

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS
POR LUCRO CESANTE DERIVADO DE DESPIDO INCAUSADO
O FRAUDULENTO EN LOS JUZGADOS DE TRABAJO
DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
TACNA EN LOS AÑOS 2015 - 2017**

TESIS

PRESENTADA POR:

ALICIA JACKELINE MAITA CRUZ

Para optar el Grado Académico de:

**MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGISTER SCIENTIAE*) CON
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TACNA - PERÚ

2020

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN – TACNA

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

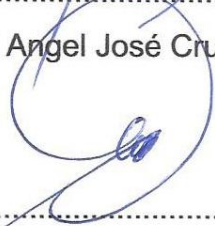
**EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS
POR LUCRO CESANTE DERIVADO DE DESPIDO INCAUSADO
O FRAUDULENTO EN LOS JUZGADOS DE TRABAJO DE
LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA
EN LOS AÑOS 2015 -2017**

Tesis sustentada y aprobada el 04 de septiembre del 2019; estando el jurado calificador integrado por:

PRESIDENTE :


.....
Dr. Miguel Angel José Cruz Cuentas

SECRETARIO :


.....
Dr. Pepe Alvarado Gonzalvez

MIEMBRO :


.....
Mgr. Sandra Miranda Pérez

ASESORA :


.....
Mgr. Sandra Miranda Pérez

DEDICATORIA

Para mi hijo Gabriel, quien es el principal motivo para ser una mejor persona y profesional.

AGRADECIMIENTO

A mis padres y esposo por su constante apoyo en mi formación y capacitación como profesional.

CONTENIDO

	Pág.
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Resumen	xi
Abstract	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Justificación e importancia	8
1.4. Alcances y limitaciones	10
1.5. Objetivos	11
1.6. Hipótesis	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
2.1. Antecedentes del estudio	14
2.2. Bases teóricas	19
2.2.1. La responsabilidad civil	19
2.2.2. Elementos de la responsabilidad civil	20
2.2.3. Clasificación de daño	22
2.2.4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual	22
2.2.5. Competencia del juzgado laboral respecto a la responsabilidad por daño patrimonial	26
2.2.6. El despido	29
2.2.7. El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	30
2.2.8. La remuneración	32
2.2.9. Conceptos no remunerativos:	34
2.2.10. Remuneración dejada de percibir	34

2.2.11. Tratamiento de la indemnización en caso de despido incausado y fraudulento en la legislación	35
2.2.12. El despido incausado o fraudulento en el derecho comparado	36
2.3. Definición de términos	40
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	43
3.1. Tipo y diseño de la investigación	43
3.2. Población y muestra	44
3.3. Operacionalización de variables	46
3.4. Técnicas e instrumentos para recolección de datos	46
3.5. Procesamiento y análisis de datos	47
CAPÍTULO IV: MARCO FILOSÓFICO	49
CAPÍTULO V: RESULTADOS	52
CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN	86
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95
ANEXOS	99

ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1: Sentencias emitidas por los juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido, identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento.	52
Tabla 2: Sentencias emitidas por los juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.	54
Tabla 3: Elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrolla.	56
Tabla 4: Sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido fijan el <i>quantum</i> de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante	58
Tabla 5: Criterios en que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.	60
Tabla 6: Conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante	62
Tabla 7: El tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el <i>quantum</i> de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante	64
Tabla 8: Órgano jurisdiccional	66
Tabla 9: Fallo sobre la demanda	68
Tabla 10: Tipo de despido	70
Tabla 11: Desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual	72
Tabla 12: Fija monto indemnizatorio	74
Tabla 13: Sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante	76
Tabla 14: Monto indemnizatorio por lucro cesante	78
	80

Tabla 15: Criterios para el monto indemnizatorio por lucro cesante	
Tabla 16: Conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante	82 84
Tabla 17: Meses dejados de laborar	

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1: Sentencias emitidas por los juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento.	53
Figura 2: Sentencias emitidas por los juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.	55
Figura 3: Elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrolla.	57
Figura 4: Sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido fijan el <i>quantum</i> de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.	59
Figura 5: Criterios en que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.	61
Figura 6: Conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante.	63
Figura 7: El tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el <i>quantum</i> de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.	65
Figura 8: Órgano jurisdiccional.	67
Figura 9: Fallo sobre la demanda.	69
Figura 10: Tipo de despido.	71
Figura 11: Desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual.	73
Figura 12: Fija monto indemnizatorio.	75
Figura 13: Sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.	77
Figura 14: Monto indemnizatorio por lucro cesante.	79
Figura 15: Criterios para el monto indemnizatorio por lucro cesante.	81

Figura 16: Conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante	83
Figura 17: Meses dejados de laborar.	85

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se desarrolló con el objetivo de conocer el proceso de determinación del *quantum* de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento en los juzgados laborales de la CSJT. Se propuso como proceso el recojo de información en 126 sentencias judiciales en materia laboral. Asimismo, se procedió a la aplicación de un cuestionario anónimo a 37 operadores de justicia laboral de la CSJT. Los instrumentos de recolección de datos fueron dos: La guía de investigación documental y el cuestionario anónimo compuesto por siete (07) preguntas con respuestas dicotómicas (sí/no). Respecto al objetivo general de la investigación, en la CSJT, el *quantum* de la indemnización por lucro cesante se determina con el cálculo de la remuneración que percibía el trabajador al momento del despido (conceptos fijos y permanentes) por los meses dejados de laborar. Por otra parte, el criterio principal que se utiliza en los juzgados laborales de la CSJT para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en casos de despido incausado y fraudulento, es principalmente, la última remuneración básica percibida por el trabajador. La revisión de 126 sentencias en materia laboral emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido incausado y fraudulento, permitió comprobar que en 116 expedientes (92.1%) se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual. El daño, nexo causal, antijuricidad y factor de atribución son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrollan en las sentencias por despido incausado y fraudulento emitidas por los tres Juzgados de trabajo de la CSJT. Finalmente, en los juzgados laborales de la CSJT es el sueldo básico el único concepto remunerativo que se toma en cuenta para el cálculo del *quantum* por lucro cesante en las sentencias por indemnizaciones por despido incausado y fraudulento.

Palabras clave: *Despido incausado, despido fraudulento, lucro cesante, indemnización, juzgado laboral*

ABSTRACT

This research work is specified with the objective of knowing the process of determining the quantum of compensation for lost profits in case of uncaused and fraudulent dismissal in the labor courts of the CSJT. The process was proposed to gather information in 126 judicial rulings in labor material. Likewise, an anonymous questionnaire was applied to 37 labor justice operators of the CSJT. The data collection instruments were two: The documentary research guide and the anonymous questionnaire composed of seven (07) questions with dichotomous answers (yes / no). Regarding the general objective of the investigation, in the CSJT, the quantum of compensation for lost profits is determined by calculating the remuneration received by the worker at the time of dismissal (fixed and permanent concepts) for the months left to work. On the other hand, the main criterion that is used in the labor courts of the CSJT to determine the quantum of compensation for lost profits in cases of uncaused and fraudulent dismissal, is mainly the last basic remuneration received by the worker. The review of 126 judgments on labor issues issued by the labor courts of the CSJT on compensation for damages resulting from uncaused and fraudulent dismissal, made it possible to verify that in 116 cases (92.1%) elements of contractual civil liability are developed. The damage, causal link, illegality and attribution factor are the elements of contractual civil liability that are developed in the judgments for uncaused and fraudulent dismissal issued by the three labor courts of the CSJT. Finally, in the labor courts of the CSJT the basic salary is the only remunerative concept that is taken into account for the calculation of the quantum for loss of earnings in the sentences for compensation for uncaused and fraudulent dismissal.

Keywords: *Uncaused dismissal, fraudulent, dismissal, loss of earnings, compensation, labor court*

INTRODUCCIÓN

El problema planteado en la presente investigación deviene en un asunto importante y urgente, pues recientemente se viene procesando demandas por indemnización por despido incausado y fraudulento. Sin embargo, la problemática estriba no solo en las demandas presentadas ante los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna, sino en la dificultad para el juzgador para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante.

Se precisa que los juzgadores asuman que la remuneración básica debe ser el factor determinante para calcular la indemnización; sin embargo, existen dudas al respecto. En el sentido de que, si la última remuneración básica es determinante, o si además de la remuneración se deben sumar otros factores, tales como incrementos salariales, bonificaciones, etc. Es por ello, que se observan discrepancias al respecto y no se percibe uniformidad en los juzgadores al momento de fijar la indemnización por despido incausado o fraudulento en la Corte Superior de Justicia de Tacna.

Por su parte, los juristas que litigan mayormente en procesos laborales son, en su gran mayoría, partidarios de que la indemnización por lucro cesante ante demandas por despido fraudulento se debe fijar en base a la remuneración básica. Sin embargo, es necesario conocer los criterios que asumen los juzgadores en materia laboral de la Corte Superior de Justicia de Tacna en este tipo de demandas y averiguar si estas decisiones jurisdiccionales son uniformes o están basados en criterios homogéneos.

En las demandas de indemnización por despido incausado o fraudulento se solicita al demandante la probanza correspondiente y la acreditación debida del lucro cesante. Para persuadir al juez de su existencia no se puede utilizar directamente la ganancia no obtenida, sino que se deben emplear otros hechos

que demuestren que esa ganancia realmente se habría producido de no ser por el daño (por el despido) o incumplimiento correspondiente.

Asimismo, se debe probar también la conexión causal entre el daño y el beneficio dejado de percibir por el afectado, es decir que cada una de las ganancias se han frustrado propiamente a consecuencia del hecho ilegal o daño.

La prueba del lucro cesante puede suponer algunos problemas relacionados sobre todo con la determinación de la cuantía de la ganancia frustrada, ya que el importe dependerá de múltiples variables.

Debido a esta gran dificultad, los tribunales de justicia en la práctica han tenido que acudir en muchas ocasiones a ciertos criterios estandarizados que se aplican de manera generalizada y han constituido una gran ayuda para la cuantificación del lucro cesante. Concretamente, se trata de criterios basados en la experiencia práctica de los jueces, mas no en criterios objetivos homogenizados.

Aunque el parámetro principal debe seguir siendo el de la prueba a través de datos obtenidos por la propia entidad (internos o externos, como libros de contabilidad, declaraciones fiscales, etc. en el caso de que sea una empresa), los criterios anteriormente citados son una buena alternativa para impedir que el daño quede sin indemnizar por culpa de la dificultad de determinar la cuantía de la ganancia en la prueba.

La presente tesis está dividida en seis capítulos: el primer capítulo consiste en la descripción del problema, y este acápite contiene los antecedentes del problema y la problemática de investigación, que no es sino la ausencia de regulación legal para la fijación del *quantum* indemnizatorio en casos de despido fraudulento o incausado. Para determinar la problemática de investigación, se analizaron los instrumentos jurídicos que conforman la legislación nacional al respecto. En este mismo capítulo, se formulan las preguntas de investigación, se plantea la justificación e importancia del problema a investigar, se señalan los

alcances y limitaciones y se plantean los objetivos: tanto el general como los específicos, y finalmente, se formulan las hipótesis de estudio.

El segundo capítulo contiene el Marco Teórico. Este capítulo contiene los antecedentes del estudio y las bases teóricas. A su vez, las bases teóricas se componen de los siguientes contenidos: La responsabilidad civil, elementos de la responsabilidad civil, clasificación de daño, responsabilidad civil contractual y extracontractual, competencia del juzgado laboral respecto a la responsabilidad por daño patrimonial, el despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la remuneración, los conceptos no remunerativos, la remuneración dejada de percibir y el tratamiento de la indemnización en caso de despido incausado y fraudulento en la legislación.

El tercer capítulo denominado marco metodológico, está compuesto por los siguientes contenidos: tipo y diseño de la investigación, población y muestra, operacionalización de variables, técnicas e instrumentos para recolección de datos y el procesamiento y análisis de datos.

El cuarto capítulo se denomina marco filosófico. El marco filosófico se basa en la teoría tridimensional del derecho propuesto. Esta teoría se encuentra en conflicto contra dos modelos jurídicos: el normativismo formalista (o tecnicismo jurídico) y el sociologismo jurídico.

El quinto capítulo se refiere a los resultados. En este acápite se presentan los resultados mediante tablas y figuras estadísticas, producto de los cuestionarios aplicados a los operadores de justicia, así como del análisis de expedientes judiciales en materia laboral.

Se discuten los resultados según el marco teórico y los antecedentes de investigación. Finalmente se dan a conocer las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1. Antecedentes del problema

Uno de los problemas observados en los procesos de indemnización por daños y perjuicios es la diversidad de pronunciamientos que emiten los órganos jurisdiccionales en materia laboral, con respecto a la cuantificación del lucro cesante ante un despido inconstitucional, sea incausado o fraudulento.

Ciertamente existe un porcentaje importante de procesos de indemnización por daños y perjuicios que determinan el lucro cesante en base a la última remuneración básica dejada de percibir; sin embargo, existe otro porcentaje, que calculan el lucro cesante en forma discrecionalidad, es decir, en base a la remuneración total o solo considera los conceptos remunerativos percibidos por el trabajador.

La problemática que hoy preocupa y cabe preguntarse: ¿es correcto determinar la indemnización por lucro cesante en base a la última remuneración básica? o ¿sería mejor considerar como base de cálculo del lucro cesante los conceptos remunerativos que percibió el trabajador?

El Tribunal Constitucional señala que la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado, como es el caso de la sentencia de fecha 21 de enero de 1999, Expediente Nro. 1112-98-SS/TC correspondiente a la acción de amparo seguida por Cesar Antonio Cassio Tapia y otros contra Telefónica del Perú SA.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Estado Peruano, en la sentencia de fecha 31 de enero del 2001, considerando 121, señaló que:

“(…) esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que estas permanecieron sin trabajar, la Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que estos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los tramites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible”.

En ese sentido para la reparación integral a que se hace alusión el artículo 63.1 de Convención Americana de Derechos Humanos, esto es la *restitutio in integrum*, debe ventilarse en un proceso indemnizatorio específico en el que debe considerarse la entidad del daño causado, la relación causal y los factores de atribución (Montero, 2006).

1.1.2. Problemática de la investigación

En nuestro país existe una posición de no pagarse las remuneraciones devengadas, al no tratarse de un proceso de pago de remuneraciones (ni ser un despido nulo), es por tal, que se otorga como “indemnización por daños y perjuicios”.

El problema surge al momento de calcular el *quantum* indemnizatorio. Al respecto, no existe regulación legal en caso de que un trabajador sea repuesto a su centro de trabajo al haber sufrido un despido incausado o fraudulento.

En vía supletoria, se recurre a lo desarrollado por nuestro Código Civil, que establece: El artículo 1321 del Código Civil:

“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” y el artículo 1332 del mismo

cuerpo legal señala “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

Entonces, como hemos venido señalando que no existe regulación legal específica sobre la indemnización por daños y perjuicios que se deriven del despido incausado y fraudulento, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la procedencia en los casos en que un trabajador despedido y luego repuesto, solicite una indemnización, así la Casación Laboral N°4977-2015-Callao, en los fundamentos octavo y noveno define a la indemnización por daños y perjuicios derivado del despido de la siguiente manera:

“Octavo: La indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. Noveno: La prueba que acredita la existencia del daño para el caso en concreto, lo constituyen básicamente el expediente de amparo donde queda establecido que la demandante fue despedida arbitrariamente.

La casación laboral Nro. 4977-2015 Callao, en su considerando décimo segundo, señala que: “es de precisar que el pago de lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, por lo que es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil, que refiere que, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el Juez deberá fijarlo con valoración equitativa.”

