



EXP. N° 19308-2018-0-1801-JR-LA-11 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

Vista de la Causa: 27/01/2020

Sumilla: A nivel constitucional, el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente la figura jurídica del Despido Fraudulento, el cual se constituirá cuanto: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, e) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.

TRIBUNAL UNIPERSONAL

Lima, veintisiete de enero del dos mil veinte.-

VISTOS: Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**, por lo que este Tribunal Unipersonal emite resolución con base en lo siguiente:

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1. Objeto de la revisión

Viene en revisión a ésta instancia el recurso de apelación interpuesto por las partes procesales contra la Sentencia N° 259-2019-1 1° JETL contenida mediante Resolución N° 04, de fecha 05 de julio de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) Se abone la suma de S/. 21,093.00 por concepto de indemnización vacacional, mas intereses legales, costas y costos procesales, los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.
- b) Infundados los extremos de indemnización por despido arbitrario y por daño moral.

I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)



La parte **demandante, JOSE ANTONIO CHINEN SAKUDA**, en su apelación refiere los siguientes agravios:

- i) El órgano jurisdiccional de primera instancia comete un error al momento de valorar los medios probatorios en su integridad, pues se encuentra acreditado que la parte demandante fue trasladado a una ubicación geográfica distinta a la habitual, constituyéndose un acto de hostilidad. (Agravio N°01)
- ii) Se comete un error al momento rechazar la pretensión de indemnización por despido arbitrario, por cuanto -de los testimoniales aportados al proceso- los abogados del empleador encerraron al demandante para proceder a despedirlo. (Agravio N°02)
- iii) Se advierte una valoración adecuada del Exp. N° 153-2018-/CCD, por cuanto a través de aquel documento el INDECOPI ratificó la inexistencia de aquella falta grave imputada al demandante (Agravio N°03)
- iv) No se ha considerado que la parte demandante ha sufrido un daño moral con relación a la extinción de la relación laboral, por cuanto se ha constituido un despido arbitrario. (Agravio N°04)

La **demandada, TOPSALES PERU S.A.C.**, en su recurso de apelación, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado los siguientes agravios:

- i. La sentencia recurrida no ha motivado adecuadamente las razones por el cual el órgano jurisdiccional de primera instancia ha otorgado una indemnización vacacional, por cuanto el demandante ha tenido la condición de cargo de confianza, por lo que, no le correspondía aquel pago de indemnización vacacional. Asimismo, se aprecia un error sobre la falta de pago de la CTS, por cuanto el mismo se aprecia de la demanda de consignación de beneficios sociales. (Agravio N° 01)
- ii. No se ha estimado que el demandante ha sido cesado por la comisión de diversas faltas graves, los cuales se encuentran contemplados en los incisos a), c), d) y h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Productividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N°003-97-TR . (Agravio N°02)
- iii. El juzgado realiza una motivación incongruente al momento de estimar el pago de intereses legales, costas y costos procesales, por cuanto el contenido de la demanda deviene en infundada, y el valor de las costas procesales deberá considerarse conforme al monto determinado en la sentencia. (Agravio N°03)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.- De conformidad con el



artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

.....

CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SEGUNDO: El Derecho Constitucional al Debido Proceso.- La doctrina procesalista y constitucionalista ha sostenido que el Debido Proceso, regulado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, es un Derecho Fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional o administrativa¹, en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia². Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los expedientes N° 00090-2004-AA/TC, N° 3421-2005-HC/TC, N° 1656-2006-PA/TC, N° 5 627-2008-PA/TC, N° 2906-2011-PA/TC y N° 5037-2011-PA/TC, ha observado que:

“El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (...) Está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier

¹ Para la autora Eugenia Ariano Deho sostiene que un Debido Proceso es aquel que incorpora garantías mínimas, asegurando a las partes un tratamiento paritario, una paridad de armas al interior del mismo proceso, pero además, es debido el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial. Texto citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, “El Proceso Constitucional de Amparo”, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 366.

² REYNALDO BUSTAMANTE, “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”, Lima, 2001, Pág. 236, citado por LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 498.

actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) El derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona devienen en arbitrarios.”

Además, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad³.

TERCERO: Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.- El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera⁴.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa⁵; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

³ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

⁴ Idem, Pág. N° 532.

⁵ Ibidem, pág. 532

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia por el cual:

“La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables” (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

CUARTO: Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegio sostiene que:

“El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*

- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”.

En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

QUINTO: Respecto al Acto de Hostilidad.- Conforme a lo previsto nuestra legislación laboral vigente, los actos de hostilidad se encuentran regulados en el artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, por el cual:

“Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: “a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada

de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador; y, h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad".

De esta manera, los actos de hostilidad (de manera global) implicarán necesariamente modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo por parte del empleador sujeta a condiciones legales, pues el principio de razonabilidad constitucional determinará una limitación sustancial del ius variandi del empleador, pues el abuso de los mismos -en detrimento de los derechos del trabajador- harán insostenible la continuidad de la relación laboral; así, considerando las causales previstas en el párrafo anterior, nuestra legislación y jurisprudencia han señalado que el traslado geográfico del puesto de trabajo será equiparable a un acto de hostilidad, por cuanto el mismo representará una paralización de los derechos regulares del trabajador y su entorno familiar, siempre que una de las partes acredite un perjuicio al trabajador, no se observe una causa válida o justificada que sustente tal decisión y no se observe la necesidad justificada de tal traslado.

SEXTO: En efecto, a través de la Casación N° 8163-2016-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha señalado que:

"(...) El ius variandi consiste esencialmente en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador, dentro de las limitaciones que le impone la ley (...)".

Asimismo, ya la propia Corte Suprema ha establecido que será necesario la acreditación de un perjuicio al trabajador al momento de ejecutarse una decisión por parte del empleador, en tanto, a través de las Casaciones N° 628-2003-Ica y N° 18554-2015-Huanuco, ha precisado que:

"(...) Si bien se reconoce la facultad del empleador de transferir al trabajador de un lugar a otro, sin embargo tal facultad no es ilimitada sino que subordina al cumplimiento de determinados requisitos, destacándose que tal traslado no debe constituir perjuicio al trabajador"

Así, para sustentar la necesidad, por parte del empleador, de justificar o motivar la necesidad del traslado o rebaja de la categoría, el referido colegiado



supremo (a través de la Casaciones N° 17819-2015-Cajamarca y N° 10839-2014-Ica) ha indicado en forma expresa:

" (...) El propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador, debe suponer por un lado la ausencia de la razonabilidad o las necesidades de la empresa, expresadas o mencionadas con claridad, lo cual debe concordarse con cualquier modificación irrazonable o desproporcional de los acuerdos arribados en el contrato de trabajo (...)", en donde "(...) Corresponderá al empleador acreditar la razonabilidad y funcionalidad al cambio de lugar de prestación de servicios, y de no cumplir con probarlo, resulta irrelevante que el trabajador no haya probado el perjuicio que le ocasionó el cambio(...)".

