



EXP. N° 22382-2019-0-1801-JR-LA-16 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONEZ RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 18/01/2022

***Sumilla:**El principio de Primacía de la Realidad es una fuente de integración fundamental dentro del Derecho del Trabajo, pues la misma prescribe a que cada operador privilegie los hechos acontecidos en la práctica sobre las formalidades establecidas o documentos ofrecidos*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, dieciocho de enero de dos mil veintidós. -

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, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1. Objeto de la revisión

Viene en revisión a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **JCH COMERCIAL S.A.**, contra la Sentencia N° 170-2021-18JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 09 de agosto de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) La desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad por necesidad de mercado, desde el 22 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2019, y reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, conforme al régimen laboral de la actividad privada.
- b) Ordenar la reposición de la parte demandante o en otro de similar categoría, en base a la constitución de un despido incausado; bajo la modalidad de supervisión virtual.
- c) Abonar una indemnización por daños y perjuicios correspondiente a los conceptos de lucro cesante (a liquidarse en ejecución de sentencia); así como daño moral (S/. 4,000.00).



- d) Se condena a la demandada del pago de los intereses legales, costos y costas procesales, los cuales serán liquidados dentro de la ejecución de la sentencia.
- e) Infundado las pretensiones de desnaturalización correspondiente a la causal contemplada en el inciso a) del artículo 77° del DS N°003-97-TR.

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

La parte demandada, **JCH COMERCIAL S.A.**, en su recurso de apelación, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado para ello los siguientes agravios:

- i. No se ha considerado que el contrato temporal por necesidad de mercado ha sido valido, por cuanto que la misma se ha relacionado con el desempeño de la parte demandante; al ejercer el cargo de conductor de un camión proporcionado por la empresa (dentro del traslado de neumáticos) y el cual es una actividad complementaria al giro de la empresa. (Agravio N°01)
- ii. Existe un error al momento de sostener la constitución de un despido incausado, pues la parte demandante se negó a suscribir las renovaciones de los contratos correspondiente a los meses de setiembre 2019 (aceptando el término del contrato); agregando que, a portas de vencer su contrato, se presentó una denuncia ante la SUNAFIL por advertir un accidente de trabajo. (Agravio N°02)
- iii. La determinación de una obligación de indemnizar por daños y perjuicios en base a los ingresos no percibidos ha constituido un craso error, en cuanto que el concepto de lucro cesante no admite una indemnización por las remuneraciones no percibidas o devengadas. (Agravio N°03)
- iv. No se aprecia medio probatorios suficiente para poder admitir la constitución de un daño moral, en cuanto que la determinación del presente daño deberá ser probado. (Agravio N°04)

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: 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 manera¹.

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 defensa²; 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.

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:

“(...) 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

¹ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

² Ibidem, pág. 532



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 (...).”.

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

“(...) 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, se podrá analizar los siguientes agravios formulados.

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO

CUARTO: Respecto a la causa objetiva dentro de contratos sujetos a modalidad. - En materia laboral, la causa objetiva en la contratación es una garantía fundamental que permite establecer la naturaleza del trabajo realizado, con la finalidad de concretar si la labor desempeñada por el trabajador es de carácter permanente o temporal, o si nos encontramos dentro de los supuestos de Simulación Relativa o Fraude a la Ley.

En efecto, la propia doctrina laboralista³ sostiene que el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo⁴, pues su finalidad siempre ha sido concretar en forma efectiva que el vínculo laboral continúe permanentemente, siempre que el trabajador pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones laborales y no se encuentre sujeto a una falta grave que pueda acarrear un despido justificado; así, se reitera pues, de un lado, se deberá priorizar una clara preferencia por los contratos de trabajo por tiempo indefinido sobre los de duración determinada, y (por el otro) se establecerán reglas que protejan al trabajador frente al despido sin causa o acto desproporcionado⁵.