Por otro lado, la CAS. N° 5311-2008-Amazonas (El Peruano, 31/05/2010, pp. 27698-27699) señala:

“Décimo Segundo.- Que, cabe sostener, a su vez, y a fin de evitar futuras nulidades, que en el considerando sexto de la resolución recurrida, se observa que el lucro cesante se encuentra constituido para las instancias de mérito por las remuneraciones dejadas de percibir por la parte demandante, siendo pertinente precisar que –como se ha señalado en la Casación número tres mil trescientos veintitrés - dos mil siete – Lambayeque– en los procesos de esta naturaleza no está referida a las remuneraciones laborales dejadas de recibir durante el tiempo de cese, sino que estos solo deben ser referenciales para el quantum de la indemnización, debiendo tenerse en cuenta además que, el lucro cesante es la ganancia dejada de percibir, lo que no incluye el gasto realizado para la obtención de dicho beneficio (...).”

Como se puede apreciar de la lectura de la casación antes transcrita se advierte que sí existe la obligación de resarcir el daño causado cuando se despide a un trabajador y este fue repuesto por mandato judicial, y a la vez indica que para efectos de determinar el *quantum* se debe referir a la ganancia dejada de percibir lo que no incluye el gasto realizado para la obtención de este beneficio.

Tales pronunciamientos jurisdiccionales obliga a pensar en la urgente necesidad de establecer criterios que ayuden a determinar una debida cuantificación del lucro cesante, pues los órganos jurisdiccionales deben resolver las causas de indemnización por daños y perjuicios con mayor predictibilidad en sus decisiones, para que las partes no sientan incertidumbre al momento de plantear sus demandas de indemnización, considerando que el daño sufrido (despido) producto del actuar antijurídico de la demandada se encuentra acreditado, y ello merece ser indemnizado.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Ante lo expuesto anteriormente, la interrogante principal queda planteada del siguiente modo:

¿Cómo se determina el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento en la Corte Superior de Justicia de Tacna – CSJT- en los años 2015-2017?

Seguidamente, se presentan las interrogantes secundarias:

- ¿Cuáles son los criterios que se utilizan en la CSJT para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en casos de despido incausado y fraudulento?
- ¿En las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido incausado y

fraudulento se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual?

- ¿Cuáles son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrollan en las sentencias emitidas por despido incausado y fraudulento emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT?
- ¿Cuáles son los conceptos remunerativos que se toman en cuenta para el cálculo del *quantum* lucro cesante en las sentencias por indemnizaciones por despido incausado y fraudulento?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Que la Constitución Política del Perú en su artículo 27 le concede protección al trabajador frente al despido incausado, norma que debe ser interpretado en concordancia con el artículo 1 que consagra la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado.

La legislación laboral peruana contempla la indemnización por despido incausado, lo que significa que el trabajador tiene derecho a la indemnización legal de un sueldo y medio por año laborado con tope de 12 sueldos. Así también contempla el despido nulo, en caso de despidos de un dirigente sindical, gestantes, discapacitado, trabajador de VIH, entre otros casos expresamente señalados en la ley.

Ante las distintas demandas de reposición que incoaban los trabajadores, el Tribunal Constitucional por los años 2004 a 2006 cambió las reglas de juego y añadió una nueva tipología de despido (incausado y fraudulento) señalando que el trabajador puede escoger entre solicitar su reposición o percibir una indemnización legal.

Se entiende por despido incausado a aquel que ocurre sin que exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito. Por despido nulo es el discriminatorio y antisindical; y el despido fraudulento es aquel

en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

Posteriormente, la Corte Suprema de la República, emitió pronunciamientos indicando que el trabajador puede solicitar una indemnización por el daño generado al no percibir sus remuneraciones durante el tiempo en que estuvo despedido, lo cual fue ratificado, por el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional, llevado a cabo en Lima el 19 de octubre de 2016 donde los vocales supremos han acordado, en caso, que el trabajador sea despedido de manera incausada o fraudulenta, podrá demandar en forma acumulada a su reposición en el empleo, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos que incluye daño emergente (menoscabo en el patrimonio como consecuencia del despido, se toma como indicador al valor de las remuneraciones dejadas de percibir), lucro cesante (no percepción de ganancias futuras como consecuencia del despido), daño moral (daño personal, afectación psicológica, dolor, derivado del despido).

Entonces, teniendo en cuenta dichos antecedentes, los trabajadores una vez repuestos judicialmente, inician su demanda de indemnización por daños y perjuicios y señalan que su daño patrimonial (lucro cesante) está constituido por las remuneraciones dejadas de percibir en el tiempo no laborado, ante ello, surge la siguiente problemática ¿cómo calculamos el lucro cesante?, pues no existe un marco normativo para atender dichas demandas; algunos Jueces calculan el lucro cesante en base a lo señalado por la Jurisprudencia, es decir, teniendo en cuenta la última remuneración básica dejada de percibir; y otros órganos jurisdiccionales calculan en base a los conceptos remunerativos percibidos en la última remuneración del trabajador. Es por tal que, ante la diversidad de pronunciamientos por la discrecionalidad del Juzgador, surge la necesidad de analizar tal problemática para proponer alternativas de solución.

De esta manera, la justificación de la presente investigación es determinar los criterios a tener en cuenta para el *quantum* de la indemnización por daños y

perjuicios por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento, para así, proponer una forma de cálculo del lucro cesante en caso de un despido incausado y fraudulento. Y ello será importante porque contribuye a que, en situaciones iguales, resulte más fácil llegar a soluciones de arreglo por vía conciliatoria o transaccional (evitar que se judicialicen) y a la vez generará predictibilidad en las decisiones judiciales.

1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES

Respecto de sus alcances, el presente estudio busca analizar el proceso de determinación del *quantum* de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento en la Corte Superior de Justicia de Tacna (CSJT). Por otro lado, el estudio se circunscribe a los procesos laborales incoados durante los años 2015 a 2017. En ese sentido, los resultados de la presente investigación abarcan únicamente las demandas presentadas ante juzgados laborales de la CSJT donde se solicita se fije indemnización por lucro cesante por causal de despido incausado y fraudulento y no por otras razones.

Respecto de sus limitaciones, la primera esté referida a la poca existencia de fuentes bibliográficas pues al no existir marco normativo sobre la indemnización en caso de despido incausado y fraudulento, son muy escasos los libros y artículos de revista que analicen la indemnización en caso de despido incausado y fraudulento.

Una segunda limitación es el periodo de investigación, pues conforme pasan los años, la Jurisprudencia ha venido desarrollando criterios para la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante en despidos incausados y fraudulentó, entonces, es posible que a la fecha de la elaboración de la tesis ya exista una solución para la presente investigación, pues el Derecho viene evolucionando conforme a la realidad se presente.

Una tercera limitación es que no existen estadísticas del caso, es decir, no hay antecedentes de la investigación por el cual se pueda tener una guía o referencia para el inicio de la presente investigación.

Otras limitaciones que fueron abordadas con éxito, en la presente investigación son las siguientes:

- a. Desde la perspectiva de los métodos y de sus técnicas que la investigación ha utilizado, no reviste dificultades significativas.
- b. Desde la perspectiva del financiamiento, la presente investigación no requiere de un presupuesto que no pueda ser cubierto. Es autofinanciada y de bajo costo.
- c. Desde la perspectiva del tiempo disponible; la presente investigación ha sido realizada en un tiempo conveniente.
- d. Desde la perspectiva de los recursos utilizados, la presente investigación considera recursos humanos y materiales que están a disposición de la autora.
- e. Desde la perspectiva de la calidad y tipo de datos obtenidos, la presente investigación recoge datos de primera mano mediante la aplicación de encuestas. Se trata de datos accesibles al investigador.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Conocer el proceso de determinación del *quantum* de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

1.5.2. Objetivos específicos

- Identificar los criterios que se utilizan en la CSJT para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en casos de despido incausado y fraudulento.

- Determinar si en las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido incausado y fraudulento se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.
- Identificar los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrollan en las sentencias emitidas por despido incausado y fraudulento emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT.
- Determinar los conceptos remunerativos que se toman en cuenta para el cálculo del *quantum* lucro cesante en las sentencias por indemnizaciones por despido incausado y fraudulento.

1.6. HIPÓTESIS

1.6.1. Hipótesis general

El proceso para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado considera la última remuneración dejada de percibir que sólo incluye los conceptos remunerativos percibidos por el trabajador.

1.6.2. Hipótesis específicas

- El criterio principal que se utiliza en la CSJT para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en casos de despido incausado y fraudulento es la última remuneración básica.
- En la mayoría de las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido incausado y fraudulento sí se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.
- Los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrollan en las sentencias emitidas por despido incausado y fraudulento emitidas por los Juzgados de trabajo de la CSJT son los siguientes: daño, nexo causal, antijuricidad y factor de atribución.

- El sueldo básico es el único concepto remunerativo que se toma en cuenta para el cálculo del *quantum* por lucro cesante en las sentencias por indemnizaciones por despido incausado y fraudulento

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

En la actualidad existen diversas investigaciones respecto a este problema, debido a que se trata de un conflicto jurídico en materia laboral, que sin bien no tiene raíces recientes, se está manifestando a través de los distintos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuantificación del lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento.

El problema jurídico que atañe en la presente investigación fue materia de análisis en el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional, llevado a cabo en Lima el 19 de octubre de 2016 donde los vocales supremos (SS. Arévalo Vela, Lama More, Chumpitaz Rivera, Vinatea Medina, Yrivarren Fallaque, Torres Vega, Mac Rae Thays, Chaves Zapater, Rueda Fernández, De la Rosa Bedriñana, Malca Guaylupo) acordaron en los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo y podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral (Soluciones Laborales, 2017).

Como precedente de esta investigación se puede mencionar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC) N°. 1124-2001-AA/TC caso *Fetratel Vs. Telefónica*. Es así que la mencionada sentencia otorgó la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acudía a la vía constitucional del amparo invocando el despido incausado que en términos de lo regulado por el TUO del D.L N° 728, equivaldría a una modalidad de despido incausado. La sentencia del TC fija constitucionalmente la posibilidad entre elegir la reposición o la indemnización por despido incausado (Bardales, 2017).

Vilca (2016) analizó la valoración del *Quantum* indemnizatorio en procesos judiciales en su tesis titulada: “La interpretación jurídica de los magistrados en responsabilidad civil extracontractual respecto a la valoración del quantum indemnizatorio en los procesos judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima”. Se desarrolló los siguientes objetivos de trabajo: 1) describir y examinar la interpretación jurídica de los magistrados en responsabilidad civil extracontractual respecto a la valoración del *quantum* indemnizatorio; 2) establecer los criterios jurídicos que utiliza el Derecho peruano en los procesos judiciales para la valoración del *quantum* indemnizatorio sobre responsabilidad civil extracontractual; y, 3) determinar el estado de ejecución de las sentencias judiciales que tienen una valoración de *quantum* indemnizatorio. La autora utiliza las técnicas de entrevista, análisis de sentencias judiciales y encuesta. Además, ha delimitado el lugar de estudio con la finalidad de que los resultados sean precisos, por ello, el objeto de estudio son los procesos judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ynga (2017) en su tesis titulada: “El criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral y el resarcimiento de un trabajador afectado por un despido inconstitucional”, realiza un análisis acerca del carácter dinámico del derecho del trabajo, en función a ello, formula el problema de investigación de la siguiente forma ¿De qué manera el criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral permite un resarcimiento de un trabajador afectado por un despido inconstitucional en las sentencias de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (CSJL) del año 2011 al 2016? Para responder a esta interrogante se desarrollaron entrevistas con profesionales especialistas en el área estudiada, con el objetivo de obtener opiniones fehacientes acerca del tema de investigación, para confrontarlas con los resultados obtenidos en el estudio de campo como con la doctrina, jurisprudencia contenida en libros, revistas, etc., ello en base a la aplicación de las técnicas de análisis documental y análisis bibliográfico, bajo el método de análisis – síntesis, el método inductivo – deductivo y método fenomenológico. La autora llega a la conclusión que el criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral no permite

de ninguna manera un resarcimiento justo de un trabajador afectado por un despido inconstitucional en las sentencias de la CSJL del año 2011 al 2016; confirmándose la hipótesis de investigación. Para ello, se recomienda ampliar las justificaciones que permitan comprender la necesidad de indemnizar por daño moral a un trabajador que ha sido afectado por un despido inconstitucional, más allá de una indemnización tarifada, entendiendo la importancia para el mejoramiento del resarcimiento por daño moral.

Por otro lado, Torres-Vera (2015) estudió el problema de la indemnización frente a la nulidad en los despidos arbitrarios en su tesis titulada: “La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley 24041”. En su estudio, el autor señala que en el cálculo del lucro cesante por las remuneraciones no percibidas debería incluirse los ingresos que el trabajador obtuvo por otros empleos en el tiempo que duró su despido. Esto en aplicación de la regla conocida como *compensatio lucri cum damno*. La inclusión de este factor en la determinación del daño guarda relación con los fines de la responsabilidad civil, que es la reparación del daño efectivamente sufrido. Dice también el autor que en la casuística el tratamiento del lucro cesante por casos de despido necesita de un mayor desarrollo. Para Torres- Vera (2015) en algunos casos se ha devuelto el íntegro de las remuneraciones dejadas de percibir tomando en cuenta sólo los conceptos remunerativos y el tiempo que duró el despido. Otros casos han llegado a hacer mención de otros factores, entre ellos los ingresos por nuevos empleos. Asimismo, Torres-vera (2015) menciona que existe un abuso del criterio de equidad. Los jueces se escudan bajo este criterio sin mayores miramientos, y les sirve para excusarse de elaborar cálculos, aunque más trabajosos, más exactos, de los elementos que determinan el daño por lucro cesante. El uso de este criterio sin duda ahorra el trabajo de los jueces, pero también puede generar desigualdades en las indemnizaciones.

Garavito (2016) en su tesis titulada: “Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los Operadores

Jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016”. Busca describir cómo se viene dando la desproporcionalidad en la indemnización por despido arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (CSJLE), así, poder determinar cómo se viene aplicando la indemnización en este tipo de despido, teniendo en consideración que un trabajador solamente puede ser despedido por causas explícitamente señaladas en la ley, para ello, se ha tenido en cuenta una población total de 25 trabajadores de la CSJLE y como muestra una parte característica de la población seleccionada probabilísticamente mediante la fórmula seleccionada por Fisher, con un nivel de confianza de 96% el cual da una muestra de 23 trabajadores para realizar la encuesta. La autora señala que desde la perspectiva que se tiene en la CSJLE sobre la indemnización por despido incausado de acuerdo a los años laborados, tal como se puede apreciar en el indicador que mide los años laborados, da un porcentaje del 52 % donde siempre la indemnización por despido incausado no es proporcional y un 12 % a veces, este porcentaje expresa cómo se viene dando esta desproporcionalidad en la indemnización actualmente.

García (2017) en su tesis titulada: “Los despidos con efectos de reposición en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima Este-2017”, se propuso determinar de qué manera influyen los despidos con efectos de reposición en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (CSJLE). Para responder a esta pregunta, la autora incluyó a 72 funcionarios y servidores judiciales. La autora encontró que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación por lo que los despidos con efectos de reposición influyen directamente en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la CSJLE, por lo cual se concluye que se expresa una relación entre las variables de 84,9 % en ese sentido se demuestra que a mayor cantidad de despidos con efectos de reposición mayor indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la CSJLE.

Los juristas chilenos Leoz, Logan y Ugarte (2011). En su tesis con el título de: “Indemnización del lucro cesante, en el despido por causales no imputables a su voluntad, de los vendedores comisionistas”, señalan que en la actualidad el vínculo que el vendedor tenga con su mandante será dependiente y, en consecuencia, regulado por el Código del Trabajo y leyes complementarias, cuando reúna los elementos propios de la relación laboral, más allá de existir o no un contrato de trabajo escrito. Los autores mencionan que el daño en una institución transversal eje de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, que también puede configurarse en materia laboral. El daño para ser reparado debe reunir diversos elementos que deberán acreditarse en el juicio correspondiente. Entre dichos requisitos, la certeza o certidumbre es un elemento crucial y de controvertida estimación en materia de lucro cesante, por ser un daño futuro. La terminación de un vínculo laboral en forma inesperada, sea por despido ilegal, despido indirecto o por muerte del trabajador a raíz de un accidente de trabajo fatal, puede originar una o más especies de daño, siendo el lucro cesante muchas veces reconocido por nuestros tribunales como un daño indemnizable en sede laboral o civil. Los vendedores comisionistas cuyos contratos culminan inesperadamente o ilegalmente por voluntad del empleador, pueden padecer un daño consistente en lucro cesante por las comisiones derivadas de ventas perfeccionadas al momento del cese del vínculo y que originarán ganancias ciertas para el empleador a futuro. Finalmente, el vendedor comisionista desvinculado inesperada o ilegalmente, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del art. 176 del Código del Trabajo, tiene un derecho a optar entre las indemnizaciones tarifadas legales del despido y la reparación del lucro cesante.

