



EXP. N° 03974-2019-0-1801-JR-LA-05 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 05° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 18/01/2022

***Sumilla:** 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.*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, dieciocho de enero del 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, **CENTRO EDUCATIVO PARTICULAR SANTA URSULA**, contra la Sentencia N° 046-2021-NLPT contenida mediante Resolución N° 03, de fecha 12 de marzo de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Admitir la constitución de un acto de hostilidad por rebaja de la categoría, de fecha 14 de enero de 2019.
- b) Abonar la suma de S/. 36,742.26 de indemnización por despido arbitrario.
- c) Pagar la cantidad de S/. 5,200.00 correspondiente al bono remunerativo.
- d) Asignar la suma de S/.1,443.40 por reintegro de vacaciones correspondiente al periodo 2017-2018.
- e) Pagar la cantidad de S/.50,000.00 con relación a una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al concepto de daño moral.



- f) Asignar los intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.

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

La parte demandada, **CENTRO EDUCATIVO PARTICULAR SANTA URSULA**, en su recurso de apelación indica que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, al momento de señalar los siguientes agravios:

- i) Se advierte un vicio de motivación por admitir un acto de hostilidad por reducción de la categoría (de profesora de idioma extranjero a profesora de talleres de alemán), en cuanto que las partes procesales decidieron que la demandante ejercería un cargo diferenciado a partir del año 2018 (conforme al documento de fecha 26 de febrero de 2018); con ello, no se advierte una reducción de la categoría que perjudique a la parte demandante. (Agravio N°01)
- ii) No se ha considerado debidamente que la parte demandante ha tenido la condición de trabajadora extranjera (personal docente de idioma extranjero), conllevando a que los contratos de trabajo extranjero sean realizados de manera temporal. (Agravio N°02)
- iii) Existe un error al momento de considerar que la parte demandante ha tenido el derecho a una indemnización por despido arbitrario, en cuanto que la modificación de su categoría no ha significado un acto de hostilidad; agregando que el cálculo ha sido erróneo, por cuanto que el mismo se determina en base a las remuneraciones no percibidas hasta la conclusión del contrato. (Agravio N°03)
- iv) No que advierten elementos probatorios para poder estimar que el concepto denominado Bonificación Remunerativo pueda ser considerado una remuneración, en cuanto que la misma (el cual asciende a S/. 5,200.00) ha sido un monto otorgado por el gobierno alemán para aquellos docentes que han ejercido el cargo de “docentes de alemán”; con ello, si la parte demandante ya no ostentó el cargo de docente de alemán desde el año 2018, no se advierten elementos materiales para poder considerar tal asignación. (Agravio N°04)
- v) Se aprecia un vicio de motivación al momento de considerar el pago de una remuneración vacacional por el periodo 2017-2018, en cuanto que el mismo ha sido cancelado en su oportunidad; tal como se aprecia de la boleta de pago de enero 209 así como la liquidación de beneficios sociales. (Agravio N°05)
- vi) Existe una interpretación arbitraria al momento de sostener que la parte demandante ha ostentando el derecho a percibir una indemnización por daño moral, por cuanto que no ha existido un despido incausado en perjuicio de la parte demandante; asimismo, no se advierte la constitución de los elementos de la responsabilidad civil en el presente caso. (Agravio N°06)
- vii) No existe elementos objetivos para poder considerar que la parte demandada se encuentre obligada a abonar los intereses legales, costas y costos procesales; por cuanto que no existe deuda pendiente que abonar. (Agravio N°07)



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: De 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,

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

² Ibidem, pág. 532



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 (...)”.

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

CUARTO:Respecto a la constitución de un Acto de Hostilidad. - Conforme a lo previsto nuestra legislación laboral vigente, los actos de hostilidad se encuentran regulados en el artículo 30º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante 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 dentro del contrato de trabajo por parte del empleador sujeta a condiciones legales o dentro de su esfera subjetiva, pues el principio de razonabilidad constitucional determinará una limitación sustancial del *ius variandi*, 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 acto que vulnere o socave contra la persona o dignidad del trabajador será equiparable a un claro acto de hostilidad.

QUINTO: En ese sentido, el mismo representará una variación de los derechos regulares de la trabajadora siempre que una de las partes acredite un perjuicio a la parte demandante, no se observe una causa válida o justificada que sustente tal decisión y no se advierta la necesidad justificada de tal traslado o variación de las funciones.

Dentro del presente concepto, 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, se ha precisado que la modificación o suspensión de la prestación laboral será válida, por cuanto:

*"(...) 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 (...)"*.