QUINTO: Por ello, la preferencia por los contratos por tiempo indefinido en la que se concreta la Estabilidad Laboral se instrumentaliza mediante la adopción de criterios objetivos que permitan vincular el tipo contractual con la naturaleza de las labores a desarrollar⁶, los cuales operarán al margen y en sustitución de la voluntad de los contratantes; así, conforme a la presente premisa, lo que determina la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no serán los intereses de las partes, sino la función a

³ ARCE ORTIZ ELMER, “Estabilidad Laboral y Contratos Temporales”, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 10.

⁴ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, “Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada”, Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.

⁵ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana”, en la obra colectiva “Trabajo y Constitución” coordinado por Javier Neves Mujica (Director), Cultural Cuzco, Lima, 1989, Pág. 90-100.

⁶ ARCE ORTIZ ELMER, “Estabilidad Laboral y Contratos Temporales”, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 08.



desempeñar, es decir, el tipo de necesidad empresarial que a través del contrato ha de atenderse. De esta forma podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo, caso contrario, los contratos por tiempo indefinido serán la regla primigenia.

Asimismo, el artículo 27° de la Constitución Política del Perú impone al legislador la obligación de ofrecer una adecuada protección frente al despido arbitrario, de conformidad con los garantías restitutorias declaradas por el TC a través de los expedientes N° 976-2001-AA/TC, N° 112 4-2001-AA/TC y N° 0206-2005-PA/TC; en cuanto la existencia de un régimen de protección contra el despido sin causa, no sería capaz de garantizar ese objetivo si las partes tuviesen la posibilidad de determinar libremente la duración del contrato de trabajo⁷, pues dicha protección podría ser eludida por el empleador mediante el sencillo expediente de concertar con el trabajador uno o varios contratos de duración determinada sucesivos.

Por lo que, en materia legislativa, el artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral normado por el D.L. N° 003-97-TR regula que:

"(...) Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada (...) Si el trabajador continúa laborando después de (...) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (...)"

En donde la simulación corresponderá la declaratoria de ineficacia de la temporalidad del contrato impugnado.

SEXTO: Del principio de Primacía de la Realidad. - A nivel teórico, nuestro sistema jurídico peruano ha considerado que el Principio de Primacía de la Realidad tiene como finalidad evitar situaciones de fraude y simulación para evadir la aplicación y garantías de las normas propias del derecho del trabajo; por ello, el presente principio es una expresión del carácter tuitivo que irradia a todo el Derecho del Trabajo⁸.

En efecto, la doctrina ha reiterado que la existencia de una relación de trabajo dependerá (en consecuencia) no de los acuerdos, disposiciones normativas que las partes se hubiesen acogido, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que) la aplicación del derecho del trabajo dependerá cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto, de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento

⁷ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, "Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada", Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.

⁸ ARBULU ALVA LUIS, "La consideración y aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección de Trabajo", Revista Derecho y Sociedad N° 24, Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Pág. N° 230 a 239. Para ello, el presente trabajo se podrá revisar en el siguiente enlace: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy sociedad/article/viewFile/16972/17273>



Por ello, mediante el Principio de Primacía de la Realidad, el Juez en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, al constituir el Contrato de Trabajo un Contrato Realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio, con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

SETIMO: De esta manera, es de público conocimiento que el Tribunal Constitucional ya ha determinado, desde hace varias décadas (tal como se aprecia de las sentencias recaídas en los Exp. N° 1 944-2002-AA/TC y N° 833-2004-AA/TC), que el principio de primacía de la realidad forma parte de nuestro sistema jurídico por antonomasia, por cuanto:

“(...) En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos(...)”

“(...) En virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos (...) debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (...)”

OCTAVO: Sobre el contrato temporal por necesidad del mercado. - Respecto al contrato modal por necesidad de mercado, el artículo 58° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el D.L. N° 003-97-TR ha dispuesto normativamente lo siguiente:

“(...) El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74° de la presente Ley. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional (...)”

En ese sentido, la necesidad del mercado se sujetará en actividades no permanentes o no estables dentro de la empresa, por cuanto la constitución de este tipo de contrato sobre actividades permanentes, advertirá elementos concretos de una causa de desnaturalización del presente modelo contractual y la determinación de un régimen laboral a plazo indeterminado.