Huanayque (2017) realizó la investigación jurídica-laboral a la que titula: “Análisis de los criterios interpretativos del despido fraudulento en la jurisprudencia peruana y su aplicación en los juzgados laborales de la corte superior de justicia de Arequipa”. En dicha tesis, el autor analiza la continuidad argumentativa de los fallos del Tribunal Constitucional al momento de aplicar el despido fraudulento, para compararlos con lo resuelto por parte de la justicia ordinaria, desde los juzgados laborales hasta la Corte Suprema, evidenciando

contradicciones en sus criterios, pues ante los mismos supuestos de despidos lesivos a los derechos fundamentales, entre ellos, el despido con vicio en la tipicidad sancionatoria o con inobservancia del debido proceso sustantivo, se restringe por parte del juez laboral su aplicación, mientras que el juez constitucional sí ha otorgado la tutela restitutoria. El autor señala que es indispensable analizar el grado de afectación de los derechos fundamentales del trabajador cuando se le niega la tutela reparadora, ya sea resarcitoria o restitutoria, pese a la denuncia de la lesión de sus derechos fundamentales cuando se aplica de forma arbitraria la sanción de despido, al cual el trabajador ha calificado como fraudulento pero que, a criterio del juez laboral, no lo considera como tal. Precisamente, la aplicación indistinta por parte del juez constitucional de sus propias categorías jurídicas de despido incausado ha hecho irreconocible la distinción entre un despido sin causa justa, causa irreal o causa no probada, aspecto problemático que se ha intensificado con las resoluciones de la Corte Suprema. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha mantenido su criterio de protección de todo despido lesivo a derecho. Como puede comprobarse, existen diversos estudios que analizan las dos variables que son materia de la presente investigación: despido y el *quantum* indemnizatorio en materia laboral a nivel nacional como internacional. Por ello, este tema es un problema jurídico que tiene vigencia e importancia jurídica, social y económica para las instituciones públicas y privadas, para los operadores de justicia en especial y para los trabajadores en general.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1 La responsabilidad civil

Etimológicamente, “la palabra responsabilidad se remonta al latín tardío *responderé*, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello, el de la formación de un determinado equilibrio de un determinado orden, con un carácter de solemnidad”, así, “*responderé* presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura”. En

efecto, como consecuencia de la ruptura de este orden surge el juicio de responsabilidad, mediante el cual “el costo de un daño se transfiere del sujeto, que históricamente lo ha sufrido, a otro sujeto, a través de la imputación al segundo de una obligación, la cual tiene como contenido el resarcimiento del daño”.

Sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el Código Civil al responsable es la de indemnizar. Se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela civil de los derechos que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado. De ello se deriva la consecuencia que “no es admisible hablar en términos de diversos géneros de responsabilidad, en cambio, solo es posible referirse a varios criterios en razón de los cuales se es responsable” (Espinoza, 2013).

2.2.2. Elementos de la responsabilidad civil

Los elementos de la responsabilidad civil son los siguientes:

a) *Antijuricidad*

Es la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla que impone el deber de no causar daño a los demás, es decir, es cuando la conducta antijurídica contraviene el ordenamiento jurídico.

Es todo comportamiento humano que causa daño a otro a través de acciones u omisiones contrarias a derecho. Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho contraria a los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito (Rioja 2010).

Entonces, en la responsabilidad contractual la antijuricidad será típica ante el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación, y en la

responsabilidad extracontractual la antijuricidad es como la “producción de un daño” sin determinar el origen del mismo o la conducta que la ocasiona.

b) *Relación de causalidad entre el daño y el hecho*

Para que se exija a alguien repare el daño tiene que haber sido generado por su acción u omisión. A ello se denomina, relación de causalidad.

Se tiene que determinar si la acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir el daño. Se puede definir como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa-efecto, esta relación causal permite establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados (Rioja, 2010).

Cabe precisar que si no existe relación de causalidad entre el daño y el hecho no existirá responsabilidad.

c) *Factor de atribución*

Responde a la pregunta a título de qué se es responsable. El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad: En la responsabilidad contractual, es la culpa, clasificado en tres grados: a) la culpa leve, b) la culpa grave o inexcusable c) el dolo y en la responsabilidad extracontractual, son la culpa y el riesgo creado, clasificado en: a) el dolo, b): la culpa y c) el riesgo creado (Taboada, 2000).

d) *Daño*

Son las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico protegido. El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño

indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso, por un lado, y el daño por el otro (Rioja, 2010).

El daño es un elemento importante de la responsabilidad civil, pues de no existir no hay responsabilidad.

2.2.3. Clasificación de daño

a) *Daño patrimonial*

Consiste en la lesión de derechos que afectan directamente el patrimonio, que debe ser reparada, el cual es cuantificable en dinero. Este, a su vez, se clasifica en:

- ***Daño emergente***

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito. (Espinoza, 2014)

- ***Lucro cesante***

Básicamente este tipo de daño se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito), es decir, es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado (Espinoza, 2014). Importa la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño; es decir, la presumible ganancia o incremento en el patrimonio cuyo ingreso a la esfera patrimonial se impide. Ejemplo, el daño generado al patrimonio producto de la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo en caso de ocurrir un accidente de tránsito (Pastrana, 2017).

2.2.4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Como es sabido, la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien

se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones.

Según Taboada (2000) el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes o incluso existiendo en ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro. En este caso, se ubica dentro del ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

Existe controversia en la doctrina sobre la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver los conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y es esta, justamente, la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario, Taboada (2000) afirma que la doctrina moderna y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es la única y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Espinoza (2013) en su libro titulado: "Derecho de la Responsabilidad Civil", señala que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados.

2.2.4.1. Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual deviene de una obligación pre constituida, es un efecto propio de la obligación preexistente y se manifiesta ante el incumplimiento de la misma. El vínculo jurídico que une a las partes contratantes ha emanado del acuerdo de ambas voluntades, de una relación obligacional, por lo que el carácter volitivo de dicha relación hace surgir de manera espontánea, natural, la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de las prestaciones a cargo de los contratantes (Ojeda, 2011).

La responsabilidad contractual se origina por el incumplimiento de la prestación debida de algunas de las partes, es por tal que el resarcimiento estaría dirigido a las consecuencias directas de orden patrimonial originado por la inejecución de obligaciones (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de percibir). La responsabilidad civil contractual en nuestro Código Civil.

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

2.2.4.2. Responsabilidad civil extracontractual

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro. En este caso se ubica en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual (Taboada, 2000).

La responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano tiene artículos pertinentes al tema de la presente investigación:

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Entonces, conforme a lo mencionado, los criterios de información en materia de responsabilidad civil extracontractual se proyectan bajo tres criterios de información:

a) La Responsabilidad subjetiva; contemplada en el artículo 1969 del Código Civil, siendo sus elementos:

- la determinación de la culpa por acción u omisión.
- la determinación del dolo por acción u omisión.

b) La Responsabilidad objetiva, La responsabilidad por el empleo de cosas riesgosas o actividades peligrosas; contemplado en el Artículo 1970 del Código Civil, no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa, basta que exista un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad.

Se debe tener en cuenta que para que exista responsabilidad civil extracontractual debe concurrir los siguientes elementos: a) Antijuridicidad, b) daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho y d) factor de atribución. Conforme prescripción *del artículo 1985 del Código Civil, debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; es decir,*

se opta, legalmente, por la teoría de la causalidad adecuada. [CASACION Nro. 3230-00/Ayacucho] (Rioja, 2010).

Es necesario mencionar que la indemnización por daños y perjuicios en materia laboral que se deriven del despido, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la naturaleza de la responsabilidad civil, por lo que en los casos en que un trabajador despedido y luego repuesto, solicite una indemnización, según la Casación Laboral N°4977-2015-Callao (fundamento quinto) la responsabilidad será de índole contractual por derivar de un despido ante el incumplimiento de obligaciones, en este caso de parte del empleador; pues señala que: “(...) en el caso de autos se trata de una responsabilidad contractual por lo que la antijuricidad está en función al incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, tal como está determinado en el artículo 1321 del Código Civil”.

2.2.5. Competencia del juzgado de trabajo respecto a la responsabilidad por daño patrimonial

La competencia nace como una consecuencia de la jurisdicción, estableciendo los criterios y los ámbitos dentro de los cuales es válido ejercer dicha potestad jurisdiccional (Miyagusuku, 2012) Por ello, la define como “la aptitud que tiene un Juez para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional”.

- La competencia por razón de la materia nace como un análisis de la relación jurídica que subyace al proceso, es necesario determinar qué tipos de conflictos serán de conocimiento de los Juzgados Laborales (Miyagusuku, 2012).
- La competencia de la pretensión de responsabilidad por daño patrimonial se regula por la Ley Procesal de Trabajo Nro. 29497, en su artículo 2 señala:

Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo. Los Juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

a) La responsabilidad por daño patrimonial o extra patrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

Esta pretensión tiene mayor relevancia en la Nueva Ley Procesal de Trabajo, pues resuelve la duda respecto de si los Juzgados laborales son competentes o no para conocer las demandas de indemnización por daños y perjuicios, distintas a las indemnizaciones taxativamente establecidas en la ley laboral (Miyagusuku, 2012).

Algunas demandas fueron dirigidas al fuero civil por existir conflicto en la competencia. Sin embargo, se han realizado Plenos Jurisdiccionales Laborales para aclarar dicha situación, habiéndose emitido los siguientes pronunciamientos:

a) El acuerdo Nro. 05 del Pleno jurisdiccional Laboral 2000 señala que es competencia de los jueces de trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

b) La casación recaída en el Expediente Nro. 287-2005-TUMBES publicada en el diario oficial El peruano el 2 de mayo de 2006 establece como criterio vinculante que los jueces de trabajo son competentes para conocer no solo las

demandas de indemnización por daño patrimonial que interpongan los trabajadores contra sus empleadores sino también las que tengan naturaleza extrapatrimonial.

Frente a estos criterios, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008 brindó tres posturas:

- Primera postura: si es competente el Juez especializado en lo laboral para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo.
- Segunda postura: el juez especializado en la laboral no es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo.
- Tercera postura: es competente el juez especializado en lo laboral para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo, excepto el daño moral.

Luego de un debate se concluyó que el Juez laboral sí es competente para el conocimiento de todas las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo (Miyagusuku, 2012); por lo que, las demandas de indemnización son tramitadas por los Juzgados de Trabajo.

2.2.6. El despido

El despido, de acuerdo a lo señalado por Montoya Melgar: “es aquel acto jurídico que nace de la voluntad exclusiva del empleador, con el objeto de resolver el contrato de trabajo, por lo que ha sido caracterizado por la doctrina como un acto unilateral, constitutivo y *recepticio*, por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo (Montoya, 2012).

El despido de un trabajador puede basarse en causales relacionadas con su conducta o a su capacidad. Entonces, dentro de la facultad de dirección se encuentra también su facultad sancionadora mediante el cual el empleador puede castigar el incumplimiento de los deberes de la relación de trabajo u órdenes de empleador, siendo la sanción del despido, la más grave a imponer.

El despido se caracteriza por ser una forma de extinción del contrato de trabajo que proviene de la decisión unilateral del empleador y que debe encontrarse sustentado en la existencia de una causa justa.

Con la emisión del Decreto Legislativo Nro. 728, Ley de Fomento del empleo, de fecha 8 de noviembre de 1991, que se reguló por primera vez en nuestro ordenamiento laboral que los empleadores podían cesar a sus trabajadores por causas relacionadas con su capacidad, tal como se podrá corroborar al revisar el artículo 59 de dicha posibilidad normativa que señala que:

Artículo 59.- son causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador

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

El 27 de marzo de 1997 se emitió la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y esta norma recogió en su artículo 23 de la misma disposición contenida en el artículo 59 de la Ley de Fomento del Empleo.

Así en el artículo 23.- son causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 60 del Decreto Legislativo Nro. 728 listaba que son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: (i) la comisión de falta grave, (ii) la condena penal por delito doloso y (iii) la inhabilitación del trabajador.

2.2.7. El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el ente que puede revisar en última instancia a los procesos de amparo. En esta clase de procesos se resuelven sobre los derechos fundamentales vulnerados por el Estado o por los mismos particulares. Uno de ellos es precisamente el derecho fundamental al trabajo el que fue abordado preliminarmente por el TC en el año 1997 pero que ha cobrado mayor vigencia a partir del año 2011, especialmente en cuanto a la protección de los derechos laborales.

a) *Despido Incausado*

El despido incausado es la desvinculación del trabajador sin expresión de causa alguna. Este despido se produce cuando se desvincula al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor del trabajador que la justifique. (Soluciones Laborales, 2017)

Sobre el despido sin expresión de causa, el Tribunal Constitucional ha indicado que este es inconstitucional (Exp. No. 3971-2005-AA/TC):

“Este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad –y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. En tales circunstancias, resulta evidente que tras producirse una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos. Al respecto, como se ha sostenido anteriormente, y ahora se reitera, la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 28237.

La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el solo hecho de no haberse cumplido con la ley, por lo que esta, *stricto sensu*, representa, sino por haberse utilizado la figura del despido incausado como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales”.

b) Despido fraudulento

Es la desvinculación abusiva en la que: (i) se imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos o imaginarios, (ii) se atribuye una falta no prevista legalmente, (iii) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad, (iv) se adulteran medios probatorios para la imputación de falta. (Soluciones Laborales, 2017).

En relación a los despidos fraudulentos, el Tribunal Constitucional ha destacado (Exp. No. 206-2005-AA/TC):

“En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”.

2.2.8. La remuneración

La onerosidad del contrato de trabajo implica que el trabajador que presta sus servicios subordinados perciba como contraprestación un pago (remuneración) por parte del empleador, sea en dinero o en especie (Gonzales, 2016).

El ordenamiento laboral en Perú, considera a la remuneración como el íntegro de los que el trabajador recibe por sus servicios en dinero o en especie siempre que sea de su libre disposición, ello de acuerdo a lo expresado en el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Soluciones Laborales, 2017)

La Constitución Política del Perú parte por establecer en su artículo 23º la garantía de la retribución de la remuneración o, dicho, en otros términos, la proscripción del trabajo gratuito, que: *“nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”*.

Así, el punto inicial para la determinación del derecho fundamental a la remuneración en nuestra Constitución se manifiesta en el reconocimiento de su carácter retributivo, estableciendo, de esta forma, “una vinculación directa entre la remuneración y el servicio prestado.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 24º de la Carta Política establece que: “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

Beneficios remunerativos regulados por norma expresa

En la legislación laboral se ha normado la entrega de beneficios por parte del empleador a sus trabajadores, siempre y cuando se cumplan los supuestos y requisitos legales establecidos. Algunos de ellos son considerados como remuneración.