SETIMO: Además, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, la propia norma ha precisado que, con anterioridad a la acción judicial, el demandante deberá emplazar por escrito a su empleador, imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso; en ese sentido, el artículo 35° de la LPCL ha regulado en forma expresa que el trabajador que se considere hostilizado, bajo el supuesto de cualquiera de las causales indicadas en el artículo 30° de la misma ley, podrá optar excluyentemente por:

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

Por consiguiente, el requisito previo para que el trabajador pueda optar las opciones citadas será a través del emplazamiento por escrito y el cumplimiento de un plazo no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta.

OCTAVO: Del caso en concreto (Agravio N° 01 de la parte demandante).- De los actuados, la parte demandante sostiene que la Judicatura ha incurrido en error y ha motivado en forma inadecuada su decisión sobre los actos de hostilidad, por cuanto que el traslado de funciones se realizó de manera efectiva, con ello apreciándose una reducción inmotivada de la categoría.

De ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia indica que el ius variandi del empleador deberá ser ejercida mediante la aplicación de los principios de razonabilidad y las necesidades de la entidad; pero, dentro del caso en concreto, sostiene que la parte demandada no realizó ningún cambio de su categoría ocupacional y no apreciándose un acto de hostilidad.

Ahora, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** advierte que la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio idóneo por el cual se pueda apreciar la constitución de un acto de hostilidad que le pueda ocasionar perjuicio, dentro de la modalidad denominada reducción inmotivado de la categoría

Por lo que, carece de valor probatorio sobre el presunto encierro del demandante con los abogados de la empresa poder determinar un nuevo acto de hostilidad y la constitución de un acto de hostilidad, por cuanto los mismos no revierten la situación real por el cual la parte empleadora no efectivizó aquel cambio de categoría y el perjuicio ocasionado, el cual es un elemento consustancial para poder determinar concretamente un acto de hostilidad.

Con tales razones, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia en el presente extremo.

.....

NOVENO: Respecto al derecho a la libertad de empresa.- La libertad de empresa se manifiesta como el derecho constitucional mínimo de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional, económica o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; de ello, conforme al presente derecho, el Estado Constitucional de Derecho ofrece una amplia libertad de los ciudadanos para poder elegir la actividad económica lícita que requiera, ejecutarla y desarrollarla de acuerdo a las normas legales y obtener los beneficios que de ello se deriven⁶, hasta la propia voluntad de extinguir aquella actividad económica.

En ese sentido, se aprecia que el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa garantiza un amplio margen al ciudadano de organizar, dirigir y decidir sobre la organización de los elementos productivos, el cual constituye un aspecto funcional de la organización de los elementos productivos; por cuanto su titularidad se concentrará objetivamente en la libertad de poder organizar, estructurar y modificar la modalidad de organización de la empresa, así como la aplicación de facultades empresariales que estimen pertinentes hacia terceros o a su propio personal.

Por ello, a través del desarrollo del presente derecho constitucional, se advierte que la iniciativa privada (eje de la libertad de empresa) podrá desenvolverse dentro de los amplios cánones de organización y dentro de la escala productiva⁷, siempre y cuando aquella actividad privada organizada (mediante

⁶ IRUERTA URIARTE PEDRO, "El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa", Revista Estudios Constitucionales, Volumen N° 11, N° 02, Santiago de Chile, 2013. Para poder revisar este trabajo podrá acceder al siguiente link: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200010>

⁷ RODRIGUEZ CAIRO VLADIMIR, "Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú", Revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 24 N.º 45 A pp. 121-137 (2016) UNMSM, Lima - Perú ISSN: 1560-9103 (versión impresa) / ISSN: 1609-8196 (versión electrónica). A

la autodeterminación) no pueda colisionar con los intereses legales de la sociedad o el orden público; en ese sentido, si bien es verdad que nuestra Constitución Política del 1993 protege la iniciativa privada contra la injerencia desproporcionada de los poderes públicos, pero tales poderes organizativos podrá limitarse adecuadamente mediante la fiscalización de aquella actividad conforme a la titularidad del orden público o la protección ponderada de otros derechos fundamentales.

DECIMO: En ese sentido, dentro del desarrollo de una relación laboral, también se aprecia el desenvolvimiento de la libertad dentro de la propia esfera jurídica de los trabajadores, pues a causa de las diversas formas de organización, dirección y sanción hacia los trabajadores; la parte empleadora podrá utilizar las diversas formas de sanción o extinción de la relación laboral que estime conveniente aplicar, por cuanto nuestro sistema jurídico ha optado por diversas modalidades de extinción de la relación laboral tales como la jubilación, el despido, el cese por cargo de confianza, el mutuo disenso, etc.; de los cuales el empresario podrá utilizar una de ellas para poder sancionar o finalizar indistintamente una específica relación laboral, bajo la condición que su ejercicio encuentren regidos por los cánones establecidos por la Ley y la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, la doctrina ha precisado que las facultades disciplinarias deberán ser ejercidas dentro del ámbito señalado por las normas legales, contratos, convenios colectivos o la propia legislación laboral, por cuanto los mismos podrán estructurar una atribución eminentemente reglada y evitando abusos por parte del propio órgano empresarial.

DECIMO PRIMERO: Para tal efecto, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional (Exp. N°008-2003-AI/TC) ha precisado cuál es la estructura y el ámbito de aplicación del derecho a la libertad de empresa, mediante el modelo económico de la libre iniciativa privada, por cuanto aprecia:

"(...) Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (...) Dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es "que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización (...) La libertad de empresa (...) Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o

través del presente trabajo, el autor asume la postura por el cual una sociedad caracterizada por la libre empresa puede ser al menos una sociedad pluralista, que conoce no una única jerarquía de fines, sino que tiene muchos principios diferentes en que se basa la estima.

*prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. **La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.** Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce (...)*"

Asimismo, a través de una estructura teórica esbozada en el Exp. N° 3330-2004-AA/TC, el TC ha elaborado un contenido esencial del presente derecho, el cual se encuentra configurada por cuatro tipos de libertades elementales, tales como:

"(...) Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho:

- *En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis in/ra.*
- *En segundo término, **la libertad de organización** contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).*
- *En tercer lugar, está la libertad de competencia.*
- *En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno. de otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria.*

La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos (...)"

En consecuencia, este Colegiado Superior considera que la libertad de poder emplear cualquier tipo de sanción o modalidad de extinción de la relación laboral, por cuanto la propia libertad de empresa permite emplear una gama de posibilidades establecidas por nuestra legislación para poder emplear su potestad de dirección y sancionatoria, bajo los límites establecidos por la propia norma y la carta magna.

DECIMO SEGUNDO: Sobre la Categoría de Trabajador de Confianza.- Preliminarmente, no ha existido un consenso definitivo para poder identificar a

este tipo de trabajador, pues han existido diferentes parámetros para poder obtener tal resultado⁸, por ello, en las legislaciones de Trabajo, se ha nombrado varias veces *-sin definirlos-* a aquellos que han ocupado cargos de directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan actos de administración; excluyéndoles de esta manera de los convenios colectivos y demás protecciones sociales.

Además, ante una aparente contradicción sobre su reconocimiento como trabajadores o como sujetos independientes⁹, actualmente **nuestra legislación ha definido al personal de confianza (en los artículos 43^{o10} y 44^{o11} del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR) como aquellos que poseen un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea a desempeñar para hacer presentes los intereses del empleador¹²**, pues la confianza es una relación especial en razón a la representación general del empleador frente a los trabajadores, siempre observando que se cumplan debidamente los intereses de la empresa y la competencia profesional de cada trabajador¹³; de esta manera, en nuestro sistema jurídico nacional, el concepto de trabajador de confianza se relativizará a cada caso en concreto, pues su diferencia no se sujetará a un tipo de trabajador, sino por la responsabilidad y la función desempeñada.

⁸ MIGUEL CANTON MOLLER, “*El Contrato de Trabajo de Confianza*”, Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, el autor, además, menciona que cuando se establecía como causal para la terminación del contrato de Trabajo de quienes ejercen labores de dirección, fiscalización y vigilancia, era la pérdida de confianza y, consiguientemente, se excluía de la posibilidad por su calidad de representantes del patrón, para ingresar en el sindicato de los demás trabajadores, criterio abiertamente debatible, puesto que solo se considera el ámbito meramente subjetivo sin tomar en cuenta las propias condiciones del trabajo, es decir, la finalidad y la estructura propia de la labor, estos criterios serán desarrollados más adelante.

⁹ En efecto, existía un amplio debate sobre cuáles eran los criterios para considerar a un prestador como trabajador, para tal efecto, MARIO DE LA CUEVA, citado por NESTOR DE BUEN, “*Derechos del Trabajador de Confianza*”, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15, en la que consideraba que aquellos sujetos eran altos empleados, concluyendo que no eran trabajadores y que la designación de un director o de un gerente se asemeja a la de un ‘profesional liberal fundada en razones “*intuitu personae*”, causales para relativizar la jornada como la forma de pago; para el autor JESUS CASTORENA, cit. por Moller, sostenía que entre el patrón y su personal de confianza no existía un Contrato de Trabajo, sino un mandato, en tanto que los actos de servicio del mandatario sirven al objeto del contrato, mientras que los del trabajador son el objeto de la relación jurídica.

¹⁰ El artículo 43° de la LPCL claramente ha prescrito que los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

¹¹ El artículo 44° de la LPCL dispone de forma expresa que todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo 43°. Asimismo, regula que en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación. El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

¹² NESTOR DE BUEN, “*Derechos del Trabajador de Confianza*”, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15

¹³ MANUEL ALONSO GARCIA, “*Curso del Derecho del Trabajo*”. Edit. Ariel, 1981, pág. 148

En tal sentido, actualmente la jurisprudencia ha reiterado que el cargo de confianza de un trabajador no se sustentará en un criterio meramente subjetivo o de análisis objetivo de cada puesto en una empresa, sino de una peculiar condición en la que el trabajador se vincule a cada ambiente productivo; con ello, conforme a la modalidad de ingreso al cargo se determinará el tipo de protección a aplicar, pues solamente existirá -conforme a los recientes fallos judiciales y acuerdos plenarios en materia laboral- una tutela jurídica si el acceso al cargo de confianza se produjo a través de la promoción o ascenso y no en aquellos supuestos en donde se haya nombrado el cargo de confianza en forma directa, pues el cese de cargo de confianza no conllevará a la configuración de un despido arbitrario, ni mucho menos a una indemnización.

DECIMO TERCERO: En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado desde hace varios años - tal como lo descrito en el Exp. N°03501-2006-PA/TC- que:

"(...) A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general(...) Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.*
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. (...)*

Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos".

De esta manera, en caso del cese de la confianza por parte del empleador, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado tal pérdida subjetiva conllevará a la extinción de una relación laboral -en caso se ingrese en forma directa a tal cargo- sin opción a una reposición al puesto de trabajo, pues:

"Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: (...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber

realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.(...)"

Salvo que en el proceso se haya podido acreditar que el demandante ha accedido al cargo de confianza a través de un progreso en su carrera, en donde si se admitirá la reposición al puesto anterior asumido con anterioridad al cese; en efecto, de la propia revisión del Exp. N° 03501-2006-PA/TC, se aprecia que, en el caso de ascenso o progreso en la carrera, se deberá optar por la opción de la reposición al puesto anterior, por cuanto:

"(...) En referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo (...) De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución (...) Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del jus variandi que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido (...)"

DECIMO CUARTO: Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario, si bien es verdad que anteriores criterios jurisdiccionales sustentaban la viabilidad de otorgar una indemnización por no haberse renovado la confianza, también se encuentra acorde a Derecho que la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha variado sustancialmente tal criterio, al precisar en forma expresa, tal como lo señalado en la Casación N° 1 8450-2015-Lima, que:

"(...)Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya «relación laboral sea mixta», es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo «común». Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo «común» entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo «común», o la indemnización por despido arbitrario".