Por consiguiente, para poder impugnar una decisión empresarial y considerarla como un acto de hostilidad, a nivel jurisprudencial, la propia Corte Suprema ha establecido que será necesario la acreditación de un perjuicio al trabajador al momento de sustentarse la constitución de un acto de hostilidad, por cuanto a través de la Casación N° 16443-2014-Lima, se ha precisado:

"(...) Resulta innegable que el acto de hostilidad se produce en el momento en que el empleador, con un determinado accionar, ocasiona al trabajador algún perjuicio previsto en la norma pertinente. En términos generales se considera como actos de hostilidad a aquellas conductas del empleador que implican el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que pueden dar lugar a su extinción. Sin embargo, en nuestra legislación laboral, específicamente 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, considera que no todos los incumplimientos de obligaciones del empleador son considerados



como actos de hostilidad, habiéndose optado por una lista cerrada de conductas del empleador que pueden originar la extinción de la relación laboral(...)"

SEXTO: 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.

SETIMO: **El acto de hostilidad por reducción no justificada de la categoría.**
-Un acto de hostilidad por reducción inmotivada de la categoría es la manifestación del empleador en donde su objeto será dañar o perjudicar el nivel ocupacional del trabajador y de esta manera reducir la percepción de la remuneración dentro de un contexto determinado (ejecución de un acto conexo).

Para ello, tal como se ha establecido por nuestra doctrina nacional, los actos de hostilidad laboral ligadas a la reducción no justificada de la categoría, sustentará en la degradación arbitraria de las funciones realizadas por el trabajador de manera continua, logrando de esta manera reducir significativamente la entereza y el pleno rendimiento del trabajador a fin lograr su incomodidad para que éste opte por la renuncia, optándose de esta manera por la constitución de un Despido Indirecto.

OCTAVO: Con tal fin, a través de la Casación N° 1744-2017-L ima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ya ha establecido que no procederá la reducción de la categoría cuando la



misma se encuentre ligada al ejercicio de una determinada profesión, oficio o experiencia laboral, pues:

“(…) 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, establece los actos de hostilidad equiparables al despido (...) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; (...) acto que se configura, según lo señala el artículo 49° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, cuando la reducción de remuneraciones o categoría presente las siguientes características: i) debe ser inmotivada, lo que comprende la ausencia de motivación objetiva o legal; y, ii) debe haber sido dispuesta por decisión unilateral del empleador (...)”

De esta manera, los actos de hostilidad sujeto a la reducción no justificada de la categoría (el cual no solamente se limita al puesto de trabajo) también implicará necesariamente modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo por parte del empleador, pues un abuso de los mismos -en detrimento de los derechos del trabajador- harán insostenible la continuidad de la relación laboral; así, nuestra legislación y jurisprudencia han señalado que la reducción de la remuneración o la categoría será equiparable a un acto de hostilidad, por cuanto el mismos representarán la reducción de los derechos regulares del trabajador de manera continua y cuando no se aprecie una causa valida o justificada que sustente tal decisión.

NOVENO: En efecto, a través de la Casación N° 8163-2016-Lim a, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha establecido:

“(…) 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 (...)”

DECIMO: Del caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02).- De los actuados, **la parte demandada** advierte un vicio de motivación por admitir un acto de hostilidad por reducción de la categoría (de profesora de idioma extranjero a profesora de talleres de alemán), en cuanto que las partes procesales decidieron que la demandante ejercería un cargo diferenciado a partir del año 2018 (conforme al documento de fecha 26 de febrero de 2018); con ello, no se advierte una reducción de la categoría que perjudique a la parte demandante.

Con esto, no se ha considerado debidamente que la parte demandante ha tenido la condición de trabajadora extranjera (personal docente de idioma extranjero), conllevando a que los contratos de trabajo extranjero sean realizados de manera temporal.



Al respecto, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** considera que la parte demandada ha cometido un acto de hostilidad que debe ser indemnizado, por cuanto que la parte demandante no ha realizado una diferencia entre docente de idioma y docente taller de idiomas (en el cual se advierta una estructura diferenciada); el cual se advierte cuando no ha sido incluida dentro del bono extraordinario.

DECIMO PRIMERO: En base a tales elementos, este **Colegiado Superior** estima que el demandante ha ejercido, dentro del periodo sujeto a controversia, los cargos de Docente de Idioma (idioma alemán) y posteriormente el de Docente de Taller de Idiomas (idioma alemán); los cuales no ha sido objeto de discordia entre las partes procesales.

