



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

El pago indemnizatorio en el despido incausado vulnera el derecho a la
seguridad social y al sistema pensionario

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTOR:

Castillo Abanto, Carlos Alfonso ([ORCID: 0000-0002-0407-8492](https://orcid.org/0000-0002-0407-8492))

ASESORES:

Dra. Jesús Ramírez, Gladis Dolores ([ORCID: 0000-0002-5388-6058](https://orcid.org/0000-0002-5388-6058))

Mg. Pacheco Yépez, Eduardo Alonso ([ORCID: 0000-0003-1034-2533](https://orcid.org/0000-0003-1034-2533))

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Laboral

TRUJILLO – PERÚ

2020

DEDICATORIA

A Dios, por su inmenso amor que nos demuestra cada día, y nos permite hacer realidad cada propósito; A mis padres, Carlos Castillo Lozada y Francisca Abanto Burgos, por haberme formado con disciplina y valores, que son la clave para todo hogar; A mis queridos hermanos, que han contribuido en la formación académica y profesional como persona; A mis sobrinos, por ser unos niños con todas las ganas de salir adelante; A mi compañera de viaje, quien está ahí para apoyarme psicológicamente en cada momento de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por brindarme el conocimiento y sabiduría para poder entender cada enseñanza impartida, y corregirme por los caminos correctos y perfectos que él tiene para nosotros; A la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo, agradecer por haberme recibido gustosamente en su casa de estudios, y formarme intelectualmente en los aspectos académicos necesarios que todo profesional debe tener en todo su vida universitaria; A todos mis docentes universitarios, que son la base de mis conocimientos aprendidos durante toda mi etapa universitaria, que han contribuido a enseñarme correctamente la carrera de Derecho, para ejercerla con justicia, honradez y sabiduría.

Índice de contenidos

	Pág.
Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de contenidos	iv
Índice de tablas	v
Resumen	vi
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MÉTODO	23
2.1. Tipo y diseño de investigación	23
2.2. Escenario de estudio	23
2.3. Participantes	24
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	25
2.5. Procedimiento	25
2.6. Método de análisis de información	26
2.7. Aspectos éticos	26
III. RESULTADOS	27
IV. DISCUSIÓN	46
V. CONCLUSIONES	63
VI. RECOMENDACIONES	65
VII. PROPUESTA	66
REFERENCIAS	67
ANEXOS	72

Índice de tablas

	Pág.
Tabla 1: Análisis del I Pleno laboral Jurisdiccional Supremo en materia laboral	27
Tabla 2: Análisis del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral	28
Tabla 3: Análisis del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional	29
Tabla 4: Análisis de una Casación laboral N°7893-13- la libertad	30
Tabla 5: Análisis de una Resolución de la Sala Laboral	32
Tabla 6: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 1° pregunta	38
Tabla 7: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 2° pregunta	39
Tabla 8: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 3° pregunta	42
Tabla 9: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 4° pregunta	45
Tabla 10: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 5° pregunta	48

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo general determinar el Pago Indemnizatorio en el Despido Incausado vulnera el Derecho a la Seguridad Social y Sistema Pensionario; el tipo de investigación fue cualitativa, con diseño de estudio no experimental, descriptivo transversal basada en la Teoría fundamentada; la técnica utilizada fue la entrevista y la revisión documental, los instrumentos son una Guía de entrevista que se aplicó a los participantes especialistas en Derecho Laboral, y una ficha de recolección de datos que se analizaron los expedientes judiciales. Los resultados fueron: que las remuneraciones están siendo reconocidas por nuestro legislador sin que exista prestación efectiva de labores, tal es el caso como los domingos, feriados, licencias, entre otros; que vienen hacer supuestos de suspensión temporal imperfecta de labores por el contrato de trabajo; y también es necesario la regulación legal del despido incausado para que tenga una tutela restitutoria integral modificando el artículo 34 DS.003-97-TR. La conclusión es que al despido incausado se le otorgué las remuneraciones devengadas, los aportes dejadas de realizar al sistema previsional, y se efectuó los pagos al seguro social incurridos por enfermedades durante todo el tiempo del cese hasta la reposición.

Palabras Claves: Despido incausado, Remuneraciones devengadas, Pago indemnizatorio, Sistema Pensionario, Seguridad Social.

ABSTRACT

The purpose of this research work was to determine the compensation payment in the dismissed seizure that violates the right to social security and pension system; the type of research was qualitative, with a non-experimental, cross-sectional descriptive study design based on grounded theory; the technique used was the interview and the documentary interview, the instruments are an interview guide that was applied to professionals specialized in labor law and data sheet that was analyzed court records. The results were: that the remuneration is being remuneration is being recognized by our legislator without the effective provisions of work, such as Sundays, holidays, special permissions, among others; to make imperfect temporary suspension of work due to the employment contract; and it is also necessary the legal regulation of the dismissal uncaused so that it has a comprehensive restorative changing article 34 DS.003-97-TR. The conclusion is the unpaid dismissal was granted remuneration not made to the social security system, and the payment to social insurance incurred due to illness were made during the entire time from cessation until replacement.

Keywords: dismissed seizure, remuneration accrued, compensation payment, pension system, social security.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencial, hay ciertos defectos o deficiencias legales que los jueces no pueden dejar de administrar justicia de acuerdo al código civil y los principios del derecho del trabajo, tal es así que existe un conflicto de posiciones en las salas laborales a nivel de corte, en determinar si a los trabajadores ante los despidos fraudulentos o incausados tienen derecho al pago de remuneraciones dejadas de percibir, puesto que se están vulnerando una serie de derechos fundamentales. En efecto se cuestiona que el pago de las remuneraciones devengadas en los despidos incausados y fraudulentos, no tendría ningún efecto legal a diferencia del tratamiento jurídico legal que tiene el despido nulo, que le corresponde las remuneraciones dejadas de percibir, y también los respectivos depósitos a la compensación por tiempo de servicio que no percibió desde que se produjo el agravio. (V Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, 2016)

Asimismo tendríamos que determinar en los procesos de despidos fraudulentos e incausados, que situación laboral detentaban los trabajadores antes del cese, para delimitar los efectos de la sentencia judicial, si el trabajador antes de ser cesado tenía todos los beneficios, derechos legales en donde prestaba sus servicios, incluso los pensionarios que van acumulando su tiempo de servicio, porque al cesar pierde automáticamente todo lo descrito anteriormente. Puesto que al restituirse su derecho al trabajador a su centro de trabajo se restaura la relación laboral como si nada hubiera ocurrido, pero en donde queda el acto lesivo que produjo este despido, el tiempo que dejó de percibir sus remuneraciones, beneficios, como también la afectación a su futura pensión de jubilación, es por ello que corresponde sancionar la conducta del empleador para que deje de cometer estos actos lesivos contra los derechos fundamentales, que constituye un abuso del derecho conforme al artículo 103 de la CPP. De tal forma que un trabajador, a pocos años de jubilarse ante un despido incausado, fraudulento solo le corresponde el pago indemnizatorio puesto que no sería viable la

posibilidad que pueda acumular en esta misma pretensión su tiempo de servicios, sus beneficios, las remuneraciones que no percibió por el despido y que el empleador tenga la obligación de aportar los periodos no efectuados al sistema pensionario. Es decir que al trabajador solo se le indemnizara por los daños patrimoniales que le ha ocasionado en modalidad de lucro cesante, que este ha dejado de percibir o pérdida de ingresos, pero esto no cubre las remuneraciones devengadas o dicho de otra manera los salarios caídos y otros beneficios sociales, como también las aportaciones dejadas de realizar y el tiempo de servicio para su pensión de jubilación. Es por ello que se pretende que los despidos incausados y fraudulentos se le debe dar el mismo tratamiento jurídico que los despidos nulos, porque tienen las mismas consecuencias y efectos, puesto que concurren de la misma naturaleza de despidos inconstitucionales. Aunque muchos doctrinarios piensan que la indemnización en la modalidad lucro cesante suple las remuneraciones devengadas, esto no es cierto porque no abarca todos los derechos que se han visto vulnerados de los trabajadores; puesto que son diferentes, la primera es un daño patrimonial que ha originado como consecuencia del acto lesivo y la segunda son remuneraciones dejadas de percibir por un hecho lesivo que vulnera derechos constitucionales, y además la seguridad social del sistema pensionario, porque se está perjudicando al tiempo que aporta un trabajador para su pensión de jubilación, y así tenga una vida digna y saludable como prevé nuestra Constitución Política del Perú.

En consecuencia, podemos decir que las remuneraciones devengadas no son un provecho indebido por parte del trabajador, puesto que viene hacer un acto lesivo del empleador, que, por ocasionar esa vulneración o agresión de los derechos constitucionales, este tiene que retribuir los salarios y demás beneficios que dejo de percibir por su conducta lesiva. En conclusión, los trabajadores que están sufriendo estos despidos incausados, ya próximos a jubilarse , se están viendo afectados por los actos lesivos de los empleadores, puesto que acarrea una serie de derechos fundamentales agraviados, como podemos ver dejan de tener un seguro para ser atendidos

en cualquier emergencia y también les afecta en su pensión al momento de jubilarse, puesto que dejan de aportar el tiempo que estos son despedidos; y puede ser que no logren cumplir los requisitos del sistema pensionario que por ley exige, y por ende no se estaría tutelando el derecho al trabajador como prevé una constitución política del Perú., es por ello que queremos proponer la homologación de los efectos resarcitorios del Despido Incausado al efecto reparador integral del Despido Nulo conforme el Art. 40 del Decreto Supremo No.003-97-TR, para que exista una debita protección contra estos derechos vulnerados del trabajador.

Mena (2018). En su tesis titulada “La importancia de las Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido fraudulento: el caso peruano”, sostiene que debe haber una regulación inmediata al despido fraudulento, para así eliminar toda incertidumbre sobre estos aspectos y lograr tener una protección legal como lo tiene el despido nulo, porque tienen los mismos efectos restitutorios, y así los trabajadores que sufran este tipo de despido se encuentren protegidos y amparados por las conductas ilegales de los empleadores y concluye que se debe reconocer a los trabajadores las remuneraciones que no percibió por el cese, o dicho de otra manera remuneraciones devengadas tal como se le otorga al despido nulo, para que así el empleador sea sancionado reincorporándolo y pagándole sus remuneraciones que le habrían correspondido.

Huanayque (2017). En su tesis titulada Análisis de la Jurisprudencia y los Juzgados laborales a nivel corte, sostiene que la justicia laboral dentro del marco dual de protección, por más años no ha existido una regulación expresa al despido fraudulento, aunque muchas opiniones jurisprudenciales han querido contribuir en esta diferenciación con el despido incausado, pero han sido parcialmente resueltos en los hechos cuando se produce una desnaturalización en la relación laboral, y concluye que debe haber un consenso y revisión inmediata entre los tribunales constitucionales y la corte suprema a fin de hacer una decisión firme para los pronunciamientos de los jueces laborales.

Zegarra (2017). En su tesis titulada Despido Nulo y Pago de Indemnización, sostiene solo en el despido nulo se dispone el pago de remuneraciones dejadas de percibir o remuneraciones devengadas, es por ello que los jueces mencionan la posibilidad de que tengan remuneración por el periodo no trabajado, viene a ser el goce de una prestación efectiva de labores por parte del trabajador, salvo algunas distinciones previstas por ley, sumando a ello los demás daños que pueda ocasionarle como el moral a su imagen, reputación y autoestima que tenía ante la sociedad, de este modo concluye que debe haber una modificación del despido nulo en cuanto a las remuneraciones devengadas, porque podría dar lugar a demandas judiciales cuestionando la naturaleza jurídica de las remuneraciones y posteriormente declarar nulos dichos pagos.

Paz & Toribio (2018). En su tesis titulada La aplicación del factor de Mitigación de daño en los Despidos Laborales en la cuantificación del Lucro Cesante, sostiene que existen dos opciones para cuantificar el lucro cesante: la continuidad de la libre determinación prudencial por parte del juez o la estandarización en su cuantificación mediante criterios objetivos de cálculo, es por ello que existe divergencia de criterios entre los jueces laborales de la libertad, quienes aplican el factor de mitigación de daño para la cuantificación del lucro cesante, y la primera sala laboral se opone, actualmente existe un vacío legislativo en cuanto al deber de mitigación de daños de un trabajador que fue despedido, primando hasta ahora la teoría de la restitución integral del agravio, y concluye sugiriendo a los jueces laborales de primera instancia que eviten aplicar el factor de mitigación de daño al valorar el lucro cesante en el supuesto hipotético de nuevo empleo, ya que ello contraviene el derecho a la remuneración.

Pacherres (2015). En sus tesis titulada Sentencias de las salas sobre despidos arbitrarios e indemnización de Piura, sostiene que la calidad de sentencias en primera y segunda instancias se determinaron que fue de rango mediana y baja respectivamente en las partes expositivas,

considerativas y resolutivas, del mismo modo en segunda instancia fue de rango alta en todos los extremos de la resolución y concluye que el juez se ha respetado las formalidades exigidas para la creación de la sentencia, es por ello que no pudo juzgar, calificar y determinar el fondo de las mismas, porque estaría vulnerando los principios del ejercicio jurisdiccional.

