque requiere prueba. 	<p>mismo en aquellos trabajadores que superen de labores en el sector privado.</p>	<p>esta manera al legislador con la clase trabajadora, pues si bien la ratio descendió de este dispositivo legal fue la protección ante el despido arbitrario, la cual es conocida constitucionalmente, muchas veces los empleadores prefieren pagar estas indemnizaciones antes que mantener a los trabajadores en planillas, por lo que la subir esto topes lo pensarán bien antes de despedir injustamente a cualquier trabajador.</p>
<p>VICTOR CASTILLO LEON</p>	<p>El daño laboral no idéntico al daño civil, detrás de la indemnización por despido arbitrario hay una sumatoria de todo tipo de daño así lo establece el propio cuerpo normativo. Ahora bien ante una posible reforma, me parece que la figura debería ser la misma si es que el legislador</p>	<p>A mí me parece que no debería realice cambios pues el sistema me parece razonable, dentro de los estándares promedios, inclusive el sector privado</p>	<p>Me parece que no afectaría al D.L. N° 728, sino generaría una mayor resistencia de ciertos sectores de la sociedad a aceptar el sistema jurídico tal cual esta, sería una decisión aislada de un todo al cual se integraría.</p>

	<p>considera aumentar la indemnización por despido arbitrario.</p>	<p>consideran que estas indemnizaciones generan un sobre costo. Como señale en el punto anterior la iniciativa de un cambio está abierta sin embargo esta no tendría naturaleza jurídica, si nomas bien política.</p>	
<p>RICARDO MIRANDA RIVERA</p>	<p>El daño moral y el lucro cesante son los derechos a los que se ve afecto el trabajador cuando es despedido arbitrariamente.</p>	<p>Ninguno, realidad actual no exige ser mas proteccionista con los trabajadores ya que es raro encontrar un trabajador que se mantenga por más de dos años en un mismo puesto.</p>	<p>No existirá afectación alguna pues sería un norma adaptable al sistema.</p>

<p>JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU</p>	<p>El daño moral, como bien una sentencia de la suprema lo ha dicho, pues el lucro cesante y los daños y perjuicios per se ya están cubiertos por la indemnización tarifada de los doce sueldos, además tiene la CTS, y recordemos además que el artículo 38 establece que la única protección frente al despido arbitrario es esa, con la cual la válvula de protección adicional son los daños y perjuicios derivados del daño moral.</p>	<p>No, pues existe una protección de 2.67 sueldos por año y luego de los ocho años de servicio son 1.67 sueldos sin tope indemnizatorio.</p>	<p>Más que afectación, el tema central sería evaluar una indemnización mayor como lo establece el proyecto de ley del código de trabajo, siempre y cuando no haya una reposición.</p>
<p>JOSE ROGRIGUEZ VIERA</p>	<p>Hablar de daño, es hablar de todas las afectaciones al trabajador (daño emergente, lucro cesante, daño al proyecto de vida) yo creo que ahí si se debe tomar el cuenta el tema de la dignidad del trabajador.</p>	<p>Particularmente no ejercería ningún cambio al tope indemnizatorio.</p>	<p>Creó que la no generaría ninguna afectación a la norma y sería positivo para el trabajador, pero siguiendo las nuevas tendencia respecto a la flexibilidad laboral no creo que sería aplicable por el gobierno de turno</p>
<p>CONCLUSIONES</p>	<p>Daño a la persona, daño moral, lucro cesante.</p>	<p>Incrementar el tope indemnizatorio considerando el</p>	<p>No generaría ninguna afectación a la norma y sería positivo para el trabajador, pues es un criterio</p>

		<p>tiempo de servicios del trabajador. (Algunos entrevistados no consideraron hacer cambio alguno)</p>	<p>político que se adaptara a un sistema ya establecido.</p>
--	--	--	--

CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN

Con motivo de debatir de manera correcta en la discusión los resultados obtenidos en el punto anterior es necesario señalar que la presente investigación busca principalmente determinar de qué manera el tope indemnizatorio contenido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide en la estabilidad relativa impropia de salda de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio.

Teniendo esto en cuenta se plantearon los objetivos orientados a alcanzar el éxito en la búsqueda principal plasmada en el problema, así pues se planteó determinar la afectación causada a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral, recurriendo para ello a la doctrina , al análisis de casos y la opinión de los expertos para determinar la incidencia, cuando este supera los ocho años. En segundo orden se buscó determinar las tendencias legislativas de actualidad en derecho nacional y comparado referente a la estabilidad laboral de salida e indemnización por despido arbitrario de los trabajadores, recurriendo para ello a la doctrina y necesariamente al estudio detallado de diversas legislaciones con la finalidad de constatar cuales son las tendencias internacionales y la regulación de las diversos países en materia laboral, referente al principio de continuidad laboral y en específico a la estabilidad laboral de salida. Finalmente se planteó analizar la redacción del Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente al tope indemnizatorio, para ello se estudió la realidad actual en comparación a la realidad existente al momento de emitir la normativa apoyado en la doctrina, opinión de expertos, el análisis de casos y la legislación comparada a fin de poder establecer cuál debería ser la regulación adecuada al panorama actual al buscar la optimización de su función tuitiva. Por último, se consideró que el resultado obtenido en la presente investigación pueden ser materia de consulta y un cimiento consistente para futuras investigaciones que consideren interesante el estudio de la materia laboral y específicamente de la estabilidad laboral de salida en una versión tuitiva del mismo.

RESULTADO N° 1: Determinar la afectación causada a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral.

Del estudio realizado y de la contrastación de datos, se pudo determinar que la legislación nacional aplicada es un sistema de estabilidad laboral relativa impropia de salida, que llega a ser insuficiente al tutelar los derechos laborales de los trabajadores que tienen un periodo laboral que supera los ocho años de servicio hacia un mismo empleador.

Al respecto de la información recopilada a los entrevistados se encuentran diversas posiciones.

Por un lado existen especialistas en la materia que consideran suficiente la protección otorgada por la norma respecto a la indemnización por despido arbitrario, sosteniendo básicamente que forma parte de una decisión política del legislativo con la que se busca incentivar la inversión privada sobreponiéndola encima de los derechos laborales pues la promulgación de la norma se dio en el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori como medida política para reactivar la economía concluyendo que los países en vías de desarrollo como el Perú se debe buscar atraer las inversiones, señalando a su vez que somos el octavo país más rígido en contratación y despido de acuerdo al foro económico mundial en la medida que no solo existen catorce (14) sueldos (comprendido por el mes de vacaciones, la gratificación de Julio y Diciembre) y utilidades sino también existen 2.67 sueldos adicionales, los cuales están detallados en 1.5 sueldos por indemnización por despido arbitrario (hasta los ocho años) y 1.17 sueldos por la Compensación por Tiempo de servicio (sin tope establecido por la norma); es por ello que la protección otorgada al trabajador en cuanto al despido arbitrario es adecuada.

Contrario sensu, otro grupo de especialistas considera que la indemnización por despido arbitrario otorgada al trabajador es insuficiente básicamente porque no se reconoce el total del tiempo de servicio del trabajador, adicionalmente se detalla que no existe un criterio para establecer una indemnización por despido injusto más que el sistema tarifado establecido en la norma sin tomar en cuenta el daño sufrido, adicionalmente es criterio de los especialistas que la mayoría de empleadores en el país no respetan el principio de Continuidad Laboral en el país aplicando contratos modales cuando la naturaleza del trabajo es permanente o simplemente manteniendo su empresa en la informalidad.

Al respecto es de resaltar la importancia de las posturas contrarias en una investigación las mismas que sirven para ser debatidas en la discusión de la tesis y así enriquecer la misma; como primer punto, justificar el límite establecido en una decisión política que busca reactivar la economía resulta erróneo puesto que la norma fue dada en una

situación social económica distinta a la actual en que el Perú intentaba levantarse de una hiperinflación económica luego del primer gobierno del ex presidente Alan García, contrario a eso la década pasada fue un periodo de franco crecimiento para la economía nacional siendo considerada uno de los asensos más sólidos en América Latina, y si bien el último lustro existe una percepción de desaceleración económica aún se mantiene con índice de crecimiento del 4.3% según fue detallado por el Ministerio de Economía y Finanzas. Por otro lado si bien es cierto que el foro económico mundial señala que el Perú es el octavo país con mayor rigidez en contratación y despido no menos cierto que el mismo foro posiciona en la última edición del Informe de Competitividad Global del Foro Económico Mundial que clasifica a 148 países, al Perú como uno de los países más competitivos ocupando el puesto 61 de la misma y según detalla el mismo foro en el reportaje denominado “Latinoamérica y el Caribe: los 10 países más competitivos” (World Economic Forum [WEF], 2014), al establecer que ‘a pesar de cierta rigidez en las prácticas de contratación y despidos’ los problemas que tendrá que afrontar el Perú no están relacionados a su legislación laboral sino más bien “la solidez de sus instituciones públicas, el aumento de la eficiencia del gobierno, la lucha contra la corrupción y la mejora de infraestructuras además, la mala calidad de la educación ha generado una gran falta de cualificaciones en la economía. Junto a una baja capacidad de innovación, limitada inversión en investigación y desarrollo y un sistema de investigación científica escaso, esto dificulta la capacidad de Perú para diversificar su economía”, por lo que sostener que en pro de la inversión económica se mantiene esta la flexibilización laboral resulta inexacto pues ante visión de expertos los problemas que afronta el Perú para ser más competitivo globalmente pasan por razones distintas a la regulación del reconocimiento total o parcial de los derechos de los trabajadores. Finalmente resulta importante señalar la población a la que se le reconoce estos derechos (por lo cual el Perú es el octavo país más rígido en contratación y despido) y la cual se ve realmente afectada al no verse reconocido el total de sus derechos laborales puesto que el mercado laboral informal en el país es mucho más grande y abarca gran parte de la oferta y demanda laboral y como es sabido en el marco de la informalidad no existe el reconocimiento a los derechos laborales; al respecto es importante resaltar que de acuerdo al INEI solo el 72.3% de peruanos laboran en el 2014 con cual no es exacto decir que el reconocimiento de los derechos involucra a ese sector de la población puesto que tal como concluye De Soto (1986) en “El otro sendero” el 70% de las horas hombre trabajadas en el Perú son informales bajo la misma línea de ideas el INEI detalla que para el año 2014 el 74.3% de la masa operativa es informal de esta forma se puede contrastar concretamente que la población que es beneficiada con

el reconocimiento de los derechos laborales es reducida, así las cosas es de vital importancia para la investigación resaltar que es mayor el perjuicio que se le genera al trabajador al no reconocérsele los derechos laborales, que el perjuicio al empleador que los reconoce.

Finalmente existen ocho mil quinientos setenta y cuatro trabajadores despedidos arbitrariamente según el anuario 2015 del Ministerio de Trabajo, siendo así la afectación por el límite indemnizatorio es palpable para menos del 1% de los peruanos.