NOVENO: Con valor a ello, si bien existe la tendencia teórica en donde el artículo 58° de la LPCL apertura la posibilidad de contratar dentro de actividades ordinarias que formen parte la actividad normal de la empresa, pero su excepcionalidad residirá en que la necesidad transitoria de un incremento productivo, pues la variación de la demanda no podrá ser contratada por trabajadores a plazo indeterminado⁹.

Con ello, se concluye que la practicidad del presente contrato procederá solamente en actividades extraordinarias, transitorias o eventuales de las empresas, aunque las mismas tengan relación con las actividades permanentes de la empresa; pues la lógica coyuntural o de transitoriedad se sujetará necesariamente a un incremento de la actividad empresarial. En consecuencia, no bastará citar la definición de la presente figura, sino la parte empleadora deberá acreditar documentalmente la variación de la producción de la demandada en el mercado.

DECIMO: Ahora, a nivel jurisprudencial, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, tal como la recaída en la Casación N° 9454-2014-Ica, yaha señalado en forma clara - concreta que el contrato por necesidad de mercado deberá sujetarse a una necesidad coyuntural y no sujeto a las actividades esenciales de la empresa, por cuanto:

"(...) Este tipo contractual exige la presencia de un "incremento de la producción coyuntural" así como la necesidad de que las variaciones de la demanda tengan carácter "sustancial", lo que supone rechazar de su contenido cualquier fluctuación del mercado que no sea necesaria y significativa (...)".

Además, el Tribunal Constitucional siempre ha validado la transitoriedad del presente contrato sobre las actividades no esenciales de la empresa, pues a través de las causas recaídas en los expedientes N° 00232-2010-PA/TC y N° 00202-2012-PA/TC.

*"(...) El artículo 58 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que el contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente.(...) Dicha **causa objetiva** deberá sustentarse en un **incremento temporal e imprevisible** del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional (...)" (Exp. N°00232-2010-PA/TC)*

*"(...) El contrato por necesidad de mercado debe especificar la causa objetiva que justifique la contratación temporal, en cuyo caso debe entenderse que **no bastará citar la definición de esta figura**, sino que habrá que insertar en el documento los hechos*

⁹ ARCE ORTIZ ELMER, "Estabilidad Laboral y Contratos Temporales", Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 17.



que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante (...)"(Exp. N°00202-2012-PA/TC)

DECIMO PRIMERO: Respecto al caso en concreto (Agravios N° 01). - En lo que respecta a la revisión de los actuados, la **parte demandada** reitera que el contrato temporal por necesidad de mercado ha sido valido, por cuanto que la misma se ha relacionado con el desempeño de la parte demandante; al ejercer el cargo de conductor de un camión proporcionado por la empresa (dentro del traslado de neumáticos) y el cual es una actividad complementaria al giro de la empresa.

Ante ello, **el órgano jurisdiccional** ha estimado declarar fundada la demanda de desnaturalización del presente contrato, pues considera que no se ha acreditado un incremento imprevisible o las necesidades del mercado dentro del periodo contratado.

DECIMO SEGUNDO: Ahora bien, de la revisión de los actuados, **este Colegiado Superior** advierte que el objeto de controversia es la evaluación de la causa objetiva presentada en este contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidad de mercado; con el objeto de identificar la variación sustancial dentro del propio ciclo productivo.

Por lo que, si se aprecia la causal contemplada dentro del contrato por necesidad de mercado, se advierten los siguientes elementos constitutivos, tales como:

"(...) EL EMPLEADOR importa, comercializa, diversas marcas, modelos tamaños de aumaticos, motocicletas, cuenta con almacenes, áreas administrativas, por lo que hace necesario contratar personal idóneo a plazo determinado, al amparo de lo previsto en el Art. 53 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (...)"