Remuneraciones por disposición legal expresa

Algunos de estos ingresos son considerados como remunerativos por disposición expresa de la norma que las regula, aunque no siempre respondan al carácter contraprestativo-la remuneración percibida por el trabajador a cambio de sus servicios. (Asesoría Laboral Caballero Bustamante, 2013)

- La remuneración por día de descanso semanal obligatorio, remuneración por feriados y remuneración vacacional
 - La asignación familiar
 - La remuneración percibida por la hora de lactancia
 - Remuneración percibida por licencias: licencias por paternidad, por enfermedad de un familiar directo, por adopción, licencias sindicales entre otras.
 - Remuneración por el tiempo en que estuvo despedido el trabajador y que fue declarado nulo.
 - Remuneración durante el cierre temporal de establecimientos, por infracciones tributarias, por infracción de la ley de delitos aduaneros, por infracción de las normas de protección al consumidor.
 - Remuneración por paralización de labores dispuesta en una inspección de trabajo.
 - Remuneraciones por días no laborados por caso fortuito o fuerza mayor, alegados por el empleador, que posteriormente no han podido ser comprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2.2.9. Conceptos no remunerativos

La normativa laboral permite que los empleadores puedan procurar a sus trabajadores montos extras a la remuneración que estos perciben. Tales montos, a pesar de que le permiten al trabajador cubrir-de cierta manera-alguna de sus necesidades y que varios de ellos pueden ser usados por el trabajador a su libre criterio, no son considerados conceptos remunerativos.

Para comprobar la naturaleza no remunerativa de estos conceptos, se tiene como regla general, examinar si no reúne las condiciones establecidas en el

artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral: contraprestativo, de libre disposición, que signifique un incremento patrimonial, y como reglas específicas, formar parte del catálogo de conceptos de los artículos 19 y 20 de la ley de Compensación por tiempo de servicios y que a través de una norma especial se configure como concepto no remunerativo (Gaceta jurídica S.A., 2016).

2.2.10. Remuneración dejada de percibir

El Tribunal Constitucional ha determinado que la remuneración sólo se otorgará por el trabajo efectivo. Así tenemos, la sentencia recaída sobre el Expediente N° 555-99-AA/TC que menciona en el fundamento N° 8 lo siguiente: “(...) la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el periodo no laborado”. Debe tenerse presente que este pronunciamiento fue uno de los primeros que introdujo el despido denominado fraudulento (dado que afectaba el principio de tipicidad), sin embargo, a pesar de este avance en reconocer la afectación al derecho al trabajo no se reconoce el pago de los ingresos devengados. La sentencia recaída sobre el expediente N° 1450-2001-AA/TC el que expresa lo siguiente en el fundamento N°1:

“Aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasionaba un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado”.

No obstante, esta misma sentencia no determina el pago de la indemnización, en esta vía, sino que solamente menciona este pago con lo que podemos inferir que ésta se podrá hacer efectiva en la vía ordinaria.

2.2.11. Tratamiento de la indemnización en caso de despido incausado y fraudulento en la legislación peruana

La legislación peruana ha previsto los supuestos en los cuales corresponde una indemnización tasada, sea por despido incausado o despido nulo (reposición o indemnización tasada, a elección del trabajador), sin embargo, no existe normatividad específica que regule la indemnización en caso de despido incausado o fraudulento, pues como se ha indicado, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una nueva tipología del despido, otorgándole una protección contra el despido con eficacia restitutoria, es decir, la reposición a su centro de trabajo en caso de despido incausado o fraudulento.

Ante este nuevo escenario, que amplían los supuestos de reposición, se advierte demandas de indemnización por daños y perjuicios de trabajadores repuestos judicialmente, quienes al haber obtenido sentencia favorable que dispone su reposición por despido incausado y fraudulento, desean el resarcimiento económico, por el daño ocasionado por su empleador, producto del despido sufrido.

Ante tal supuesto, la legislación laboral no contiene regulación para las pretensiones, por lo que, se recurre a la normatividad contenida en el Código Civil sobre inexecución de obligación contemplado en los artículos 1321 y 1322 a fin de resolver tales pretensiones.

2.2.12. El despido incausado o fraudulento en el derecho comparado

A continuación, se plantea una revisión en el derecho comparado en algunos países de América Latina acerca del despido incausado o fraudulento:

México:

En el Derecho Laboral Mexicano, regulado bajo la Ley Federal de Trabajo (Última Reforma de fecha: 12/06/2015), se señala que el despido injustificado es aquel en el que no se comprueba la falta, o se ha omitido los requisitos esenciales para el despido, es decir engloba tanto al despido con expresión de causa y sin ella. Todo acto de despido que no tenga causa justa debidamente

comprobada es injustificado, más allá de los motivos del empleador, en tanto se reconoce que bajo cualquier modalidad se vulnera el derecho del trabajador por lo que se dejará sin efecto el despido.

Panamá:

Según el artículo 227 del Código de Trabajo de Panamá, si el trabajador tiene un contrato a plazo determinado, la terminación injustificada implicará la indemnización igual a los salarios dejados de recibir hasta el vencimiento del contrato. Por otro lado, si el trabajador tiene un contrato a plazo indeterminado, la forma de reparación dependerá de que: a) si es un trabajador sin estabilidad (menor a dos años de servicios y otras causas excepcionales señaladas por ley), la forma de protección es resarcitoria equivalente al pago de indemnización con aviso previo de 30 días antes o la suma igual. No se producen salarios caídos, salvo que el despido sea impugnado; b) si es un trabajador con estabilidad, la forma de tutela es a elección del trabajador, ya sea restitutoria (reintegro al puesto) o resarcitoria (indemnización) más el pago de salarios caídos con el límite de ley.

Brasil:

En el caso de Brasil, se rige por el cuerpo normativo denominado Consolidación de las Leyes de Trabajo (Decreto Ley N° 5.452, 1 de mayo de 1943), en adelante CLT, donde la tutela reparadora del despido (denominado directo, si efectuado por el empleador; o indirecto, si es realizado por el trabajador) es preferentemente indemnizatoria no importando la causa del despido. Un régimen de despido-pagado, donde solo cabe la reposición por autorización judicial si el empleador ha alegado de forma indebida una causa justificada de “suspensión del contrato de trabajo” esperando que el juez convalide y él ponga fin término a la relación laboral, para librarse de la indemnización; en este caso, se paga una doble indemnización y el pago de remuneraciones devengadas (art 499 CTL).

Uruguay:

El derecho laboral uruguayo, es un poco más complejo por su legislación dispersa, donde se reconoce el despido directo donde se produce la extinción de la relación laboral con o sin causa justificada, el despido indirecto realizado por el trabajador ante incumplimientos del patronal o por último el despido ficto, cuando el empleador no reinstala al trabajador luego de ser enviado al Seguro de Desempleo (por incapacidad o enfermedad). La forma de tutela de estabilidad propia es restringida, en tanto solo procede la reincorporación del trabajador que sea representante sindical.⁵⁹ Mientras que para los demás trabajadores solo procede el régimen de estabilidad impropia de las indemnizaciones en caso de despido.

Chile:

En conformidad con el Código del Trabajo, el empleador puede despedir sin causa (desahucio) al personal doméstico, personas que ocupen cargos de confianza y representantes del empleador tales como gerentes, subgerentes, agentes, etc., siempre que tenga competencia administrativa general. El despido sin causa debe realizarse por escrito, con 30 días de antelación, excepto si el empleador paga al trabajador una indemnización en efectivo equivalente a la última remuneración mensual recibida. Se enviará una copia de la notificación a la Inspección de Trabajo. Si un empleado considera que el despido es injustificado, existen dos procedimientos de reclamación que puede utilizar: uno es el administrativo, el cual se lleva a cabo antes de la autoridad laboral y cuyo objetivo es garantizar el pago de prestaciones en efectivo que el trabajador debería haber recibido al ser despedido; el otro es el procedimiento judicial, mediante el cual el empleado pone en duda la legalidad de los motivos para el despido y reclama el pago de las prestaciones y subsidios que correspondan.

En la legislación chilena, los trabajadores tienen derecho a una indemnización por despido (a menos que exista un acuerdo individual o colectivo con condiciones más favorables) en caso de despido sin causa (por vía de desahucio), equivalente a 30 días, según la última remuneración mensual

devengada, por cada año de servicio trabajado y fracción superior a seis meses. El límite superior es de 330 días (11 meses de salario) para los trabajadores con un contrato en vigor de hasta un año o más (fuente: art. 160 y 163 del Código del Trabajo 2002).

Argentina:

El artículo 5° del Ordenamiento del Régimen de Trabajo, que sustituyó en 2004 al art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dice: "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..." La ley dice también que existen límites en la base para el cálculo: Esta no puede ser mayor que 3 veces el importe mensual promedio de todas las remuneraciones previstas en tu contrato de trabajo, ni menor a un mes de tu mejor sueldo percibido.

Bolivia:

El Artículo 13 de la Ley General del Trabajo prevé: "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". Plazo: El plazo para interponer la demanda por despido sin causa es de dos años (art. 120 de la Ley. Monto de la indemnización por despido incausado: El art. 13, señala el monto de la indemnización 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. La propia Ley General del Trabajo establece la forma del cálculo de la indemnización el mismo que se hará tomando en cuenta el término medio de los sueldos o salarios de los tres últimos meses, conforme se prevé en su Artículo 19.

Ecuador:

El Código Laboral de la República de Ecuador, en su artículo 188.- Indemnización por despido intempestivo. El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

- Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.
- La fracción de un año se considerará como año completo.
- El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.

Por otro lado, el artículo 189 de la misma ley, define la indemnización por despido en contrato a plazo fijo. En caso de contrato a plazo fijo, el trabajador despedido intempestivamente, podrá escoger entre las indemnizaciones determinadas en el artículo precedente o las fijadas en el artículo 181 de este Código.

2.3. Definición de términos:

- ***Órgano jurisdiccional:***

Son los entes que desarrollan la función de atender las reclamaciones dirigidas a la realización del derecho; es decir, los entes en los que se plantean, desarrollan y deciden los procesos civiles. En sentido genérico, se denominan también tribunales, aunque este nombre sirve para designar, más específicamente, los órganos jurisdiccionales colegiados; cuando se trata de órganos jurisdiccionales unipersonales, se denominan juzgados. (Enciclopedia jurídica, 2014)

- **Sentencia Judicial:**

Resolución judicial que decide definitivamente un proceso o una causa o recurso o cuando la legislación procesal lo establezca. (Enciclopedia jurídica, 2014)

- **Tribunal Constitucional:**

Órgano jurisdiccional que es el máximo intérprete de la Constitución, encargado de conocer y enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, la vulneración de los derechos fundamentales. (Enciclopedia jurídica, 2014).

- **Corte Suprema:**

La Corte Suprema, por lo tanto, es el máximo órgano de justicia de un territorio. Se trata del tribunal de última instancia, por lo que sus decisiones no pueden ser impugnadas.

- **Indemnización:**

Es aquella acción que se le otorga al acreedor o a la víctima para exigir de parte de su deudor o bien del causante de un daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación instaurada entre las partes o la reparación del mal causado a la víctima.

- **Lucro cesante:**

Este tipo de daño se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito), es decir, es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado (Espinoza, 2014).

- **Discrecionalidad:**

Se refiere a aquello que se hace libremente, a la facultad de gobierno en funciones que no están regladas y al servicio de transporte que no está sujeto a compromisos de regularidad.

- **Despido nulo:**

Es la desvinculación por discriminación, actividad sindical, represalia ante denuncias de los trabajadores, por encontrarse la trabajadora embarazada y todos los supuestos previstos en el art. 29 de la Ley de Productividad y de la Competitividad Laboral.

- **Despido incausado:**

El despido incausado es la desvinculación del trabajador sin expresión de causa alguna. Este despido se produce cuando se desvincula al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor del trabajador que la justifique (Soluciones Laborales, 2017)

- **Despido fraudulento:**

Es la desvinculación abusiva en la que: (i) se imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos o imaginarios, (ii) se atribuye una falta no prevista legalmente, (iii) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad, (iv) se adulteran medios probatorios para la imputación de falta. (Soluciones Laborales, 2017).

- **Remuneración:**

Constituye remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

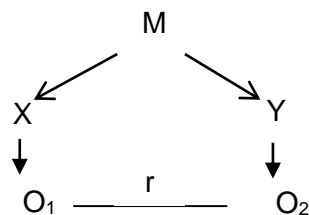
3.1. TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. Tipo de estudio

Se trata de un estudio básico, pues su objetivo es la ampliación de conocimientos sobre las variables en estudio.

3.1.2. Diseño de investigación

El presente estudio es de diseño no experimental, transeccional. Es no experimental, porque el fenómeno de estudio ya sucedió. Es transeccional, ya que son investigaciones que recogen datos en un momento único en el tiempo (Hernández, Fernández y Baptista, 2003).



Donde:

- M = Muestra
- O₁ = Observación de la primera variable (despido incausado y fraudulento)
- O₂ = Observación de la segunda variable (*quantum* de la indemnización por lucro cesante)
- R = Relación entre ambas variables

3.2. POBLACIÓN Y/O MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1. Población de estudio

La población o universo estuvo constituida por dos unidades de estudio:

- a. Sentencias fundadas y que fueron emitidas entre los años 2015 y 2017 por los juzgados laborales: 1°, 2° y 3° de la Corte Superior de Justicia de Tacna. Dichas sentencias ascienden a 185.
- b. La población de individuos está constituida por 2 570 abogados inscritos en la CSJT. Asimismo, participan 05 Jueces Laborales de la CSJT.

3.2.2. Tipo de muestra:

A. Muestra primer caso:

En el primer caso (Sentencias laborales) se aplicó una fórmula de determinación de tamaño de muestra para poblaciones finitas.

$$n = \frac{(Z^2) (P) (Q) (N)}{(E^2) (N-1) + (Z^2) (P)(Q)}$$
$$= \frac{n \quad (1,96)^2 (0,5) (0,5) (185)}{(0,05)^2 (185-1) + (1,96)^2 (0,5)(0,5)}$$

Donde:

N	=	Población (185 sentencias)
Z	=	1,96 Distribución Normal Estándar (para 95% de margen de confiabilidad)
E	=	0,05 Error de estimación de la medida de la muestra
Q	=	0,5 Probabilidad de no ocurrencia de los casos
P	=	0,5 Probabilidad de ocurrencia de casos
N	=	126 expedientes

B. Muestra segundo caso

Puesto que, del total de abogados de Tacna, con registro en el Ilustre Colegio de Abogados de Tacna (al mes de abril del año 2018) son 2 712, solo se seleccionó una muestra de la población total, y el criterio de selección es su condición de abogado laboralista.

La muestra final de abogados laboralistas estuvo constituida por 32 abogados. Asimismo, participaron 05 magistrados laborales. Lo que hace un total de 37 profesionales del Derecho en materia laboral.

3.2.3. Tamaño de la muestra

Tratándose de dos muestras, en el primer caso (expedientes judiciales), el tamaño de la muestra estuvo limitado por casos determinados por la investigadora, compuesto por 126 sentencias de indemnización por lucro cesante. Se ubica la muestra en el Primer juzgado (48), Segundo (62) y Tercer (16) Juzgado de Trabajo Permanente de Tacna, durante los años 2015- 2017. En el segundo caso, la muestra estuvo constituida por 37 operadores de justicia, entre abogados laboralistas y magistrados pertenecientes a los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

3.2.4. Procedimiento de selección de la muestra

Para llevar a cabo el proceso de muestreo de expedientes judiciales se usó la técnica de muestreo probabilístico de las sentencias de indemnización por daños y perjuicios que cuantifican el lucro cesante en base a las remuneraciones dejadas de percibir y las que cuantifican a discrecionalidad del Juzgador.

3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Indicadores
Variable independiente Despido incausado y fraudulento	<ul style="list-style-type: none">• Número de sentencias que disponen la reposición laboral al declararse el despido incausado y fraudulento.
Variable dependiente El <i>quantum</i> de la indemnización	<ul style="list-style-type: none">• Número de sentencias laborales que calculan la indemnización en base a la remuneración básica dejada de percibir.• Número de sentencias laborales que calculan la indemnización en base a la remuneración dejada de percibir que comprende los conceptos remunerativos percibidos por el trabajador.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS

Los instrumentos empleados en la presente investigación son: 1) la guía de investigación documental, la cual orienta el control de los datos que se recaban de las unidades de estudio (sentencias), así como su anotación y 2) el cuestionario anónimo aplicados a operadores de justicia (abogados laboristas y magistrados laborales) y participan en procesos laborales en la Corte Superior de Justicia de Tacna.