Una vez desarrollado el aspecto social económico, centrándose en el marco netamente normativo, luego de analizar la legislación comparada, los casos y las entrevistas se llegó a un punto en concordancia respecto a la escasa protección al trabajador. No obstante lo antes expuesto al desarrollar los resultados aplicando los instrumentos elegidos para validar el resultado, el investigador encontró respuestas disímiles en la opinión de expertos en lo referente a la afectación existente, pues a criterio de algunos expertos entrevistados, no existiría tal afectación puesto que consideran que la norma es lo suficientemente tuitiva para los trabajadores o de no serlo por lo menos es más proteccionista que otras legislaciones al momento de regular esta materia, sin perjuicio de lo expresado por los expertos el análisis de la legislación comparada muestra una realidad distinta al señalar que existe un espectro protector mucho más amplio en otras legislaciones. Al respecto De la Fuente (1976) desarrolla la idea de la tutela resarcitoria en materia laboral en concordancia con lo estipulado por el Convenio 158 de la Organización Internacional de Trabajo, señalando que al realizarse un despido injustificado este debe ser cubierto por una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, en tal sentido el autor considera que la reparación en el caso de despido arbitrario no es en su totalidad adecuada. Al hacer un comparativo entre la protección brindada por la Constitución Política del Perú de 1979 y su sucesora del 1993, existen las marcadas diferencias en tutela laboral frente al despido arbitrario, siendo la más relevante que en la primera se ofrecía una estabilidad de salida absoluta y en la actual se ofrece una estabilidad de salida relativa expresada a cargo del empleador en una indemnización por despido arbitrario, la cual para el estudio materia de análisis vendría a ser incompleta, pues en virtud de lo que señala Ramírez (2009) el derecho de trabajo no puede ser huidizo, pues de hacerlo implicaría la renuncia a defender la dignidad de quien trabaja para otro y de desconocer los derechos fundamentales.

De esta manera se desnaturaliza la existencia en sí del trabajador, reconociéndolo sólo como instrumento de producción, dejando de lado su desarrollo personal al no otorgársele una protección adecuada frente a un despido que no está sustentado en los

parámetros establecidos por la norma puesto que al privar al trabajador de una indemnización total por su tiempo de servicios, no solo se está desprotegiendo al trabajador, a su familia inclusive en relación al proyecto de vida de todos sobre los que dependen de él, sino también el legislador está enviando un mensaje a los trabajadores, restándole importancia al tiempo de servicio de un trabajador respecto de un mismo empleador, pues la indemnización que se otorga a este no es por el total de los años de servicio sino es un promedio que busca resarcir el daño causado; de manera adicional un análisis mucho más detallado nos muestra que la afectación al trabajador no solo se da en cuanto a lo que percibe pecuniariamente de parte de su empleador en cuanto a la indemnización por su tiempo de servicio, sino a su vez este es discriminado frente a trabajadores con menor tiempo de servicio, pues a estos ser cesados de manera arbitraria de su puesto de trabajo recibirán la indemnización por despido arbitrario por el total de su tiempo de servicios, sancionando la fidelidad del trabajador con supuesto de trabajo y con su empleador en dos aspectos, primero al ser despedido de manera arbitraria sin mediar causa justa que argumente esta sanción y en segundo lugar será indemnizado por un monto mucho inferior al del sus compañeros de trabajo que son despedidos de manera arbitraria pero con menos tiempo de servicio para el empleador. Así pues, se podría reconocer una tutela resarcitoria mucho mayor en función al tiempo de servicio para afrontar la contingencia del despido; y evitar crear legalmente una situación de discriminatoria entre trabajadores, pues dicha indemnización no solo cubre la afectación causada al trabajador que es cesado arbitrariamente sino también es un sustento para el lapso de tiempo en que la persona encuentra una nueva ocupación y un sustento para sí y su familia.

En virtud de lo establecido anteriormente resulta importante resaltar la relevancia de otorgar al trabajador la indemnización por despido arbitrario conforme a todos los años trabajado puesto que se ha analizado que el trabajador no solo soportaría un perjuicio a sus derechos laborales sino también recibiría un trato diferenciado frente a otros trabajadores con menor tiempo de servicio y adicionalmente no generaría gran afectación al empleador en la medida que la tendencia actual esta inclinada a los contratos modales estableciendo un régimen de contratación temporal, y a razón de lo antes expuesto por los autores debe existir, con mayor razón, una protección a los trabajadores cuyo record laboral es amplio y supera el establecido por la normativa pues al ser excepción y no regla no generaría una gran afectación económica al sector privado y cumpliría con la función motivadora del Derecho Laboral de no despedir a un trabajador sino es por causa justa. Esto genera de esta manera, en primer lugar, una mayor protección laboral a los trabajadores que aún se encuentran laborando, pues el

empleador tomaría en cuenta la rigidez de la norma al intentar despedir a un trabajador de manera injusta o decidirse por el despido como sanción cuando puede recurrirse a otras medidas disciplinarias frente a una falta del trabajador, incentivando de esta manera al empleador a respetar la norma. En segundo lugar, otorgaría una correcta indemnización por despido arbitrario reconociendo el total del tiempo de servicio al trabajador que ha superado los ocho años de record laboral, revalorizando de esta manera a la masa poblacional trabajadora y otorgándole una adecuada protección frente al despido arbitrario.

De esta manera queda demostrado que contrastando lo señalado por la doctrina y lo analizado en los instrumentos de recopilación de datos, si bien existen discrepancias en la opinión de expertos estas son resueltas por la doctrina y la legislación comparada que establece que debería ampliar el espectro protector de la norma a fin de otorgarle una protección adecuada a los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio hacia un mismo empleador.

RESULTADO N° 2: Analizar la redacción del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente al tope indemnizatorio.

De la doctrina estudiada y de la contrastación de datos, se pudo determinar que la redacción del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente al tope indemnizatorio no se ajusta con realidad actual de la sociedad peruana, siendo esta redacción desfasada y aplicable para el contexto en el que se promulgo la norma.

INSTRUMENTOS			RESULTADO
ENTREVISTA	LEGILACION COMPARADA (Y DOCTRINA)	ANALISIS DE SENTECIAS	
<p>Los expertos señalan que existe una afectación a los trabajadores al no reconocerle el pago de una indemnización por el record total de servicio, para el trabajador y su familia en caso de despido en apreciación a que se deben tomar criterios adicionales para incrementar la indemnización por despido arbitrario para los trabajadores que superan los ocho años de servicio debido a que al no indemnizarlos por el total del tiempo servicio no se toma el valor real el servicio de un</p>	<p>En materia de legislación comparada resulta sencillo establecer las marcadas diferencias en cuanto al señalamiento del monto indemnizatorio en países como Chile y España que reconocen una indemnización por despido arbitrario de 11 años, en cambio nuestra legislación limita el tope indemnizatorio en ocho remuneraciones, siendo insuficiente resarcimiento para los trabajadores que superan los ocho años de servicio.</p> <p>La doctrina es clara al señalar que “la</p>	<p>De lo contrastado en el análisis de sentencias resulta evidente la afectación que se genera a los trabajadores con un record laboral mayor a los ocho años de servicio según lo detalla de manera explícita una sentencia emitida en primera instancia donde señala que en virtud al tope establecido por el artículo 38° no puede reconocérsele al trabajador una indemnización por despido arbitrario mayor a la de los ocho años, <i>contrario sensu</i> a lo revisado en los fallos emitidos por los</p>	<p>Al analizar los instrumentos aplicados y recopilar los datos obtenidos se constata que tanto en la opinión de expertos como en el análisis de casos existe una afectación a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral, pues no se les reconoce el total del tiempo de servicio prestado en favor de su empleador</p>

<p>trabajador hacia su empleador.</p>	<p>indemnización por despido arbitrario cobra vital importancia el reconocimiento integral del monto indemnizatorio en por despido arbitrario en materia laboral puesto que el derecho de trabajo no puede ser huidizo, porque de hacerlo o de desconocerlo, implicaría la renuncia a defender la dignidad de quien trabaja para otro y de desconocer los derechos fundamentales". <u>Ramírez (2009)</u></p>	<p>tribunales argentinos los cuales reconocen a sus trabajadores el total de su record de servicios así esta sea limitada por acuerdo colectivo conforme detalla la norma.</p>	
---------------------------------------	--	--	--

Al respecto en la recopilación de información se encuentran opiniones disimiles de acuerdo a los expertos pues unos sostiene que la redacción del artículo es adecuada y obedece a criterios del legislador que busca la flexibilización laboral en pro de la inversión privada, por otro lado otro grupo señala una modificación gradual al tope indemnizatorio establecido buscando evitar la renuencia del sector empresarial y finalmente existen expertos que consideran que debe existir una tutela por todo el tiempo de servicio del trabajador. Al respecto es importante resaltar el comentario de un connotado jurista en materia laboral que se comunicó con el investigador y emitió su opinión sobre el tema, mas no resolvió el cuestionario en su totalidad por lo cual no puede considérole en la aplicación de instrumentos, al respecto el profesor Wilfredo Sanguineti señala que debería reforzarse más el tope establecido, dar más espacio a la

readmisión y la indemnización solo debiera darse cuando el trabajador lo prefiera sin embargo duda de la aplicación política del mismo.

En consideración a la opinión emitida por los expertos es importante analizar cada posición en concreto en primer lugar los que consideran que no debe existir modificación alguna en virtud de incentivar la economía, resulta importante señalar que es muy importante la inversión privada y que el Perú sea un país competitivo económicamente sin embargo como se había detallado *up supra* los principales cuellos de botella que desaceleran la reactivación económica no están relacionados con la rigidez laboral en el país, un claro ejemplo de ello es un análisis detallado de la sentencia del Exp. N° 1124-2001-AA/TC (FETRATEL) donde se observa a una gran empresa que decide invertir en el Perú asumiendo los costos laborales que implica el mismo, al respecto Telefonica en observancia lo establecido por la normativa laboral en el país decide cesar masivamente a sus trabajadores sin causa justa de despido y otorgándole en virtud a ello una indemnización por despido arbitrario que comprende el total de su record de servicio al respeto el Tribunal Constitucional falla a favor del sindicato de trabajadores y exhorta a la compañía telefónica a no aplicar lo establecido en la norma por ser inconstitucional; este es un claro ejemplo que refutaría lo planteado por los expertos en la medida que para las grandes empresas no es problema asumir los costos laborales de un país pues tienen la capacidad adquisitiva necesaria para despedir a todos sus trabajadores e indemnizarlos sin importar los costos que estos puedan generar; con esto más bien queda demostrado que es mayor el perjuicio al trabajador que no se le reconoce sus derechos que al empleador que busca indemnizar al mismo por cesarlo arbitrariamente.

Por otro lado, algunos expertos consideran que el cambio debe ser progresivo y paulatino a fin de evitar la disconformidad del sector empresarial, dicha medida resulta adecuada en el extremo que fue planteada previamente por el proyecto de la Ley General del Trabajo la cual establecía en el artículo 130º un tope indemnizatorio de 18 remuneraciones y el reconocimiento de una indemnización gradual por el record laboral del trabajador, lo cual resulta razonable y coherente con la época en la que se desarrolla la norma pues se buscaría inactivar la inversión privada y a su vez respetar los derechos laborales, encontrando un equilibrio entre ambos.