Tan cierto es lo afirmado que el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de la Lima (NLPT) del año 2017 ha acordado:

"No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación"

Puesto que se ratifica la posición por el cual la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador no supone un despido arbitrario, pues dichas particularidades subjetivas (propias de los trabajadores de confianza) determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario, pues el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva, salvo en los supuesto de ascenso de categoría; salvo que el empleador decida a libre discrecionalidad, conforme a su derecho constitucional a la libertad de empresa, extinguir la relación laboral conforme a la aplicación del despido mediante una causa justa, mediante el cual el propio empleador deberá acreditar la extinción mediante la constitución de una causa justa y conforme a la prevalencia de un Debido Proceso y el derecho a la Defensa.

DECIMO QUINTO: Además, es preciso señalar que recientemente la propia Corte Suprema de la República ha expedido el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, mediante el cual las Salas Constitucionales y Sociales han concordado por unanimidad la siguiente conclusión:

"Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza. Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando le propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo".

De esta manera, actualmente existe el criterio interpretativo mayoritario por el cual no se otorgará una indemnización por despido arbitrario para aquellos trabajadores que hayan ingresado en forma directa al puesto de cargo de confianza y hayan sido cesados por la causal de cese de la propia confianza por parte del empleador; mas no a los que ingresaron a tal puesto por una actuación meritocrática.

DECIMO SEXTO: Sobre la acreditación de una causa justa en materia de Despido.- Respecto al mismo cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado,

derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos: **1)** el acceder a un puesto de trabajo; y **2)** el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario.

De esta manera, en los artículos 31° y 32° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se regula el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del **derecho al debido proceso**, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión. De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N°02939-2012-PA/TC- e I TC ha reiterado:

"(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)".

En efecto la falta grave se califica como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos: **i)** La infracción de los deberes esenciales del trabajador, establecidos en el contrato de trabajo; el cual por su naturaleza reconoce derechos, como también imponer obligaciones que deben ser cumplidos por el trabajador; y en éste último caso debe tratarse de deberes esenciales establecidas respecto del empleador; **ii)** La gravedad de la falta del trabajador; que según el artículo 25° de la LPCL, debe ser *"De tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"*; para ello se requiere la concurrencia de cuatro elementos calificativos de la falta grave: oportunidad, objetividad, causalidad y proporcionalidad; **iii)** La legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada entonces, no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados, sino también en relación a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

DECIMO SETIMO: Para ello, para poder determinar la viabilidad jurídica de una indemnización en caso no se observe una causa adecuada o justificada prevista en la ley, se deberá tener presente que la misma ha derivado de una protección constitucional reconocida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, por parte del Tribunal Constitucional, pues a través de los Exp. N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001-AA/TC y N° 206 -2005-AA/ TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que:

"(..) El artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un mandato al legislador*
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16°

de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, previsto en la LPCL.

DECIMO OCTAVO: Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y **el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador.** Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

En consecuencia, el artículo 34° de la citada norma indica que si el despido es declarado inconstitucional por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones.

DECIMO NOVENO: Del caso en concreto (Agravio N° 02 y N° 03 de la parte demandante y Agravio N° 02 de la demandada).- Por tal razón, de los actuados, se aprecia que la parte demandante considera que el juzgado comete un error al momento rechazar la pretensión de indemnización por despido arbitrario, por cuanto -de los testimoniales aportados al proceso- es certero que los abogados del empleador encerraron al demandante para proceder a despedirlo en forma material; en ese sentido, considera que se deberá valorar el presente proceso se deberá sustentar conforme a la constitución de un despido arbitrario, pues no se ha analizado probatoriamente lo resuelto en el Exp. N° 153-2018-/CCD expedido el INDECOPI, el cual ratificó la inexistencia de aquella falta grave imputada al demandante.

Asimismo, la parte demandada precisa que el Juez de primera instancia no ha estimado que el demandante ha sido cesado por la comisión de diversas faltas graves, los cuales se encuentran contemplados en los incisos a), c), d) y h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Productividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Ante ello, el órgano jurisdiccional ha considerado que la presente pretensión no deberá ampararse, por cuanto la demanda no se ha centrado en cuestionar los fundamentos de la demanda en despedirlo, mediante la imputación de faltas graves contempladas en los literales a), c), d) y h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Productividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, al

apreciarse que el demandante no presentó sus descargos correspondientes dentro del procedimiento de despido.

VIGESIMO: De esta manera, de la revisión de los actuados, **este Colegiado Superior** advierte que, de manera preliminar, el empleador ha optado libremente por extinguir la relación laboral mediante la aplicación de la figura del despido por comisión de una falta grave y no por una no renovación del cargo de confianza; en ese sentido, el debate solamente se encentrará en determinar si el demandante ha sido cesado por una causa justa y no por la condición de un trabajador de confianza, pues -tal como hemos señalado precedentemente- el derecho constitucional de la libertad de empresa garantiza que el empleador pueda optar libremente por la forma de extinción de la relación laboral que estime pertinente, por cuanto la aplicación del despido por falta grave y el cese por no renovación de la confianza son dos figuras válidas que nuestro sistema jurídico admite en el presente caso. Así, al haberse optado por el despido, conforme al propio argumento reiterado de ambas partes procesales, la controversia solamente girará si el despido ha sido motivado y mediante causas justas.

En ese sentido, la parte demandante ha señalado que la indemnización por despido arbitrario procede por cuanto los abogados de la empleadora lo encerraron para despedirlo de manera personal y obviando el procedimiento previo de despido; en efecto, conforme a su agravio formulado, la parte accionante reitera en sostener que las declaraciones formuladas por las señoras Chamochumbi Merino, Manco Juarez y Ivette Aguilar sustentarían el despido de hecho y por el cual no se habrían cumplido con las garantías mínimas del Debido Proceso y a la Defensa. Por el contrario, esta instancia superior considera que la parte demandante no ha sustentando oralmente tales versiones dentro de la propia audiencia de juzgamiento y ante esta segunda instancia, o ha confrontado tal posición con los argumentos formulados por la empresa demandada, pues no existe un medio probatorio idóneo que permita apreciar que -efectivamente- los abogados de la empresa se reunieron con el demandante para despedirlo de manera inmediata.