A continuación, se describe con mayor amplitud las características de ambos instrumentos de recolección de datos:

- a. La guía de investigación documental consiste en un esquema organizado donde se consigna los datos de las variables de estudio y las posibles relaciones entre ellas. Los datos extraídos mediante la guía son

los siguientes: tipo de fallo sobre la demanda (fundada o infundada), tipo de despido, si la sentencia desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual, si la sentencia fija monto indemnizatorio, si la sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, el monto de indemnizatorio por lucro cesante, los criterios para la definición de lucro cesante, si se toma en cuenta los conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante, y, finalmente, el tiempo dejados de laborar.

- b. Por otra parte, el cuestionario anónimo estuvo compuesto por siete (07) preguntas con respuestas dicotómicas (sí/no). El cuestionario pregunta a los encuestados si cree que las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido, identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento; si cree que las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual, si las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido fijan el *quantum* de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante. Asimismo, el cuestionario indaga acerca de los criterios que creen (los abogados) que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, indaga también acerca de los conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante y, finalmente se le pide la opinión al encuestado si el tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó el método inductivo-deductivo para el análisis de los factores que deben incidir en la cuantificación de la indemnización por

daños y perjuicios (lucro cesante) en los despidos incausados y fraudulentos. De esta forma, mediante un previo análisis descriptivo, se determinó la forma apropiada de cuantificar el lucro cesante y ello fue relacionado con variables materia de investigación.

Finalmente, mediante un análisis sistemático, se vincularon los resultados por cada variable investigada, de manera que de su discusión teórica se originaron la interpretación de la problemática inicialmente planteada, la presentación de conclusiones, así como las recomendaciones y alternativas pertinentes para su solución.

CAPÍTULO IV

MARCO FILOSÓFICO

TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

La presente investigación se conduce bajo la teoría tridimensional del derecho propuesto en Brasil por Reale (1992) y en el Perú por el jurista peruano Fernández Sessarego (1987). Este modelo se encuentra en conflicto contra dos modelos jurídicos: el normativismo formalista (o tecnicismo jurídico) y el sociologismo jurídico. Al primer modelo se le critica por su carencia ideológica y por otorgar excesiva importancia al ordenamiento jurídico (jerarquía de normas). A este modelo se le reconoce sus grandes aportaciones que ha hecho al pensamiento jurídico, pero ahora resulta insuficiente pues anula la verdadera esencia del pensamiento jurídico. Al segundo modelo jurídico se le critica por su énfasis en la realidad social donde opera el derecho y por considerar que las reglas jurídicas no deben ejercer influencia decisiva en los jueces sino los factores socioculturales donde interviene. A este modelo se le elogia por sus preocupaciones por los problemas de la sociedad, pero al mismo tiempo se le considera insuficiente pues no capta el sentido de las normas, los valores, y no entiende la esencia de una ciencia jurídica.

Para Reale (1992), la ciencia del derecho tiene la característica de ser una ciencia cultural normativa, donde el jurista está obligado a no limitarse a explicar lo que sucede, sino que debe preocuparse por lo que debe de ser realizado. De este modo, el derecho es una realidad histórico-cultural que posee esencialmente tres dimensiones, las cuales constituyen los elementos esenciales de toda experiencia jurídica: es una conducta (hecho), en el cual se concretan históricamente valores, y a través de esos valores se ordenan normativamente las relaciones intersubjetivas de una comunidad (normas).

Este modelo manifiesta una especie de tensión entre los elementos que conforman al Derecho, es claro que no se puede modificar a un elemento sin que modifique a otro, todos están en equilibrio. De este modo, para este modelo jurídico, la norma jurídica jamás podrá ser comprendida integralmente atendiendo tan solo a su aspecto formal de proposición lógica, pues la norma jurídica implica necesariamente, una referencia tensional a los datos de los hechos y de las exigencias axiológicas que le originaron.

Para Reale (1992) el derecho debe ser visto como una norma, siempre y cuando se considere la norma como una unidad integrante y dialéctica de hechos y valores; cada norma traduce la solución a cierta situación histórico-social, y esta solamente es posible de obtener entre exigencias axiológicas y como un determinado complejo de hechos (conductas).

En conclusión, la teoría tridimensional supone básicamente cuatro condiciones:

- El derecho es parte de un proceso que siempre debe estar abierto a nuevos hechos sociales y nuevas valoraciones.
- La norma por sí sola no tiene significación, el significado lo adquiere en función de los momentos que condicionan su eficacia (normativismo concreto).
- La norma jurídica no puede ser aplicada ni interpretada como una simple proposición lógica, la estructura lógico formal de la norma jurídica es el soporte de significaciones estimativas, y una norma supone la existencia de constantes referencias al plano de los hechos (conductas).
- La norma jurídica tiene condiciones de elasticidad, es capaz de tomar en consideración, en mayor o menor grado, los cambios fácticos y axiológicos; cuando dicha normatividad se vuelve incompatible con los cambios en el medio social, entonces debe imponer una revocación o derogación de la norma y la sustitución por otra más adecuada

En la presente investigación, la dimensión normativa está dada por las normas adjetivas y sustantivas referentes a la indemnización por inexecución de obligaciones y; la dimensión conductual está dada por los sujetos que intervienen en el proceso y sobre todo por la conducta del Juez como elemento nuclear en el proceso y finalmente la dimensión valorativa o axiológica se encuentra dada por los principios contenidos en la seguridad jurídica y la finalidad que persigue es la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, para que la justicia sea establecida cuanto más prontamente mejor, de este modo se tiene que la teoría tridimensional es plenamente aplicable a nuestra investigación y es el marco filosófico por el cual se puede enfocar el problema.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. CUESTIONARIO APLICADO A OPERADORES DE JUSTICIA SOBRE INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE EN LA CSJT

Tabla 1

Las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido, identifican el tipo de despido:

Opciones	F	%
Sí	21	56,7
No	16	43,3
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 1, el 56,7 % de la muestra respondió que sí se identifica el tipo de despido, mientras que el 43,3 % señala que no se identifica. Esto significa que más de la mitad de la muestra reconocen que las sentencias emitidas por los Juzgados de Trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido, identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento.

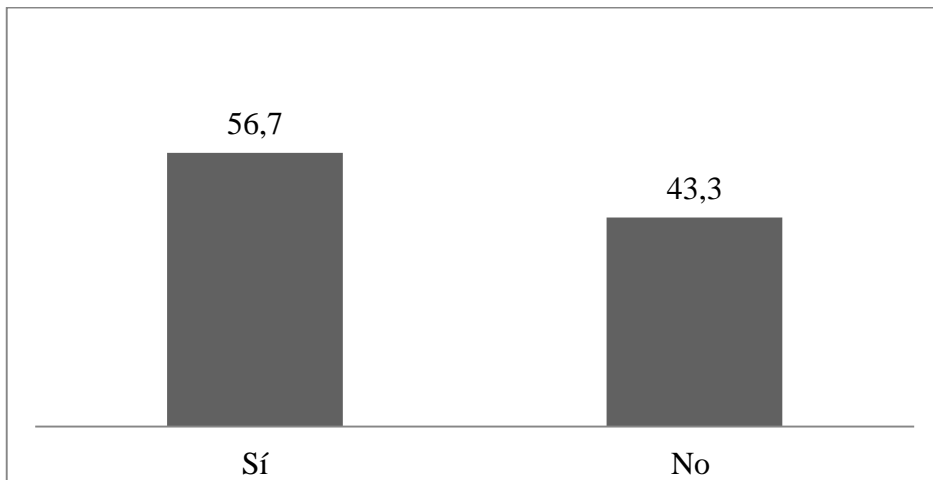


Figura 1: Las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento.

Fuente: Tabla 1.

Tabla 2

Según su opinión las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.

Opciones	f	%
Sí	21	56,7
No	16	43,3
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la Tabla y figura 2, se halló que el 56,7 % de la muestra respondió que las sentencias sí desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual, mientras que el 43,3 % señala que no se desarrolla. Esto significa que más de la mitad de la muestra advierten que las sentencias sobre indemnización por daños y perjuicios sí desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual, lo cual son importantes, porque ello será utilizado como presupuesto para otorgar una indemnización.

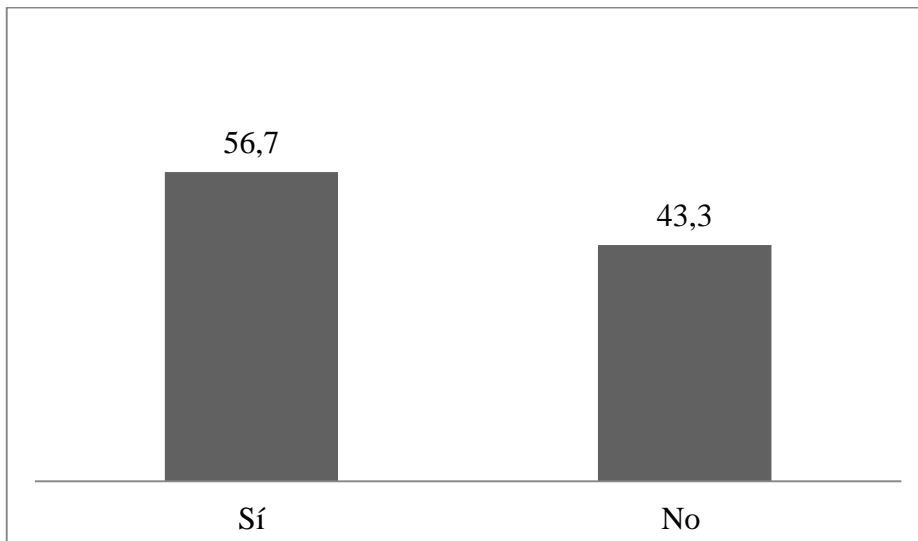


Figura 2: Las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.

Fuente: Tabla 2

Tabla 3

Cuáles son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrolla.

Opciones	F	%
Antijuricidad	0	0
Daño	3	14,3
Nexo causal	3	14,3
Factor de atribución	0	0
Todas las anteriores	15	71,4
Total	21	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 3, se halló que el 71,4 % de la muestra respondió que la antijuricidad, daño, nexo causal y factor de atribución son elementos de la responsabilidad civil contractual, mientras que el 14,3 % reconocen solo al daño o nexo causal como elementos de la referida responsabilidad. Esto significa que más de la mitad de la muestra sí identifica correctamente los elementos de la responsabilidad civil contractual, elementos que al ser desarrollados permiten concluir la existencia de un daño que merece ser indemnizable.

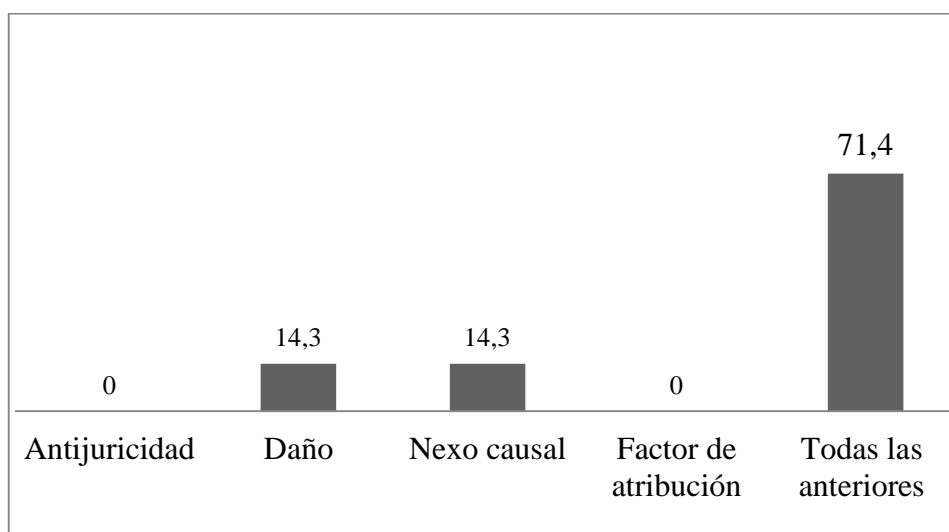


Figura 3. Cuáles son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrolla.

Fuente: Tabla 3.

Tabla 4

Según usted las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido fijan el quantum de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante:

Opciones	f	%
Sí	28	75,7
No	9	24,3
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 4, se halló que el 75,7 % de la muestra respondió que las sentencias si fijan el *quantum* de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, mientras que el 24,3 % señala que no se fija. Esto significa que más de la mitad de la muestra reconoce que las sentencias sobre indemnización por daños y perjuicios si fija un *quantum* indemnizatorio por lucro cesante.

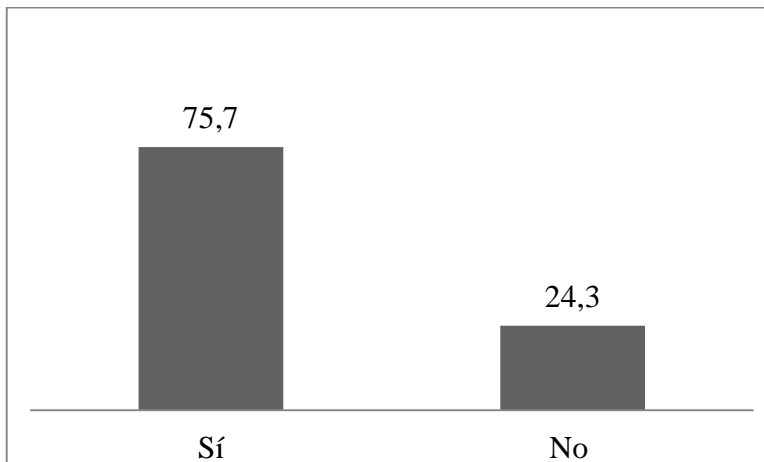


Figura 4: Las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivado de despido fijan el quantum de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

Fuente: Tabla 4.

Tabla 5

Según su opinión cuáles son los criterios en que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante:

Opciones	f	%
Con base a la última remuneración básica	16	43,2
Con base a los conceptos remunerativos de la última remuneración	11	29,7
Con base a la remuneración mínima vital	5	13,5
Con base a la remuneración total	5	13,5
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 5, se halló que el 43,2 % de los operadores de justicia de la muestra respondió la indemnización por lucro cesante se debe basar en la última remuneración básica, mientras que el 29,7 % operadores señalan que debe ser en base a los conceptos remunerativos de la última remuneración, y otros 27 % de los operadores señalan que la mayor parte de los operadores señalan que el quantum de la indemnización debe basarse en la última remuneración básica o en base a los conceptos remunerativos de la última remuneración.

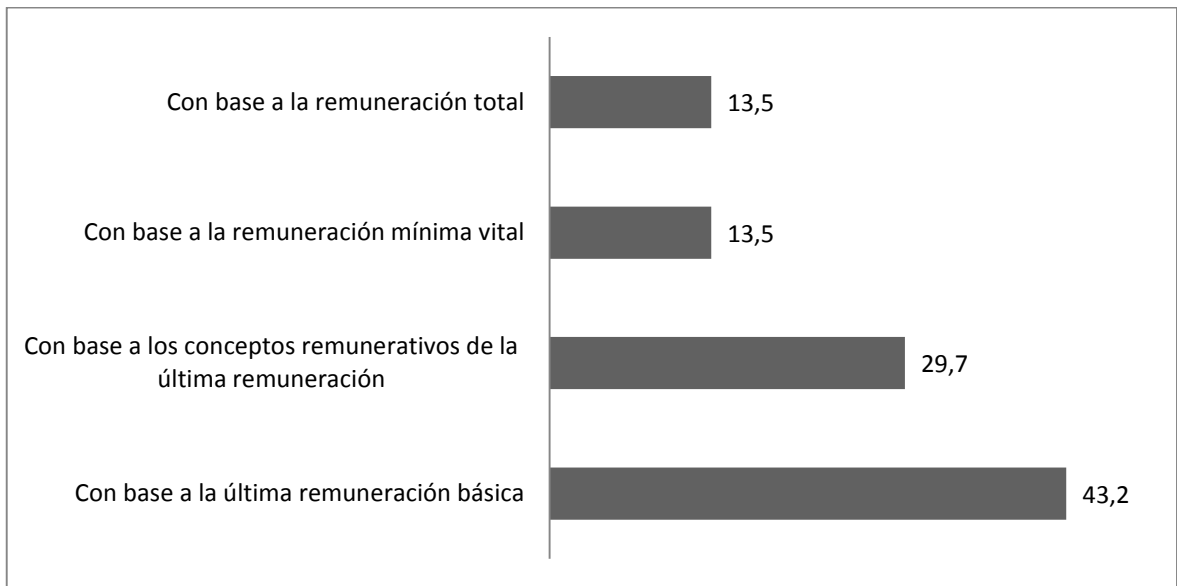


Figura 5: Según su opinión cuales son los criterios que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

Fuente: Tabla 5.