Se podrá observar que la parte demandada no ha justificado la causa objetiva del contrato por necesidad de mercado se haya sustentado en un incremento de la atención de la actividad de comercialización de partes automáticas; al no fundamentar o demostrar mínimamente cuales serían los factores materiales y humanos para poder acreditar aquel incremento coyuntural dentro del periodo contratado, a través del cual se pueda demostrar una diferencia con el periodo ordinario de labores (tal como la identificación de un informe detallado dentro del cual se advierta la variación esporádica en las necesidades del servicio).

DECIMO TERCERO: Por consiguiente, al no apreciar una mayor constatación para que las funciones contratadas por la empresa deban ser consideradas esporádicas, extraordinarias o coyunturales no ligadas a la actividad principal de la empresa económica; pues se advierte probatoriamente que la parte trabajadora se encontraba desempeñando una labor principal dentro del ciclo productivo detallado en el contrato y propios de la empresa dentro del procedimiento de comercialización.



De ello, nuevamente se puede apreciar una causa objetiva consignada en el contrato de trabajo no obedece a una necesidad temporal y extraordinaria del mercado establecido por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, sino para poder desarrollar necesidades regulares en la prestación que brinda; pues se aprecia que los contratos de trabajo han sido desnaturalizado e incumpliendo lo regulado el artículo 72 de la LPCL, al tener presente que sus efectos se han producido a través de la aplicación del artículo 23.4 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497¹⁰, dando causa al reconocimiento a una relación laboral a plazo indeterminado.

En tal situación, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

.....

DECIMO CUARTO: 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° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, 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, o estar sujeto a cualquier acto coactivo que menoscabe su voluntad.

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° 02939-20 12-PA/TC- el TC ha reiterado que:

"(...) 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

¹⁰ El artículo 23.4 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 ha prescrito que "De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad."



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(...)".

DECIMO QUINTO: 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 este 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.

Para ello, con el fin de 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 (...)"

DECIMO SEXTO: Por consiguiente, 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.

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.

DECIMO SETIMO: Sobre la figura jurídica del despido incausado desarrollado por la jurisprudencia. - El Despido Incausado, como es de conocimiento público, es una modalidad creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre los cuales se encuentra el Exp. N° 976-2001-AA/TC denominado Llanos Huasco, por el cual se determinó y delimitó la modalidad de interpretación para advertir si un Despido se encuentra dentro de los parámetros de un Despido Nulo, Fraudulento o Incausado; al momento de



determinar la validez de un acto impugnatorio por parte del trabajador demandante.

Así, a través de diversa jurisprudencia a nivel constitucional, se ha determinado que constituirá un Despido Incausado cuando se realiza o ejecuta el despido (en forma verbal o mediante un documento) en el cual no se aprecie cauda derivada de la conducta o la función desempeñada; en donde, como lo indica citada sentencia recaída en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, se configurará cuando:

"(...) Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique (...)".

DECIMO OCTAVO: Respecto al caso en concreto (Agravio N° 02). - En lo que respecta a la revisión de los actuados, la **parte demandada** reitera la existencia de un error al momento de sostener la constitución de un despido incausado, pues la parte demandante se negó a suscribir las renovaciones de los contratos correspondiente a los meses de setiembre 2019 (aceptando el término del contrato); agregando que, a portas de vencer su contrato, se presentó una denuncia ante la SUNAFIL por advertir un accidente de trabajo.

Ahora bien, el **órgano jurisdiccional** ha estimado declarar fundada la pretensión de reposición al puesto de trabajo; por cuanto que, al ser un trabajador a plazo indeterminado, no ha sido necesario la suscripción de las posteriores renovaciones.

DECIMO NOVENO: Ahora, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos, este **Colegiado Superior** advierte que, estando al motivo que generó el cese de la parte demandante solamente ha sido el cumplimiento del plazo referente al contrato de trabajo por necesidad de mercado, entonces se podrá apreciar que la parte demandante ya ha tenido la condición de trabajador sujeto al régimen laboral a plazo indeterminado; con ello, al existir realmente una relación laboral indeterminada, se podrá concluir con meridiana claridad que la extinción producida si califica como despido incausado, debido a que la actora contaba con la condición de un trabajadora a plazo indeterminado.