VIGESIMO PRIMERO: Asimismo, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos, se advierte que (a fojas 105 a 130) el empleador notificó la carta de pre aviso de despido (con fecha 24 de julio de 2018) y la de despido (01 de agosto de 2018), mediante el cual se vio por extinguida la relación laboral; asimismo, de tal procedimiento, no obra una respuesta o contestación de la parte demandante en la que se cuestione los cargos imputados, por cuanto tampoco existe medio probatorio que acredite que el demandante haya acudido a laboral después del 13 de julio de 2018 o que haya sido impedido de ingresar a su centro de labores.

En consecuencia, conforme a la aplicación del artículo 42° del Reglamento del texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, se podrá apreciar que la parte demandante no ha cuestionado las imputaciones vertidas en la carta de pre aviso de despido, por lo que se considerará por aceptada. Además, también carece de objeto



pronunciarse sobre el valor probatorio de la resolución recaída dentro del Exp. N° 153-2018-/CCD, en la que presuntamente el INDECO PI habría ratificado la inexistencia de aquella falta grave imputada al demandante (con relación a la competencia desleal), por cuanto el mismo no ha sido cuestionado dentro del propio proceso interno de despido.

Ahora, sobre la causal formulada por la parte demandada, se podrá apreciar claramente que el órgano de primera instancia ha validado la existencia de una causa justa de despido por la omisión de la parte demandante de ejercer su derecho a la defensa, en ese sentido, se ha ratificado la validez del acto de despido, por cuanto se advierte la falta de diligencia del empleador en cuestionar tales imputaciones reguladas en los literales a), c), d) y h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Productividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Con razón a ello, no **corresponderá amparar el agravio deducido por las partes procesales**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

.....

VIGESIMO SEGUNDO: Respecto a la indemnización por daños y perjuicios.- La responsabilidad civil es una institución jurídica dentro del cual existe la obligación de indemnizar por daños causados en virtud a un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en donde su reparación deberá consistir en el establecimiento de una situación anterior o -cuando ello sea imposible- en un pago por concepto de indemnización. Para ello, en caso que una conducta pueda ocasionar una lesión o menoscabo, el mismo se deberá analizar dentro de los elementos constitutivos propios de la responsabilidad civil, esto es, la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

Ahora bien, sobre la **antijuridicidad**, tal requisito podrá definirse como aquella conducta el cual es contrario al ordenamiento jurídico en su integralidad y, en general, contrario al derecho¹⁴, en donde la misma tendrá un carácter

¹⁴ Para el autor TABOADA CORDOBA LIZARDO en su trabajo denominado "*Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 25 a 26, la antijuridicidad se sustenta en la afectación del sistema jurídico en su totalidad, en tanto que afectan los valores y principios sobre los cuales se ha constituido el sistema jurídico.

estrictamente típico¹⁵, al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo¹⁶.

En tal sentido, resultará evidente señalar que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber interrumpido absoluta o relativamente una obligación (en materia contractual) o en general toda conducta que ocasione un daño (en materia extracontractual).

Asimismo, en lo que concierne al **daño**, la doctrina¹⁷ sostiene que la misma será toda lesión a un derecho subjetivo, en el sentido de un interés jurídicamente protegido, del individuo dentro de una relación patrimonial o extrapatrimonial, en donde el perjuicio patrimonial será todo menoscabo en los derechos materiales de la persona (sustentando de esta forma el lucro cesante y el daño emergente), mientras que el extrapatrimonial se encontrará referido a las lesiones sobre los derechos no patrimoniales dentro de los cuales se encontrarán los sentimientos, merecedores de tutela legal, cuya lesión originará un supuesto de daño moral, dentro del cual (doctrinariamente) se encuentra el concepto de daño a la persona¹⁸.

¹⁵ Sobre el carácter típico y atípico de la antijuridicidad, el propio TABOADA CORDOBA LIZARDO sostiene que la antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuridicidad en sentido amplio y material (en materia extracontractual) fluye de los artículos 1969° y 1970° del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar, entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

¹⁶ A nivel jurisdiccional, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, conforme a la Casación N° 3168-2015-Lima, ha precisado conceptualmente que "La antijuridicidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico".

¹⁷ Para el autor TABOADA CORDOBA LIZARDO en su trabajo denominado "Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 27, el daño es todo menoscabo a los intereses del individuo en su vida de relación social que el derecho ha considerado merecedores de tutela; asimismo, DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO en su obra "La Responsabilidad Extracontractual", Séptima Edición, Tomo II, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial 2001 - Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 17, al momento de citar al autor Alfredo Orgaz, refiere que será importante destacar una característica general, en donde el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser reparado si se quiere aspirar a una reparación, presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, pues tiene que materializarse en un daño.

¹⁸ A través de la Casación N° 1762-2013-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República ha precisado que "El daño alude a un menoscabo o detrimento del interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una convivencia pacífica conteniendo éste además la siguiente tipología: El daño emergente, aquél que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima; el lucro cesante identificado como aquello que la víctima deja de percibir por efecto del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio; el daño moral, constituido por la lesión a los sentimientos de la víctima y que le produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento afectando evidentemente en el daño moral

VIGESIMO TERCERO: Respecto al **nexo causal**, este elemento integrante vendrá a ser la relación necesaria de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues si no existiese tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar¹⁹; por lo que, en el ámbito laboral, la relación causal exige (en primer lugar) la existencia del vínculo laboral y (en segundo lugar) que conducta haga permita determinar la constitución del daño consecuencia²⁰, tal como el acto de despido. Asimismo, dentro del **factor de atribución**, se podrá precisar que este último se encuentra constituido por aquellos elementos que determinan finalmente la existencia de una responsabilidad civil, en donde se analizará la constitución²¹ de una culpa leve, grave, inexcusable y el dolo (a nivel contractual y extracontractual), mientras que a nivel extracontractual se analizará la culpa y el riesgo creado; para ello, dentro de un sistema subjetivo, el autor del daño solamente podrá responder si ha actuado mediante culpa, mientras que en un sistema objetivo solamente se probará fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es peligrosa y riesgosa y sin la necesidad de acreditar alguna culpabilidad²².

la esfera subjetiva e íntima de la persona inclusive su honor y reputación; en cuanto a proyecciones de aquélla hacia la sociedad si es que con tales aflicciones se la desprestigia públicamente; el daño a la persona, conocido como daño a la libertad o al proyecto de vida es aquél que recae sobre la persona del sujeto lo que le impide realizar su actividad habitual, que es la que efectuaba para proveerse de los bienes indispensables para su sustento así como también en la que estaban plasmadas las metas que le permitirían su realización personal comprendiéndose asimismo dentro de este daño la lesión a la integridad física y psicológica del afectado".