Finalmente existe el último grupo de especialistas considera que debe desaparecer el tope indemnizatorio de la redacción del artículo 38º la idea central de esta posición es la afectación causada al trabajador al no reconocérsele una indemnización por todo el tiempo de servicio (lo cual ya fue detallado, explicado y sustentado en el primer resultado) ahora bien para completar esta idea es importante resaltar lo detallado en el

análisis de sentencias respecto al fallo emitido en el Exp 2025-2015-1JETT-NLPT al respecto el juez de primera instancia señala en una indemnización por despido arbitrario que del primera cálculo realizado por todo el record de servicio (ascendente a la más de diez años) el magistrado se estaba apartando de la norma por lo cual va tener que realizar un cálculo bajo el criterio de la norma así este sea lesivo para el trabajador; al respecto es de resaltar que la desaparición del tope indemnizatorio es importante en la medida que se exige el reconocimiento de un derecho en su totalidad y no parcialmente como se viene dando en la actual normativa.

Del análisis de casos es relevante la mención a los diversos criterios judiciales estudiados en la investigación, por un lado los magistrados consideran que los daños y perjuicios generados por un despido arbitrario pasibles de una indemnización adicional a la generada por el despido arbitrario, otras sentencias señalan a su vez que si bien existe una despido injusto este no es sujeto de daño moral sino se comprueba la existencia de una afectación a la persona y que la correcta protección contra el despido arbitrario es la establecida por la norma y traducida en una indemnización. Al respecto la opinión vertida por los magistrados si bien es opuesta no es excluyente en la medida que ambas se complementan para poder comprender que si bien el daño moral es pasible de discutir en un tribunal el medio de prueba idóneo para el despido es la indemnización, la cual es insuficiente , a razón de lo expresado por los expertos ; finalmente para los interés de los trabajadores y empleadores debería regularse de manera más acorde a la realidad la redacción del artículo 38°, con la finalidad que los trabajadores puedan recurrir al medio de tutela idóneo para la afectación o perjuicio que se le ha causado y no esperar la incertidumbre de un fallo judicial en cuanto al daño moral el cual puede ser incluido dentro de lo establecido en el artículo 34° siempre y cuando este esté sustentado con un sustancial aumento en la indemnización o en la desaparición del tope indemnizatorio.

Ahora bien de la doctrina y la legislación comparada en materia laboral, muestran una realidad distinta a la se aplica en el Perú; así pues, países como Brasil, Argentina y Chile, tienden a salvaguardar de manera más adecuada los derechos laborales de sus trabajadores en lo referente a estabilidad laboral de salida. De igual modo, algunos expertos consideran que pueden existir supuestos específicos en que debería incrementarse la indemnización por despido arbitrario. La redacción del artículo 38° se basa entre otros puntos en una realidad distinta a la actual en el Perú y la mejora del mismo se justifica en la tratativa de otras naciones en cuanto a la indemnización por

despido arbitrario, respecto a los instrumentos; en la entrevista a los expertos al referirse a la modificación señalaron ciertos supuesto de inclusión específicos y una nueva forma de calcularlo según al caso específico para aquellos trabajadores con una cantidad significativa de años de servicio, como se había expuesto líneas *up supra* este incremento estaría justificado en la poca cantidad de trabajadores que superan los ocho años de servicio en el sector privado, del análisis de casos en materia internacional la legislación argentina ofrece a sus trabajadores una protección más amplia frente al despido arbitrario otorgándoles indemnización por antigüedad siendo esta una indemnización al momento de ser cesado, la cual es comprendida por una remuneración mínima vital multiplicada por todos los años al servicio de la empresa. Al respecto, Fernández (2004), señaló que esta nace ante la inminente realidad laboral y legal del mercado argentino, dicha indemnización se desarrolla bajo la idea doctrinal de la estabilidad impropia en la cual no asegura la permanencia laboral del trabajador sin embargo otorga una protección total frente a despido injusto, al igual que argentina el análisis de la legislación compara muestra que países como Chile y España otorgan un monto resarcitorio mucho más amplio a los trabajadores, otorgándoles de esta manera una mayor protección frente al despido arbitrario todo ello en busca de proteger al trabajador y salvaguardar sus derechos tanto laborales como fundamentales, siendo estos países con sistemas legales bastante parecidos al peruano, sería factible realizar una modificación al Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Pues bien, para analizar la redacción del artículo 38° de la Ley de Productividad y competitividad laboral, es necesario enfocarse en la realidad actual de nuestra legislación. El Decreto Legislativo N° 728 que regula de manera genérica el derecho laboral en el país establece un esquema flexible de contratación en el que prima la temporalidad del contrato sobre la contratación a tiempo indeterminado, en puridad, la excepción se ha vuelto regla de conducta. Esta se condice con la Constitución Política del Perú la cual establece que el estado asegura una correcta protección frente al despido arbitrario, dejando de lado de esta manera la estabilidad laboral de salida absoluta (planteada en un inicio en la Constitución Política del Perú 1979), y siendo remplazada por una estabilidad laboral de salida relativa.

Al respecto Ferro V. (2012) señala en su estudio que la evolución de la continuidad laboral en el país como principio del derecho del trabajo manifestado a través de la estabilidad laboral, ha sido decreciente. En este sentido explica como hace más de treinta años la estabilidad laboral era absoluta en la medida que ante un despido injustificado solo cabría la reposición del trabajador, sin embargo el esquema actual ofrece solo una indemnización por despido arbitrario, la cual resulta insuficiente pues

fue el mismo Tribunal Constitucional en el caso Fetratell vs. Tefelonica, el cual generó la figura del despido incausado en los supuestos cuyo cese de las labores se dé afectándolos derechos fundaméntales de los trabajadores, en cuyo caso el trabajador debe ser repuestos a la empresa bajo su mismo puesto de trabajo.

En este sentido existiendo un cuerpo normativo que proteja relativamente la estabilidad de salida, tan es así que el máximo intérprete de la norma considera que el resarcimiento en ciertos supuestos es insuficiente, con un esquema laboral inclinado hacia la contratación temporal y por ende con una masa laboral, cuyo record de servicios es superior a los ocho años, escasa; resulta justificable en virtud a lo estipulado por la doctrina y la contrastación de los resultados realizar una modificación al tope indemnizatorio establecido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, buscando elevar el espectro proteccionista en busca de otorgar mayor tutela a la parte más vulnerable de la relación laboral, pues siendo esta una de las funciones del Derecho Laboral, es que el mismo es tuitivo, pues busca proteger a la parte más endeble de la contratación laboral, siendo esta el trabajador, el cual debe ser protegido por la norma de la mejor forma posible, de este modo la modificación a la redacción del artículo 38° sería una nueva forma de establecer una protección más adecuada a los trabajadores, cumpliendo así con la finalidad de la existencia del derecho del trabajo.

INSTRUMENTOS			RESULTADO
ENTREVISTA	LEGILACION COMPARADA	ANALISIS DE SENTENCIAS	
Al referirse a la modificación los expertos señalaron ciertos supuesto de inclusión específicos y una nueva forma de calcularlo según al caso específico para aquellos trabajadores con una cantidad significativa	Del análisis de la legislación comparada se observa lo siguiente países como Chile y España reconocen una indemnización por despido arbitrario de 11 años remuneraciones, en cambio nuestra legislación limita el tope indemnizatorio en ocho remuneraciones. Por lo proponer una modificatoria que altere o desaparezca el monto indemnizatorio la legislación peruana se asemejaría más a las legislaciones laborales vigente, de igual modo la legislación Argentina establece una compensación por antigüedad existiendo	Respecto al análisis de casos resulta interesan que tanto los jueces especializados, la corte suprema y el tribunal constitucional consideren algunos supuesto en que la indemnización por despido arbitrario no es suficiente y se otorgue de esta manera una indemnización extratarifada (Corte suprema) o se solicite que se reconozca el tiempo real de servicio al momento de indemnizar a un trabajador por despido arbitrario (Tribunal constitucional), al	Del estudio la legislación comparada y el análisis de los expertos se puede concluir que el margen del tope indemnizatorio como compensación por despido arbitrario es irrisorio en otros países de Sudamérica (Chile – tope indemnizatorio de 11 años), así como países con

de años de servicio.	parámetros en el monto base para calcular la indemnización, mas no en los años de servicio. Diminuto e insuficiente en relación a otros países	respeto solo resta señalar que la doctrina considera que sería adecuado otorgar a los trabajadores una indemnización más sustanciosa por su tiempo de servicios.	el mismo sistema jurídico (España – tope 24 remuneraciones)
----------------------	--	--	---

RESULTADO N° 3: Analizar la regulación frente al despido arbitrario y la estabilidad laboral de salida relativa en derecho nacional y legislación comparada

De la doctrina estudiada y la información contrastada por los instrumentos se puede determinar que la tutela laboral referente al despido arbitrario en distintos países de la región y del mundo es mayor, si bien esto no es una regla general, existe una tendencia a respetar los derechos laborales de las personas y a su vez incentivar la economía.

Al respecto de la información obtenida por medio de la legislación nacional resulta de preponderante para la investigación señalar lo establecido por la legislación peruana antes de analizar lo que detalla otros sistemas jurídicos; al respecto resulta evidente el amplio desarrollo que se dio en el marco teórico al artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es por ello que el desarrollo en esta parte de la discusión no estará centrado en el sino más bien en el artículo 76° el cual detalla la indemnización por resolución de contrato modal de manera arbitraria, al respecto la norma detalla que si al término del periodo de prueba el empleador decide resolver arbitrariamente el contrato este deberá indemnizar al trabajador con una indemnización por cada mes dejado de laborar, teniendo esta un tope de doce remuneraciones, al respecto es importante el análisis comparativo que se realiza entre ambos artículos en la medida que ambos regulan la tratativa frente al despido arbitrario, en este sentido el primero de los mencionados establece un tope indemnizatorio de doce remuneraciones a razón de remuneración y media por año de servicio, siendo en puridad ocho años, contrario sensu el artículo referente al despido arbitrio en contratos modales establece el tope de doce remuneraciones mensuales, siendo así es de resaltar que incluso dentro de la legislación nacional los trabajadores con contrato indeterminado que superan los ocho años de servicio para un mismo empleador tienen una indemnización mucho menor que los trabajadores con contratos modales bajo el mismo supuesto de vulneración de sus

derechos laborales; es por ello que resulta relevante incrementar la indemnización por despido arbitrario limitada por el artículo 38° del decreto legislativo 728° en la medida que esta es inferior incluso a lo normado por la propia legislación en otra modalidad contractual.

Ahora bien, la flexibilización laboral es una de las opciones para reactivar la economía en los países estos también buscan proteger a sus trabajadores y respetan la función tuitiva del derecho del trabajo, puesto que del análisis de la legislación comparada se observó que países como Brasil establecen un fondo indemnizatorio para sus trabajadores, el cual es cancelado en parte con su propio suelo, a fin puedan estar protegidos ante un despido arbitrario.