Rojas (2017). En su artículo titulado Alcances sobre el Pago de Remuneraciones Devengadas, sostiene que debido los plenos supremos del 2016 surgieron estos debates si es que es procedente otorgar remuneraciones devengadas para los despidos lesivos; asimismo menciona que lo razonable y proporcional sería para proteger y tutelar el derecho al trabajo ante estos despidos, además que sea repuesto al centro de labores, para que así garantice una reparación integral del daño sufrido; a ello agrega como dice el informe rumano es la forma de restitutio in integrum. Que el trabajador regrese a su centro de labores, desempeñando la misma función, conservando su categoría, su antigüedad, sus mismos términos y la misma remuneración; el problema surge que en los despidos fraudulentos e incausados no se le está otorgando las remuneraciones dejadas de percibir, y lo ideal sería modificar el artículo 40 de la LPCL.

Burgos (2018). En su tesis titulada La Naturaleza Jurídica de las Remuneraciones Devengadas en el ordenamiento Peruano, sostiene que Las remuneraciones devengadas, tienen doble naturaleza jurídica, la cual es indemnizatoria y remunerativa; es indemnizatoria porque busca reparar un acto lesivo (despido) regulado en la legislación laboral; y por otro lado tenemos que es de carácter remunerativo en razón a que el tiempo dejado de laborar, se considera que se mantiene subsistente el vínculo laboral, ya que la fuerza de disposición de trabajo está vigente desde la suscripción del contrato, y concluye sugiriendo una rápida modificación del artículo 40 de la LPCL, en este sentido: al declarar admisible la demanda de reposición por despido nulo, incausado, fraudulento o cualquier otra forma de despido inconstitucional, el juez ordenará las remuneraciones que el trabajador no

ha percibido durante el tiempo del cese, del mismo modo los depósitos a la CTS con los intereses respectivos.

Madinda (2015). En su tesis titulada *Unfair Termination of Employment at Workplaces*, sostiene que la terminación desleal del empleo se refiere al proceso de despido de empleados en ausencia de una razón sustancial, es la remoción de alguien que por razones que no son legales, es decir que las oficinas son testigos de muchos motivos injustos en la aplicación de estas normas disciplinarias por parte de los empleadores, puesto estos adquieren posesión legal sobre los empleados, esa es la razón injusta y terminación injusta del empleo, y concluye que la relación de empleadores y empleados, está arruinando por muchos factores que son internos o externos, la terminación del empleo, puesto que la lucha de ambos por el equilibrio equitativo de derechos nunca llegara a su fin ya que ningún grupo está listo para ser derrotado.

Buchbach (2017). En su tesis titulada “*Social Media Policies and Work: Reconciling Personal Autonomy interests and Employer Risk*”, sostiene que en la era de las redes sociales surgen nuevos conflictos en el empleo, en relación a la conducta responsable, libertad de expresión, autonomía personal y privacidad individual, mientras que los empleadores hacen cumplir las reglas en su intento de regular el comportamiento de los empleados en el trabajo y fuera del horario de oficina, lo cual podemos decir es un acuerdo o contrato de trabajo, puesto que los empleados se ven enfrentados con las acciones disciplinarias o perder su empleo si no se adhieren a las directivas políticas de la empresa, lo cual ocasiona que se entrometan en su vida privada, que es irrazonable y no exigible; concluye que debe existir un marco de política de principios que las empresas deben seguir para equilibrar los intereses y reducir las tensiones de las redes sociales en los empleados.

Kessuwan (2016). En su tesis titulada *Unfair Dismissal Remedies*, sostiene que la ley de trabajo de Tailandia no especifica los principios, no están claros

al establecer despidos injustos o improcedentes, solo se basa para establecer la compensación en la discreción de los jueces al considerar la edad, periodo de trabajo, aflicción del empleado por el despido, causas del despido y la indemnización por despido, concluye que la legislación laboral de Tailandia debería tener la ley para proporcionar la descripción de despido improcedente para la equidad del empleador y especifique claramente los métodos de cálculo de indemnización por despido improcedente.

Tjaart (2016). En su tesis titulada *The Juridical Basis of the Statutory Claim for Compensation in Unfair Dismissal Cases*, sostiene que se ha establecido un sistema de resolución de disputas masivas altamente eficiente en Sudáfrica con la implementación de la ley de relaciones laborales de 1995, asimismo los recursos de reincorporaciones, reemplazo y compensación están en el corazón de este sistema, pero la determinación de compensación por despidos sustantivos y procesales sobre la base de lo que se perciben ser justo y equitativo en todas las circunstancias del caso individual; significativamente no hay estándares o marcos adicionales que se encuentren en el estatuto y no es extraño que se formulen preguntas, es por ello que concluye que existe la necesidad de un nuevo modelo para la cuantificación de la compensación en reclamos de despido improcedente con el fin de mejorar la coherencia y la precisión, evidentemente es necesario, que antes de que se diseñe un nuevo modelo compensatorio, todos los actores estén de acuerdo con los principios, procedimientos, formulas y métodos de cálculo, limitaciones, resultados y objetivos del modelo, se afirma que la legislación de compensación comparativa en otras jurisdicciones debe investigarse con miras a la reforma de todas las disposiciones pertinentes con respecto a los despidos en el LRA 1995.

Howe (2016). En su tesis titulada *Why Do so Few Employees get their Jobs Back? a Critique of the Remedy of Reinstatement in the Unfair Dismissal systems of Australian and Britain*, sostiene que la ley de legislaciones laborales de 1993 no era un orden sino modernización, reordenar las relaciones laborales para que la negociación empresarial y los procesos

tradicionales de conciliación y arbitraje se convirtieron en el determinante central de salarios y condiciones con el fin de tener una protección jurídica de los trabajadores y así garantizar un mayor grado de seguridad laboral en proporción a un costo a los empleadores por despido improcedente, y concluye que hay que lograr el reintegro más con frecuencia bajo los modelos tradicionales y contrarrestar la dependencia sobre la cobertura sindical para proteger la seguridad laboral.

El despido es la disolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, sea de manera justa o injusta, (Arévalo, 2016). Asimismo el despido es aquel acto autónomo e independiente que contiene la decisión firme de la autoridad, para su validez, debe ser conforme al procedimiento previsto por ley, (Valderrama, 2015); y en concordancia con este autor nos menciona que el despido es poner fin a una relación laboral, por causas legales del empleador, (Neves, 2015).

Las características del Despido: Es un acto independiente del empleador; Extingue la relación laboral, y por ende los labores en el centro de trabajo; Es un acto recepticio, porque el trabajador tiene que conocer la decisión del empleador; Es un acto voluntario del empleador directamente, sin necesidad de proponerlo; Este acto lesivo que puede darse de distintas maneras, (Arévalo, 2016). Los tipos de Despido en el Perú: El despido arbitrario, en este tipo de despido el empleador hace un ejercicio abusivo del derecho en extinguir la relación laboral sin ningún motivo válido al trabajador y lo compensa únicamente con el pago de indemnización, a pesar que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe tal situación, (Neves, 2015).

Según el art. 34° del D.S. N°003.97-TR, sostiene que nuestro ordenamiento jurídico, hay dos tipos de despido arbitrario, el primero es cuando se despide al empleado sin motivo alguno o por no haberse señalado causa o falta; y el segundo cuando se despide al empleado expresando la causa, pero sin poder probarlo en el juicio o proceso judicial. Y conforme lo previsto en el artículo 36 del D.S. N°003.97-TR, menciona que el plazo para accionar de

manera judicial, caduca a los 30 días naturales de ocurrido la causa o hecho que ocasiono el despido. De acuerdo al art. 34 del mismo cuerpo normativo, establece que, en cualquiera de los casos el trabajador solo le corresponde el pago indemnizatorio, que se encuentra tasada por ley, también podrá demandar al mismo tiempo cualquier otro beneficio que le corresponda. Quien conoce estas materias, son los jueces especializados del trabajo, en proceso ordinario laboral, de acuerdo al art. 2° de la Ley N°29497.

El despido Nulo.-Es un despido ilícito desde todo punto de vista, puesto que contraviene la ley, vulnerando los derechos reconocidos al trabajador, ocasionando así una vulneración de derechos constitucionales protegidos, (Arce, 2015).En suma, el concepto de remuneraciones devengadas, o también denominado “salarios truncos” o “remuneraciones caídas”, alude al monto dinerario que le corresponde recibir al trabajador como consecuencia directa de la reposición que obtuviere frente al cese unilateral e ilegal impuesto por el empleador en menoscabo de sus derechos constitucionales, (Fernández, 2017). Que una vez declara fundada la demanda, el juez ordenara la reposición del trabajador a su empleo, sin afectar su puesto que venía laborando y el pago de las remuneraciones devengadas o dejadas de percibir, desde el momento que se cometió el hecho ilícito, y del mismo modo ordenara los depósitos a la CTS, conforme lo previsto en el art. 40 D.S. N° 003-97-TR. De acuerdo al artículo 29° del Decreto Supremo No.003-97-TR., nos menciona que son nulos los despidos que tengan los siguientes fundamentos: las afiliaciones a sindicatos; ser candidato para representar a los trabajadores; o haber presentado una queja contra el empleado; la discriminación por diversas maneras, el embarazo en cualquier momento del periodo; si el trabajador tiene sida; o por alguna discapacidad que detente el trabajador. El plazo de caducidad de la acción es de treinta días hábiles de producido el agravio, conforme lo establece el art. 36 D.S. N° 003-97-TR. Son competentes para conocer estas materias, los jueces especializados del trabajo, en proceso abreviado laboral, según el art. 2° de la Ley N°29497.

El despido Indirecto.-La relación laboral puede llegar estar lesionada cuando el empleador comete faltas graves contra el trabajador, incumpliendo responsabilidades acordadas dentro del contrato de trabajo, (Blancas, 2015). Es la terminación de la relación de trabajo, por conductas inherentes del empleador, que obliga al trabajador a renunciar, debido a varios sucesos o actos de hostilidad que le causo, y así el trabajador tome la decisión de retirarse, (Arce, 2015). De acuerdo al art. 30 del mismo cuerpo normativo, nos menciona los actos de hostilidad equiparables al despido, pueden ser cuando el empleador no le paga su remuneración oportunamente a su trabajador, la reducción de su remuneración o puesto de trabajo, el cambio de lugar de trabajo a otro distinto ocasionando un perjuicio a su trabajador, la falta de medidas de seguridad que ponen en peligro la salud y vida del trabajador, los actos de violencia graves de palabra, la discriminación por diversas maneras, los hostigamientos contra su moral, dignidad e imagen. El plazo para accionar es de 30 días naturales, pero en este caso de hostilidad se contabiliza a partir desde el día siguiente que vence el plazo que se le ha sido otorgado al empleador para que fundamente su descargo o corrija su actitud frente al trabajador, art. 57 del R. D.S. N° 003-97-TR. Puede optar por accionar el cese de la hostilidad, en el cual el juez le impondrá una multa a su empleador de acuerdo a la gravedad; o también sería terminar el contrato de trabajo, y pedir el pago de la indemnización, conforme al art. 35 D.S. N° 003-97-TR. Conocen estas materias, los jueces especializados del trabajo, en proceso ordinario laboral, conforme el art. 2° de la Ley N°29497.

El despido por justa causa.-Es la potestad que tiene el empleador para despedir, cuando el trabajador ha transgredido las causales prescritas en el contrato o la ley, que pueden estar relacionadas con las capacidades y conductas del trabajador, (Arce, 2015). Asimismo este tipo de despido debe seguir todo un procedimiento ya establecido, y si no se cumple a pesar de haber cometido la falta, el despido será arbitrario, es por ello que se debe seguir las formalidades correspondientes, (Haro, 2015). De acuerdo a los arts. 23 y 24 del mismo cuerpo normativo, son motivos legales para despedir

por parte del empleador, las relacionadas a la capacidad y conducta del trabajador las siguientes: el detrimento física o mental, rendimiento defectuoso, el no querer someterse a exámenes médicos convenidos o establecidos por ley, la comisión de faltas graves, la condena por delito doloso, inhabilitación del trabajador. Los despidos fundados en causas justas debidamente acreditados o probados en el proceso o juicio, relacionadas en su conducta o capacidad del trabajador, no dan lugar a indemnización, conforme al art. 34 D.S. N° 003-97-TR.

Los despidos creados por el Tribunal constitucional: El despido incausado, en el expediente N° 976-2001 AA/TC. (Caso Eusebio Llanos Huasco) y el expediente N° 0206-2005-AA/TC. (Caso Baylón Flores), se definió al despido incausado cuando se despide al trabajador, de forma oral o documento, sin señalar motivo o fundamento que justifique relacionada a su conducta o labor. Por ende, al trabajador despedido debe imputársele una causa o motivo justo, además de respetarse el procedimiento previo para el despido.

Menciona que el despido sin causa, sin motivo que está todavía hasta ahora en el art. 34° del DS. 003-97-TR esta igualito, porque no ha hecho el TC ningún control concentrado simplemente en los amparos lo que hace es inaplicar el art 34°, pero claro ya no lo utilizan, pero el despido arbitrario que estaba ahí que se podía despedir sin causa, ahora el TC dice no aquel que despide sin causa tiene otras derivaciones, y ya comienza a poner casos concretos. Por ejemplo: un trabajador que está en un contrato bajo modalidad, pero un contrato disfrazado porque en el fondo es de duración indeterminada no se puede poner término, o el trabajador anuncia o el empleador lo despide por causa justa. (Pacheco, 2019) Este despido presenta dos tipos de supuestos: la desnaturalización contractual y la suspensión de labores indefinida; pero también se pueden dar por estas circunstancias: Por no expresar la causa del despido; por no mencionar el motivo del cese, terminar el contrato determinado encubierto, terminar la locación desnaturalizada, el convenio de prácticas desnaturalizada y

pensión forzada de jubilación. Señala que este despido se configura, con la sola vulneración de no expresar razón o causa que justifique el despido del trabajador., y asimismo menciona que tiene dos supuestos este despido la desnaturalización contractual y la suspensión del contrato indefinido, (Blancas, 2015).