Tan es cierto lo afirmado, que el propio Tribunal Constitucional ha establecido a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC, que el despido incausado es aquel que se produce cuando se despide al trabajador en forma verbal o escrita sin expresión de causa; en efecto, reiterando, el presente fallo se sustenta en que la parte demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo de duración indeterminada y reconociéndose el derecho a la reposición a su puesto de trabajo establecido dentro de la sentencia (o en uno de similar categoría).

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

.....



VIGESIMO: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 derecho¹¹, en donde la misma tendrá un carácter estrictamente típico¹², al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo¹³. 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 ocasiona un daño (en materia extracontractual).

Asimismo, en lo que concierne al **daño**, la doctrina¹⁴ sostiene que la misma será toda lesión a un derecho subjetivo, en el sentido de un interés jurídicamente

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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*".

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. 27, el daño es todo menoscabo a los intereses del



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 persona¹⁵.

VIGESIMO PRIMERO: 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 indemnizar¹⁶; 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 consecuencia¹⁷, tal como el acto de despido.

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.

¹⁵ 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 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"*.

¹⁶ 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 linck <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.

¹⁷ 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*



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 constitución¹⁸ 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 culpabilidad¹⁹.

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 inexecución de una obligación.

VIGESIMO SEGUNDO: Del concepto de Lucro Cesante.-En relación con lo descrito en el párrafo precedente, el lucro cesante constituye las ganancias frustradas (dejadas de percibir) como consecuencia del evento dañoso, y que podría haber seguido percibiendo de no haberse dado la interrupción unilateral del vínculo, en donde aquellas ganancias frustradas **no podrán ser equivalentes a las remuneraciones devengadas**; por lo que, el juez encargado podrá realizar una valoración prudente y equitativa, como es el hecho de calcular el lucro cesante teniendo como criterio para su cuantificación una proporción aproximada a los 3/4 de los ingresos dejados de percibir por parte del trabajador, pues la misma no podrá compararse a las remuneraciones no percibidos a consecuencia de un acto dañoso.

Por tal razón, se concluye que jurisprudencialmente no existe un derecho propio a las remuneraciones por el periodo no laborado, pues -a nivel constitucional- el artículo 24° de la Constitución Política del Perú ha reconocido que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente tendrá como **correlato a la**

responsabilidad civil extracontractual es decir que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado"

¹⁸ 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.

¹⁹ 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"



fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador, lo que se condice con lo previsto en el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues la remuneración para todo efecto legal constituye *“el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios”*.

De esta manera -para poder determinar el quantum indemnizatorio- será posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil, en el cual se faculta al juez fijar los parámetros con valoración equitativa, que le permitan arribar a una decisión que restablezca, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos.

VIGESIMO TERCERO: Tan es cierto lo afirmado que, a través de la Casación N°5192-2012-Junin, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República ha precisado que:

“(…) La reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, no resultando aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional, tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil (…)”

Asimismo, de la revisión de la Casación N° 3499-2015- La Libertad, la propia Corte Suprema de la República ha referido en forma expresa:

“(…) El principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 1985 del Código Civil, exige que las dificultades que puedan presentarse en la cuantificación del lucro cesante, por efectos de las circunstancias en las que éste se presenta –y no por lo desidia de las partes– deban ser superadas por el juez en atención a criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan acceder a la víctima a una reparación adecuada de los perjuicios sufridos (…)”.

VIGESIMO CUARTO: Del caso en concreto (Agravio N° 03). - De los actuados, la parte demandada refiere la inexistencia de un nexo de causalidad suficiente para poder estimar una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al concepto de lucro cesante; por cuanto que la reparación relacionada con el lucro cesante no ha guardado similitud con las remuneraciones dejadas de percibir y el cual no ha sido probado adecuadamente.

Ante ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia ha determinado que esta pretensión deberá ser estimada, por cuanto que el cese se ha producido de manera incausada; para esto considera que el cálculo correspondiente se deberá determinar dentro de la etapa de ejecución de sentencia.