Pues bien, los instrumentos aplicados para poder discutir este resultado resultaron de suma utilidad para la investigación, así en primer punto la opinión de expertos señala que existen diversas normativas internacionales que brindan una adecuada protección frente al despido arbitrario sea de manera absoluta o relativa (con un incremento sustancial en el monto indemnizatorio) para ello se debe tener presente el Convenio 158 de la OIT que establece el despido causal. Así pues señalan los expertos que en países como México y Brasil existe inamovilidad plena para los trabajadores, países como España y Argentina que reconocen la estabilidad relativa sin embargo esta otorga una protección mucho más amplia en cuanto al resarcimiento económico por otro lado nace en Europa la idea de flexiseguridad, que a razón de Klammer (2012) es una especie de seguro de desempleo; es decir, se faculta el despido sin causa pero con una indemnización significativa la cual busca una protección social para el trabajador que esta a su vez genere que este sea reactivo, incisivo y competitivo, basándose en tres puntos: flexibilidad con base en pactos contractuales adaptables y fiables, protección social para los desempleados, política de formación y reinserción laboral muy activa.

Ahora bien, respecto a la legislación comparada el propio desarrollo de la investigación permitió observar con mayor cercanía el ámbito de aplicación de la norma laboral en otros países de la región tales como Chile, Bolivia y Argentina los cuales otorgan una protección más amplia en cuando a la naturaleza resarcitoria que tienen los trabajadores; de igual modo países como una modelo jurídico similar, como es el caso de España, ofrecen un marco de protección más amplia frente al despido arbitrario sin dejar de ofrecer una estabilidad de salida relativa, otro punto a colación es la naturaleza resarcitoria estadounidense que no establece un mínimo o máximo indemnizable sino más bien somete la voluntad del monto indemnizatorio al jurado o en su defecto al juez, el cual determinara cual será el monto indemnizable acorde con la afectación generada

al trabajador dejando una indemnización promedio para todos los casos y estableciendo un criterio específico para cada uno de ellos.

Pues bien el estudio de las tendencias legislativas muestra la tratativa laboral en diversos países los cuales se manejan criterios de flexibilidad o rigidez sin embargo esto no excluye el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores no limita la función tuitiva del Derecho Laboral. Al respecto Pasco (1987) desarrolla la idea de la finalidad del derecho del trabajo como una limitación al poder del empleador sobre el empleado equilibrando en materia jurídica lo que es desigual en la realidad. Es así pues, que la aplicación del derecho laboral puede tener diversos matices de acuerdo al lugar donde este se le regula sin embargo no puede perder su naturaleza proteccionista y favorable al trabajador por ello en el análisis de la legislación comparada se observó cómo diversos países con realidades económicas muy disimiles ofrecían igual protección sus trabajadores. Una realidad interesante fue la aplicada en Brasil que establece un fondo de protección contra el despido para sus trabajadores el cual parte de un porcentaje de su propio sueldo el cual es entregado al término de su vínculo laboral, no obstante ello si el trabajador es despedido sin causa justa, el empleador está obligado a incrementar el valor de ese monto en un cuarenta por ciento, la idea es desarrollada por Gonzaga (2003) el cual señala que la existencia de este Fondo de Garantía busca incentivar al empleador a no cesar a sus trabajadores sino es por causa justa de despido.

Otra legislación de importancia es la italiana por su vocación tuitiva de los derechos laborales, siendo así la Organización Internacional de Trabajo detalla las características más resaltantes de la legislación, para los fines propios de la investigación importante detallar la tratativa que se da frente al despido arbitrario, dicha legislación otorga una indemnización por despido arbitrario de acuerdo a la cantidad de trabajadores que tenga la empresa, de este modo si la empresa supera los sesenta empleados la indemnización por despido arbitrario será de quince remuneraciones y en caso de ser menos de sesenta empleados el empleador se verá obligado a asumir una indemnización por despido arbitrario que oscila entre tres y seis sueldos, todo ello se aplica de manera accesoria pues se preferirá la reposición al puesto de trabajo y el pago de todas remuneraciones dejadas de percibir, no obstante la indemnización por despido arbitrario existe un seguro de desempleo denominado trattamento di fine rapporto el cual es pagado al término de la relación laboral y comprende la retención del 7,5% del salario anual. Siendo así las cosas es importante resaltar la tratativa de la estabilidad laboral de salida en Italia puesto que esta detalla toda una miscelánea de protecciones laborales para sus ciudadanos.

Finalmente, del análisis de casos la legislación argentina es una de las más tuitivas al ofrecer a sus trabajadores una indemnización por antigüedad que abarca todo el periodo laborado en una misma empresa, adicionalmente resulta importante que en dicha legislación la única limitación o tope indemnizatorio establecido no es por una norma sino por el acuerdo entre el empleado y el empleador siendo ellos la parte a la que mas le compete la discusión de los derechos laborales.

En puridad, de la información obtenida en la doctrina y la legislación nacional e internacional es apreciable en primera instancia que el ámbito de protección de la norma en el Perú es mucho más reducido que el de sus pares estudiados; no obstante ello, si bien es cierto que existen muchas legislaciones donde no existe mayor protección laboral y específicamente frente al despido arbitrario (tales como la estadounidense desarrollado en esta investigación, o las de Finlandia o Singapur como lo detalla uno de los expertos) esto se justifica en el desarrollo de los sistemas jurídicos, la evolución social y económica de los países de primer mundo donde se vive un estado de bienestar basado en derechos de solidaridad por parte del estado con sus soberanos.

Así, la contratación de instrumentos y la doctrina analizada en la materia muestran que siendo flexible o proteccionista se debe otorgar una correcta tutela a los trabajadores en materia laboral frente a un despido arbitrario.

INSTRUMENTOS			RESULTADO
ENTREVISTA	LEGILACION COMPARADA	ANALISIS DE SENTENCIAS	
<p>Los expertos opinan que la regulación frente al despido arbitrario en la mayoría de países es muy proteccionista, cumpliendo así de esta manera con la función tuitiva del derecho laboral, ofreciendo a sus trabajadores una protección más adecuada frente al despido arbitrario, ya sea manera</p>	<p>En países como Chile y España que reconocen una indemnización por despido arbitrario de 11 años y 24 remuneraciones respectivamente, si bien no son nuevas tendencias legislativas pues ellas son de aplicación desde la existencia de su respectiva normativa laboral, resulta interesante observar como en países de primer mundo se reconoce un tope indemnizatorio superior al establecido en nuestra legislación.</p> <p>Países como Argentina y Bolivia ofrecen una margen de protección mucho mayor llegando a otorgar una indemnización por el total de años de servicios como es el caso Argentino.</p> <p>Otro punto a colación es la naturaleza resarcitoria estadounidense que no</p>	<p>La regulación del despido arbitrario en otros a países es similar a la establecida en Perú, básicamente existe una tendencia resarcitoria más que restitutoria, ante ello, se busca que esta sea claramente tuitiva con el trabajador, puesto que al estar ofreciéndosele una estabilidad relativa de salida, se está desprotegiendo en menor medida al trabajadores, se busca que al menos este resarcimiento sea lo suficientemente amplio para el trabajador, de esta manera la legislación argentina otorga a sus trabajadores una</p>	<p>Tanto en los entrevistados como en la legislación comparada se observa que existe una tendencia a reconocer los derechos laborales de los trabajadores y brindarles una correcta protección ante el despido arbitrario, países como Chile y España reconocen y respetan los derechos laborales de los trabajadores,</p>

<p>de reposición o resarcimiento citando ejemplos claros en américa latina como es el caso de Argentina y Brasil y en Europa con la flexiseguridad</p>	<p>establece un mínimo o máximo indemnizable sino más bien somete la voluntad del monto indemnizatorio al jurado o en su defecto al juez, el cual determinara cual será el monto indemnizable acorde con la afectación generada al trabajador.</p>	<p>indemnización por antigüedad con lo que genera un sistema de mayor protección ante el trabajador que pierde de manera intempestiva e injusta su trabajo.</p>	<p>establecen un margen más amplio para indemnizar a los trabajadores despedidos arbitrariamente</p>
--	--	---	--

Finalmente luego de la discusión de los resultados y la rigurosa contrastación de los instrumentos aplicados y vertidos en la discusión junto con los aportes del marco teórico para reforzar con la doctrina lo obtenido en la realidad es importante concluir la presente discusión detallando la importancia de cada uno de los resultados discutidos y obtenidos con la finalidad de resaltar la utilidad de la presente investigación y el fin en sí misma.

En primer lugar, queda demostrada la existencia de una afectación causada a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral por la redacción del artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en la medida que se minimiza la relevancia del trabajador en el derecho del trabajo recortándole un derecho que es suyo inherentemente como el de ser indemnizado por todo su record de servicio.

En segundo lugar, se observa que de la media establecida de las legislaciones internacionales estudiadas e incluso en la propia legislación nacional con otra modalidad contractual; la regulada en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es la menos tuitiva en la medida que el marco temporal protector de la norma mucho más reducido.

En tercer lugar, del análisis de la redacción del artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es evidente que se encuentra desfasado y no obedece a la época actual con una realidad económica y social completamente distinta a la de la promulgación

de la norma por lo cual resulta necesario realizar cambios referentes a la indemnización por despido arbitrario.

En definitiva, la presente investigación sirve no solo para determinar los alcances de la norma y la afectación que esta tiene para cierto sector laboral sino como una solución ante un problema coyuntural que no solo es tratado por el investigador sino también comentado por el actual Ministro de Trabajo; ahí radica la utilidad y la importancia de la investigación en encontrar un equilibrio entre la tutela de los derechos laborales y la flexibilización que permite incentivar la inversión privada cubriendo un fin tanto legislativo como social.

CONCLUSIONES

1. El tope indemnizatorio contenido en el artículo 38° de la LPCL, incide negativamente la estabilidad relativa impropia de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio, en la medida que este no puede gozar del total de monto indemnizatorio por los años de servicio realizado.
2. La tutela resarcitoria establecida por el Estado peruano relativa y solo es absoluta en casos excepcionales (despido incausado); sin embargo, esta es insuficiente frente a los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio ante un mismo empleador
3. Es factible realizar modificaciones al Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en lo referente a la ampliación o desaparición del tope indemnizatorio, pues la realidad económica y social actual lo permiten.
4. Países con un sistema jurídico parecido al peruano, tales como Brasil, Bolivia, Argentina, Chile y España tiene un margen más amplio de reconocimiento indemnizatorio ante un despido arbitrario.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda ampliar el espectro de protección del Estado, desapareciendo el tope indemnizatorio establecido en el Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral logrado así una correcta y completa protección frente al despido arbitrario para trabajadores cuyo record de servicio supera las ocho años con un mismo empleador, puesto que en comparación al nivel de protección de las diversas normas analizadas en la legislación comparada, la legislación peruana no protege de manera correcta al trabajador frente a un despido arbitrario.
2. No obstante ello, de no ser posible un cambio tan drástico, podría ampliarse el tope indemnizatorio paulatino hasta lograr desaparecerlo, aplicándolo de manera excepcional los trabajadores cuyo record de servicio es superior al promedio de toda la masa poblacional trabajadora, tomando en cuenta que optamos por un sistema de estabilidad de la salida relativa que es insuficiente para los trabajadores que superan los ocho años de servicio hacia una misma empresa.
3. Finalmente, se recomienda aumentar el margen de protección de la norma en una acuerdo entre los trabajadores y el sector empresarial en coordinación con el Ministerio de Trabajo a fin esta sea más atractiva para los trabajadores y se prefiera en lugar de la reposición, y así mantener una flexibilidad laboral que permita incentivar la inversión privada, en consecuencia reactivar la economía.