El I Pleno Supremo Laboral 2012, concluye que el plazo de caducidad de producido el despido es de 30 días naturales, conforme al art. 36 de la LPCL. El I Pleno Supremo Laboral 2012, menciona que el trabajador puede demandar reposición, luego en el V pleno laboral, concluyeron que el trabajador puede pedir la reposición y el pago indemnizatorio por el despido lesivo. De acuerdo al I Pleno laboral 2012, se mencionó que son competentes los jueces especializados del trabajo, en proceso abreviado laboral como única pretensión la reposición, luego en el V Pleno Laboral, se concluyó que puede demandar en proceso ordinario acumulación de pretensiones, o también en proceso abreviado laboral.

El despido fraudulento; en el Expediente N°976-2001 AA/TC. y el expediente N° 0206-2005-AA/TC. (Caso Baylón Flores), se definió al despido fraudulento cuando el empleador mediante actos o hechos, engaña con ánimo perverso al trabajador, imputándole faltas inexistentes, falsas o imaginarias, y además le atribuye faltas no previstos legalmente, vulnerando así los principios laborales, mediante la fabricación de pruebas. Menciona que el despido fraudulento hay casos en que el empleador siembra la falta grave, por ejemplo: cuando el trabajador deja su mochila en el casillero de la empresa, se va a laborar, regresa y le han colocado una herramienta de la empresa, y está esperándolo la policía, fiscalía en garita de control, le dicen abra su mochila y lo encuentran, eso viene hacer un despido perverso llamada por el TC, que crea faltas graves sin estar tipificadas en el DS. 003-97-TR. Este despido presenta varios tipos de supuestos, en los que el empleador puede utilizar para despedir al trabajador como: imputar hechos imaginarios e inexistentes al trabajador; atribuirle faltas no previstas en la

ley, vulnerando el principio de tipicidad; cuando hay vicio en la voluntad de la extinción laboral; la fabricación de pruebas, (Pacheco, 2019).

El I pleno laboral menciona que el plazo de caducidad es de 30 días naturales, de ocurrido el hecho que produjo este despido tal como lo prescribe el art. 36 LPCL. De acuerdo al I y V Pleno Laboral, sostuvieron que los trabajadores pueden pedir la reposición como pretensión única, o también acumular simultáneamente con el pago de la indemnización como consecuencia del hecho que produjo este despido. Son competentes los jueces especializados del trabajo, en proceso abreviado laboral cuando tengan como única pretensión la reposición, conforme al I Pleno Laboral, y el V Pleno Laboral menciona que pueden también accionar en proceso ordinario cuando acumulen más pretensiones o en proceso abreviado laboral como única pretensión la reposición.

Con la creación de estos despidos fraudulento e incausado, surgieron muchos problemas, al comienzo se dijo que el despido incausado era competente el TC, el despido fraudulento cuando no necesitaba prueba era competente el TC o la jurisdicción constitucional, lo dos eran competencia constitucional , solamente el fraudulento si necesitaba prueba podía ir al ordinario laboral, pero después han ido cambiando con la Ley N° 26636 a la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 26497 también como proceso abreviado y proceso ordinario, para que ingresen estos despidos, porque sus efectos son la reposición. También había problema con el plazo de caducidad, muchos jueces aplicaban el art 36 del DS. 003-97-TR que dice 30 días naturales, pero se ha establecido que deben ser hábiles para el despido nulo, arbitrario, indirecto, pero no podemos utilizar por analogía esa caducidad según el título preliminar del Código Civil menciona que la analogía no podemos utilizarla si perjudica a la persona, y otros distritos judiciales decidieron darle un plazo prescripción de 4 años, pero luego la corte suprema dijo que se aplique el mismo plazo de caducidad de los despidos nulo, arbitrario e indirecto del art. 36° a los despidos incausados y fraudulentos. (Pacheco, 2019)

Los Principios del Derecho del Trabajo, son las líneas directrices que orientan a la elaboración de normas e inspiran para solucionar conflictos, que sirvan para la aprobación de nuevas normativas, e interpretar las existentes para una eficaz aplicación, (Plá, 1978). Y asimismo nuestra Constitución Política de 1993, en su Art. 26°, menciona unas líneas directrices que dirigen la relación laboral, la igualdad ante todos, la irrenunciabilidad de los derechos conferidos por la carta magna, e interpretación favorable al trabajador.

Tipos de Principio: Principio Pro operario, materializa al principio protector de las desigualdades que existen entre el trabajador y el empleador, de una relación de asimetría de poder, información y medios económicos para poder acceder a una justicia justa, siendo la parte más débil el trabajador frente al empleador que ostenta de poderío. Existen tres reglas para entender este principio protector: el indubio pro operario, que el juez debe interpretar de diversas maneras la norma, con el fin que sea más favorable al trabajador; la norma más favorable, que el operador jurídico en caso de duda entre dos o más normas, debe elegir una que beneficie al trabajador; la condición más beneficiosa, se debe aplicar en las condiciones adecuadas al trabajador, (Plá,1978).

El principio de irrenunciabilidad de derechos, consiste en que el trabajador no puede renunciar o privarse por voluntad propia de derechos o ventajas que están establecidos en el ordenamiento jurídico o en convenios colectivos, (Plá,1978); El principio de continuidad en la relación laboral consiste en un vínculo duradero entre las partes, al momento de celebrar un contrato de prestaciones recíprocas, se evidencia que las partes se involucran en una relación meramente de trabajo y lo que se procura es conservarla en el tiempo, por un periodo indefinido e indeterminado. (Zavala, 2009); El principio de igualdad de trato y no discriminación, es una igualdad

de oportunidades que debe tener todo trabajador para el acceso al trabajo, que no debe ser vulnerada por el Estado o los particulares en las relaciones laborales que no haya tratos diferenciados que afecten al trabajador, y no sea discriminado por estos tratos desiguales. (Ermida, 2011)

La remuneración es un derecho fundamental de acuerdo a nuestra constitución, mas no es una parte primordial del contrato de trabajo, (Toyama, 2016); asimismo la remuneración o sueldo, es lo que recibe el trabajador por el trabajo efectuado al jefe o empleador, también podemos decir que remuneración no solo es la ordinaria percibida por el trabajador sino también cualquier otro pago sea la forma o denominación. (Arévalo, 2016); en concordancia nos dice que el contrato de trabajo tiene obligaciones reciprocas de ambas partes, en la cual el empleador tiene que pagar una remuneración al trabajador por sus servicios prestados, (Castillo, Demartini, Feria & Romero, 2014).

Clasificación de la Remuneración: a) remuneración básica, es una remuneración esencial estable, por el cual el trabajador percibe una cantidad determinada, por el tiempo que prestara sus labores; b) Remuneración Mínima Vital, hace referencia al sueldo mínimo, termino acogido por la OIT, denominado en el Perú desde 1990 como remuneración mínima vital, pero los últimos acontecimientos tanto la Constitución del 1993 y los Decretos Supremos han suprimido la expresión vital y solo utilizan las terminos remuneración mínima (RM); c) Remuneración Imprecisa, en este tipo se encuentran las modalidades remunerativas cuyos montos pagados al trabajador se encuentran directamente relacionados a las ventas que realice, estas modalidades de los trabajadores están reconocidas por la legislación laboral como comisionistas, siendo ello se considerara como remuneración total la sumatoria de todas las ventas que realice, (Toyoma, 2016).

Las características son las siguientes: Incremento Patrimonial, como regla general se tiene por sentado que todo pago de conceptos remunerativos enerva un incremento del patrimonio personal e incluso del patrimonio

familiar del trabajador. La ganancia de los trabajadores, viene hacer el pago mismo de la remuneración; Libre Disposición, la remuneración constituye todos los montos pagados al trabajador, y este tiene autonomía respecto del destino que le dará a la remuneración, puesto que posee potestad exclusiva, en tanto que propietario de la remuneración, de disfrutar o disponer de ella como mejor le parezca; Contraprestativo, es decir que la remuneración, viene hacer el pago que le corresponde al trabajador por el servicio realizado, asimismo podemos decir que el trabajador al estar inactivo temporalmente por ciertas causas, no origina el cese de la remuneración; Irrenunciable, el trabajador no tiene la posibilidad de abandonar unilateralmente los derechos laborales como es la remuneración, beneficios sociales, cts, entre otros, reconocidos por la ley; Inembargable, lo que debe el trabajador, no pueden resultar embargos sobre las remuneraciones cuando estas no excedan de 5URP, solo el exceso será embargable hasta la tercera parte, o cuando se trate de garantizar pensiones alimentarias, las medidas de embargo procederá hasta el 65% de los ingresos; Intangible, la remuneración debe ser cancelada de manera total, no cabe el pago parcial, ni mucho menos la reducción, tampoco compensada por decisión independiente del empleador, salvo casos previstos por ley o convenio colectivo; Alimentario, la remuneración para el trabajador y su entorno familiar, debe procurar satisfacción y bienestar de sus necesidades primarias, como es la alimentación, y entre otras necesidades básicas para la subsistencia, tal como lo prevé nuestra Constitución que el trabajador tenga condiciones dignas para él y su entorno familiar, (Castillo et al., 2014).

Las remuneraciones devengadas viene hacer todo lo que el trabajador, hubiera percibido sino habría sido despedido por el empleador, podríamos decir que estas remuneraciones comprenden las bonificaciones, incrementos, primas, premios, entre otros criterios remunerativos que se hubieran dado, También podemos decir que estas remuneraciones devengadas, son denominadas como salarios truncos o remuneraciones caídas, que le corresponden al trabajador como consecuencia del despido arbitrario que este ha sufrido, cuya finalidad es la reposición a su centro de

labores, (Fernández, 2017). En nuestro ordenamiento jurídico, lo encontramos en el art. 40° del DL. N°728, que solo reconoce al despido nulo, el pago de remuneraciones devengadas o dejadas de percibir desde que se produjo el hecho lesivo al trabajador, como también los depósitos a la CTS según sea el caso, por orden del Juez si declara fundada la demanda.

La disciplina de la Responsabilidad Civil hace referencia al criterio principal de indemnizar todos los daños producidos, sean consecuencia del incumplimiento de obligaciones voluntarias meramente contractual, o se trate de perjuicios cuyos resultados sean de una conducta, sin que exista ningún tipo de vínculo obligatorio es denominado extracontractual, (Taboada, 2018). La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restaurar todo el perjuicio ocasionado por el hecho lesivo, al momento de estipular el contrato, asimismo señala que para que haya una lesión o vulneración contractual no requiere que se incumpla una obligación y que dicho incumplimiento sea imputable a los deudores, sino que debe acreditarse que tal incumplimiento causó un perjuicio, esto es, corroborar si se produjeron estos daños y perjuicios, (Osterling, 2015). El perjudicado en casos de incumplimiento de actos ilícitos, tiene derecho a ser indemnizado por el responsable que ocasionó los daños, además de las utilidades que haya dejado de percibir, (Ossorio, 2015).

Elementos de la Responsabilidad Civil: La Antijuricidad, es toda conducta atípica, cuando se vulneran normas prohibidas y se transgrede el ordenamiento jurídico, por ejemplo cuando se afectan valores o principios protegidos por nuestro sistema jurídico, estas conductas pueden ser típicas cuando están previstas en la norma, puede ser cuando causan un daño y por ende nace la obligación de indemnizar, y también pueden ser atípicas cuando no existe regulación alguna, pero violan y transgreden la normativa

de acuerdo a los arts. 1321 y 1969 del Código Civil; El Daño, viene hacer toda lesión, detrimento que se refleja en la persona, por causa de la inejecución de las obligaciones, que pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales; El Nexo causal, es la relación entre el hecho y el daño ocasionado, y asimismo de acuerdo al art. 1321 del C.C menciona que los daños deben tener efectos inmediatos y directos del incumplimiento o del hecho dañino; Factor de Atribución, son los que determinan si ha ocurrido la responsabilidad civil, una vez cumplido los requisitos antes mencionados, se debe mirar estos dos sistemas: el sistema subjetivo cuando el autor causa un daño de su conducta antijurídica, este responde si actúa con culpa (dolo o culpa), mientras el sistema objetivo, además de probar los tres requisitos, se debe acreditar que el daño es peligroso o riesgoso por causa de la conducta, sin necesidad de probar la culpabilidad, de acuerdo a los arts. 1321 y 1969 del Código Civil, (Taboada, 2018).