Tabla 6

Según su opinión cuáles son los conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante:

Opciones	f	%
a. Asignación familiar	6	16,3
b. Movilidad	0	0
c. Bonificación por productividad, altura, turno, riesgo de caja	0	0
d. Costo de vida (beneficio obtenido por convenio colectivo)	1	2,7
e. Beneficios por laudo arbitral	4	10,8
f. Horas extras	0	0
g. Alimentación	0	0
h. Sueldo básico	15	40,5
i. Todas las anteriores	11	29,7
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento

Interpretación:

En la tabla y figura 6, se halló que el 40,5 % considera al sueldo básico como concepto remunerativo a tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante, así el 29,7 % considera que todos los conceptos como asignación familiar, bonificación por productividad, costo de vida, beneficios por laudo arbitral, horas extras, alimentación y sueldo básico deben ser considerados para el cálculo del lucro cesante.

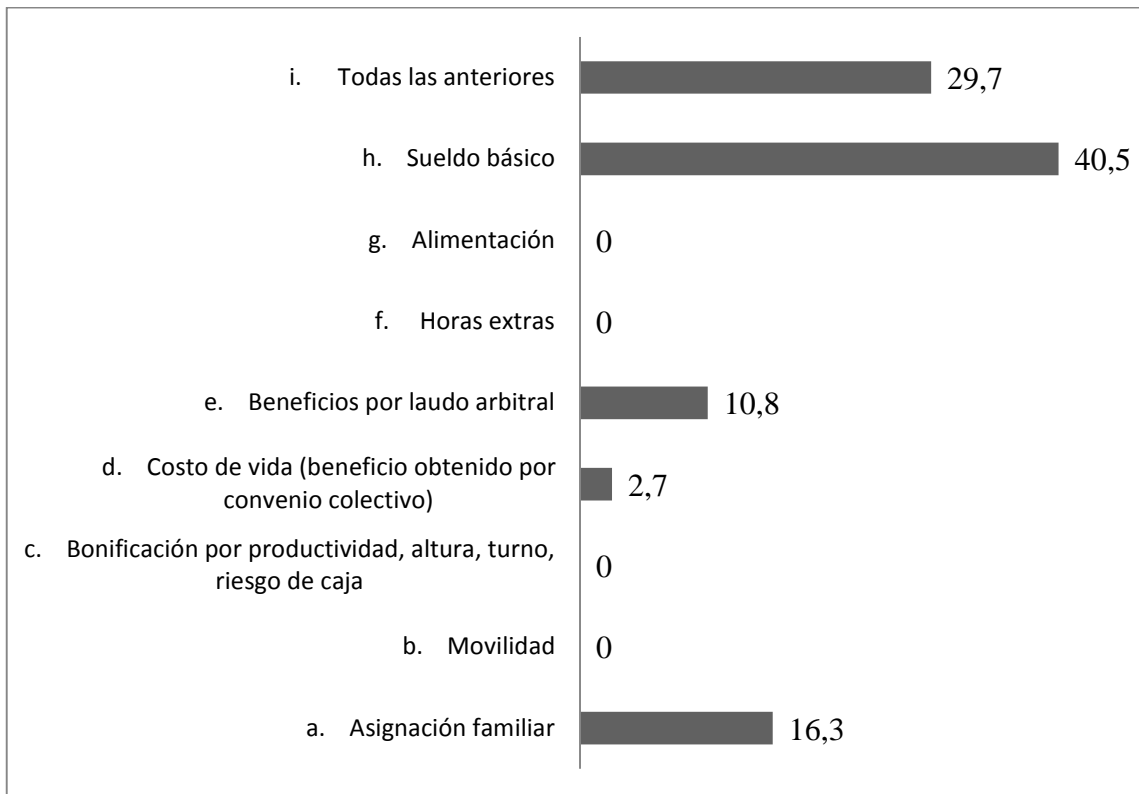


Figura 6: Según su opinión cuáles son los conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante.

Fuente: Tabla 6.

Tabla 7

Según su opinión el tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el quantum de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante:

Opciones	f	%
Sí	29	78,4
No	8	21,6
Total	37	100

Fuente: Cuestionario aplicado a operadores de justicia sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la Cuadro y figura 7, se halló que el 78,4 % de la muestra respondió que el tiempo dejado de laborar sí debe ser considerado para fijar el quantum indemnizatorio, mientras que el 21,6 % señala que no se debe considerar el tiempo dejado de laborar. Esto significa que los operadores de justicia reconocen que el tiempo en que el trabajador estuvo sin trabajo producto del despido, debe ser considerado como un criterio a tomar en cuenta para el quantum de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

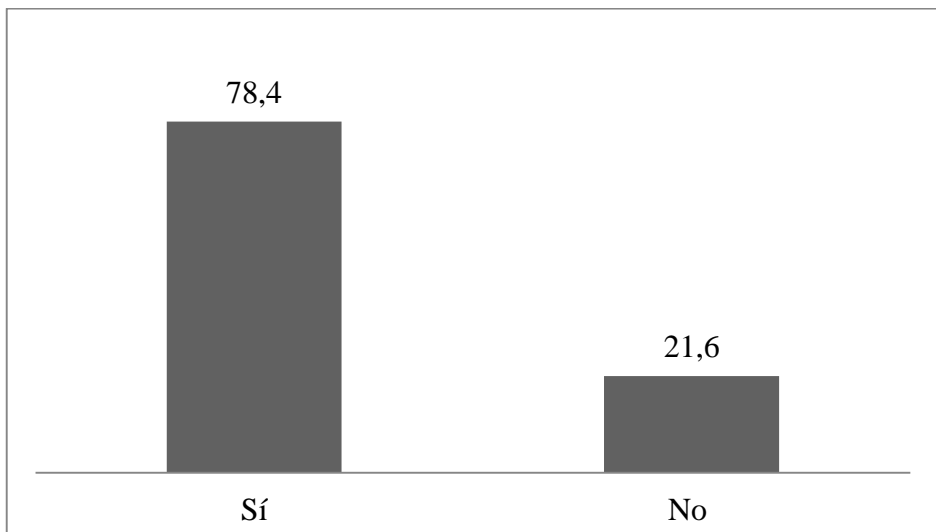


Figura 7: Según su opinión el tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el quantum de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

Fuente: Tabla 7.

5.2. Ficha documental aplicada a resoluciones judiciales en materia laboral

Tabla 8

Órgano jurisdiccional

Opciones	f	%
a. Primer juzgado	48	38,1
b. Segundo juzgado	62	49,2
c. Tercer juzgado	16	12,7
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 8, se halló que el 49,2 % de las sentencias de la muestra han sido expedidas por el Segundo Juzgado de Trabajo, mientras que el 38,1 % por el Primer Juzgado de Trabajo y el 12,7 % de sentencias por el Tercer Juzgado de Trabajo, haciendo un total de 126 sentencias de muestra.

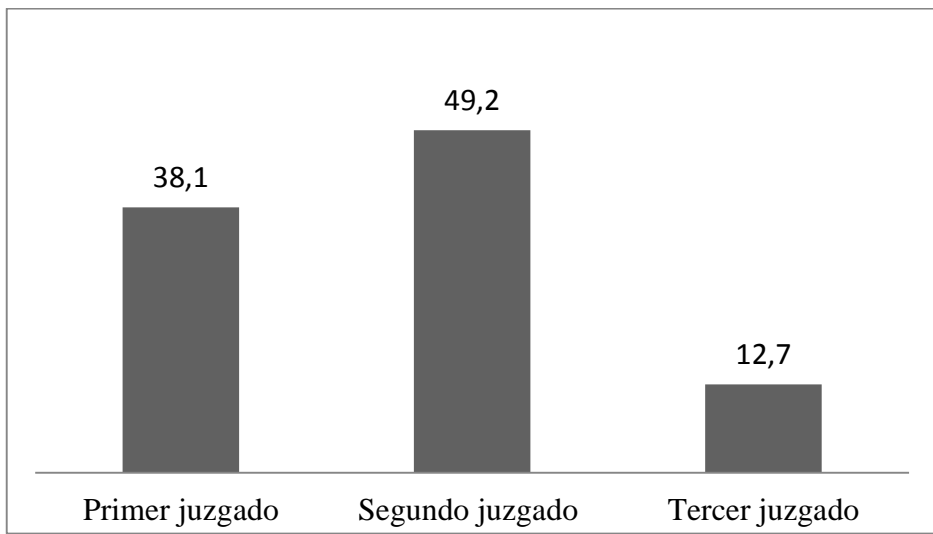


Figura 8: Órgano jurisdiccional.

Fuente: Tabla 8.

Tabla 9

Fallo sobre la demanda

Opciones	f	%
Fundada	118	93,6
Infundada	8	6,4
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 9, se halló que el 93,6 % de la muestra declara fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios mientras que el 6,4 % declara infundada la demanda. Esto significa que la mayor parte de los juzgados de trabajo estiman las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivados de despido.

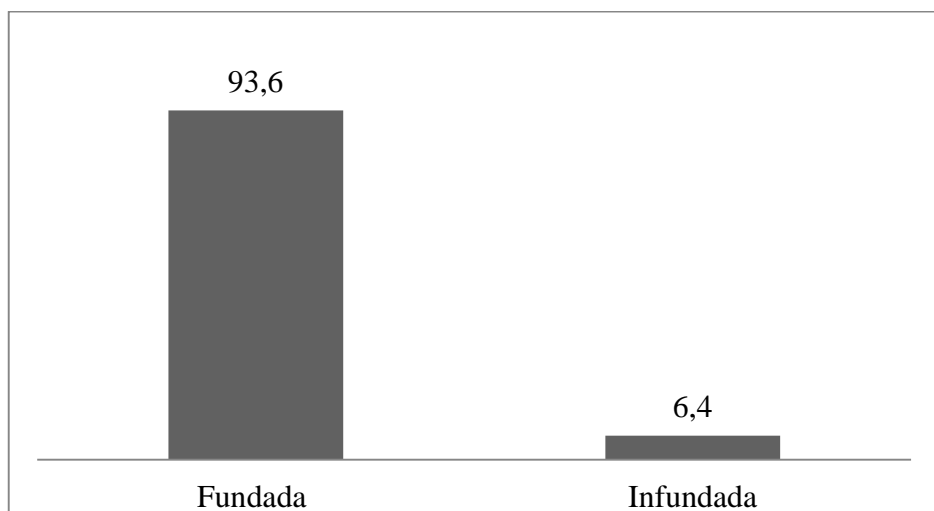


Figura 9: Fallo sobre la demanda.

Fuente: Tabla 9.

Tabla 10*Tipo de despido*

Opciones	f	%
a. Incausado	55	43,6
b. Fraudulento	1	0,8
c. Arbitrario (sin precisar el sub tipo)	70	55,6
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 10, se halló que el 55,6 % de la muestra respondió que las sentencias identifican al despido como arbitrario sin identificar el sub tipo, mientras que el 43,6 % señala que identifican al despido como incausado. Esto significa que las sentencias mayormente identifican en forma general el despido como arbitrario, es decir, como despido vulnerador de los derechos del trabajador, mientras que otra cantidad de sentencias (43,6 %) si especifican al despido como incausado.

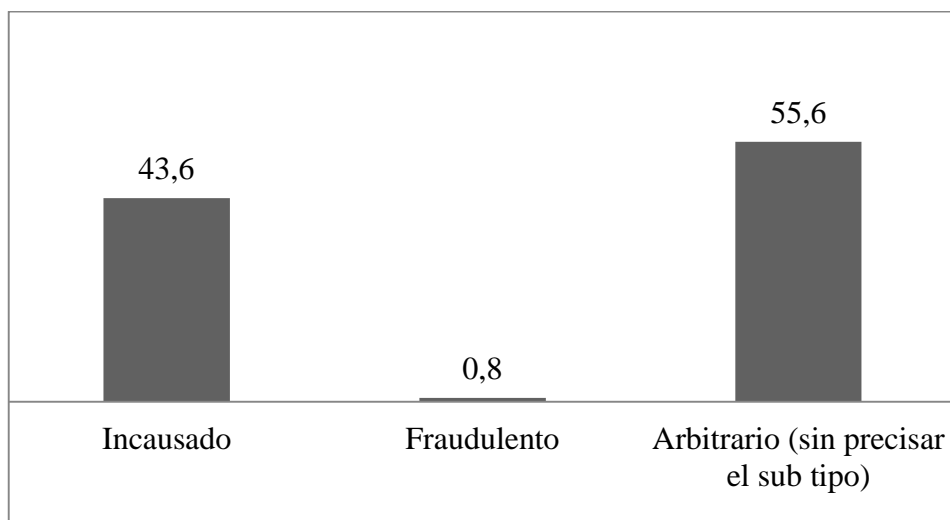


Figura 10: Tipo de despido.

Fuente: Tabla 10.

Tabla 11

Desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual

Opciones	f	%
Sí	116	92,1
No	10	7,9
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 11, se halló que el 92,1 % de la muestra si desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual, mientras que el 7,9 % señala que no se desarrolla. Esto significa que la mayor parte de la muestra advierten que las sentencias sobre indemnización por daños y perjuicios si desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual, lo cual son importantes, porque ello será utilizado como presupuesto para otorgar una indemnización.

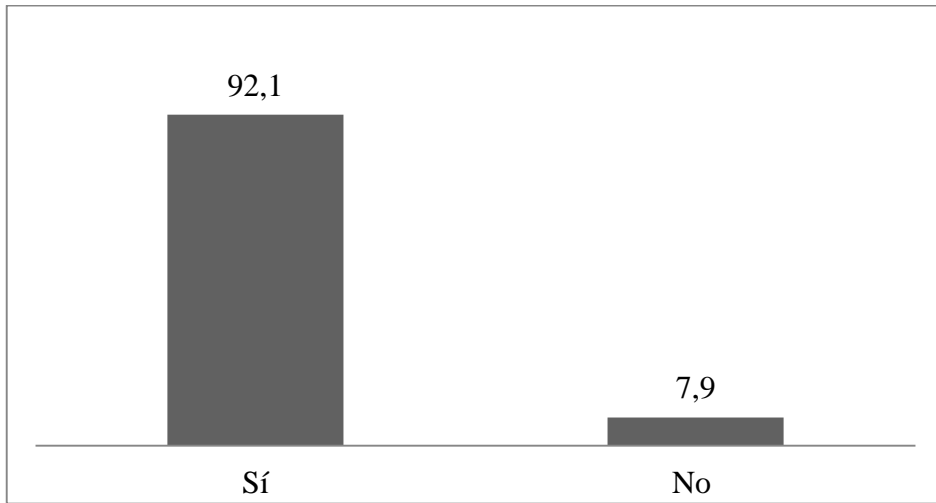


Figura 11: Desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual.

Fuente: Tabla 11.