REFERENCIAS

- Alonso, M. (1981). Curso De Derecho Del Trabajo. Madrid: Editorial Ariel
- Arce, E. (2006). La nulidad del Despido lesivo de Derechos Constitucionales. Lima. ARA Editores.
- Armado, P. (2003). El despido, la injuria En Régimen Indemnizatorio en el contrato de trabajo. Argentina: Nova Tesis.
- Avalos, J. (2012, 17 de noviembre). La historia y evolución del Derecho laboral individual peruano: desde la Constitución Política de 1823 hasta la fecha. En el blog Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Recuperado de colocar el link
- Blancas, C. (2006) El despido en el derecho laboral peruano. Lima. Ara Editores.
- Blancas, C. (Diciembre, 1995) El Despido En La Reforma De La Ley Del Empleo. En Derecho–PUC. N° 49.
- Bobbio, N. (1997) Teoría General del Derecho. Madrid: Temis
- Carabtre, J. (2005) Alan García en el poder: Perú 1985-1990. Lima: Ediciones Peisa
- Cáceres, R. (2015, Septiembre 30). El Despido de trabajo. En el Blog: Mi trabajo Bolivia
- Carrasco, H. (2016). Sobre la indemnización por despido arbitrario en periodo de prueba, análisis de la Casación N° 7095-2014. En *Soluciones Laborales*. pp. 105 - 110
- Carrillo, M. (2011). La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad una aproximación desde la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. México. Revista Latinoamericana de Derecho Social
- Constitución Política del Perú de 1979. (Julio 12, 1979). Artículo 57°. Asamblea Constituyente de 1978. Recuperado de: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
- Constitución Política del Perú de 1993. (Diciembre 29, 1993). Artículos 22°, 23°, 24°, 26°, 27°. Congreso Constituyente Democrático. Recuperado de: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>
- Decreto con Fuerza de Ley N° 01. Código de Trabajo. (Julio 31, 2002). Art. 168°. Presidente de la República de Chile. Recuperado de: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-59096_recurso_2.pdf

Decreto Legislativo N° 674. Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del estado. (Septiembre 27, 1991). Presidente de la República del Perú. Recuperado de: http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/arc/ML_GRAL_PI_DL674/10-D_L_674.pdf

Decreto Legislativo N° 713. Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. (Noviembre 7, 1991). Presidente de la República del Perú. Recuperado de: <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/D.Leg.%20713%20-%2008-11-91.pdf>

Decreto Supremo N° 001-97-TR. Ley de compensación por tiempo de servicios. (Febrero 27, 1997). Artículo 40°. Presidente de la República del Perú. Recuperado de: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_001_1997_TR.pdf

Decreto Supremo N° 007-2002-TR. Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo. (Julio 3, 2002). Artículo 10°. Presidente de la República del Perú. Recuperado de: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_007_2002_TR.pdf

Decreto Supremo N° 012-92-TR. Reglamento del Decreto Legislativo N° 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. (Diciembre 2, 1992). Artículo 24°. Presidente de la República del Perú. Recuperado de: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_012_1992_TR.pdf

Decreto Supremo N° 001-96-TR. Reglamento de ley de fomento al empleo. (Enero 24, 1996). Artículos 41°, 42°, 43°, 44°. Presidente de la República del Perú. Recuperado de: <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/Reg.%20%20de%20Le y%20de%20Fomento%20al%20Empleo%20DS.%20001-96-TR-26-01-96.pdf>

Decreto Legislativo N° 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Marzo 21, 1997). Artículos 34°, 36° y 38° Presidente de la República del Perú. Recuperado de: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_003_1997_TR.pdf

De la Fuente, H. (1976). *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*. Buenos Aires.

- Davelouis, L. (2011). Perú lideró economía de la región en la última década. El Comercio. Lima. Edición Virtual.
- Ermida, U. (1983). *La estabilidad laboral del trabajador en la las empresas ¿Protección real o ficticia?* Uruguay: Fundación de cultura universitaria.
- Espinoza, J. (2007). "Derecho de la Responsabilidad Civil". Perú: Gaceta Jurídica. Quinta Edición.
- Fernández, C. (2004). Contrato de Trabajo y las Indemnizaciones En Derecho Laboral. Argentina: Nova Tesis.
- Ferro, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la Revista de la Faculta de Derecho de PUCP. Perú. PUCP
- Gonzaga, G. (2003). Labor Turnover and Labor Legislation in Brazil” Brasil Editorial de Universidad Católica Pontificia de Río de Janeiro
- Gorelli, J. (2010). Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito. España Consejo andaluz de relaciones laborales.
- Huamán, E. (2015). Artículo 23º En Gutiérrez, W (Eds.). La constitución comentada - Tomo I. (pp.731-735) Perú: Gaceta Jurídica
- Kelsen, H. (2008) Teoría del Estado. España :Editorial Coyocan
- Klammer, U. (2012). Flexiseguridad: perspectiva europea. En Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales. Alemania.
- Ley N° 28806. Ley general de inspección del trabajo. (Julio 22, 2006). Artículo 26°. Congreso de la republica del Perú. Recuperado de: http://www.sunafil.gob.pe/portal/images/docs/normatividad/LEY-28806Ley_General_Inspeccion_Trabajo.pdf
- Ley N° 4916. Ley que modifica el Art. N° 296 del Código de Comercio. (Enero 28, 1924). Art. 1º Inc. B. Congreso de la República del Perú. Recuperado de: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/04916.pdf>
- Ley N° 20.744. Ley de contrato de trabajo. (Mayo 13, 1976). Art. 245º. Congreso de la República de Argentina. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Ley General de Trabajo de Bolivia. (Diciembre 8, 1942). Art. 13°. Congreso de la República de Bolivia. Recuperado de: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/46218/65057/S92BOL01.htm>

Mangarelli, C. (1984). Daño Moral en el Derecho Laboral, Montevideo: Acali Editorial

Mantero, E. (1999). Compensación por tiempo de servicios. Perú: Actualidad Laboral.

Moroy, J. (2010). Una sentencia del TC para recobrar la fe En Para mi otro corazón. Perú: Librería Comunitas

Neves, J. (2015) Artículo 27°. En Gutiérrez, W (Eds.) La constitución comentada - Tomo I. (pp.772-774). Perú: Gaceta Jurídica

Organización Mundial de Trabajo (1982). Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 158. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C158

Organización de los Estados Americanos (1988). Protocolo de San Salvador. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Pasco Cosmópolis, M. (1987). Estabilidad en el empleo y contratación precaria. En Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Puebla.

Plá, A. (1998). Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Podetti, H. (1997). Instituciones del derecho del trabajo y seguridad social. México: Universidad Autónoma de México

Ramírez, F. (2009). El derecho a una indemnización integral del trabajador. Perú: Revista jurídica de Perú.

Ramos, S. (2008, Agosto). Actualidad del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. En el blog Infojus

Real Decreto Ley N°3, (Febrero 10, 2013). Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Jefatura del Estado. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>

- Reyes, J. (12 de agosto de 2016). PPK: Estas son las medidas laborales que se aplicaran en sus 100 primeros días de Gobierno. Diario Gestión, edición virtual. Recuperado de: <http://m.gestion.pe/movil/empleo-management/ppk-estas-son-medidas-laborales-que-se-aplicaran-sus-100-primeros-dias-gobierno-2167632>
- Rodríguez, M. (1992). La huida del Derecho del Trabajo: Relaciones laborales. España, La Ley.
- Rodriguez, F. (2007). Compensación por tiempo de servicio. Perú: Gaceta Jurídica
- Rojas, I. (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. Chile. Revista Ius et Praxis
- Rubio, M. (1993). Modelo del Proyecto Constitucional del Congreso Constituyente Democrático. Perú: Asesoría Laboral.
- Sánchez, R. (2016). Principales indemnizaciones laborales otorgadas a los trabajadores en el régimen laboral. En *Soluciones Laborales*. pp. 75 - 83
- Solozabal, J. (1991). *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Nueva Época.
- Toyama, J. (2008). *Los Contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Perú: Soluciones Laborales.
- Toyama, J. (2001). Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- Toyama, J. (2015). Artículo 22° y 24°. En Gutierrez, W (Eds.). La constitución comentada - Tomo I. (pp.723-746) Perú: Gaceta Jurídica
- Vásquez, V. (1982). Tratado de Derecho del Trabajo - Tomo 2. Buenos Aires: Astrea
- Vega, E. (2013). Los ministros de economía durante la hiperinflación en la década de los 80. El Comercio. Lima. Edición Virtual.
- Villavicencio, A. (1990). *Flexibilidad, autonomía colectiva y contrato de trabajo*. Uruguay: Debate Laboral.

Vinatea, L. (2004) La "adecuada protección procesal" contra el despido arbitrario, En:
Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional,
Academia de la Magistratura, Lima,

ANEXOS

A. ANEXO N° 1 : MATRIZ DE CONCISTENCIA

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Proyecto de Investigación Descriptivo Correlacional

Título: INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 38° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL EN LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA IMPROPIA DEL SALIDA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	MATERIAL	DISEÑO	MÉTODOS
¿De qué manera el tope indemnizatorio contenido en el Art.38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide la estabilidad relativa impropia de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio en el Perú?	<p><u>GENERAL:</u></p> <p>Analizar de qué manera el tope indemnizatorio contenido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide la estabilidad relativa impropia de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio</p>	El tope indemnizatorio contenido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incide negativamente la estabilidad relativa impropia de los trabajadores cuyo record laboral supera los ocho años de servicio, en la medida que este no puede gozar del total de monto indemnizatorio por los años de servicio realizado.	<p><u>VARIABLE 1:</u></p> <p>Tope indemnizatorio contenido en el Artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral</p>	<p><u>UNIDAD DE ESTUDIO:</u></p> <p>El Art. 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su incidencia en la estabilidad laboral relativa impropia de salida.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Según su propósito: Básica. Según el diseño: No experimental de corte Transversal. 	<p><u>TÉCNICAS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Revisión documental. Entrevista. Análisis de Sentencias.
	<p><u>ESPECIFICOS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Determinar la afectación causada a los trabajadores que superan los ocho años de record laboral. Analizar la redacción del Art. 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Analizar la normativa frente al despido arbitrario y la estabilidad laboral de salida relativa en derecho nacional y legislación comparada 	.	<p><u>VARIABLE 2:</u></p> <p>Estabilidad Laboral Relativa impropia de salida</p>	<p><u>POBLACION:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <u>Expertos:</u> En derecho Laboral, Jueces y abogados que ejercen docencia universitaria en materia de Derecho Laboral, así como doctrinarios de la materia <u>Estudio de casos:</u> Expedientes Judiciales sobre indemnización por despido arbitrario y el tope indemnizatorio establecido <p><u>MUESTRA:</u></p> <p><u>Expertos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Jueces. Especialistas en Derecho Laboral <p><u>Estudio de Casos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Casaciones Juzgados Especializados Fallos internacionales 	<p>El diseño se diagrama de la sgte. manera:</p> <p>M → O</p> <p>Dónde:</p> <p>M = muestra</p> <p>O = Observación</p>	<p><u>INSTRUMENTOS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Fichas textuales, fichas de resumen. Cuestionario de preguntas, guía de entrevista. Fichas de análisis.