Clases de Daños: Daños Patrimoniales, son aquellos daños materiales que afectan el patrimonio de la persona, que luego se ven reflejados de manera directa en el sufrimiento, destrucción, menoscabo y de manera indirecta lo que dejara de obtener por el daño que ha sufrido, El daño emergente lo constituyen las pérdidas, afectaciones o menoscabos por incumplimiento de las obligaciones que sufre la persona, o dicho de otra manera el empobrecimiento o perjuicio de su patrimonio; El lucro cesante es definido como aquellas utilidades o montos dinerarios que, de no haber ocurrido el daño, hubieran incidido en acrecentar o consolidar el patrimonio del acreedor, pero que, por causa del daño y la subsecuente inejecución de las obligaciones, su percepción fue truncada, lo cual deviene pérdidas que sufre el acreedor. De ahí que se considere al lucro cesante como aquel lucro esperado con probabilidad, (Osterling, 2015); y el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, 2016, señaló que en los casos que se le reconozca a los trabajadores una indemnización por despidos fraudulentos e incausados, el ordenara el pago de daños punitivos con el fin de castigar la conducta ilícita del empleador, siendo el valor equivalente a lo aportado a la ONP o AFP.

Los Daños Extrapatrimoniales: El Daño Moral es el detrimento a los sentimientos de una persona, a la integridad espiritual, psicológica y personal, que genera una afectación a su dignidad negativamente en el sujeto; El Daño al Proyecto de Vida, es la indemnización por la frustración del plan profesional que tiene el trabajador frente a un despido, siendo el caso que a un trabajador se despide en su periodo de prueba, pero a su vez a este le hicieron renunciar de su anterior labor, aquí le estaría perjudicando su futuro profesional, (Alva, 2015) y (Osterling, 2015).

El Seguro Social de Salud, brinda a sus asegurados servicios para el bienestar y salud confortable de la persona, ya sea en el ámbito social, del trabajo o enfermedades profesionales, de acuerdo al Art. 2 de la Ley No. 26790. Asimismo, nos menciona que son asegurados del seguro social, los trabajadores activos, pensionistas y derechohabientes; y los aportes para el seguro lo realiza el empleador de su remuneración o ingresos del trabajador, el 9% para su salud, de acuerdo a los Arts. 3° y 6 ° de la Ley No. 26790. La seguridad social es una garantía que tiene todo individuo para acceder a la asistencia médica, en diversas situaciones de enfermedades ya sea por invalidez, muerte, entre otros. Asimismo, menciona que la seguridad social, esta conceptualizada en los convenios de la OIT, como un derecho fundamental, aunque solo una parte muy reducida de los individuos de nuestro planeta disfrutan de este, (Rivas, 2017).

El Tribunal Constitucional lo define a la Seguridad Social como la garantía constitucional que es protegida por el estado, de acuerdo a nuestra constitución que ampara la calidad de vida y la contingencia, pero requiriendo antes un supuesto factico al que acompaña una presunción de estado de necesidad ya sea invalidez, cese de empleo, orfandad, viudez, entre otros que condiciona el otorgamiento de una pensión y/o asistencia médica.

El Sistema Pensionario del Trabajo, el derecho pensionario es un campo que se tiene autonomía independiente, con sus propios lineamientos y reglas, a

diferencia de la Seguridad Social, pero sin dejar a lado que ésta influye, abarca y categoriza al Derecho Pensionario, actualmente en el Perú existen dos sistemas pensionarios, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), en donde se realizan todos los aportes de los trabajadores en su ciclo laboral, y se van a un fondo común o colectivo de ser el caso, con el fin de que estos trabajadores tengan una pensión o ahorro para su vejez o cualquier inconveniente que pueda llegar a pasar en su vida. (Grzetich, 2015).

El Sistema Nacional de Pensiones (SNP), Mediante el Decreto Ley 19990, se creó para favorecer a los trabajadores de los distintos regímenes especiales de actividad privada, obreros, servidores y funcionarios públicos que están en el régimen de actividad pública, podemos decir entonces que es un sistema de reparto, supervisado por la oficina de normalización previsional (ONP), cuya función principal es el otorgamiento de prestaciones fijas, para que así las aportaciones realizadas de manera colectiva de los trabajadores subvencione las pensiones. Las prestaciones que brinda el Sistema Nacional de Pensiones, es la jubilación, la invalidez, viudez, ascendencia y orfandad.

El Sistema Privado de Pensiones (SPP), Mediante el Decreto Ley 25897, se creó este sistema como una nuevo sistema de aportes diferente al snp caracterizado por tener un sistema de cuentas individuales, en donde cada uno de los trabajadores ahorra para obtener así su pensión, a través de su cuenta individual de capitalización (CIC), siendo supervisado por la superintendencia de banca, seguros y AFP (SBS) y dirigido por la administradora de fondos y pensiones (AFP). Este sistema privado de pensiones otorga pensiones de jubilación, orfandad, ascendencia, invalidez y viudez.

El Planteamiento del problema de investigación: ¿De qué manera el Pago Indemnizatorio en el Despido Incausado vulnera el Derecho a la Seguridad Social y al Sistema Pensionario?

La Justificación Teórica, el propósito de la investigación estudiada es aportar conocimientos para que vayan hacer mejor explotados por nuestros juristas, quienes aplican el Principio de la norma más favorable al trabajador; para contribuir en la mejora actual de nuestro sistema laboral, en cuanto a los despidos incausados que están transgrediendo los derechos fundamentales, y esto está vulnerando la seguridad social y el derecho pensionario del trabajador; puesto que solo se le está indemnizando al trabajador por el tiempo dejado de laborar, mas no por los aportes dejados de realizar al SNP o SPP, lo cual está ocasionando un agravio a la seguridad social del trabajador en su futuro pensionario. Provocando así, que no se contabilice el tiempo que esta sin laborar, para el tiempo de jubilación establecido por ley, que este requiere para que tenga una pensión digna y segura para su salud y bienestar.

La Justificación Practica, la finalidad es proponer la modificación del art 34 ds.003-97-tr para regular al despido incausado una protección integral como lo tiene un despido nulo, puesto que dichos despidos vulneran derechos fundamentales, y se han adoptado los mismos plazos de caducidad, y lo que buscamos es que se le reconozcan también las remuneraciones devengadas, por ser de la misma naturaleza jurídica, y así sea aplicado por nuestras salas laborales al momento de evaluar estos casos y tomar una decisión razonable sin atentar el derecho fundamental a la remuneración del trabajador.

La Justificación Metodológica, Esta investigación está basada en que aplique este nuevo procedimiento a los futuros despidos incausados, de igual manera como si fuera un despido nulo, puesto que están vulnerando derechos fundamentales, y de ser así esto será un precedente para los futuros trabajadores que se sientan violentados por estas clases de despido, para que tengan una debida protección contra su salud y pensión de jubilación.

En el presente trabajo de investigación se planteó como objetivo general: Determinar el Pago Indemnizatorio en el Despido Incausado vulnera el Derecho a la Seguridad Social y Sistema Pensionario; y como Objetivos Específicos: Analizar los Plenos Jurisdiccionales Supremos y Resoluciones de las Salas Laborales sobre indemnización y remuneraciones devengadas en el despido incausado; y, proponer la modificación del art 34 DS.003-97-TR para tutelar a los trabajadores en los despidos incausados.

II. MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de Investigación:

El tipo de investigación fue cualitativo, puesto que se empleó la recopilación y análisis de datos, tipo de estudio no experimental, y diseño de la investigación descriptiva, puesto que busca señalar características y propiedades relevantes de cualquier fenómeno que se pretende analizar, para luego describir las tendencias del grupo, comunidad o población, (Hernández, 2014).

Por la Fuente es de Campo y Documental, puesto que se obtuvimos mediante la entrevista de diversos juristas en materia laboral, respecto al problema planteado en el presente proyecto, y asimismo se recolectamos la información de libros, revistas, artículos científicos, tesis, sentencias que nos permitieron analizar y dar propuestas a este problema; La presente investigación es de diseño Descriptiva Transversal de la Teoría fundamentada, porque se recolecto información en un solo momento, tiempo y espacio, con el fin de explicar las variables y analizarlos la incidencia en un determinado momento. El investigador explica de manera general o teórica un fenómeno, acción, interacciones o procesos que se dan en un momento específico, concreto desde el punto de vista de varios participantes, (Hernández, 2014).

2.2. Escenario de Estudio:

La presente investigación tuvo como escenarios de estudio, las Aulas de clase donde se llevara a cabo la parte metodológica y la parte teórica a cargo de docentes altamente especializados en su materia, asimismo las Bibliotecas de la Universidad Cesar Vallejo donde se llevara a cabo la recolección de datos, información, bibliografías de diversos libros en materia laboral, como también los

juzgados y pasillos de la Corte Superior de Justicia de la Libertad donde entrevistamos para obtener la información mediante opiniones y críticas de los jueces y abogados independientes, para el desarrollo de este proyecto. Y asimismo los pasillos de la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo, donde entrevistare a docentes en materia laboral, y por último mi hogar donde ordene toda la información adquirida para la realización de este proyecto de tesis, con el fin de cumplir todos los objetivos antes dicho en este proyecto. Los escenarios describen lugares, hechos, actores, objetivos y episodios, en lo cual podemos decir que un autor no necesariamente va ser un individuo o algo físico, sino que el rol que representa el actor es dentro del sistema, que vienen hacer los objetivos las necesidades de poder alcanzarlas, (Hernández, 2014).

2.3. Participantes:

En esta investigación tomó como población a los Juzgados de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, donde obtuvimos las opiniones de los especialistas laborales sobre los casos de despido incausado que vulneran el derecho a la seguridad social y al sistema pensionario. Y por otro lado los plenos y sentencias casatorias en materia de despidos incausados que afectan al sistema pensionario del trabajo; es una población es todo un conjunto de casos que se entrelazan con un sinfín de especificaciones, o dicho de otra manera es la totalidad del estudio a realizar, en donde la población posee características comunes en la que se estudia y da nuevos datos para la investigación, (Hernández, 2014).

Se entrevistaron a Jueces Especializados en laboral y abogados especializados en materia laboral, para recolectar la información de dichos juristas que nos proporcionaron información valiosa para el desarrollo de la tesis. La muestra que hemos considerado para el desarrollo de tesis, está constituida por la entrevista a seis

especialistas en derecho laboral, distribuido de la siguiente manera: tres Jueces Especializados en Laboral de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, tres Abogados Especializados en materia Laboral. La muestra es un subconjunto de la población total, que pertenecen al conjunto de características, elementos de la población, (Hernández, 2014).

2.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de Datos:

Se utilizó como Técnica la Encuesta, para recolectar la información y datos necesarios que nos ayuden en absolver nuestras interrogantes acerca de la problemática actual de estos despidos incausados que vulneran la seguridad social y sistema pensionario. Asimismo, se obtuvo la información mediante el Instrumento la Entrevista, que nos permitió tener una conversación más fluida con el entrevistado, quienes se sintieron cómodos y respondieron con total veracidad las interrogantes formuladas de acuerdo a nuestro cuadro de operacionalización.

2.5. Procedimiento:

Se aplicó la entrevista, a los jueces en sus instalaciones de la corte suprema de justicia de la libertad, en sus horarios de atención al público, para lo cual se le informó del tema de investigación y se le pidió si desea contribuir en el desarrollo de la tesis, una vez tenido una respuesta favorable, se comenzó con la entrevista al magistrado con todas las preguntas de nuestro instrumento, del mismo modo se le aplicó a los abogados en derecho laboral, en sus horarios disponibles, algunos estaban en las instalaciones de la universidad cesar vallejo y otros en la corte superior de justicia de la libertad, quienes contribuyeron dar sus opiniones para el desarrollo de la tesis.

Para realizar cada pregunta en nuestro instrumento hemos tenido que realizar nuestra matriz de coexistencia u operacionalización de

variables, quedando de la siguiente manera: categorías (el pago indemnizatorio del despido incausado, seguridad social, sistema pensionario); sub categorías (daños, seguro social, sistema nacional de pensiones); indicadores (lucro cesante, daños punitivos, salud médica, aportes a la pensión de jubilación)

2.6. Método de análisis de Información:

En esta investigación se utilizó como métodos de estudios: la etnográfica, puesto que se analizó diversos temas sobre la indemnización en los despidos incausados; descriptiva puesto que hemos señalado los criterios que se vulneran por causa de estos despidos inconstitucionales; conversacional porque hemos aplicado entrevistas a diversos juristas en materia laboral, para así obtener sus opiniones legales, y por último el análisis sistemático a plenos jurisdiccionales supremos que direccionan a los jueces en materia laboral específicamente sobre remuneraciones devengadas en los despidos fraudulentos e incausados.

2.7. Aspectos Éticos:

Toda la información obtenida, demuestra la confiabilidad y veracidad de los entrevistados, que proporcionaron sus ideas, pensamientos, opiniones jurídicas e intelectuales, que nos ayudaran a contribuir en los resultados de la presente investigación; tomando en cuenta que estos entrevistados dieron su libre consentimiento, para utilizar la información en la investigación, teniendo respeto por la propiedad intelectual de cada autor, desde su punto de vista sin alterar ni modificar alguna palabra. Por último, toda la información recabada ha sido respetando los derechos de autor, propiedad intelectual y veracidad de las mismas, con el fin de dar una respuesta jurídica adecuada a la problemática de la presente investigación.