Tabla 12

Fija monto indemnizatorio:

Opciones	f	%
Sí	118	93,6
No	8	6,4
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 12, se halló que el 93,6 % de la muestra sí fijan el quantum de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, mientras que el 6,4 % no lo realiza. Esto significa que la mayor parte de las sentencias revisadas si fijan una indemnización por daños y perjuicios.

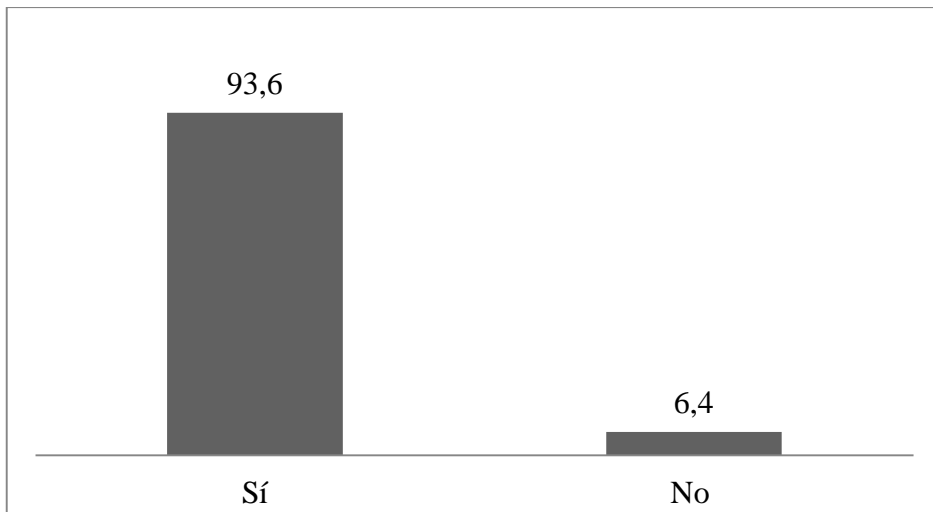


Figura 12: Fija monto indemnizatorio.

Fuente: Tabla 12.

Tabla 13

Sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante

Opciones	f	%
Sí	120	95,2
No	6	4,8
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 13, se halló que el 95,2 % de la muestra sí fijan el quantum de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, mientras que el 4,8 % no lo fija. Esto significa que la mayor parte de las sentencias revisadas sí fijan una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

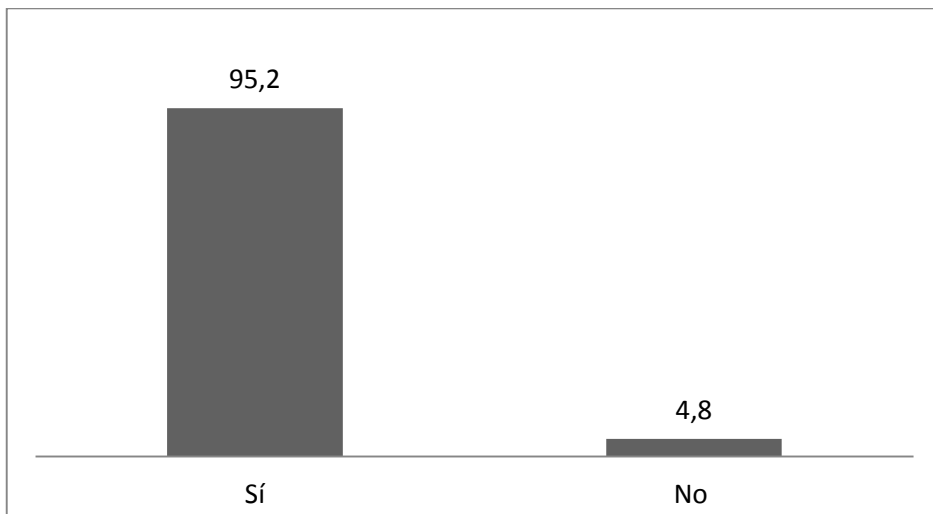


Figura 13: Sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante.

Fuente: Tabla 13.

Tabla 14*Monto indemnizatorio por lucro cesante*

Opciones	f	%
a. 5,000 a 10,000	22	17,5
b. 11,000 a 20,000	26	20,6
c. 21,000 a 30,000	30	23,8
d. 31,000 a 40,000	13	10,3
e. De 41,000 a más	35	27,8
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la Cuadro y figura 14, se halló que el 27,8 % de la muestra fija como monto de indemnización suma superiores a los 41,000 soles, mientras que el 23,8 % fija suma superior a los 21,000 soles, un 20,6 % fija sumas superiores a los 11,000 soles, y un 17,5 % fija suma de 5,000 a 10,000 soles. Esto significa que la mayor parte de las sentencias revisadas fijan montos superiores a los 41,000 soles, debido al mayor tiempo dejado de laborar producto del despido.

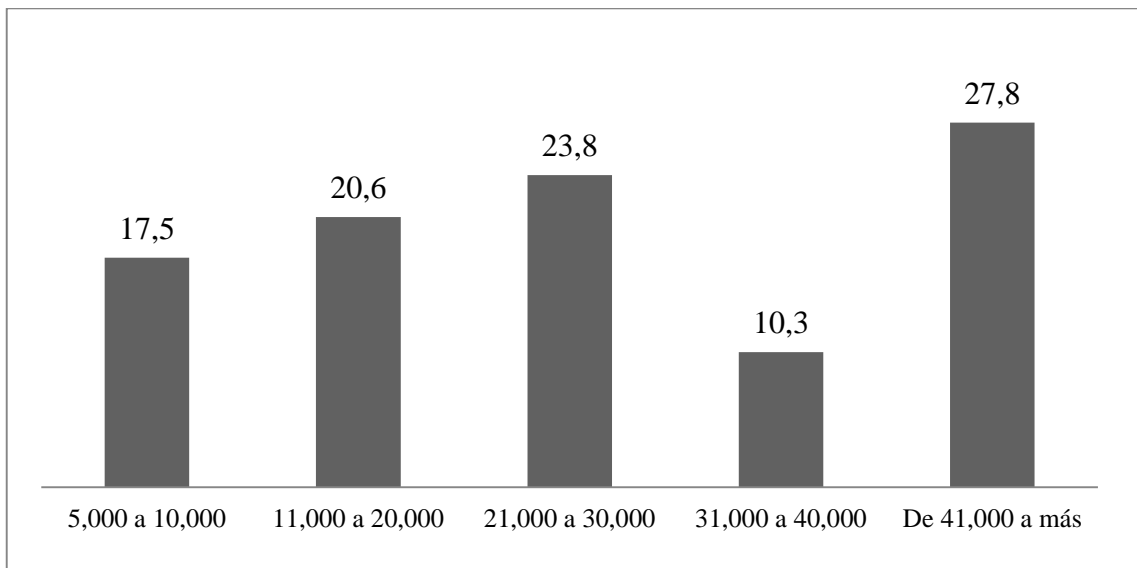


Figura 14: Monto indemnizatorio por lucro cesante.

Fuente: Tabla 14.

Tabla 15*Criterios para el monto indemnizatorio por lucro cesante*

Opciones	f	%
a. Con base a la última remuneración básica	121	96,0
b. Con base a los conceptos remunerativos de la última remuneración	3	2,4
c. Con base a la remuneración mínima vital	1	0,8
d. Con base a la remuneración total	1	0,8
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 15, se halló que un 96,0 % de la muestra basa la indemnización por lucro cesante en la última remuneración básica y un 2,4 % en base a los conceptos remunerativos.

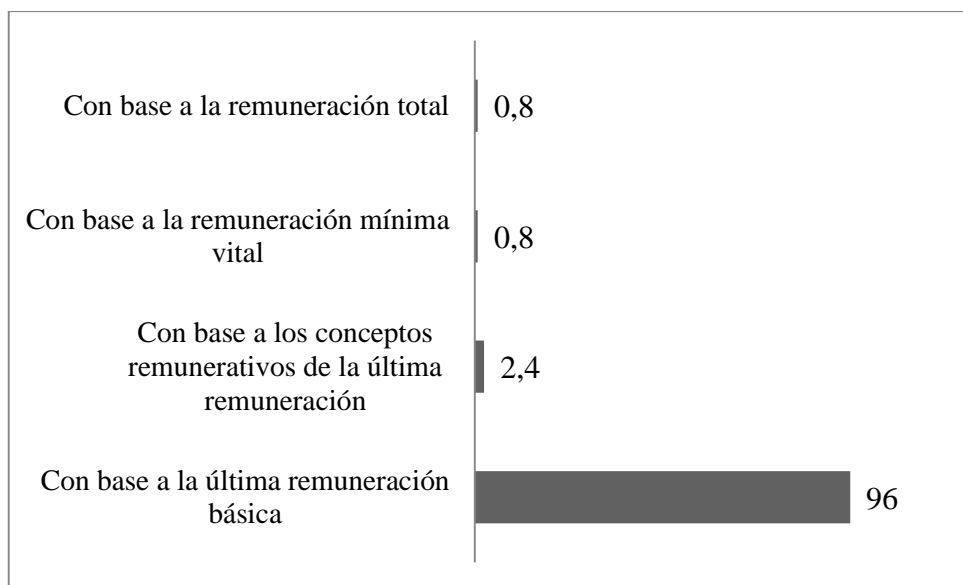


Figura 15: Criterios para el monto indemnizatorio por lucro cesante.

Fuente: Tabla 15.

Tabla 16

Conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante

Opciones	f	%
a. Asignación familiar	0	0
b. Movilidad	0	0
c. Bonificación por productividad, altura, turno, riesgo de caja	0	0
d. Costo de vida (beneficio obtenido por convenio colectivo)	0	0
e. Beneficios por laudo arbitral	0	0
f. Horas extras	0	0
g. Alimentación	0	0
h. Sueldo básico	126	100
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla y figura 16, se halló que las 126 sentencias de muestra consideran al sueldo básico como concepto remunerativo a tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante. Discrepando con la opinión mayoritaria de los encuestados en la presente investigación, la jurista española Magdalena Llompart (2016) señala que es el salario integral (al momento del despido) el factor regulador de la indemnización por despido arbitrario.

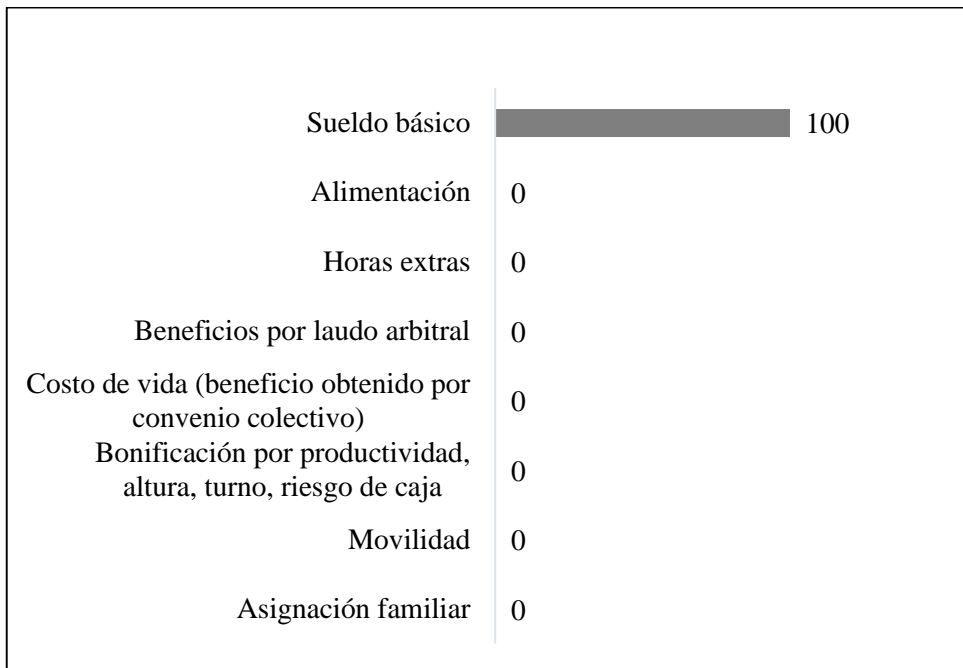


Figura 16: Conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante.

Fuente: Tabla 16.

Tabla 17*Meses dejados de laborar:*

Opciones	f	%
a. De 1 mes a 6 meses	7	5,6
b. De 7 meses a 12 meses	23	18,2
c. De 13 meses 24 meses	30	23,8
d. De 24 a más	66	52,4
Total	126	100

Fuente: Ficha documental sobre despido incausado o fraudulento/2018

Interpretación:

En la tabla 17, el 52,4 % de la muestra señala que el tiempo dejado de laborar supera los 24 meses a más, mientras que el 5,6 % es de 1 a 6 meses dejados de laborar. Esto significa que los trabajadores una vez despedidos, se encuentran un largo tiempo sin laborar, es decir, sin ingresos económicos para solventar sus necesidades básicas.

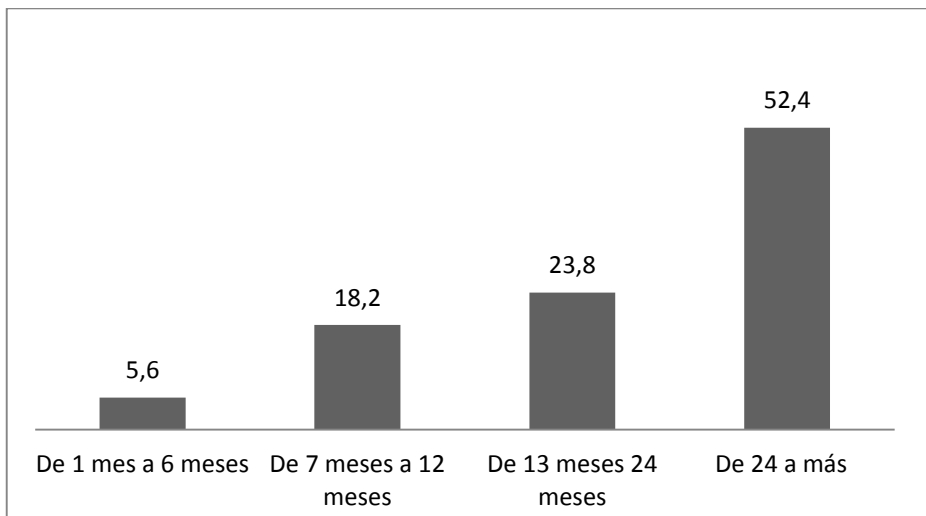


Figura 17: Meses dejados de laborar.

Fuente: Tabla 17.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

La investigación realizada ha permitido conocer la percepción y valoración que formulan juristas en materia laboral que litigan ante la Corte Superior de Justicia de Tacna respecto a un tema polémico y que aún no tiene una visión homogénea por parte de los operadores del derecho.

Por otra parte, la misma clase trabajadora que se enfrenta a la posibilidad de un despido fraudulento o incausado aún no tienen la certeza de que al acudir a la administración de justicia laboral verá resarcida su derecho a una indemnización por lucro cesante debido a un despido arbitrario o fraudulento. Es por ello, que surge la necesidad de desarrollar una mayor educación jurídica en beneficio de la clase trabajadora, pero sin perder de vista que cualquier información que se le ofrezca a la clase trabajadora sobre esta materia debe estar fundamentada en las normas nacionales e internacionales, en lo que corresponde.

Sin embargo, es con los operadores del derecho con quienes existe una mayor dificultad, sobre todo cuando se tiene a la vista sentencias judiciales donde los magistrados laborales no precisan los criterios tomados en cuenta para fijar el monto dinerario para resarcir al trabajador de un despido incausado.