Fuente: Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte

B. ANEXO Nº 2 : ORDENES DE INSPECCION

PERÚ

**ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
2015**

ACCIONES ÓRDENES DE INSPECCIÓN	MESES												TOTAL
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICEMBRE	
I- ÓRDENES DE INSPECCIÓN DE PROCEDENCIA EXTERNA													
- Órdenes Generadas	3 000	3 141	4 009	3 213	3 056	3 297	3 148	3 766	3 052	3 272	3 133	3 005	39 092
- Órdenes de Inspecciones Cerradas	2 905	2 316	2 869	2 361	2 507	2 653	2 854	2 663	2 860	2 872	2 715	2 796	32 371
II- ÓRDENES DE INSPECCIÓN DE PROCEDENCIA INTERNA													
- Órdenes Generadas	617	609	1 030	685	2 286	753	1 910	1 977	1 677	2 223	1 389	1 934	17 090
- Órdenes de Inspecciones Cerradas	679	487	801	495	596	724	1 343	956	1 251	1 355	1 503	1 775	11 965
III- ACTUACIONES INSPECTIVAS (Medios de Investigación)													
- Visitas Inspectivas	4 594	4 173	5 361	4 825	4 985	6 374	4 807	6 057	6 132	5 692	5 396	4 384	62 780
- Comparecencia	3 284	3 542	4 580	4 464	4 493	5 739	4 299	4 720	5 188	4 968	4 545	3 379	53 201
IV- ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR SINIESTROS													
- Accidentes de Trabajo	62	61	65	65	56	77	150	111	114	86	86	77	1 010
- Enfermedades Ocupacionales	9	16	16	18	7	2	3	7	12	4	6	6	106
- Incidentes Peligrosos	5	1	-	-	-	-	-	3	1	-	-	-	10
- Accidentes Mortales	3	8	10	9	7	13	7	14	12	11	15	15	124
V- MATERIAS INSPECCIONADAS													
TRABAJO													
- Despido Arbitrario	1 040	736	903	688	607	548	644	630	770	796	633	579	8 574
- Contratos de Trabajo	283	227	227	207	301	388	394	351	307	274	546	421	3 926
- Relaciones Colectivas	48	53	116	57	83	99	145	120	152	112	101	84	1 170
- Trabajo Forzado	1	4	6	1	9	-	10	-	3	19	17	8	78
- Discriminación en el Trabajo	41	13	38	36	24	28	31	44	35	22	35	20	367
- Planillas (Registro de Trabajadores)	969	666	792	542	563	899	1 656	1 346	1 381	1 087	1 259	1 196	12 356
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO													
- Seguridad y Salud	329	252	215	213	165	254	304	309	333	363	374	342	3 453
- Seguro Complementario de Trabajo de Alto Riesgo	192	119	111	96	97	162	229	205	241	255	285	208	2 200
TRABAJO ADICIONAL - INFANTIL													

Fuente: Anuario Estadístico Sectorial 2015 del Ministerio de Trabajo

C. ANEXO Nº 3 : CUADRO DE ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

Fuente: Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte

E. ANEXO Nº 5 : FICHA DE ENTREVISTA



FICHA DE ENTREVISTA

Nombre del entrevistado:
Cargo:

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?
2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?
3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?
4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?
5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?
6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?
7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?
8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?
9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D. Leg. N°728 en nuestra legislación.

Fuente: Propias del investigador

**F. ANEXO Nº 6 : CUADRO ESTADISTICO DEL PRODUCTO BRUTO
INTERNO (1994 – 2015)**

PERÚ: PRODUCTO BRUTO INTERNO TOTAL Y POR HABITANTE, SERIE 1994 - 2015

(Valores a precios corrientes)

Años	Producto Bruto Interno		Población ^{1/}	Producto Bruto Interno por habitante		Deflactor Implícito del PBI
	Millones de Nuevos Soles	Tasas Anuales de Crecimiento		Nuevos Soles	Tasas Anuales de Crecimiento	Tasa Anual de Crecimiento
1994	98.579	-	23.501.974	4.194	-	-
1995	120.263	22,0	23.926.300	5.026	19,8	13,6
1996	135.606	12,8	24.348.132	5.569	10,8	9,7
1997	154.905	14,2	24.767.794	6.254	12,3	7,3
1998	162.586	5,0	25.182.269	6.456	3,2	5,4
1999	169.859	4,5	25.588.546	6.638	2,8	2,9
2000	180.584	6,3	25.983.588	6.950	4,7	3,5
2001	182.527	1,1	26.366.533	6.923	-0,4	0,5
2002	192.691	5,6	26.739.379	7.206	4,1	0,1
2003	204.337	6,0	27.103.457	7.539	4,6	1,8
2004	227.935	11,5	27.460.073	8.301	10,1	6,3
2005	250.749	10,0	27.810.540	9.016	8,6	3,5
2006	290.271	15,8	28.151.443	10.311	14,4	7,7
2007	319.693	10,1	28.481.901	11.224	8,9	1,5
2008	352.719	10,3	28.807.034	12.244	9,1	1,1
2009	363.943	3,2	29.132.013	12.493	2,0	2,1
2010	416.784	14,5	29.461.933	14.147	13,2	5,7
2011	473.049	13,5	29.797.694	15.875	12,2	6,7
2012P/	508.131	7,4	30.135.875	16.861	6,2	1,2
2013E/	543.144	6,9	30.475.144	17.823	5,7	0,9
2014E/	574.880	5,8	30.814.175	18.656	4,7	3,4
2015E/	606.406	5,5	31.151.643	19.466	4,3	2,2

^{1/} Perú: Estimaciones y Proyecciones de población 1950 - 2050

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática

G. ANEXO N° 7 : CUADRO ESTADISTICO DE TASA DE ACTIVIDAD (2004-2014)

TASA DE ACTIVIDAD

TASA DE ACTIVIDAD, SEGÚN ÁMBITO GEOGRÁFICO, 2004-2014

(Porcentaje)

Ámbito geográfico	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Total	72,0	71,1	72,3	73,8	73,8	74,0	74,1	73,9	73,6	73,2	72,3
Área de residencia											
Urbana	68,2	67,3	68,5	71,0	71,1	71,2	71,6	71,6	71,5	71,2	70,1
Rural	82,4	81,6	83,2	82,0	82,1	82,9	82,2	81,6	80,7	80,2	80,3
Región natural											
Costa 1/ Resto de Costa (Excluye Lima Metropolitana)	67,4	66,1	67,6	70,6	70,4	70,7	71,1	70,6	71,0	70,0	68,7
Sierra	78,5	78,2	79,3	77,8	78,4	78,7	78,2	78,4	76,7	77,7	77,5
Selva	76,0	75,5	75,8	78,0	77,7	77,2	77,8	78,1	77,4	77,1	76,5
Niveles de urbanización											
Lima Metropolitana 2/ Capitales y grandes ciudades	66,9	64,2	67,0	69,9	70,3	70,0	70,8	70,6	70,8	69,2	67,8
Otras ciudades	68,2	68,9	68,8	71,1	71,3	71,7	71,6	71,8	71,5	72,2	71,3
Rural	72,6	72,7	72,2	74,3	72,8	73,1	74,2	73,7	73,1	74,1	73,4
82,4	81,6	83,2	82,0	82,1	82,9	82,2	81,6	80,7	80,2	80,3	
Departamento											
Amazonas	76,4	72,5	73,7	78,2	77,5	78,6	80,0	80,7	77,8	78,7	77,1
Áncash	76,4	74,0	75,3	74,6	76,4	75,0	74,6	74,0	75,1	73,6	75,9
Apurímac	75,7	68,9	78,4	78,1	79,6	75,8	78,1	79,8	79,7	81,6	81,9
Arequipa	70,6	69,4	70,1	72,7	69,1	70,0	70,3	71,5	69,5	72,4	71,5
Ayacucho	79,5	80,7	79,8	78,9	79,6	76,9	77,5	77,6	74,4	77,2	78,6
Cajamarca	82,3	82,2	84,0	81,4	83,6	81,8	79,1	78,8	74,0	76,5	75,8
Callao 3/ Cusco	-	-	-	69,8	69,1	70,0	70,2	70,4	69,7	69,1	69,2
78,4	81,4	81,0	77,3	80,4	81,6	78,6	80,3	80,8	81,0	79,7	
Huancavelica	87,1	81,3	80,6	82,3	81,7	82,0	79,9	83,1	83,9	82,8	84,1
Huánuco	78,0	77,5	77,3	76,3	77,1	78,0	78,0	77,6	77,3	77,6	77,8
Ica	68,3	70,1	69,0	70,3	71,6	72,5	72,3	73,1	73,6	72,9	71,6
Junín	75,3	75,1	76,6	74,1	77,0	75,6	76,8	77,0	75,5	74,6	74,9
La Libertad	66,8	67,5	69,2	69,9	69,2	73,2	73,6	71,0	72,7	71,2	70,7
Lambayeque	69,7	70,4	67,8	72,1	71,7	73,0	72,6	71,2	70,4	70,7	67,8
Lima 3/ Loreto	-	-	-	70,3	70,7	70,3	70,8	70,8	71,1	69,4	67,8
74,7	73,0	74,1	78,1	73,4	73,3	73,0	72,9	74,7	75,6	72,6	
Madre de Dios	74,1	74,8	78,0	81,3	82,1	82,2	82,5	80,2	81,4	81,7	79,9
Moquegua	74,4	77,6	75,6	77,9	72,7	74,3	75,1	74,8	76,4	76,7	74,8
Pasco	74,0	71,4	72,7	73,1	70,0	78,8	77,8	77,0	77,5	77,3	74,5
Piura	69,1	70,0	69,8	74,2	71,8	73,5	73,0	69,9	70,7	71,3	70,5
Puno	82,5	85,9	84,8	82,3	82,1	82,1	83,4	83,3	82,0	82,8	82,9
San Martín	76,4	76,6	75,3	77,5	75,7	75,1	77,5	78,2	74,4	75,0	74,0
Tacna	76,1	73,5	72,4	72,2	74,7	71,7	73,7	73,2	72,3	71,5	71,3
Tumbes	76,8	75,9	75,4	79,4	75,7	74,9	77,0	76,0	75,4	74,9	73,4
Ucayali	72,1	71,6	71,8	76,8	78,3	79,3	80,4	80,0	79,6	78,6	79,8
Lima y Callao 4/ Lima Provincias 5/	67,0	64,5	67,2	70,2	70,5	70,2	70,8	70,8	71,0	69,3	68,0
-	-	-	73,9	72,6	73,0	70,4	73,0	72,7	71,4	70,2	

H. ANEXO Nº 9 : ENTREVISTAS A LOS EXPERTOS

Nombre del entrevistado: Javier Arturo Reyes Guerra

Docente de Derecho UPN – Vocal Supremo de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