¹⁹ En la obra denominada "Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 28 a 29, (TABOADA CORDOBA LIZARDO) se sostiene que en ambos sistemas de la responsabilidad civil, las figuras de la concausa (acumulación de dos conductas para la comisión del daño) y de la fractura causal (conflicto de causas para llegar a la constitución del daño, haciendo imposible que una de ellas hubiera llegado a producirlo) se sujetarán a los elementos del daño fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Ahora bien, el autor OSTERLING PARODI FELIPE en su trabajo titulado "La indemnización por Daños y Perjuicios", Pág. 398 (el cual podrá visualizarse a través del link <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>) sostiene que el daño, para que sea imputable a nivel contractual, se requiere de un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inexecución de la obligación, pues sólo interesará, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

²⁰ De esta conclusión, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de la República, Casación N° 1762-2013-Lima, reitera que "La relación o nexo de causalidad el cual significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual es decir que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado"

²¹ Para estos efectos, la doctrina nacional insiste en señalar que la situación de imputabilidad del deudor (ámbito contractual) se encontrará vinculada al dolo o la culpa en la determinación de la responsabilidad, la mora o la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

²² De esta conclusión, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, Casación N° 1762-2013-Lima, reitera que "La relación o nexo de causalidad el cual significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual es decir que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado"

En consecuencia, el artículo 1321° del Código Civil, prescribe que la indemnización por daños y perjuicios deberá ser abonada por quien no ejecute una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; de esta manera, el dolo deberá entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales y disposiciones prescritas por la propia Ley. Además, la culpa inexcusable se encontrará sujeto a la negligencia grave por la cual la parte agraviante no cumpla con las obligaciones contractuales y conllevando que a la determinación individual del daño emergente y lucro cesante, en cuanto los mismos son consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación.

VIGESIMO CUARTO: Del concepto de Daño Moral.- En relación con lo descrito en el párrafo precedente, el Daño Moral se encuentra definido, a nivel teórico y jurisprudencial, como aquella lesión de los sentimientos en la víctima, el cual producirá un gran dolor o aflicción²³, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil²⁴; así, conforme lo normado en el artículo 1984° del Código Civil, de aplicación supletoria, un daño extra patrimonial o extracontractual será una modalidad que cubra todos los aspectos en los que el menoscabo sea de difícil probanza a nivel cuantitativo, razón por la cual se le otorga al magistrado una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, mediante una operación ponderativa²⁵. Con ello, se trata pues de un sufrimiento en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado.

Con esto, cabe resaltar que dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extra patrimonial comprende el daño a la persona, daño psicológico y otros conceptos relacionado, entendido como la lesión a todos los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas; asimismo, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes²⁶; asimismo, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, el citado código prescribe en el artículo 1322° que el daño moral también será susceptible de resarcimiento, a causa del incumplimiento de obligaciones laborales emanadas del contrato.

Así, en la Casación N° 4393-2013-La Libertad, la Corte Suprema de la República ha declarado que:

²³ TABOADA CORDOBA LIZARDO, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58

²⁴ LEON HILARIO LEYSER, "Funcionabilidad del daño e inutilidad del daño a la persona en el derecho peruano", Revista Peruana de Jurisprudencia, 2003, N° 23. <http://dike.pucp.edu.pe>.

²⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO, "Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil", en AA.VV., Para leer el Código Civil, I reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, Pág. N° 210.

²⁶ Del análisis de la jurisprudencia italiana, TOMMASO ARRIGO, "Il furto della moto nuova", en Dalla disgrazia al danno, a cura de Alexandra BRAUN, Giuffrè, Milano, 2002, Pág. N° 576.

"Esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que eso sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia".

VIGESIMO QUINTO: Ahora bien, sobre su determinación probatoria, si bien es verdad que inicialmente la jurisprudencia nacional se inclinaba por la plena probanza, mediante una prueba cierta o sucedáneo, del daño moral²⁷, pero, en la actualidad la misma jurisprudencia ha variado su criterio, de conformidad a lo regulado en el inciso 5) del artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, mediante la valoración de un daño cuando se aprecie indicios o elementos subsecuentes que permitan la certeza a la Judicatura que el referido daño se ha producido por un ejercicio abusivo e ilegal por parte del causante, sin la necesidad de recurrir a una prueba directa, el cual haga irrazonable la finalidad del tal conducta, dentro del periodo relacionado o sujeto a la idoneidad de la referida prueba.

Por ello, a través de las Casaciones N° 4917-2008-L a Libertad, N° 5423-2014-Lima, N° 1594-2014-Lambayeque y N° 4977-2015-Callao la referida Corte Suprema de la República precisa razonablemente que:

"Ante la dificultad probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. En el caso de autos, correspondía a las instancias de mérito resolver la controversia de los autos a la luz de esta concepción", en donde "Bastará demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor; omisiones que conducen a calificar a la sentencia de vista como indebidamente motivada".

VIGESIMO SEXTO: Del caso en concreto (Agravio N° 04 de la parte demandante).- De los actuados, la parte demandante sostiene que la Judicatura ha incurrido en error al momento de denegar el concepto de daño moral, por cuanto el demandante ha sufrido un despido arbitrario.

Ante ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia ha determinado la inviabilidad del daño moral, pues no se ha constituido un daño moral a causa de la validez del despido y la inacción de la parte demandante al momento de ejercer su derecho de defensa; en ese sentido, el evento dañoso invocado no ha existido y por actuar en base al ejercicio legítimo de un derecho.