Ahora bien, el *quantum* de la indemnización por lucro cesante se determina con el cálculo de la remuneración que percibía el trabajador al momento del despido (conceptos fijos y permanentes) por los meses dejados de laborar. Sin embargo, aún se percibe discrepancias al respecto, y no solo entre los mismos operadores del derecho, sino entre el demandante y el juzgador que, en la mayoría de las veces, resuelve fijando montos menores al pedido del

demandante, respecto al lucro cesante. Es decir, para el juzgador es mucho más técnico y preciso estimar el daño emergente que el lucro cesante. Sin embargo, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Provisional refiere al respecto lo siguiente:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

Esta apreciación jurídica dictaminada por los magistrados supremos aclara un aspecto que atañe a los operadores de justicia en materia laboral, en el sentido que la demanda presentada por el agraviado (de un despido incausado) solo debería contener la indemnización por daños ocasionados, sin atender el daño moral. Se debe precisar que, respecto del daño moral, el V Pleno Jurisdiccional no precisa los criterios para determinar el monto indemnizatorio por concepto de daño moral, pues deja en libertad al juzgador para que evalúe diversos aspectos y luego asuma una resolución justa (y apegada al derecho) al respecto.

Debe recordarse que el artículo 1984 del Código Civil solo se limita a establecer que el daño moral debe ser indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia. Sin embargo, es de fundamental importancia aclarar que ese menoscabo y magnitud no es uno que se mida en dinero, sino que está vinculado a elementos extrapatrimoniales, tales como: el sufrimiento y la frustración, sentimientos que el magistrado debe valorizar, y cuya pauta y parámetros aún no han sido fijados. Si se revisa la jurisprudencia nacional y la doctrina se puede apreciar que se mantiene la abstracción de los conceptos “magnitud y menoscabo” en los que parece entrar todo y nada a la vez, pues algunos fallos los utilizan por sí mismos sin explicarlos para justificar la indemnización que disponen, y en otros, como veremos más adelante, incluyen dentro de las mismas variantes, situación económica del agente y la víctima, su edad, entre otros al momento de cuantificar el daño por daño moral.

El primer aspecto que se debe mencionar es la limitación mostrada por la jurisprudencia peruana –pero que indudablemente no es exclusiva del ordenamiento peruano, sino que es una constante en la mayoría de ordenamientos jurídicos- para que, en el caso concreto, se establezcan criterios que impidan que la arbitrariedad se apodere de la decisión del magistrado al momento de establecer.

Por otro lado, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, de fecha 19 de octubre de 2016, se hicieron algunas precisiones importantes que sirven de guía a los jueces laborales de la república a la hora de fijar el *Quantum* indemnizatorio por despido arbitrario o fraudulento. Los magistrados supremos señalan que:

Se reconoce que el trabajador es libre de utilizar la falta de pago de remuneraciones entre el despido y la reposición como uno de los criterios para sustentar su pretensión de indemnización. Asimismo, resulta pertinente que el Juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos.

Sin embargo, el párrafo que arroja mayores luces para los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Tacna que participan en demandas de indemnización por despido incausado o fraudulento es el siguiente:

Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina. Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el Juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima.

Se observa en las sentencias judiciales en materia de indemnización por lucro cesante derivado de despido incausado o fraudulento lo siguiente: Los

jueces de la Corte Superior de Justicia de Tacna (CSJT) no desarrollan en sus sentencias respectivas el criterio denominado: “menoscabo” o afectación psicológica significativa sufrida por el agraviado debido a su despido incausado (nexo causal). Es por ello que, lamentablemente, los magistrados de la CSJT no consideren los daños colaterales al trabajador y a sus familias, y no solo la remuneración dejada de percibir.

En las sentencias revisadas para la presente tesis, los magistrados toman en cuenta, en su gran mayoría, el sueldo básico como único criterio para estimar el *quantum* indemnizatorio, ignorando por ello, otras consecuencias lesivas para el desarrollo y el bienestar integral del agraviado.

Un aspecto fundamental de las demandas indemnizatorias por lucro cesante debido a despido arbitrario o incausado es la probanza del daño que compete demostrar al demandante. En este sentido, el V Pleno Jurisdiccional Supremo también señalan la necesidad de que se precisen el monto del daño y se le exhorta al juez que ve la causa a:

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

En la presente investigación se observó que los operadores de justicia encuestados determinaron aquellos criterios que, desde su punto de vista, debería tomar en cuenta los magistrados a la hora de emitir sentencias indemnizatorias en materia laboral en demanda derivadas de despido incausado. En ese sentido, los abogados litigantes en materia laboral señalan que, entre los aspectos para tomar en cuenta, estarían los siguientes: sueldo básico (40,5 %), asignación familiar (16,3 %), beneficios por laudo arbitral (10,8 %) y todas las anteriores (29,7 %).

CONCLUSIONES

1. Respecto al objetivo general de la investigación, el cual es conocer el proceso de determinación del *quantum* de la indemnización por lucro cesante en el marco normativo peruano, se plantea lo siguiente: en primer lugar, la carga de la prueba recae en el demandante, pero como no siempre es posible demostrar con exactitud el daño causado debido al despido incausado, es el juez quien deberá actuar con criterio de equidad dentro de los límites de la pretensión indemnizatoria del demandante y estimando equitativamente qué proporción del total de esos daños y perjuicios reclamados, realmente tiene algún asidero legal. Por ello en la Corte Superior de Justicia de Tacna, el *quantum* de la indemnización por lucro cesante se determina con el cálculo de la remuneración que percibía el trabajador al momento del despido (conceptos fijos y permanentes) por los meses dejados de laborar.
2. El criterio principal que se utiliza en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna para determinar el *quantum* de la indemnización por lucro cesante en casos de despido incausado y fraudulento, es principalmente, la última remuneración básica percibida por el trabajador.
3. La revisión de 126 sentencias en materia laboral emitidas por los Juzgados de trabajo de la Corte Superior de Justicia de Tacna sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido incausado y fraudulento, permitió comprobar que en 116 expedientes (92,1 %) se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual.

4. El daño, nexo causal, antijuricidad y factor de atribución son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrollan en las sentencias emitidas por despido incausado y fraudulento emitidas por los Juzgados de trabajo de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

5. En los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna, es el sueldo básico el único concepto remunerativo que se toma en cuenta para el cálculo del *quantum* por lucro cesante en las sentencias por indemnizaciones por despido incausado y fraudulento.

RECOMENDACIONES

1. En los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna donde se procesan demandas por indemnización por despido incausado y fraudulento, los procesos siguen un curso lento lo que afecta el derecho del trabajador a una reparación inmediata por lucro cesante. Es decir, adicionado al propio despido en su carácter de incausado y fraudulento, el trabajador debe padecer otro tipo de atropello a sus derechos laborales, económicos, e incluso se podría configurar una afectación a sus derechos humanos, pues la demora en que los juzgados procesan y resuelven sus demandas también constituye otra forma de atropello. Por ello, los magistrados laborales deben aplicar los principios procesales para administrar justicia en materia laboral: oralidad, celeridad y economía procesal.
2. La información y educación en derechos laborales sigue siendo una tarea pendiente por parte de los trabajadores, los sindicatos y los operadores de justicia. En este sentido, hace falta informar con mayor amplitud y detalle los aspectos procesales de las demandas por indemnización por despido incausado o fraudulento. Con información y asesoría técnica cada vez más trabajadores pueden hacer valer sus derechos indemnizatorios ante un despido que no se ajusta a ley ni al derecho.
3. Los jueces laborales en la cuantificación de la indemnización del lucro cesante deben tomar como referencia la última remuneración básica más los conceptos remunerativos que se encuentran reflejados en la boleta de pago del trabajador, considerando el tiempo del cese, todo ello, con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios y dispares producto de la aplicación de la libre valoración equitativa judicial.

4. Los jueces laborales para determinar la indemnización deben exigir la acreditación del daño ocasionado producto del despido ya que no basta haber obtenido una sentencia que declara fundada la reposición, sino se debe adjuntar los documentos necesarios que acrediten el daño patrimonial sufrido; de esta manera se respetaría los principios procesales y existiría una adecuada motivación de las resoluciones judiciales

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2004). *Estudio sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Compendio. Lima: AMAG-Sociedad peruana de derechos del trabajador y de la seguridad social.
- ALVA, N. (2014). *Las causales del despido nulo y su impugnación*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BLANCAS, C. (2013). *Despido en el derecho laboral peruano (3° Ed.)* Lima. Jurista Editores.
- BARDALES, L. (2017). *Un intento fallido de trasplante legal: los punitive damage por despido arbitrario*. Gaceta Civil, 33-56.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA CIVIL PERMANENTE (2015). *Casación N° 699-2015. Indemnización por daños y perjuicios*. Fecha: 26 de noviembre del 2015. Lima.
- DE LA CRUZ, H. (2014). *El despido fraudulento y su impugnación*. Lima. Gaceta Jurídica.
- ESPINOZA, J. (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Editorial Rodhas.
- ESPINOZA, J. (julio de 2014). Derecho de las obligaciones. *Revista lus et veritas*. 2 (48), pp.23-31). Lima
- GARAVITO, S. (2016). *Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los Operadores Jurídicos de la*

Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016. Tesis para obtener el título profesional de Abogada. Universidad César Vallejo. Lima.

GARCÍA, J. (2017). *Los despidos con efectos de reposición en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima Este-2017*. Tesis presentada para optar el título de abogada. Universidad César Vallejo. Trujillo.

GONZALES, L. (2016). *El contrato de trabajo y sus modalidades*. Lima: Gaceta jurídica.

GONZALES, L. y TARAZONA, M. (2017). *Reparación de daños que derivan del contrato de trabajo*. En: *Pronunciamientos de la Corte Suprema y del TC en materia laboral* (pp. 167-172). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

HARO CARRANZA, J. (2003). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: RAO,

HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P. (2003). *Metodología de la Investigación* (3ª. ed.) México: Mc Graw Hill.

HUANAYQUE, J.C. (2017). *Análisis de los criterios interpretativos del despido fraudulento en la jurisprudencia peruana y su aplicación en los juzgados laborales de la corte superior de justicia de Arequipa*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional de San Agustín, de Arequipa

YNGA, E. (2017). *El criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral y el resarcimiento de un trabajador afectado por un despido inconstitucional*. Tesis presentada para optar el título de Abogada. Universidad Privada del Norte, Trujillo.

LEOZ, T., LOGAN, R. y UGARTE, J. (2011). *Indemnización del lucro cesante, en el despido por causales no imputables a su voluntad, de los vendedores comisionistas*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento

de Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile.

LOMPART, M. (2016). Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente. *Revista temas laborales*. Núm. 134/2016, pp. 167-192

MARCENARO-FRERS, R. (1995). *El trabajo en la nueva constitución*. Lima: Cultural Cuzco, S.A. Editores.

MONTERO, F. (2006). *¿Es posible, conveniente o practico establecer criterios uniformes de valoración de daños en materia civil, penal y laboral?* Costa Rica: Editorial Impresión Gráfica del Este S.A.

MONTOYA, A. (2002). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Teclanos

NAVA-GUIBERT, L. (2004). *El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional*. Lima: García Calderón Industrias Gráficas S.A.C.

OJEDA, L. (2011). *La culpa In contrahendo y la responsabilidad precontractual. Tesis de maestría en derecho con mención en derecho civil*. Escuela de graduados. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima

PAREDES, B (2014). *Individualización de los fundamentos que configuran el despido arbitrario*. Lima. Gaceta Jurídica.

PASTRANA, F. (10 de marzo de 2017). *La clasificación de los daños en la responsabilidad civil*. Recuperado el 09 de enero de 2018, de Legis.pe: <http://legis.pe/la-clasificacion-de-los-danos-en-la-responsabilidad-civil-2/>

PEREZ, J. (2009). *El derecho extracontractual en el Perú*. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos102/derecho-extracontractual-peru/derecho-extracontractual-peru.shtml>

- RIOJA, A. (24 de febrero de 2010). *Blog de derecho procesal civil*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/02/24/algunos-alcances-de-la-evolucion-de-responsabilidad-civil/>
- TABOADA, L. (2001). *Elementos de responsabilidad civil*. Academia de la Magistratura de Perú. Recuperado el 09 de enero de 2018, de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_civil_proce_civil/responsab_civil_extracontra.pdf
- TORRES, G. (2015). *La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley 24041*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura.
- TOYAMA, J. (2012). *Análisis y comentarios a la nueva ley procesal de trabajo*. Lima: Editorial Soluciones Laborales.
- VILCA, D. (2015). - 2015. *La interpretación jurídica de los magistrados en responsabilidad civil extracontractual respecto a la valoración del quantum indemnizatorio en los procesos judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima*. Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado. Universidad Cesar Vallejo. Lima.
- VINATEA-RECOBA L. (2004). La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario: Comentarios de la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal constitucional. *Revista Derecho y Sociedad*, N° 23, Lima, Año XV, 2004.

ANEXOS

Anexo 1: Ficha de recojo de datos

Anexo 2: Cuestionario aplicado a operadores de justicia en materia laboral.

Anexo 1: Ficha de recojo de datos

Nº de Expediente: _____ Materia: _____

Órgano Jurisdiccional: _____

Fallo sobre la demanda:

- a. Fundada
- b. Infundada

Tipo de despido:

- a. Incausado
- b. Fraudulento
- c. Arbitrario (sin precisar el sub tipo)

Desarrolla elementos de la responsabilidad civil contractual:

- a. Si
- b. No

Fija monto indemnizatorio:

- a. Si
- b. No

Sentencia fija indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante:

- a. Si
- b. No

Monto indemnizatorio por lucro cesante:

- a. 5,000 a 10,000
- b. 11,000 a 20,000
- c. 21,000 a 30,000
- d. 31,000 a 40,000
- e. De 41,000 a más

Criterios para la definición de lucro cesante:

- a. Con base a la última remuneración básica
- b. Con base a los conceptos remunerativos de la última remuneración
- c. Con base a la remuneración mínima vital
- d. Con base a la remuneración total

Conceptos remunerativos que toma en cuenta para el cálculo del lucro cesante:

- a. Asignación familiar
- b. Movilidad
- c. Bonificación por productividad, altura, turno, riesgo de caja
- d. Costo de vida (beneficio obtenido por convenio colectivo)
- e. Beneficios por laudo arbitral
- f. Horas extras
- g. Alimentación
- h. Sueldo básico

Meses dejados de laborar:

- a. De 1 mes a 6 meses
- b. De 7 meses a 12 meses
- c. De 13 meses 24 meses
- d. De 24 a más

Anexo 2: Cuestionario

Instrucciones:

La presente es un cuestionario de investigación de tesis que tiene como objetivo determinar los criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio por lucro cesante derivados de despido incausado o fraudulento. Favor, sírvase responder con sinceridad a las preguntas planteadas, eligiendo la respuesta que considere conveniente. Antes señale su condición laboral:

1. Según usted las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido, identifican el tipo de despido sea incausado o fraudulento.
 - a. Sí
 - b. No

2. Según su opinión las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido desarrollan los elementos de la responsabilidad civil contractual:
 - a. Sí
 - b. No

3. De ser afirmativa, ¿cuáles son los elementos de responsabilidad civil contractual que se desarrolla?
 - a. Antijuricidad
 - b. Daño
 - c. Nexo causal
 - d. Factor de atribución

4. Según usted las sentencias emitidas por los Juzgados de trabajo sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despido fijan el *quantum* de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante:
 - a. Sí
 - b. No

5. Según su opinión, ¿cuáles son los criterios que se debería basar la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante?
- a. Con base a la última remuneración básica
 - b. Con base a los conceptos remunerativos de la última remuneración
 - c. Con base a la remuneración mínima vital
 - d. Con base a la remuneración total
6. Según su opinión, ¿cuáles son los conceptos remunerativos que se debe tomar en cuenta para el cálculo del lucro cesante?
- a. Asignación familiar
 - b. Movilidad
 - c. Bonificación por productividad, altura, turno, riesgo de caja
 - d. Costo de vida (beneficio obtenido por convenio colectivo)
 - e. Beneficios por laudo arbitral
 - f. Horas extras
 - g. Alimentación
 - h. Sueldo básico
7. Según su opinión el tiempo dejado de laborar constituye un criterio a tomar en cuenta para el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante
- a. Sí
 - b. No

Gracias por su colaboración