VIGESIMO QUINTO: De los actuados, este Colegiado Superior aprecia que - conforme a los considerandos precedentes- el concepto de lucro cesante no puede equipararse a las remuneraciones devengadas o dentro de una



modalidad indemnizatoria precedente, pues esta modalidad no se podrá equiparar estrictamente a las remuneraciones no percibidas o efectos propios de una tutela restitutoria como es la reposición al puesto de trabajo; en cuanto el mismo deberá sustentar los conceptos no percibidos a consecuencia de un despido ilegal y no justificado dentro de la vigencia de tales derecho, el cual se relaciona estrictamente con el mandato de reposición al puesto de trabajo.

En ese sentido, al valorarse una remuneración mensual en base a la extinción de la relación laboral ascendente a la cantidad de S/. 2,200.00 mensuales, se observa que será válida la designación de una indemnización por lucro cesante; pues es coherente y constitucional que se deba tutelar el periodo por el cual el trabajador ha sido víctima de un periodo no laborado por causas ajenas a su voluntad y el cual ha sido declarado contrario a Derecho, tal como es el Despido Incausado y la reposición al puesto de trabajo (situación material no cuestionada por la parte demandante).

Además, ya existe reiterada jurisprudencia por el cual se ha considerado que no todos los conceptos correspondientes a los beneficios sociales podrán incluirse dentro del cálculo asignado, por cuanto la misma se deberá evaluar mediante una valoración equitativa.

VIGESIMO SEXTO: Así, conforme a los considerandos precedentes, este **Colegiado Superior** deberá sujetarse a los parámetros de equidad y valoración propias de la experiencia, sustentando en una aproximación relativa al total de las remuneraciones permanentes; conllevando a la admisión de un lucro cesante, conforme a una valoración proporcional y equitativa dentro del periodo dejado de laborar (correspondiente al periodo promedio a los dos años).

En ese sentido se admitirá la presente suma, ordenando el pago correspondiente a S/. 40,000.00 por el concepto de lucro cesante; conforme a un cálculo proporcional de la misma y modificando lo ordenado dentro de la primera instancia.

En tal situación, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo. Modificándose lo señalado en primera instancia y ordenando el pago de S/. 40,000.00 por este concepto.

.....

VIGESIMO SETIMO: Del concepto de Daño Moral.-En relación con lo descrito en el párrafo precedente, el Daño Moral (o daño a la persona) se encuentra definido, a nivel teórico y jurisprudencial, como aquella lesión de los sentimientos en la víctima, el cual producirá un gran dolor o aflicción²⁰, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un

²⁰ TABOADA CORDOBA LIZARDO, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58



hecho antijurídico generador de responsabilidad civil²¹; 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 ponderativa²². 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 relacionados, 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 bienes²³; 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:

"(...)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 OCTAVO: 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 moral²⁴, 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,

²¹ LEON HILARIO LEYSSER, "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>.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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.



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 NOVENO: Del caso en concreto (Agravio N° 04). - De los actuados, la parte demandada considera una omisión objetiva dentro de los parámetros de determinación del daño moral, por cuanto que no se aprecia cuáles serían las razones para poder sustentar un cese abusivo que sustente aquella acción indemnizatoria, al no advertirse el tipo de daño; más aún si no se ofrece un medio probatorio para poder sustentar su pretensión.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha determinado el pago por daño moral ascendente a la suma de S/.4,000.00, en cuanto que se ha acreditado un estado de aflicción a consecuencia de un cese irregular ejecutado por la parte empleadora.

TRIGESIMO: Ahora bien, conforme a los argumentos jurídicos descritos en los párrafos precedentes, este **Colegiado Superior** observa que el objeto de evaluación de la pretensión de indemnización por daño moral se sujeta a la extinción de la relación laboral a consecuencia de la declaración de un cese irregular; en ese sentido, si bien es verdad que la parte demandante no ha impugnado el cese de la relación laboral dentro de este proceso, pero también resulta razonable que la parte demandante pueda accionar una indemnización por daño moral si en caso se aprecia la comprobación de un nexo causal.