Por lo que, conforme a los argumentos jurídicos descritos en los párrafos precedentes, este Colegiado Superior observa que la parte demandada no ha realizado un acto hostil en perjuicio del demandante, pues -conforme a lo ya señalado- el empleador ha extinguido al demandante mediante una causal

²⁷ En las Casaciones N° 5008-2010-Lima y N° 139-2014-La Libertad, la Corte Suprema de la República había establecido que existía la posibilidad que se ordene el pago indemnizatorio por daño moral, pero, para que se reconozca tal derecho, se deberá acreditar el daño sufrido.



válida de despido y por la omisión del demandante de ejercer su derecho de defensa dentro del procedimiento anteriormente señalado.

Con ello, al no existir motivos suficientes para poder sustentar un daño moral, también carecerá de sentido pronunciarse sobre una cuantificación del presente daño (formulado por la parte demandante), pues no se aprecia un daño que pueda ser indemnizado en el presente caso.

En consecuencia, no **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

.....

VIGESIMO SETIMO: Respecto al día de descanso y el derecho a las vacaciones.- El artículo 25° de la Constitución Política del Perú ha garantizado que la jornada ordinaria de trabajo, en el cual se encuentra incluido el horario de trabajo, será de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo, en donde la referida jornada podrá ser programada en periodos diarios, semanales o mediante jornadas acumulativas o atípicas, en donde las mismas podrán ser mayores a las ordinarias, pero, respetando los límites que establece la propia constitución.

Con ello, la presente garantía reconocida en la Constitución dispone expresamente que los empleadores no podrán establecer jornadas que excedan dichos límites, pero faculta que los mismos puedan mejorar tales condiciones a través de jornadas ordinarias menores a través de normas específicas, convenios colectivos, contratos o de decisiones unilaterales. Así, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 4635-2 004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado:

"El derecho a la jornada de ocho horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25° y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración, (más aún cuando integra el estándar mínimo de derechos que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), sino una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la Administración, sino también a los particulares".

VIGESIMO OCTAVO: Ahora bien, en materia legislativa, el Decreto Legislativo N° 713 ha consolidado la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, en donde - conforme a lo regulado en el artículo 10° - se ha normado lo siguiente:

"El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación: a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período. b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período. c) En los casos en que el plan de trabajo

se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período”

Asimismo, el artículo 15° de la citada norma prescribe que *"La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando. Se considera remuneración, a este efecto, la computable para la compensación por tiempo de servicios, aplicándose analógicamente los criterios establecidos para la misma."* del cual se extrae que los trabajadores tendrán el pleno derecho a treinta días calendarios de descanso vacacional pagado por cada año completo de servicio.

Además, el artículo 23° de la misma norma regula de manera expresa:

"Los trabajadores en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que adquiere el derecho, percibirá lo siguiente: a) Una remuneración por el trabajo realizado; b) una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado, y c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo. El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago."

Por el cual, la parte empleadora tendrá un plazo de un año posterior para otorgar el goce de vacaciones luego de su adquisición. Además, de la interpretación de la propia norma, se concluye que los trabajadores que no hayan gozado de descanso vacacional por el periodo que le corresponde debe otorgársele tres remuneraciones tal como a lo ya señalado precedentemente.

VIGESIMO NOVENO: Ahora bien, con relación al goce de vacaciones en los cargos que son sujetos a la confianza del empleador, se podrá apreciar que nuestra jurisprudencia ha establecido con meridiana claridad que un trabajador de confianza podrá ejercer su derecho a una indemnización vacacional si acredita concretamente que el referido trabajador de confianza se encontraba impedido de poder acceder a sus vacaciones por propia decisión del empleador y no podía elegir libremente sus vacaciones.

En efecto, conforme a lo señalado en la Casación N° 2943-2015-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha precisado que los trabajadores de confianza que se encuentren imposibilitados de acceder al goce de vacaciones, atribuible al empleador, tendrá derecho que requerir el pago de una indemnización vacacional, por cuanto:

"(...) No se encuentra probado que fue el propio demandante quien decidió no hacer uso de su descanso vacacional, más aún, si de las Cartas emitidas por el Presidente del Directorio de la empresa emplazada, se acepta que el accionante tiene pendientes descansos vacacionales acumulados, inclusive se programan los mismos partiendo del

mes de mayo dos mil seis, el cual concordado con el Memorandum emitido por el propio Presidente del Directorio (...) dispone el uso físico de las vacaciones del demandante y encarga la Gerencia General a otra persona por el tiempo que dure dicho período vacacional (...)"

TRIGESIMO: El derecho a la libertad probatoria y a la prueba.- El principio de libertad probatoria surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo, pues mediante el presente principio se deriva -a su vez- la obligación de todo magistrado de observar el principio de verdad material, dado que el mismo constituye uno de los fines del proceso.

De ello, las partes podrán -mediante cualquier medio- constatar la **certeza** de sus argumentos dentro del proceso, siempre que no sea ilegal, pues en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes, de manera que, no se trata de una verdad a ultranza sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso garantista es una verdad eminentemente formalizada. Así, que en nuestro **derecho constitucional**, la doctrina afirma que el derecho a la libertad probatoria se parte del supuesto de quien acusa o demanda debe probar judicialmente su pretensión mediante la paridas de condiciones y oportunidades en **función del derecho fundamental a la igualdad** ya descrito²⁸.

TRIGESIMO PRIMERO: Ahora, en estricto, el derecho a la prueba es un derecho complejo conformado por diversos derechos constituyentes, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, que los mismos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que **tenga en la sentencia**; de esta manera, la valoración de la prueba deberá **debidamente motivada** por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo o adecuadamente realizado²⁹.

Asimismo, nuestro **sistema constitucional** ha definido que toda prueba, para ser valorada en el proceso, deberá reunir las siguientes características:

- 1) **Veracidad Objetiva**, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, ello para asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado.
- 2) **Constitucionalidad** de la actividad probatoria, la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico.

²⁸ LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 500.

²⁹ Ibidem, pág. 525

- 3) La utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que esta produzca certeza judicial para la resolución del caso.
- 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto de procedimiento³⁰.

TRIGESIMO SEGUNDO: De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 010-2002-AI/TC y N° 1014-2007-PHC/TC, al momento de señalar:

"(...) En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...) Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho (...) Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita(...)".

En ese sentido, el tribunal ha reiterado:

"(...) Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, (...) este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo (...) Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba (....) Pues mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales (...)".