III. RESULTADOS

En la presente investigación se analizaron tres Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia Laboral sobre la indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido incausado, obteniendo lo siguiente:

Tabla 1: Análisis del I Pleno laboral Jurisdiccional Supremo en materia laboral

FICHA DE ANÁLISIS-01	
I Pleno laboral Jurisdiccional Supremo en materia laboral en la ciudad de lima , los días 4 y 14 de mayo del 2012. Pleno que reviste especial relevancia.	1° Supuesto sobre la procedencia de la reposición por despidos incausados y despidos fraudulento en la via laboral regulada por la ley procesal del trabajo (Ley N° 26636). El I Pleno acordó por unanimidad: <i>“Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios si están facultados para conocer estas pretensiones”</i>
	2° Supuesto de los despidos fraudulentos e incausados ante una vía laboral regulados por la NLPT por el efecto de reposición(Ley N° 29497) El I Pleno acordó por unanimidad: <i>“Los jueces de trabajo conocen pretensiones de reposición como vía abreviado laboral, en casos de despidos incausados y fraudulentos”</i>

Tabla 2: Análisis del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral

FICHA DE ANÁLISIS-02	
<p>II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral en la ciudad de Lima, los días 8 y 9 de mayo de 2014, se realizó las sesiones plenarias de diversos temas.</p>	<p>1° ¿Cuál es el órgano competente para conocer despidos fraudulentos e incausados como pretensión reposición?</p> <p>El II Pleno acordó por unanimidad: <i>“Al amparo de la Ley N° 26636, los jueces de trabajado son los idóneos para conocer estas pretensiones de reposición en los casos de despidos incausados y fraudulentos.</i></p>
	<p>2° ¿Cuál es el plazo de caducidad para los casos de despidos incausados y fraudulentos?</p> <p>El II Pleno acordó por unanimidad: <i>“el plazo es de 30 días hábiles conforme el artículo 36 ds.003-97-tr”.</i></p>
	<p>3° ¿Qué pueden plantearse y acumularse en un proceso de reposición?</p> <p>El II Pleno acordó por unanimidad: <i>“ pueden plantearse en los despidos incausados y fraudulentos como única la reposición sin embargo pueden acumularse otros beneficios que le corresponde”.</i></p>
	<p>4° ¿Puede incluirse lo dejado de aportar a la seguridad social como parte del quantum indemnizatorio ante un despido incausado o fraudulento?</p> <p>El II Pleno acordó por unanimidad: <i>“Si. Se pueden acumular dentro de la indemnización en los casos de despidos incausados y fraudulentos”.</i></p>

Tabla 3: Análisis del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional

FICHA DE ANÁLISIS-03	
<p>V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional en la ciudad de Lima, el día 19 de octubre de 2016, se llevó a cabo una serie de debates controversiales.</p>	<p>1° pago indemnizatorio o remuneraciones dejadas de percibir en los casos de despidos incausados y fraudulentos.</p> <p>El V Pleno acordó por mayoría:</p> <p><i>“En los casos de despido incausado y despido fraudulento, solo tienen el pago indemnizatorio, y dentro del quantum se le otorgara el daño punitivo que será equivalente a lo dejado de aportar al sistema previsional”.</i></p>
	<p>2° en los despidos incausados o fraudulentos, que le corresponde indemnización o remuneraciones no percibidas durante el cese.</p> <p>El voto minoritario opto lo siguiente:</p> <p><i>“en los casos de despidos incausados y fraudulentos les corresponden los dos conceptos ya sea remuneraciones y el pago indemnizatorio”.</i></p>

Asimismo se analizaron dos Resoluciones de las Salas Laborales sobre la indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido incausado, obteniendo los siguientes resultados:

Tabla 4: Análisis de una Casación laboral N°7893-13- la libertad

FICHA DE ANÁLISIS-04			
Magistrados Ponentes	Presidente Sivina Hurtado, Walde Jauregui, Acevedo Mena, Vinatea Medina, Rueda Fernández	CASACION LABORAL N°7893-13-La Libertad	
Tipo de Corte y fecha de la sentencia	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la Republica 02 de Diciembre del 2013	Tema principal	Determinar si es procedente otorgar las remuneraciones dejadas de percibir en los despidos incausados
Demandante	Daniel Barros Rios		
Demandado	Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima		
Análisis del Caso	<p>Los fundamentos más importantes fueron:</p> <p>La compañía minera poderosa sociedad anónima, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que confirmo la apelada en el sentido que declaro fundada la demanda de reposición más el pago de remuneraciones devengadas.</p> <p>El tribunal supremo considero, que hubo una contravención a las normas, al no haber sido analizado ni mucho menos motivado, las circunstancias específicas sobre la pretensión de pago de beneficios sociales por un periodo no laborado (el que media entre el despido y la</p>		

	<p>reposición), por lo cual no se ha cumplido con analizar los alcances de los artículos 11 y 40 DS N°003-97-TR, son normas que contienen excepciones en el supuesto de pago de remuneraciones por periodos no laborados, aquellos que considera nuestra legislación periodos de suspensión imperfecta y además para los casos de despido nulo, no resultando aplicables por extensión interpretativa ni por analogía en otros despidos ya sea incausado o fraudulento.</p>
<p>Fallo</p>	<p>Fundado el recurso de casación interpuesto por la compañía minera poderosa sociedad anónima, en consecuencia Nula la sentencia de vista, y dispusieron que la sala superior emita nueva resolución conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.</p>

Tabla 5: Análisis de una Resolución de la Sala Laboral

FICHA DE ANÁLISIS-05			
Magistrados Ponentes	Ponente-Dr. Castillo León, Dr. Angulo Villajulca, Dr. Veneros Gutiérrez y Dra. Diana Rodríguez	EXP. N°01441-2018-0-1601-JR-LA-08	
Tipo de Corte y fecha de la sentencia	Primea Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de la Libertad	Tema principal	Reposición y las remuneraciones devengadas en despido incausado
Demandante	Rosa María Castillo Gonzales		
Demandado	Grupo Energético del Perú SAC		
Análisis del Caso	<p>Las argumentos más importantes son:</p> <p>La actora interpone una demanda sobre reposición contra la empresa, la cual fue declarada infundada. Es por ello que interpone un recurso de apelación contra la sentencia.</p> <p>Respecto al despido fraudulento, menciona que si se ha configurado un despido perverso porque las cartas pre despido y despido denotan hechos notoriamente falsos e imaginarios; y respecto a las remuneraciones devengadas menciona que tiene su origen en un proceso de reposición, cuyo propósito en el fondo constituye la reposición de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional, en consecuencia es</p>		

	incuestionable que corresponde a la actora el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y todos los beneficios por todo el periodo que se extendió su cese indebido, con deducción de los periodos de inactividad no imputables a las partes.
Fallo	Revocaron la sentencia de fojas 148 a 171, de fecha 5 de diciembre de 2018, en la que declaro infundada la demanda sobre reposición por despido fraudulento, y Reformándola declaro fundada la demanda, ordenaron la reposición y que se liquide sus devengados.

Se entrevistó a seis especialistas en derecho laboral, cuyos resultados fueron los siguientes:

TABLA-01		
ENTREVISTADO	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN
E-1	Sí, porque la indemnización es de naturaleza civil y las remuneraciones devengadas es de naturaleza laboral; son totalmente distintos cada uno tiene criterios propios remunerativos. En el sentido	El 100% de los entrevistados considera que existe una diferencia trascendente.

	<p>pensionario, la indemnización no está afecto a sistemas de seguridad social ni pensionario, porque es un bien propio; y las remuneraciones si están afectas a los sistemas pensionarios de seguridad social.</p>	
<p>E-2</p>	<p>La diferencia entre ambas instituciones radica principalmente en su naturaleza jurídica, la indemnización por daños y perjuicios, encuentra su fundamento en la responsabilidad civil, esto es, el resarcimiento por los daños ocasionados. En el caso del pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el despido, su sustento lo encontramos en el artículo 40° del DS. N° 003-97-TR, como parte de la retribución laboral otorgada a los trabajadores víctimas de un despido nulo, otorgándole el pago de sus remuneraciones por los periodos no trabajados hasta lograr su reposición.</p>	

	<p>En el tema pensionario, la diferencia lo encontramos en que el pago por la indemnización por daños y perjuicios en el lucro cesante por un despido incausado o fraudulento, no se encuentra sujeto a los aportes previsionales, lo que consecuentemente no genera en el trabajador el computo de años de aporte durante el periodo no laborado afectando eventualmente su futura pensión de jubilación, a diferencia de las remuneraciones devengadas, en los cuales el pago se encuentra sujeto a retención para los aportes pensionarios, garantizando que el tiempo transcurrido por el despido, no afecte al cómputo para la pensión. Dicha distinción fue objeto de debate en el V pleno jurisdiccional supremo en materia laboral en la que se discutió si procede reconocer al trabajador el derecho al pago de las remuneraciones dejadas de</p>	
--	---	--

	<p>percibir, a fin de proteger sus aportes pensionarios, o únicamente a la indemnización por daños y perjuicios; el pleno adopto por mayoría la procedencia de la indemnización por el daño moral, lucro cesante y daño emergente.</p>	
E-3	<p>Las salas laborales ya vienen haciendo esta diferencia, que si bien el lucro cesante se entiende como ganancias dejadas de percibir (derecho civil), y no remuneraciones (derecho laboral).</p>	
E-4	<p>Conforme a nuestra legislación las remuneraciones dejadas de percibir tienen una connotación laboral, y de acuerdo a la legislación y jurisprudencia la indemnización la indemnización por daños y perjuicios tiene naturaleza civil (lucro cesante), por lo que la pensión solo se relaciona con las remuneraciones. No obstante, se debería proteger el derecho a la</p>	

	<p>pensión desarrollado por la jurisprudencia del T.C.</p>	
E-5	<p>Sí, porque la naturaleza jurídica de las remuneraciones dejadas de percibir y el lucro cesante es distinta. En el primer caso nos encontramos ante una institución del derecho laboral con repercusiones en la seguridad (pensiones); mientras que en el segundo caso, nos encontramos ante una institución del derecho civil (responsabilidad civil) sin ninguna repercusión en la seguridad social.</p>	
E-6	<p>Si claro, debe precisarse y rescatarse los beneficios de reconocer las remuneraciones dejadas de percibir, respecto al extremo pensionario.</p> <p>Es de advertir, que si un trabajador lleva mediante un proceso de lucro cesante la exigencia del pago que dejó de percibir por un despido incausado o arbitrario, este pago similar que pueda lograr (por lucro cesante), no va reconocer un tiempo de servicio, y en</p>	

	<p>consecuencia no se abonara su bonificación correspondiente a la seguridad social mediante sus aportes previsionales, es decir que a este trabajador no se le va a reconocer su tiempo de servicio para efectos previsionales o incluso en materia de salud, quedando desprotegido ante su derecho fundamental al acceso de la seguridad social.</p>	
--	--	--

- 1. ¿Considera usted, trascendente establecer la diferencia existente entre las remuneraciones dejadas de percibir e indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante), referidos al tema pensionario? ¿Porque?**

Tabla 6: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 1° pregunta

- 2. ¿Considera usted, que el otorgar una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de un despido incausado vulnera el derecho a obtener una pensión? ¿Por qué?**

Tabla 7: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 2° pregunta

TABLA-02		
ENTREVISTADO	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN
E-1	Sí, porque la indemnización por ser naturaleza civil no está afecto a criterios remunerativos como son los aportes pensionarios, ocasionando al trabajador que no se le reconozca el derecho a obtener una pensión, por no aportar los años que estuvo despedido de manera incausado.	El 90% de los entrevistados consideran que hay una vulneración al derecho a obtener una pensión de jubilación, y el 10% menciona que no existe vulneración.
E-2	Como se explicó en la respuesta anterior, al no tener naturaleza remunerativa el pago de la indemnización por daños y perjuicios por los periodos de inactividad en la prestación de servicios en el	

	<p>despido incausado o fraudulento, y por tanto, no se encuentra sujeto a los aportes previsionales;</p> <p>eventualmente se podría vulnerar el derecho a obtener una pensión para el trabajador en caso no alcance el mínimo de años de aportes producto de la suspensión de la relación laboral.</p>	
E-3	<p>No, porque estamos ante un despido y no ante una decisión del trabajador, por lo que el empleado, por su acto antijurídico y unilateral, debe asumir las consecuencias de ello.</p>	
E-4	<p>Considero que sí, toda vez que la pensión no se ve incrementada tampoco coadyuvara garantizar la existencia de la pensión. Por lo que al</p>	

	<p>tener la indemnización naturaleza civil, se imposibilita el derecho a obtener una pensión.</p>	
E-5	<p>No, porque son derechos de distinta naturaleza jurídica, cuya configuración requiere de presupuestos fácticos y jurídicos distintos. Así, la indemnización por daños y perjuicios derivada de un despido fraudulento o incausado, a parte de la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, requiere de la concurrencia de los requisitos comunes de la responsabilidad civil, previstos en el código civil, mientras el derecho a la pensión requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el</p>	

	régimen previsional correspondiente.	
E-6	Si claro, porque el trabajador no va poder ejercer plenamente su derecho al acceso a una pensión, pues este periodo pagado mediante proceso de lucro cesante no se considera como periodo para sus aportaciones previsionales.	

3. ¿Considera usted, que el otorgar una indemnización de daños y perjuicios en los despidos incausados afecta a la seguridad social (seguro social)? ¿Por qué?

Tabla 8: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 3° pregunta

TABLA-03		
ENTREVISTADO	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN
E-1	Sí, porque al no estar laborando en el centro de trabajo, por despido incausado o fraudulento, dejan de aportar al seguro social y por ende todo el tiempo que dure hasta su reposición	El 90% de los entrevistados considera que hay afectación al seguro social, y el otro 10% considera que no existe afectación.