El principio de estabilidad laboral guarda relación con el principio de continuidad de la relación laboral, entendiéndose que su configuración deriva de la proyección práctica del principio de continuidad en cuanto a la finalización del contrato de trabajo en efecto, si el principio de continuidad expresa la tendencia del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, o lo que es lo mismo, a la conservación en el tiempo de la fuente de trabajo; entonces, el principio de estabilidad laboral surge para sustentar en la ejecución del contrato de trabajo la necesidad de preservar el mismo y evitar su extinción por decisión unilateral del empleador (despido) salvo la existencia de algún motivo autorizado o justificado legalmente.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

La estabilidad laboral de entrada constituye un aspecto del principio de estabilidad laboral que alude justamente al momento en que se decide la contratación de un trabajador que bajo los alcances del principio de continuidad implicara la preferencia de una contratación de carácter permanente, dejando toda posibilidad de contratación temporal a situaciones que por su naturaleza ostenten tal condición y reúnan los requisitos exigidos por ley; de allí que el periodo de prueba construya un mecanismo legal concreto para establecer la condición laboral definitiva que adquiere un trabajador dentro de la relación laboral.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

La estabilidad laboral de salida constituye el otro aspecto del principio de estabilidad laboral que incide directamente en la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, que implica la prohibición del despido arbitrario, siendo este aspecto el que se vincula directamente con el principio de estabilidad laboral.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

Mayormente no es respetado, en principio por la elevada informalidad de la contratación de trabajadores en el Perú; es decir, si no hay un trabajo formal, menos habrá el respeto de derechos laborales; ahora bien, en el caso de empleadores que son formales o al menos que procuran lucir como formales, también se dan distorsiones cuando se utiliza abusivamente de la contratación modal para situación fácticas en las que la naturaleza de la prestación laboral es permanente finalmente, ya centrándonos en aquellos trabajadores que son estables o permanentes, se presentan reiterados casos de vulneración del principio de estabilidad laboral por imputar faltas sin el debido sustento, que no se configuran o han sido "inventadas" o por serios defectos en el procedimiento de despido; por lo tanto, considero que no hay una adecuada sujeción al cumplimiento de dicho principio.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

En el caso de Chile el principio de estabilidad laboral se aplica en su vertiente de tutela resarcitoria y no restitutoria (estabilidad laboral relativa). Es de hacer notar una situación similar en México y España aunque destacando que la estabilidad laboral está enfocada en lograr la formalización y mayor acceso al empleo y la regulación de modalidades contractuales como el contrato a prueba. Es de advertir que en el caso español si bien se admite ante casos concretos de afectación de derechos fundamentales la nulidad del despido, se trata de una regulación muy similar a la regulación contenida en la LPCL, aunque más limitada, pero que no tiene abierta más posibilidades, como sí ocurre con los precedentes del TC en el Perú. En el caso Mexicano se considera la nulidad del despido por no haberse producido el aviso de despido, pero se trata de una situación formal en todo caso subsiste el criterio de la estabilidad laboral relativa.

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva:

¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Si En cuanto a la indemnización en la medida que esté vinculada siempre al tiempo de servicios trabajador y no se presenten circunstancias que agraven la situación de desempleo o las propias circunstancias de la salida del empleo del trabajador.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

El lucro cesante, daño moral y el daño al proyecto de vida. En el primer caso por las remuneraciones que deja de percibir el trabajador. en el segundo caso por la afectación psíquica al trabajador y en el ultimo caso en la medida en que se trunque una proyección laboral evidente

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

Esencialmente incrementar el tope indemnizatorio considerando el tiempo de servicios del trabajador, ampliando la franja del tiempo de servicios para aplicar la remuneración indemnizable

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en la legislación peruana.

La afectación sería positiva en la tutela de los derechos de los trabajadores; evidentemente la parte empleador siempre se considerara afectada por este tipo de modificatorias. En cuanto al desarrollo de la LPCL en caso de introducirse una modificación como la propuesta, no percibo mayor afectación que la acotada en forma precedente.

Entrevistado: Lola Peralta

Vocal Supremo de la Primera Sala Laboral de La Corte Superior de Justicia de la Libertad

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Derecho de trabajador de gozar de todas las prerrogativas y beneficios que le concede la ley por el tiempo que ha sido contratado, sea a tiempo determinado o indeterminado.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Es referente al periodo de prueba, donde el empleador tiene la facultad de despedir al trabajador si este considera que este no cumple con los requisitos mínimos necesarios para el puesto de trabajo, caso contrario seguirá trabajando.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Todo trabajador frente a la extinción del vínculo laboral el empleador debe recurrir a un correcto proceso de despido, un trabajador no puede ser despedido sin causa justa o sin que el contrato de trabajo haya llegado a su vencimiento.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

Existe un grueso sector de empleadores que optan por despedir al trabajador sin recurrir al debido proceso o imputándoles el termino del contrato, no obstante el trabajador haya sido contratado para actividades ordinarias propias de la empresa, ahí nos encontramos ante despidos incausados.

5. Conoce usted, por legislación comprada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

La tendencia mundiales la primacía de los contrato modales, sin embargo los movimientos de las intuiciones sindicales, por ejemplo en Francia luchan por la derogación de norma a fin de generar mayor estabilidad laboral, sin embargo la tendencia es la flexibilización laboral.

- 6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?**

Para ese tipo de trabajadores que han trabajado por mucho años en una misma empresa, para estos casos si el trabajador es despedido y la empresa no justifica su despido, definitivamente existirá insatisfacción por parte del trabajador.

- 7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?**

Debería calcularse a través de sus benéficos sociales y si el trabajador demanda el daño moral, este debe demostrar el daño que le ha causado haber sido despedido.

- 8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?**

Se podría aplicar de forma excepcional para los trabajadores que superan los quince años o veinte años de servicio una indemnización por todos los años de servicio.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en nuestra legislación.

Los afectados se modificarse la norma en el aumento de la indemnización por despido arbitrario serán los empleadores.

Entrevistado: Víctor Castillo León

Docente de la Universidad Nacional de Trujillo – Vocal Supremo de la Primera Sala Laboral

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Es una garantía fundamental del derecho del trabajo que consiste en el derecho que tiene el trabajador de mantenerse en el puesto de trabajo mientras no incurra en causal justa de despido, comprende el derecho de acceso al trabajo.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Supone el régimen regulatorio de la contratación laboral, el Perú debe por norma general se debe contratar a un trabajador a plazo indeterminado y la contratación modal se aplica a manera de excepción, según interpretación del tribunal constitucional.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Es la resistencia que tiene el contrato de trabajo a su terminación si no es por causa justa, supone la regulación de las causas justas de despido. Se puede establecer un esquema de estabilidad absoluta, cuando cualquier infracción a las causales de despido da lugar a la reposición o a la estabilidad laboral relativa donde la infracción a las causales de despido generan una tutela de tipo resarcitoria.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

A veces es respetado ya veces no, esa es la realidad de todas las normas jurídicas, en especial las laborales. Lo importante es que cuando el empleador no respeta la estabilidad laboral de salida, existen los mecanismos de tutela judicial apropiados a través de los cuales se otorga o bien una tutela repositoria o sustitutoria de acuerdo a nuestro sistema.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

Se conoce que en otros países reconocen modelos de estabilidad absoluta y modelos de estabilidad relativa, el modelo más famoso es de tutela laboral relativa que la comparten países latinoamericanos y europeos. Los modelos de estabilidad laboral absoluta son mas escasos pero aún podemos encontrar algunos modelos como la legislación brasileña, de igual forma en el caso boliviano.

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los

ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva:

¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

El monto del resarcimiento obedece a una elección política del legislador. La ley de estabilidad laboral N° 24514 que presidió a la LCPL, tenía un sistema indemnizatorio mucho más protector, reducida por la ley actual, pero nada impide que existan cambios legislativos, sin embargo a mí me parece que es una opción política.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

El daño laboral no idéntico al daño civil, detrás de la indemnización por despido arbitrario hay una sumatoria de todo tipo de daño así lo establece el propio cuerpo normativo. Ahora bien ante una posible reforma, me parece que la figura debería ser la misma si es que el legislador considera aumentar la indemnización por despido arbitrario.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

A mí me parece que no debería realice cambios pues el sistema me parece razonable, dentro de los estándares promedios, inclusive el sector privado consideran que estas indemnizaciones generan un sobre costo. Como señale en el punto anterior la iniciativa de un cambio está abierta sin embargo esta no tendría naturaleza jurídica, si nomas bien política.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en nuestra legislación.

Me parece que no afectaría al D.L. N° 728, sino generaría una mayor resistencia de ciertos sectores de la sociedad a aceptar el sistema jurídico tal cual esta, sería una decisión aislada de un todo al cual se integraría.

Nombre del entrevistado: José Antonio Rodríguez Viera
Docente de Derecho UPN – Sub Director de Área de Negociaciones Colectivas de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo

1) ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Es el principio protector del derecho del trabajo, en virtud del Art. 4° de la LPCL, que establece que la naturaleza del contrato de trabajo es permanente, salvo la excepción que es la temporalidad cuando esta es justificada

2) ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Es el derecho que tienen todos los trabajadores, de acuerdo a los convenios de la OIT, que todo trabajador tiene estabilidad laboral desde el momento que ingresa a trabajar, salvo por lo establecido en el Art. 9° de la LPCL, referente al periodo de prueba de tres meses, seis meses y un año

3) ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Versa sobre el derecho de repulsión del trabajador despedido injustamente y sobre la indemnización por despido arbitrario (estabilidad relativa impropia).

4) ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

En la práctica, las empresas formales respetan los derechos laborales del trabajador, el problema recaería en las empresas informales, las cuales no reconocen los derechos del trabajador. Justamente el foro económico mundial

establece las prácticas de contratación y despido, uno de los grandes problemas que nos ubica en el último lugar es la informalidad laboral.

5) Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

He leído respecto a las prácticas laborales en Suiza y Singapur, que lideran las políticas laborales en el mundo, Suiza en primer lugar y Singapur en el segundo lugar y ellos manejan el tema de la contratación laboral por contratos tipo, de acuerdo a lo establecido en su código civil, como prestaciones de servicio. En países de avanzada que lideran el foro económico mundial aplican la reconstrucción al derecho del trabajo, pero ello pudo ser posible en la medida que han podido lograr el poder los derechos humanos de tercera generación, derechos de solidaridad, por ello se a logrado la interdependencia laboral entre el trabajador y el empleador.

6) ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva:

¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Depende desde punto analicemos la pregunta, en primer lugar resultaría beneficiosos para el trabajador que labora en un país como el nuestro, pues en comparación con los países de avanzada no se le reconoce los derechos a estos trabajadores, sin embargo debemos tomar en cuenta que los países de avanzada respetan mucho los derechos te receta generación de los trabajadores, con lo cual se estaría equilibrando la balanza.

7) En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños

estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

Hablar de daño, es hablar de todas las afectaciones al trabajador (daño emergente, lucro cesante, daño al proyecto de vida) yo creo que ahí si se debe tomar el cuenta el tema de la dignidad del trabajador.

8) De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

Particularmente no ejercería ningún cambio al tope indemnizatorio.

9) La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en nuestra legislación.