En ese sentido, si se aprecia una conducta claramente antijurídica y relacionada causalmente con la aplicación de una causal indebida (esto es, la aplicación del vencimiento del plazo contratado), entonces encontramos elementos suficientes para poder sustentar una acción indemnizatoria relacionada con el daño moral; por cuanto que se reitera que la parte demandada no ha justificado objetivamente el motivo de la extinción de la relación laboral, más aún cuando se reitera que la parte demandante ya había ostentado la condición de trabajador a plazo indeterminado.

Asimismo, con relación al factor de atribución, si la extinción de la relación no se ha encontrado justificada dentro de un margen mínimo de motivación, entonces se aprecia que la causa de calificación válida será la asignación de una culpa inexcusable; en cuanto que la parte demandada ha tenido la obligación de justificar la causa y comprobación de tal causal objetiva.



TRIGESIMO PRIMERO: Ahora bien, al apreciar los factores jurídicos para poder un tipo de constitución de la responsabilidad civil con respecto al daño moral, ahora la determinación de un daño moral también se deberá sujetar a una adecuada comprobación probatoria.

Por consiguiente, este **Colegiado Superior** considera que, si bien es verdad la parte demandante no ha presentado un medio probatorio en donde se aprecie un estado de aflicción o indicio en donde el cual se pueda apreciar aquel daño demandado; pero se advierte que, en el presente caso, el daño se ha determinado por la extinción no justificada de la relación laboral, más aún cuando dentro del presente proceso se ha determinado precedentemente que la parte demandante ha ostentando la condición de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto a un despido incausado.

En ese sentido, al vulnerarse derechos fundamentales de la parte demandante relacionados con los deberes de protección adecuada contra el despido arbitrario reconocida en el artículo 27° de nuestra Constitución Política del Perú, dentro del presente caso; entonces se deberá aplicar razonablemente la excepción probatoria establecida dentro del Pleno Nacional en materia Laboral y Procesal Laboral 2019, al momento de establecer:

“(...) En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral (...)”

TRIGESIMO SEGUNDO: De esta manera, al reiterarse la vulneración de diversos derechos fundamentales, se deberá determinar su cuantía conforme al principio constitucional de la razonabilidad; en cuanto que su designación se deberá evaluar conforme a las circunstancias dentro del cual se produjo aquel acto irregular.

Para ello resultará válida la designación de una indemnización ascendente a la cantidad de S/. 4,000.00 dentro del presente caso en concreto, al reiterar la vulneración de derechos fundamentales.

En tal situación, **nocorresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....



III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado Superior, 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° 170-2021-18°JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 09 de agosto de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) La desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad por necesidad de mercado, desde el 22 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2019, y reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, conforme al régimen laboral de la actividad privada.
- b) Ordenar la reposición de la parte demandante o en otro de similar categoría, en base a la constitución de un despido incausado; bajo la modalidad de supervisión virtual.
- c) Abonar una indemnización por daños y perjuicios correspondiente a los conceptos de lucro cesante (a liquidarse en ejecución de sentencia); así como daño moral (S/. 4,000.00).
- d) Se condena a la demandada del pago de los intereses legales, costos y costas procesales, los cuales serán liquidados dentro de la ejecución de la sentencia.
- e) Infundado las pretensiones de desnaturalización correspondiente a la causal contemplada en el inciso a) del artículo 77° del DS N°003-97-TR.

2.-MODIFICAR la Sentencia N° 170-2021-18°JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 09 de agosto de 2021, en el cual se declaró fundada la demanda por concepto de lucro cesante; por lo que, precisándola, se determina lo siguiente:

- a) Abonar la suma de S/. 40,000.00 (Cuarenta mil con 00/100 Soles) por daños y perjuicios, mediante el concepto de lucro cesante.

En los seguidos por **ABEDMEJO ELIAZAR ZEVALLOS PEÑA** contra la empresa **JCH COMERCIAL S.A.**, sobre desnaturalización de contrato y otros; devolviéndose al juzgado de origen. **Notifíquese.** -

LJBB