	<p>en el trabajo, este trabajador se queda sin seguro social que le permita cubrir cualquier enfermedad o tratamiento que pueda padecer, afectando la salud del trabajador.</p>	
E-2	<p>Los despidos fraudulentos e incausados afectan a la seguridad social, por cuanto al encontrarse suspendida la relación laboral, consecuentemente, no se perciben remuneraciones al no haber contraprestación, por lo que no se aportan los pagos a la seguridad social, ocasionando que el trabajador no pueda atenderse en el instituto de seguridad social correspondiente.</p>	
E-3	<p>No, si bien deja de haber aportaciones,</p>	

	<p>el trabajador puede seguir aportando o continuar laborando un mayor periodo.</p>	
E-4	<p>Si, debido a que el derecho a la seguridad social, es un derecho constitucional e internacional, y debería tener normas de protección y prevalecer mas allá de las formas de fondo, en la medida de que lo que si reconoce en las indemnizaciones, son remuneraciones obtenida en forma de indemnización.</p>	
E-5	<p>No, porque como he señalado son derechos de distinta naturaleza.</p>	
E-6	<p>Si claro, porque el trabajador no va poder ejercer plenamente su derecho a la seguridad social, pues este periodo pagado mediante</p>	

	proceso de lucro cesante no se considera como periodo para sus aportaciones previsionales.	
--	--	--

4. ¿Considera usted, que debe unificarse el efecto resarcitorio del despido incausado y fraudulento con el efecto reparador del despido nulo, cuya tutela son las remuneraciones devengadas? ¿Por qué?

Tabla 9: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 4° pregunta

TABLA-04		
ENTREVISTADO	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN
E-1	Sí, porque ya se han homologado la competencia, la acción y el plazo de caducidad, y lo que faltaría son las remuneraciones dejadas de percibir de igual modo como lo tiene el despido nulo; y así no se afectaría el derecho pensionario del trabajador, y el efecto que tendrían estos despidos incausados y	El 100% de los entrevistados considera que debe otorgarse el pago de remuneraciones devengadas.

	<p>fraudulentos sería reparatorio y reparador para una debida protección del trabajador.</p>	
E-2	<p>Si, considero que al haberse amparado la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante) por el despido incausado y fraudulento, que se traduce básicamente en el pago por las remuneraciones no percibidas durante el periodo de suspensión de la relación laboral hasta su reposición, resultaría entonces más adecuado otorgar el pago de las remuneraciones devengadas también para los casos de despidos incausados a fin de garantizar el derecho pensionario.</p>	
E-3	<p>Estas distinciones lo ha hecho la corte suprema, pero sin</p>	

	<p>embargo lo que el trabajador busca es resarcir el daño sin importar la terminología que las entidades jurisdiccionales le han denominado.</p>	
E-4	<p>Si, para fines pensionarios, considero que sería lo ideal protegiendo el derecho a la seguridad social.</p>	
E-5	<p>Si, efectivamente considero que dichos despidos deben tener el mismo tratamiento jurídico; concediéndoles tutela restitutoria, porque en todos los supuestos se encuentran en juego derechos y valores constitucionales.</p>	
E-6	<p>Sería un paso muy importante, que nuestra legislación unifique el efecto resarcitorio del despido incausado y fraudulento con el</p>	

	efecto reparador del despido nulo, pues tutelaría plenamente los derechos del trabajador en todos sus aspectos (previsional, salud, etc)	
--	--	--

5. ¿Considera usted, que el otorgar daños punitivos como consecuencia de un despido incausado no garantiza el derecho pensionario del trabajo? ¿Por qué?

Tabla 10: Resultados obtenidos de los entrevistados de la 5° pregunta

TABLA-05		
ENTREVISTADO	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN
E-1	No, porque indemnizar por daños y perjuicios va al trabajador afectado, no a la ONP ó AFP quienes administraran hasta que sea de edad de jubilación.	El 100% de los entrevistados consideran que el daño punitivo no garantiza el derecho pensionario.
E-2	No garantiza el derecho pensionario de los trabajadores despedidos, por cuanto es otorgado como parte de la indemnización por los daños y perjuicios, no	

	tiene por función ser consideradas como aportes pensionarios, establecido en el V pleno jurisdiccional supremo en materia laboral.	
E-3	No, porque el trabajador, mientras que dura su proceso puede seguir aportando y después puede pedir que se le restituya los gastos.	
E-4	No, toda vez que no se ve reflejado en el derecho a la pensión como mecanismo de proteger la contingencia de la vejez.	
E-5	No, porque la indemnización otorgada por concepto de daños punitivos tiene naturaleza indemnizatoria, mas no previsional.	
E-6	Efectivamente, no basta con reconocer el daño punitivo,	

	mediante un pago resarcitorio similar a las remuneraciones, pues este pago resarcitorio no protege los derechos fundamental en plenitud del trabajador afectado	
--	---	--

IV. DISCUSIÓN

El presente trabajo de tesis se realizó con el objetivo primordial de determinar Pago Indemnizatorio en el Despido Incausado vulnera el Derecho a la Seguridad Social y Sistema Pensionario. Teniendo como primer objetivo específico planteado en la investigación analizar los diversos criterios que han tenido los Plenos Jurisdiccionales Supremos sobre el pago indemnizatorio y remuneraciones no percibidas por el acto lesivo en un despido incausado, siendo así como podemos observar en el I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral-2012 (ficha-01), por acuerdo unánime se facultó a los juzgados laborales vía proceso abreviado como única pretensión en casos de despido incausado; luego en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral-2014 (ficha-02), por acuerdo unánime se decidió que el órgano competente es el juzgado especializado del trabajo, para conocer las pretensiones de reposición por despido incausado y fraudulento, y además el plazo para accionar es de 30 días hábiles conforme el art. 36 LPCL, asimismo se pueden acumular otras pretensiones que serán de conocimiento al juez laboral vía proceso ordinario, como también se acordó que podían incluir las aportaciones a la seguridad social pública o privada, al monto indemnizatorio que no hayan sido realizadas por el despido incausado o fraudulento, del mismo modo se ordenó que se reconduzcan los procesos amparo que están en trámite sobre despidos al juez ordinario laboral; en ese mismo año el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 03070-2013-PA/TC, mencionó que el art 4° y 5° del Código de procesos constitucionales estableció que es improcedente el amparo si existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria de los despidos de la tutela de los derechos, de este modo lo ha desamparizado porque la Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene los efectos de tutela de estos despidos la reposición.

El debate llega a partir de la publicación del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral-2016 (ficha-03), que no hubo un acuerdo unánime

como los otros plenos, aquí hubo un conflicto de posiciones por salvaguardar la tutela del trabajador en cuanto a sus remuneraciones; es por ello que se desarrolló una serie de interrogantes que fueron resueltas por acuerdo mayoritario: mencionaron que el despido incausado y fraudulento al no tener una regulación expresa de la ley, por ser creaciones del TC, no tienen normas que determinen que el trabajador se le otorgue remuneraciones devengadas por el tiempo que ha dejado de laborar, a diferencia del Despido Nulo en el Art. 40 DS. 003-97-TR, que establece el pago de remuneraciones devengadas; como también mencionaron que si tiene derecho el trabajador a solicitar la indemnización, teniendo en cuenta el daño emergente, lucro cesante y daño moral debidamente probados, de lo cual la indemnización suple cualquier pago dejado de percibir; asimismo mencionó que el trabajador es libre para establecer los criterios que cree pertinentes, pero siempre sustentando los daños para que haga un análisis correcto el juez, del mismo modo se le otorgara los daños punitivos por orden del juez al trabajador, que serán equivalentes a lo dejado de aportar a la ONP o AFP.; Mencionaron que si es factible acumular el pago de indemnización de daños y perjuicios con la pretensión de reposición, por existir conexidad entre ambas.

Por otro lado, el acuerdo minoritario optó por los siguientes fundamentos: Que el despido incausado y fraudulento son afectaciones a los derechos constitucionales, y por ende deben tener los mismos efectos reparatorios como lo tiene el despido nulo, para que al momento de reincorporarse no se vulnere su futura pensión de jubilación, puesto que constituiría un ejercicio abusivo del derecho como provee nuestra constitución en el art. 130. Del mismo modo se cuestionó el pago de las remuneraciones devengadas en los despidos fraudulentos e incausados no tiene ningún efecto legal, a diferencia del despido nulo; ante ello tenemos que indicar que los plenos jurisdiccionales son los idóneos para cubrir los vacíos legales que existen, y así dar solución a las controversias de la jurisprudencia; como por ejemplo el I pleno jurisdiccional se mencionó

que los despidos incausados y fraudulentos podían irse a demandar la reposición en vía laboral, por ser una vía que protege igualmente que el amparo, entiéndase entonces que la corte reconoció que son derechos constitucionales que están en juego, es por ello que brindo una tutela igual que el amparo, pero dicha tutela es limitada puesto que solo tiene efecto resarcitoria, mas no hay un efecto restitutorio integral que permita al trabajador todos sus derechos laborales que se han visto afectados; de igual modo en el II pleno jurisdiccional que lleno un vacío legislativo, en cuanto a los plazos de caducidad de 30 días del art. 36 DL.728, se le aplico el mismo plazo para los despidos fraudulentos e incausados, de igual modo se debe equiparar los efectos del despido nulo a dichos despidos en controversia. A nivel de la justicia supranacional se refirió al pago de los salarios caídos, tal es el caso de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos de Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs Perú, en dicha sentencia se estableció que se debe tener en cuenta todo el tiempo que transcurrió desde que se cometió el acto lesivo hasta su reincorporación, para el cálculo indemnizatorio mas todos los derechos laborales afectados que le correspondan conforme su legislación, el mismo criterio se debe tomar para resolver esta controversia, y así el trabajador pueda accionar ya sea solicitando remuneraciones devengadas o indemnización por daños y perjuicios, o también acumularlas en una misma demanda. Se tiene que tener en cuenta que al desestimarse la petición de las remuneraciones por periodos no laborados, en los casos de despido fraudulento e incausado, bajo el fundamento que solo son para los supuestos que están regulados para el despido nulo, conllevaría entonces que si se cometen actos lesivos iguales a los derechos constitucionales, se estarían otorgando efectos jurídicos distintos, con lo cual estaría cometiendo una inobservancia del art. III del título preliminar del CPC, en la que el juez tiene la obligación de lograr la paz social en justicia, asimismo afectaría el principio de igualdad regulado en el art. 2.2 de la CPP, norma que protege al trabajador “a igual razón, igual derecho”.

Como también hemos analizado las sentencias de las salas laborales sobre indemnización y las remuneraciones devengadas teniendo como resultados posiciones diferentes como podemos notar este problema viene desde antes, al reconocerle a los despidos incausados y fraudulentos la misma vía procedimental y plazos de caducidad, no tutelaron las remuneraciones dejadas de percibir del trabajador, tal como lo podemos observar en la sentencia casatoria N°7893-13-La Libertad (ficha-04), que los magistrados por mayoría declararon fundado el recurso de casación, declarando la sentencia de vista nula por no tener una debida motivación del debido proceso conforme el art. 139 inciso 3° y 5° de la CPP, por no existir una fundamentación jurídica respecto al tema tratado y lo resuelto; es por ello que el tribunal considero que había un conflicto de normas al no haber hecho un análisis ni menos motivación de los alcances de los arts. 11 y 40 DS.003-97-TR, por ser normas que establecen excepciones que solo corresponde el pago de remuneraciones dejadas de percibir en los casos de despido nulo, no pudiendo extender ni interpretar ni muchos menos por analogía dichas normas que solo autorizan el pago al referido despido. Por otro lado el voto discordante en dicha sentencia menciono que es procedente el pago de remuneraciones devengadas o salarios caídos en los despidos fraudulentos e incausados, porque debería considerarse que el tiempo de suspensión temporal es imperfecta del contrato de trabajo, por tanto aun no habiendo labores efectivas de servicios, el empleador tiene la obligación de pagar por ese tiempo, porque se debió al acto antijurídico que realizo contra el trabajador, conforme lo dispone el art.54 DL 728; siendo dicha sentencia de vista bien motivada e interpretada dentro de los parámetros establecidos por ley, no contraviniendo las normas como lo han mencionado y por ende no existe infracción normativa. Nuestra postura es que los magistrados no actuaron conforme a derecho, no protegiendo ni tutelando al trabajador su remuneración, para cubrir sus necesidades familiares y vitales que protege nuestro ordenamiento jurídico; es por ello que hubo un voto discordante del Juez supremo Walde Jauregui que menciono que si hubo una debida motivación e

interpretación de las normas, no habiendo ninguna infracción normativa como lo sustentaron los otros magistrados, es por ello que si debería efectuarse el pago de las remuneraciones devengadas, porque estamos ante una suspensión temporal imperfecta del contrato de trabajo, aun no habiendo prestación efectiva de labores, es obligación del empleador efectuar la retribución, ya que dicha suspensión es responsabilidad del empleador, por ende debe ser considerado conforme la tutela del despido nulo.