³⁰ Ibidem, pág. 526

TRIGESIMO TERCERO: De esta manera, se aprecia que el derecho constitucional a la prueba se sustenta en dos aspectos esenciales, esto es, la utilidad y la pertinencia de la prueba, el cual podrá ser analizado desde la actuación de la propia relación laboral o sobre supuestos anteriores al inicio del mismo, en cuanto tales hechos (sean vigentes o anteriores) se encontrarán claramente relacionados con determinar si en el caso en concreto se ha producido la figura de la unidad del empleador o a través de la unidad de la decisión dentro de un proceso productivo determinado en los años previos al inicio de la relación laboral, conforme a la eficacia constitucional de la prueba.

Para ello, bastará recordar que el propio órgano de control de la constitución ha reconocido la validez de la eficacia de la prueba sin apreciar necesariamente la constitución temporal de una relación laboral, pues (a través del Exp. N° 6712-2005-HC/TC) se precisó:

*"(...) La eficacia de la prueba (...) radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la **prueba necesaria** que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su **conservación** y su valoración (...)"*

Así, en la referida sentencia se determinó que:

*"(...) Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente **actuados**, que se **asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios** y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (...)"*

TRIGESIMO CUARTO: Sobre el Caso Concreto (Agravio N° 01 de la demandada).-En lo que respecta a la revisión de los actuados, la **parte demandada** sostiene que la sentencia recurrida no ha motivado adecuadamente las razones por el cual el órgano jurisdiccional de primera instancia ha otorgado una indemnización vacacional, por cuanto el demandante ha tenido la condición de cargo de confianza, por lo que, no le correspondía aquel pago de indemnización vacacional.

Además, indica que existe un error sobre la falta de pago de la CTS, por cuanto el mismo se aprecia de la demanda de consignación de beneficios sociales.

Ante tal situación, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha determinado que corresponderá el pago de indemnización vacacional por cuanto la parte demandante requería de la autorización expresa de la empresa demandada para realizar un uso efectivo del descanso vacacional. Ahora,

sobre el pago de la CTS, se resuelve la necesidad del pago, por cuanto la empresa demandada no ha acreditado el pago.

En ese sentido, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** considera que se encuentra acreditado que el demandante no tenía autonomía en la elección del goce de vacaciones, por cuanto la parte demandante ha acreditado -mediante un correo electrónico de fecha 23 de julio del 2016- que necesitaba de una autorización expresa de la empresa para poder acceder a su descanso vacacional; por consiguiente, al no existir una autonomía en la decisión, es válida la asignación de la asignación vacacional.

Asimismo, sobre el pago de la CTS, se aprecia que la parte demandada no ha ofrecido un medio probatorio idóneo para poder sustentar el presunto pago, por cuanto la consignación de tal concepto dentro de la liquidación de beneficios sociales no es un medio suficiente o idóneo para poder probar tal pago.

En consecuencia **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia también en el citado extremo.

.....

TRIGESIMO QUINTO: Sobre los costos y costas procesales.- El artículo 31° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que *“El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia”*, en ese sentido, corresponderá emitir pronunciamiento a tales extremos y la forma de determinación de su importe.

Al respecto, el artículo 14° de la citada norma pre cisa que *“La condena en costas y costos se regula conforme a la norma procesal civil”*, por tanto, conforme al artículo 412° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, su reembolso *“(...) es de cargo de la parte vencida”*, que en el presente caso es la demandada.

Asimismo, el artículo 414° del mismo Código refiere que *“El Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión”*; además, el artículo 410° de dicho Código estipula que *“Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso”*. Por lo que, la demandada deberá abonar en etapa de ejecución de sentencia todos los gastos en que incurra el actor como consecuencia del proceso, tanto en etapa de conocimiento como de ejecución de sentencia, siempre en relación a las pretensiones amparadas.

TRIGESIMO SEXTO: En cuanto a los costos procesales, el artículo 411° del Código Procesal Civil prescribe que *“son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo”*, en concordancia, el artículo 16° de la Nueva



Ley Procesal del Trabajo estipula que “*el demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de honorarios que se pagan con ocasión del proceso*”.

Ahora, de la revisión de los autos, se deberá considerar los criterios establecidos por el propio TC, tal como la sentencia recaída en el Expediente N° 00052-2010-PA/TC, al momento de señalar que:

“Teniendo presentes las razones esgrimidas por el Juzgado y la Sala, este Tribunal considera que los criterios utilizados para determinar el monto de los honorarios han sido incompletos, pues para ello no sólo debe valorarse la razón del tiempo y la participación de los abogados, sino que también deben tenerse presente otros criterios relevantes, tales como: a) el éxito obtenido y su trascendencia, b) la novedad o dificultad de la cuestión debatida, y c) si los servicios profesionales fueron aislados, fijos o constantes” (subrayados del Juzgado).

TRIGESIMO SETIMO: Respecto al caso concreto (Agravio N° 03 de la demandada).- De los actuados, la parte demandada sostiene que no se ha motivado adecuadamente la asignación del pago de costas procesales, en cuanto las costas se encuentran instituidas por el pago de tasas judiciales y la empresa es una persona jurídica adscrita al régimen privado.

De esto, el órgano jurisdiccional considera que la presente causa deberá ordenarse el pago de costos y costas procesales, al haberse declarado fundada la demanda.

En ese sentido, este Colegiado Superior estima que el monto exacto de los costos y costas procesales (el cual deberá incluirse dentro del proceso) se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, pudiendo incrementarse el porcentaje de distribución en 5% adicional en caso de renuencia del demandado a dar cumplimiento al contenido de la sentencia, dentro de los plazos señalados por el Juzgado.

En cualquier escenario, ambos conceptos (costos y costas) deberán ser amparados, más el 5% a favor del Colegio de Abogados de Lima.

Por tal razón, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia también en el citado extremo.

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Tribunal Unipersonal, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.



HA RESUELTO:

1.- CONFIRMAR la Sentencia N° 259-2019-11° JETL contenida mediante Resolución N° 04, de fecha 05 de julio de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) Se abone la suma de S/. 21,093.00 por concepto de indemnización vacacional, mas intereses legales, costas y costos procesales, los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.
- b) Infundados los extremos de indemnización por despido arbitrario y por daño moral.

En los seguidos por **JOSE ANTONIO CHINEN SAKUDA** contra **TOPSALES PERU S.A.C.**, sobre indemnización por despido arbitrario y otros; y los devolvieron al juzgado de origen.-

LJBB