Creó que la no generaría ninguna afectación a la norma y sería positivo para el trabajador, pero siguiendo las nuevas tendencia respecto a la flexibilidad laboral no creo que sería aplicable por el gobierno de turno

Nombre del entrevistado: Miranda Ordinola

Vocal Supremo de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Primero que nada es una directriz, no un principio, que se plantea como medida protectora ante el trabajador y supuesto de trabajo.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Es la protección que recibe el trabajador al ingresar a su puesto de trabajo y que no será removido de este en tanto y en cuanto su labor se esencial en la empresa, es una limitación a la modalidad determinada de la contratación laboral.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Es un medio de protección al que le es favorable al trabajador que fue cesado de su puesto de trabajo sin causa justa de despido o sin fundamentación alguna del mismo.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

La informalidad en el ambiente laboral peruano no permite que sean respetados todos los derechos laborales de los trabajadores, por extensión tampoco la estabilidad laboral como manifestación del principio de continuidad laboral.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

A nivel constitucional las legislaciones establecen una protección absoluta contra el despido arbitrario, sin embargo se están realizando algunos cambios en determinadas naciones pues buscan incentivar su economía en base a la flexibilización laboral.

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Tal vez la indemnización no sea suficiente per recordemos que la naturaleza de esta indemnizaciones proteger al trabajador solo por el periodo de desempleo al que él se pueda afrontar.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

El daño moral y el lucro cesante son los derecho a los que se ve afecto el trabajador cuando es despedido arbitrariamente.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

Ninguno, realidad actual no exige ser mas proteccionista con los trabajadores ya que es raro encontrar un trabajador que se mantenga por más de dos años en un mismo puesto.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en nuestra legislación.

No existirá afectación alguna pues sería un norma adaptable al sistema.

Nombre del entrevistado: Segundo Pacheco

Vocal Supremo de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

No es un principio del derecho de trabajo, el principio es el de continuidad, es una directriz que establece que el trabajador es perenne en el puesto que le corresponda.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Suposición mediante la cual el trabajador una vez superado el periodo de prueba (tres meses, seis meses y un año, según corresponda), obtiene estabilidad laboral de si su labor necesaria en la empresa.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Medida de protección tomada por el legislador para salvaguardar los derechos de los trabajadores una vez terminado el vínculo laboral que lo une a la empresa, puede ser relativa o absoluta

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

Por la informalidad latente en el Perú, no lo creo.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

Chile y Brasil practican políticas muy porcionistas para sus trabajadores, llegando incluso a tener márgenes más amplios de indemnización por despido arbitrario

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho

años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Me parece que es una decisión más que legislativa política y se basa en la historia, pues a través de la misma, el tope indemnizatorio siempre ha sido de doce remuneraciones, más aun ahora se busca llegar más rápido al mismo.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

El lucro cesante, daño moral y el daño al proyecto de vida me parece que serían los más adecuados para justificar una posibles incrementos.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

Considero que el tope indemnizatorio como techo limitativo es correcto, no realizaría cambio alguno.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D.Leg. N°728 en nuestra legislación.

No realizaría ninguna afectación a la norma pues sería un cambio más político que legislativo.

Nombre del entrevistado: Gustavo Vicuña Gonzales

Docente UPN

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Es el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa. Es una limitación a la facultad discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato en la naturaleza de las labores. Significa que el contrato laboral tiene vocación de permanencia o indefinida y la contratación temporal debe estar sujeta a determinadas causas.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Se ubica en el momento final de la relación laboral, implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca causa justa que permita terminarlo.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

No, consideran que es un sobre costo laboral, limita su facultad discrecional y afecta la productividad.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

En principio, se debe tener presente el Convenio 158 de la OIT que establece el despido causal. Ha sido ratificado por más de 30 países, no encontrándose dentro de estos el Perú.

La estabilidad no ha sido articulada en igual forma en todos los ordenamientos legales. Las legislaciones que establecen la inamovilidad absoluta para todos los trabajadores, pero con aplicación muy relativa, tenemos México y Brasil; las que disponen la inamovilidad plena para algunos grupos de trabajadores o, en circunstancias especiales, tenemos España y Argentina; las que reconocen la estabilidad relativa y admiten la rescisión del contrato sin causa justificada, pero con indemnización compensatoria suficiente, ha sido adoptada por la mayoría de los países iberoamericanos, como Bolivia y Estados Unidos. En los países bajos, se ha implementado lo que se conoce como la flexiseguridad, que es una especie de seguro de desempleo; es decir, se faculta el despido sin causa pero con una indemnización significativa.

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Efectivamente, perjudica a los que cuentan con mayor tiempo de servicios. No es suficiente resarcimiento, ya que solamente se indemniza la pérdida del empleo sin causa justificada y se efectúa en base a un sistema tarifado sin importar la gravedad del daño sufrido.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

No es tan simple, ya que en el actual sistema tarifado no es necesario que el trabajador tenga que probar la cuantía de los daños; lo que podría perjudicar al trabajador ante insuficiencia probatoria. En todo caso, podría establecerse que para obtener una indemnización adicional a la tarifada, se exigiría la acreditación del nexo causal del daño económico así como el moral y psicológico. Actualmente se está adicionalmente a la indemnización por despido arbitrario la acción de daños y perjuicios.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

En principio, se debe tener presente que cualquier cambio en el sentido de incrementar el tope indemnizatorio tiene una seria resistencia por la parte empresarial; por ello debe efectuarse un cambio gradual.

Podría establecerse la indemnización en la forma siguiente: hasta los 08 años, remuneración y media mensual por cada año de servicios; para los 04 años siguientes, 01 remuneración mensual por cada año adicional; y, para los 04 subsiguientes, media remuneración mensual por cada año.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D. Leg. N°728 en nuestra legislación.

Claro, porque significaría una modificación de dicha norma, aun cuando sólo en lo que respecta a la extinción del contrato de trabajo. En todo caso, me inclino por la aprobación y promulgación de una Ley General de Trabajo que incluya la indemnización especial por despido arbitrario.

Nombre del entrevistado: Karla Paola Castillo Castro

Jueza Especializada de la Tercera Sala Laboral Permanente

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Significa permanencia en el trabajo, es decir que el contrato de trabajo suscrito se mantenga en el tiempo

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Esta referido a la estabilidad de inicio de la relación laboral o contratación, la cual se adquiere superando el periodo de prueba que es de tres meses en el sector privado.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Esta referido al despido, en el sentido que se debe respetar los términos de la contratación laboral, salvo la existencia de causa justa de despido previsto

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

No es respetado por los empleadores quienes no toman en consideración el contenido esencial del derecho al trabajo, motivo por el cual el poder judicial soporta una gran carga procesal referida a la indemnización por despido arbitrario y a las reposiciones por despido incausado, nulo o fraudulento.

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

(Pregunta no respondida por el entrevistado)

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Sí, porque el tope indemnizatorio no resulta suficiente resarcimiento para aquellas personas los ocho años en el sector privado

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

- Daño emergente, referido al empobrecimiento del trabajador al no contar con su trabajo (endeudamiento).
- Lucro cesante, respecto a las remuneraciones dejadas de percibir.
- Daño moral ante el despido, aunque requiere prueba.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

Modificaría el tope indemnizatorio de acuerdo a los años de servicio, incrementando el mismo en aquellos trabajadores que superen de labores en el sector privado.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D. Leg. N°728 en nuestra legislación.

Afectaría de manera positiva el desarrollo del Decreto Legislativo N° 728, ya que condeciría con la realidad económica por la que se viene atravesando, acercando de esta manera al legislador con la clase trabajadora, pues si bien la ratio descendió de este dispositivo legal fue la protección ante el despido arbitrario, la cual es conocida constitucionalmente, muchas veces los empleadores prefieren pagar estas indemnizaciones antes que mantener a los trabajadores en planillas, por lo que la subida de estos topes lo pensarán bien antes de despedir injustamente a cualquier trabajador.

Nombre del entrevistado: Jorge Toyama Miyagusuku
Asociado del estudio Miranda & Amado

1. ¿Qué comprende el principio de estabilidad laboral?

Manifestación del principio protector del derecho laboral y busca un fin tuitivo, busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible, resista ante cambios del empleador, fusión de empresas; que los procesos de despido se hagan respetando el debido proceso y que estos tengan causa justa. El principio de continuidad es la manifestación del derecho laboral en la extensión del contrato de trabajo, es la vocación de permanencia.

2. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de entrada?

Manifestación del principio de continuidad laboral que busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible especificando requisitos en el acceso al trabajo, busca limitar al máximo los requisitos de acceso de la estabilidad laboral, por ejemplo un periodo de prueba corto.

3. ¿Qué entiende Ud. por estabilidad laboral de salida?

Manifestación del principio de continuidad laboral que busca que la relación laboral se extienda lo máximo posible especificando requisitos en la salida al trabajo, busca determinar los requisitos justos de salida del puesto de trabajo, por ejemplo causales de despido por conducta o capacidad.

4. ¿Considera usted que el principio de estabilidad laboral es respetado por los empleadores del sector privado?

En general si, dependiendo del sector, en el sector informal no se respeta naturalmente, pero en el sector formal luego de la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2002 se tiene mayor cuidado en los requisitos para los ceses laboral

5. Conoce usted, por legislación comparada, ¿Cómo se da la aplicación del principio de estabilidad laboral en otros países o la nuevas tendencias legislativas respecto al tema?

La continuidad laboral está siendo cada vez más regulada de una u otra forma, no hay una relación estricta entre estabilidad y continuidad laboral, puesto que los países en desarrollo como el nuestro deben buscar atraer la inversión privada, debería sensibilizar este derecho a la reposición que nos pone el puesto octavo en el mundo con respecto rigidez en contratación y despido, según el foro económico mundial.

6. ¿Considera que el tope indemnizatorio, comprendido en el Art. 38 de la LCPL afecta a los trabajadores cuyo récord de servicio supera los ocho años en el sector privado?, en caso la respuesta sea positiva: ¿Considera Ud. que la indemnización por despido arbitrario es suficiente resarcimiento?

Obviamente si soy trabajador voy a creer que existe una afectación, pero acá se debe buscar llegar a un punto medio, hay países donde no hay indemnizaciones, la ley peruana tiene una doble protección con la indemnización y la compensación por tiempo de servicio, que es un seguro de desempleo.

7. En relación a la cuantificación del daño en la indemnización por despido arbitrario, ¿Qué aspectos de los diferentes tipos de daños estarían comprometidos para justificar el incremento del tope indemnizatorio?

El daño moral, como bien una sentencia de la suprema lo ha dicho, pues el lucro cesante y los daños y perjuicios per se ya están cubiertos por la indemnización tarifada de los doce sueldos, además tiene la CTS, y recordemos además que el artículo 38 establece que la única protección frente al despido arbitrario es esa, con la cual la válvula de protección adicional son los daños y perjuicios derivados del daño moral.

8. De ser el caso, ¿Qué cambios realizaría al Art. 38° de la LPCL en lo referente al tope indemnizatorio?

No, pues existe una protección de 2.67 sueldos por año y luego de los ocho años de servicio son 1.67 sueldos sin tope indemnizatorio.

9. La hipotética modificación del Art. 38 de la LCPL afectaría de alguna manera (sea positiva o negativamente) el desarrollo del D. Leg. N°728 en la legislación peruana.

Más que afectación, el tema central sería evaluar una indemnización mayor como lo establece el proyecto de ley del código de trabajo, siempre y cuando no haya una reposición.