Asimismo podemos observar en una sentencia reciente de la Sala Laboral Exp. N°01441-2018-0-1601-JR-LA-08 (ficha-05), que se le ha otorgado a los trabajadores que han sufridos despidos incausados o fraudulentos el pago de remuneraciones devengadas, además de la reposición; por los siguientes fundamentos: de acuerdo al art. 6 LPCL que menciona que la remuneración tiene carácter contraprestativo por un trabajo realizado, basándose en la regla sin labores no hay retribución, cabe decir que es cierto pero en parte, porque actualmente no existe explicación jurídica en nuestra legislación de las remuneraciones sin que haiga labores efectivas, como en los casos de feriados, licencias por maternidad, salud, domingos, entre otros, como también en el caso del despido nulo que se le otorga remuneraciones devengadas; ya que en nuestro sistema laboral permite el pago de remuneración sin que haiga un trabajo efectivo de labores; con ello tenemos que entender que la teoría se basa en la remuneración es la contraprestación por el contrato de trabajo, con ello notamos en esencia que hay una ventaja patrimonial derivada del contrato, y no de las labores efectivas de servicios, con ello existirá la explicación sistemática de nuestra legislación laboral positivo, en todos estos supuestos hay una suspensión imperfecta de labores del contrato, y lo que se busca es el reconocimiento del periodo no laborado por causa del empleador, en los despidos inconstitucionales (incausado y fraudulento) como lo tiene el despido nulo con todos sus efectos jurídicos. Con ello entendemos que el art. 40 LPCL, no es una excepción al art 6, sino una solución jurídica de nuestro legislador acordado para

situaciones claras que lesionan derechos fundamentales, la que necesariamente tiene que ser reparada con la restitución de los salarios dejados de percibir, durante todo el tiempo del acto lesivo hasta la reposición; de modo que es posible utilizar la analogía para estos tipos de despidos, por cuanto no existe una excepción sino meramente una solución, que el Juez tiene la facultad de hacer justicia ante un vacío o laguna, pudiendo aplicar las técnicas correspondientes como es la analogía legis que la solución es buscada en otra ley, por ende la solución para que se le otorgue las remuneraciones devengadas ante un despido incausado y fraudulento, serían las normas jurídicas del despido nulo para solucionar la ausencia normativa que existe.

Nuestra postura es que los magistrados actuaron conforme a la facultad conferida por ley, que cuando existe vacío o laguna normativa, no deben de dejar de administrar justicia; es por ello que analizaron e interpretaron las leyes y jurisprudencia en favor del trabajador, protegiendo y tutelando el derecho al trabajo, que está regulado en nuestra constitución, por ser un despido fraudulento que vulnera derechos fundamentales de igual manera como un despido nulo, es por ello que debe tener la misma tutela resarcitoria con todos los efectos que acarrea, es decir que se le otorgué las remuneraciones dejadas de percibir y además los beneficios legales y convencionales, incluyendo las deducciones a la seguridad social durante todo el tiempo que duro el cese.

Al respecto, Rojas (2017), menciona que el método de integración jurídica de la analogía, se puede dar siempre que exista una laguna normativa o un vacío, con ciertas limitaciones que la ley no tenga excepciones o restricciones, siendo así tenemos que determinar si el art. 40 LPCL restringe o tiene excepciones, por lo cual considero que no, puesto que la misma norma tiene supuestos en el art. 29 de la citada ley, que vienen hacer despidos que vulneran derechos fundamentales, cabe advertir que los despidos incausados y fraudulentos son también vulneraciones a derechos constitucionales. Del mismo modo como se

realizó en el primer pleno y segundo pleno que se aplicó por analogía la misma competencia y plazos de caducidad del despido nulo, a los despidos incausados y fraudulentos; es por ello que por ser despidos que atentan derechos constitucionales con características similares, se le debe otorgar la reposición y el pago de remuneraciones devengadas, es por ello que debe haber una reparación integral, cuyos efectos es la restitución al trabajador como estaba antes del cese, incluyendo sus salarios caídos e incrementos remunerativos. Asimismo Plá (1978), menciona que el juez debe aplicar la norma más favorable que beneficie al trabajador, por ser la parte más débil, en caso de existir interpretaciones en contrario se debe favorecer al trabajador, conforme al principio *in dubio pro operario*; asimismo menciona que no debe haber diferenciaciones a los trabajadores que puedan afectarles sus derechos, debe primar la igualdad de trato sin discriminación alguna, conforme el principio de igualdad; por otro lado el trabajador no puede renunciar a ningún derecho que está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al principio de irrenunciabilidad de derechos.

Estos resultados reafirman los estudios realizados por Mena (2018), que sostiene que debe haber una regulación normativa, para contrarrestar estas vulneraciones constitucionales, y haiga una debida protección al trabajador que sufre estas arbitrariedades, mediante el pago de las remuneraciones dejadas de percibir dentro del marco legal del art. 34 de la CPP, es por ello que es necesario que se regule dentro del DS.003-97-TR, para que todo trabajador este tutelado y amparado legalmente frente a las conductas ilegales del empleador, y tenga la misma protección como lo tiene el despido nulo. Así mismo estos resultados de la investigación reafirman otro estudio realizado por Burgos (2018), que menciona que las remuneraciones dejadas de percibir tiene dos naturalezas jurídicas, la primera indemnizatoria porque reparan un acto antijurídico del empleador (el despido) regulado por la legislación laboral, y el segundo remunerativo porque otorga las remuneraciones o salarios caídos por el tiempo que este dejó de trabajar; es por ello que al negarle

al trabajador dichos pagos, se le están afectando derechos constitucionales como sus derechos pensionarios.

Por otro lado, tenemos las opiniones de los especialistas en materia laboral que existe una gran mayoría a favor y una parte minoritaria que está en contra, que podemos observar en la primera pregunta realizada obtuvimos como respuesta que el 100% de los entrevistados consideran que existe una diferencia trascendente debido a los distintos efectos jurídicos generados para el trabajador referidos al tema pensionario; puesto que la diferencia lo encontramos en el pago indemnizatorio en un despido incausado, que no se encuentra afecta a los aportes pensionarios, lo que consecuentemente no genera al trabajador el computo de años de aporte en su futura pensión de jubilación, a diferencia de las remuneraciones devengadas, se encuentran afectas a la retención para los aportes pensionarios, no perjudicando su futura pensión de jubilación. De lo cual se desvirtúa lo dicho por el pleno jurisdiccional que menciono que la indemnización suple cualquier pago de remuneraciones devengadas; porque son naturalezas jurídicas diferentes teniendo consecuencias independientes cada una.

Conforme lo dicho por Taboada (2018), La Responsabilidad Civil tiene por objeto indemnizar todos los daños que sean producidos, ya sea consecuencia de un incumplimiento contractual o conductas lesivas. Y en cambio las remuneraciones devengadas es naturaleza laboral que tiene su sustento en el art.40 del DS.003-97-TR. En la segunda pregunta realizada, se obtuvo que el 90% de los entrevistados consideran que hay una vulneración al derecho a obtener una pensión de jubilación para el trabajador, en el caso este no alcance el mínimo de años de aportación a su sistema pensionario, debido a la suspensión de la relación laboral de un despido incausado, puesto que esa indemnización no tiene naturaleza remunerativa y por ende no está afecta al sistema previsional. Y el otro 10% considera que no existe vulneración porque está en decisión del trabajador en seguir aportando a su sistema pensionario, y

por ser naturalezas jurídicas distintas requieren ciertos presupuestos. En la tercera pregunta realizada, se obtuvo que el 90% de los entrevistados consideran que en los despidos incausados afectan a la seguridad social, por cuanto al no haber contraprestación no se perciben remuneraciones, por lo que no se realizan los aportes al seguro social, ocasionando que el trabajador no pueda atenderse en caso de emergencia en el instituto de seguridad social correspondiente. Y el otro 10% considera que no existe afectación porque el trabajador puede seguir aportando, y por ser distintas naturalezas jurídicas.

Al respecto Osterling (2015), menciona que son criterios propios indemnizatorios de naturaleza civil el lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño al proyecto de vida. Y por su parte Fernández (2017), señala que las remuneraciones vienen hacer todo lo percibido por el trabajador durante su tiempo de labores, bonificaciones, primas, aportes a la seguridad social, entre otros. La quinta pregunta formulada, se obtuvo que el 100% de los entrevistados consideran que el daño punitivo no garantiza el derecho pensionario a los trabajadores que han sido despedidos de manera incausado o fraudulenta, por cuanto ese pago incrementa a su indemnización por daños y perjuicios, y no es considerada como aportes a la seguridad social del sistema pensionario. De acuerdo al V pleno jurisdiccional supremo laboral (2016), crea esta nueva figura de daños punitivos, para otorgar al trabajador los pagos no realizados a sus sistemas previsionales durante todo el tiempo que duro el cese, en su monto indemnizatorio. Y de conformidad lo dicho por Fernández (2017), las remuneraciones son el sustento básico y familiar para el trabajador, por todo el tiempo que ha laborado, percibiendo incrementos, seguros, cts, etc.

De acuerdo, al primer objetivo específico de la presente investigación, estoy de acuerdo con la posición adoptada de la minoría de los plenos analizados anteriormente, que si debería reconocerse los pagos dejados de percibir por el trabajador, porque se debieron a los actos lesivos del

empleador, a ello sumado la casación estudiada donde un voto discordante opto por declarar infundado ese recurso, por no haber infracción normativa ni mala interpretación, porque en la sentencia de vista se le otorgo al trabajador un derecho irrenunciable que son sus remuneraciones, en cuanto analizaron correctamente la norma e interpretaron conforme los principios del derecho laboral, sin afectar al trabajador por ser la parte más débil del contrato de trabajo. Con la misma posición se encuentra la sentencia emitida por la sala laboral de este año, que realizo un análisis profundo del art. 6 LPCL, que menciona que en nuestro ordenamiento jurídico permite el pago de remuneraciones devengadas, de manera encubierta porque no da una explicación de los domingos, feriados, salud, entre otros, que sin que exista un trabajo efectivo se le paga, tal es así como se le reconoce al despido nulo; podemos decir entonces que todos son supuestos de suspensión imperfecta; y por ende se podría aplicar la analogía al art. 40 LPCL, porque no existe excepción, sino una solución para los despidos incausados que se encuentran desprotegidos, atentando contra derechos fundamentales del trabajador.

Del mismo modo nuestra doctrina a tratado de profundizar más en ello, y ha llegado a concluir que debe haber una integración jurídica a través de la analogía, en cuanto a los despidos inconstitucionales para que todos tengan las mismas consecuencias del pago remunerativo por los labores no efectuados durante el cese y su reincorporación, asimismo hemos dejado en claro la distinción entre el pago indemnizatorio y remuneración no percibida por actos lesivos referidos al tema pensionario, por ser naturales jurídicas diferentes cada una de ellas tiene sus propios criterios y normas, para tutelar y proteger a la persona, no pudiendo aplicarse para la legislación laboral la indemnización porque imposibilitaría al trabajador a tener una pensión de jubilación, también hemos incidido en los daños punitivos que son otorgados dentro del quantum indemnizatorio, y no siendo aportado a los sistemas previsionales de la seguridad social.

Teniendo como segundo objetivo específico proponer la modificación del art 29 DS.003-97-TR para tutelar a los trabajadores en los despidos incausados., luego de aplicar nuestro instrumento en la cuarta pregunta formulada, se obtuvo que el 100% de los entrevistados consideran que debe otorgarse el pago de remuneraciones devengadas en los despidos incausados de igual manera como lo tiene el despido nulo, a fin de garantizar su derecho pensionario del trabajo, puesto que el tribunal constitucional ha venido ampliando el ámbito de protección para estos despidos, con el efecto restitutorio, el plazo de caducidad y procedencia de la acción como lo tiene el despido nulo, es por ello que sería adecuado asimilar la indemnización a las remuneraciones devengadas, y así se uniformizaría estos despidos. Asimismo para contrarrestar estas vulneraciones a los trabajadores, en cuanto a los casos de despido incausado, que se le permita otorgar las remuneraciones dejadas de percibir, menciona Rojas (2017), que por falta de regulación y diversas posiciones en contrario a nivel jurisprudencial, lo ideal sería modificar el art.29 en el sentido que es nulo todo despido que atente derechos constitucionales. Sin perjuicio a lo antes dicho, también sería ideal que se convoque a pleno los jueces supremos para que puedan dar una solución al problema controversial que se está suscitando por diversas posiciones diferentes, y pueda dictarse un precedente vinculante.

Del mismo modo la Resolución N°10 del Exp. 1441-2018-0-1601-JR-LA-08, se señaló que al no haber un precedente vinculante por parte de los jueces supremos referido al art.40 LPCL, basados en la interpretación y análisis jurisprudencial, esta sala puede tomar posición diferente por los principios y valores que le otorga la constitución de acuerdo al art. 139 inc.2 CPP. Asimismo estos resultados de la investigación reafirman lo dicho estudiado por Burgos (2018), que sugirió al Congreso de la Republica, realizar una modificación del art. 40 LPCL, para que se ordene así pagar las remuneraciones por los periodos no laboradas en los casos de despido fraudulento e incausado, sin perjuicio que el trabajador pueda también pedir la indemnización por daños y perjuicios. De igual manera

Mena (2018), en los estudios realizados menciona que debe haber una regulación normativa para estos despidos que atentan derechos de los trabajadores, reconociéndoles así el pago de remuneraciones devengadas conforme el despido nulo.

Como hemos venido desarrollando nuestra posición esta en proteger y tutelar al trabajador, para que no se transgredan sus derechos que están reconocidos por ley, siendo en ello nuestro segundo objetivo específico del trabajo de investigación, para que exista una protección integral de manera amplia que se le otorgue en los casos de despidos incausados las remuneraciones devengadas conforme lo tiene el despido nulo que tiene una restitución integral amplia de todos los derechos afectados al trabajador, es por ello que hemos incidido en este tema para que se pueda dar una modificación del art.34 y se pueda otorgar las remuneraciones que el trabajador ha dejado de recibir por la conducta lesiva del empleador y también se reconozca los pagos a su seguro social por enfermedades que haya sufrido durante todo el tiempo del despido, siendo en ello posible porque como han establecido la misma competencia en los plenos, luego el plazo de caducidad, y lo que faltaría para que haya una correcta protección es homologar la indemnización por el pago dejado de percibir; para que así no se vulnere el derecho a obtener una pensión de jubilación a los trabajadores que sufren estos despidos inconstitucionales, por no tener una regulación expresa de la norma; como también cabría que exista un precedente vinculante que establezca la protección adecuada en estos despidos y sea de ayuda a los jueces quienes aplican la justicia y la paz social a través de sus sentencias.

V. CONCLUSIONES

1. Existen diversas posiciones en contrario, entre los Plenos Jurisdiccionales Supremos y Resoluciones de las Salas Laborales en cuanto a la procedencia de otorgarle las remuneraciones devengadas o la indemnización de daños y perjuicios en los casos de despido incausado, siendo ello las remuneraciones están siendo reconocidas por nuestro legislador sin que exista prestación efectiva de labores como el caso de los domingos, feriados, licencias por salud, remuneraciones devengadas en el despido nulo, entre otros, bajo la teoría que las remuneraciones son la contraprestación por el contrato de trabajo, que vienen a ser supuestos de suspensión imperfecta, que favorece al trabajador en recibir los pagos por justificaciones expresas por ley.
2. Se propone la necesidad de modificar el art. 34 DS.003-97-TR, para que así haya una tutela restitutoria integral contra los despidos incausados, y se otorgué todos los derechos que se vean vulnerados como también los aportes dejados de realizar por el tiempo que estos trabajadores estuvieron sin laborar por el acto lesivo que cometió el empleador; y posteriormente el trabajador pueda tener una pensión de jubilación, porque se contabilizo los periodos no laborados para su sistema previsional.
3. El pago indemnizatorio en los casos de despido incausado, está vulnerando derecho a la seguridad social y al sistema pensionario; el legislador no está protegiendo al trabajador adecuadamente frente a estos despidos inconstitucionales, como prevé nuestra constitución política en sus artículos 24° y 27°, en cambio, si se le otorgase las remuneraciones devengadas por ser de naturaleza laboral, éstas están afectas a la seguridad social (Essalud) y al

sistema previsional sea ONP o AFP, que serán contabilizados los periodos que el trabajador ha dejado de prestar sus servicios, para su futura pensión de jubilación, y también se reconozca los pagos al seguro social incurridos por enfermedades del trabajador durante el tiempo de cese hasta su reposición.

VI. RECOMENDACIONES

- Sugerimos a los Jueces Supremos de las Salas Laborales, que al momento de emitir las sentencias en los casos de despido incausado o fraudulento, realicen una interpretación exhaustiva del art. 6 LPCL, para que así puedan aplicar el método de integración analógica del art.40 LPCL, para todos los despidos que vulneran derechos constitucionales, y no se perjudique al trabajador, puesto que nuestro ordenamiento jurídico protege al trabajador frente al despido.
- En definitiva, exhortamos a las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema de Justicia sin perjuicios de las recomendaciones antes señaladas, a convocar a Pleno a los Jueces Supremos, para que puedan dictar un precedente vinculante respecto al art.40 de la LPCL, y así brindar una solución definitiva al problema que tiene posiciones contrarias en las salas laborales, pero realizando una interpretación favorable al trabajador de conformidad al art.26 de la CPP.

VII. PROPUESTA

- Primera propuesta modificatoria del art. 34 del D.S.003-97-TR, en el sentido que *“Al declarar fundada la demanda de reposición en los despidos incausados se ordenará el pago de remuneraciones devengadas, y asimismo se ordenará los aportes dejados de realizar a su sistema previsional sea ONP o AFP y también los pagos al seguro social incurridos por el trabajador en caso hubiera tenido enfermedades durante el tiempo del agravio hasta la reposición”*
- Segunda propuesta modificatoria del art.54 del reglamento del D.S.001-96-TR, en el sentido que *“los periodos dejados de laborar por el trabajador serán considerados efectivos, en los casos de despidos incausados y nulos, incluyéndose los incrementos que hubiera habido por ley o convenio colectivo, excepto el record vacacional, puesto que será a elección del trabajador pedir su record trunco por ocasión del despido o acumulara cuando preste sus servicios después de su reposición”.*

REFERENCIAS

Alva, N. (2015). *El Despido Laboral*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Arce, E. (2015). *La Nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima, Perú: Ubi Lex Asesores SAC.

Arévalo, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima, Perú: Instituto Pacifico SAC.

Buchbach, J. (2017). *Social Media Policies and Work: Reconciling Personal Autonomy interests and Employer Risk*. Queensland University of Technology, Australia.

Burgos, A. y Castro, L. (2018). *La Naturaleza Juridica de las Remuneraciones Devengadas en el Sistema Juridico Laboral Peruano* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, Perú.

Blancas, C. (2015). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Castillo, J., Demartini, F., Feria, P. (2014). *Remuneraciones*. Lima, Perú: ECB.

Casación Laboral N°7893-2013. Caso Daniel Barros Rios contra Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima, Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la Republica, Lima 02 de Diciembre del 2013.

Corte Suprema de Justicia de la Republica. I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, Lima, 14 de mayo de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Republica. V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, Lima, 19 de octubre de 2016.

Constitución. Constitución Política del Perú, Lima, 29 de diciembre de 1993.

Decreto Legislativo N° 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Perú, 27 de marzo de 1997.

Decreto Supremo N° 003. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Diario Oficial el peruano, Lima, 21 marzo de 1997.

Decreto Ley N° 19990. Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, Lima, 24 de abril de 1973.

Decreto Ley N° 25897. Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Lima, 27 de noviembre de 1992.

Ley N° 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo, Perú, 15 de enero de 2010.

Expediente N° 976-2001. Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefonica Del Peru Sa.A., Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 13 de marzo de 2003.

Expediente N° 0206-2005. Caso Baylon Flores contra E.P.S. Emapa Huacho S.A y otro, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 28 de noviembre de 2005.

Expediente N°1441-2018. Caso Rosa Castillo Gonzales contra Grupo Energético del Perú SAC, Sentencia de Vista de la Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de la Libertad, 28 de julio de 2019.

Ermida, O. (2011). *Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación*. Disponible:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1153> [accesado el 05 de noviembre de 2018]

Fernández, C. (2017). *La Reposición y la Naturaleza de los conceptos devengados*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Grzetich, A. (2015). *Derecho a la seguridad social*. Montevideo, Uruguay: Plural Editores.

- Haro, H. (2015). *Derecho individual del trabajo*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. D.F. México, México: Mcgraw-Hill.
- Howe, J. (2016). *Why Do so Few Employees get their Jobs Back? a Critique of the Remedy of Reinstatement in the Unfair Dismissal systems of Australian and Britain* (tesis de pregrado). University of Adelaide, Australia.
- Huanayque, J. (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 de pregrado). Universidad Nacional de San Agustín, Perú.
- Kessuwan, N. (2016). *Unfair Dismissal Remedies* (tesis de pregrado). Assumption University, Tailandia.
- Ley N° 26790. Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud, Lima, 14 de mayo de 1997.
- Madinda, A. (2015). *Unfair Termination of Employment at Workplaces* (tesis de pregrado). Tanzania Public Service College, Africa.
- Mena, K. (2018). *La Importancia de las Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento: El Caso Peruano* (tesis de pregrado). Universidad Tecnológica del Perú, Perú.
- Neves, J. (2015). *El despido en la legislación y en la jurisprudencia del TC y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales - edición de lujo*. San Diego, Estados Unidos: Heliasta S.R.L.

Osterling, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Pacheco, E. (2019). *La Homologación de la Indemnización de daños y perjuicios con las Remuneraciones Devengadas*. Taller de Derecho Laboral. Institución Académica Mas Actualización y Capacitación, Trujillo, Perú.

Pacherres, J. (2015). *Calidad de Sentencias de Primera y Segunda Instancia sobre Indemnización por Despido Arbitrario y otros, en el Expediente N° 00443-2010-0-2001-JR-LA-02, del Distrito Judicial de Piura-2010* (tesis de pregrado). Universidad Católica Los Ángeles Chimbote, Perú.

Paz, M. y Toribio, S. (2018). *La aplicación del factor de Mitigación de daño en los Despidos Laborales en la cuantificación del Lucro Cesante* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, Perú.

Plá, A. (1978). *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Rivas, G. (2017). *La obligatoriedad del aporte del trabajador independiente: Una propuesta necesaria para la reforma del sistema pensionario peruano*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rojas, G. (2017). *Alcances sobre el pago de remuneraciones devengadas*. Soluciones Laborales (117), 45-55.

Taboada, L. (2018). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima, Perú: Grijley EIRL.

Tjaart, H. (2018). *The Juridical Basis of the Statutory Claim for Compensation in Unfair Dismissal Cases* (tesis de pregrado). University of Pretoria, Africa.

Toyama, J. (2016). *Las remuneraciones y beneficios sociales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica SA.

Valderrama, L. (2015). *Sistema de Legislación Laboral*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica SA.

Zavala, J. (2009). *El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo*. Lima, Perú: Grijley EIRL.

Zegarra, V. (2017). *Despido Nulo y Pago de Indemnización por Daños y Perjuicios* (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo de Lima, Perú.



ANEXOS

Anexo 1

GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO DE LA TESIS: El Pago Indemnizatorio en el Despido Incausado vulnera el derecho a la Seguridad Social y Sistema Pensionario.

INTRODUCCIÓN: La presente investigación tiene la finalidad de demostrar que la indemnización de daños y perjuicios en los despidos incausados, vulneran la seguridad social y el derecho pensionario.

El entrevistado puede autorizar que la entrevista sea filmada o grabada, para contribuir en la confiabilidad y veracidad de la información brindada.

INSTRUCCIONES:

- A continuación, se le presentara 5 ítems.
- Después de cada pregunta, escriba lo que usted crea conveniente, desde el punto de vista legal.
- Responder con total veracidad, puesto que su opinión es muy valiosa para la investigación.

1. **¿Considera usted trascendente establecer la diferencia existente entre remuneraciones dejadas de percibir e indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante), referidos al tema pensionario? Porque?**

2. **¿Considera usted que el otorgar una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de un despido incausado vulnera el derecho a obtener una pensión? Porque?**

3. **¿Considera usted que el otorgar una indemnización de daños y perjuicios en los despidos incausados afecta a la seguridad social (seguro social)? Porque?**

4. **¿Considera usted que debe unificarse el efecto resarcitorio del despido incausado con el efecto reparador del despido nulo, cuya tutela son las remuneraciones devengadas? Porque?**

5. **¿Considera usted que el otorgar daños punitivos como consecuencia de un despido fraudulento e incausado no garantiza el derecho pensionario del trabajo? Porque?**

Anexo 2

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO/CUESTIONARIO

DATOS DEL EVALUADOR

- APELLIDOS Y NOMBRES: _____
- N° DE COLEGIATURA: _____
- PROFESION: _____
- LUGAR DE TRABAJO: _____
- CARGO QUE DESEMPEÑA: _____
- ÁREA _____

Ítems / Preguntas	Objetivos Específicos	Escala Evaluativa			Observaciones
		A	B	C	
¿Considera usted trascendente establecer la diferencia existente entre remuneraciones dejadas de percibir e indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante), referidos al tema pensionario? Porque?	Analizar los Plenos Jurisdiccionales Supremos y Resoluciones de las Salas Laborales sobre indemnización y remuneraciones devengadas del despido incausado.				
¿Considera usted que el otorgar una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de un despido incausado vulnera el derecho a obtener una pensión? Porque?					
¿Considera usted que el otorgar una indemnización de daños y perjuicios en los despidos incausados afecta					

a la seguridad social (seguro social)? Porque?					
¿Considera usted que el otorgar daños punitivos como consecuencia de un despido fraudulento e incausado no garantiza el derecho pensionario del trabajo? Porque?					
¿Considera usted que debe unificarse el efecto resarcitorio del despido incausado con el efecto reparador del despido nulo, cuya tutela son las remuneraciones devengadas? Porque?	Proponer la modificación del art 34 DS.003-97-TR para tutelar a los trabajadores en los despidos incausados				

ESCALA EVALUATIVA DE CORRESPONDENCIA ÍTEMS – OBJETIVOS:

- A: TOTALMENTE DE ACUERDO**
- B: DE ACUERDO**
- C: DESACUERDO**

FECHA: _____

FIRMA Y SELLO

Anexo 3

FICHA DE ANÁLISIS			
Magistrados Ponentes		EXP. N°	
Tipo de Corte y fecha de la sentencia		Tema principal	
Demandante			
Demandado			
Análisis del Caso			
Fallo			