Ahora bien, se podrá advertir que el cambio de las funciones de Docente de Idioma al de Docente de Taller de Idiomas se ha sujetado a un común acuerdo entre las partes procesales, por cuanto que, a través de la Modificación del Contrato de Trabajo de Personal Extranjero, celebrado el 26 de febrero de 2018, se estipulo que:

“(...) El contrato originario (anterior) fue aprobado con fecha 06 de febrero de 2017 de según registro número 0952-17 (Expediente N° 16731-2017-MTPE/1820.23) del Ministerio de Trabajo (...) Las partes acuerdan modificar el contrato originario (contrato anterior y vigente) en los términos siguientes: (...)

El empleador requiere contratar a un profesional de habla alemana para ejercer el cargo de Profesora de Talleres de Alemán (...) La trabajadora es una profesional, profesora de idiomas, título de Bachiller de Artes en Ciencias Sociales, con cabal conocimiento del idioma alemán y que tiene capacidad suficiente en la actividad descrita en la cláusula anterior y se encuentra calificada para el puesto ofrecido, Profesora de Talleres de Alemán (...) Teniendo en consideración las necesidades expuestas en la cláusula primera, EL EMPLEADOR contrata los servicios de LA TRABAJADORA para que ocupe el puesto Profesora de Talleres de Alemán y que, como tal, realice todo lo que esté a su alcance con la finalidad de lograr que EL EMPLEADOR cumpla sus objetivos (...)”

Conforme a ello, si es que se aprecia que el cambio de obligaciones y funciones de Docente de Idioma al de Docente de Taller de Idiomas ha sido objeto de un mutuo acuerdo entre las partes procesales a partir del mes de febrero del 2018; entonces esta instancia jurisdiccional no aprecia un elemento material o razonable para poder estimar que tal variación de la categoría pueda ser objeto de un acto de hostilidad que amerite la constitución de un despido arbitrario, pues nuevamente se podrá apreciar que tal cambio se produjo mediante un mutuo acuerdo y en donde no se aprecia algún perjuicio por parte de la trabajadora demandante.

DECIMO SEGUNDO: Conforme a esto, aunque no se advierta un elemento de diferenciación entre los cargos de Docente de Idioma al de Docente de Taller de Idiomas en las presentes circunstancias; pero aquel traslado del cargo no puede identificarse con la categoría de un acto de hostilidad por disminución de



la categoría, por cuanto que aquella variación no ha sido unilateral por parte del empleador y no se advierte un perjuicio concreto en detrimento de la parte demandante.

Ahora, con referencia a la percepción remunerativa, si bien es verdad que se puede apreciar una diferencia entre los iniciales S/. 3,350.00 (percibido en el cargo de Docente de Idioma) a los S/. 3,000.00 (asignado al Docente de Taller de Idiomas), con relación a la percepción de un incremento económico ascendente a S/. 350.00 (bonificación por ejecución de talleres); sin embargo, se podrá advertir que tal diferencia económica no será suficiente para poder estimar la constitución de un acto de hostilidad, en cuanto que la remuneración básica ascendente a S/. 2,750.00, solamente se habría incrementado con relación al concepto de bonificación por ejecución de talleres (en relación a S/. 350.00).

En base a esto, si se aprecia un incremento de la remuneración ordinaria de S/. 2,750.00 a S/. 3,000.00 en base a una media de S/. 350.00, entonces no existen elementos suficientes para poder estimar la constitución de un acto de hostilidad laboral; por cuanto que no se aprecia un perjuicio a la parte demandante y no se advierte una disminución unilateral por parte del empleador, con respecto al aumento de una remuneración básica asignada a la parte demandante.

Conforme a tales argumentos, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, reformándola, se deberá declarar infundado el presente extremo pretendido.

.....

DECIMO TERCERO: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 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 CUARTO: 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 QUINTO: 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 SEXTO: Del caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandante). - De los actuados, la **parte demandante** reitera la existencia de un error al momento de considerar que la parte demandante ha tenido el derecho a una indemnización por despido arbitrario, en cuanto que la modificación de su categoría no ha significado un acto de hostilidad; agregando que el cálculo ha sido erróneo, por cuanto que el mismo se determina en base a las remuneraciones no percibidas hasta la conclusión del contrato.

Con esto, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** declara fundado la asignación de una indemnización por despido arbitrario, asignándose la cantidad de S/. 36,742.26.

DECIMOSÉTIMO: Ahora bien, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** advierte que el presente concepto deberá ser declarado infundado en este extremo; por cuanto ya se ha determinado precedentemente que el cambio de denominación del puesto no ha constituido un acto de hostilidad o medio objeto para poder advertir la configuración de un despido arbitrario.

Así, al haberse desestimado la pretensión de un acto de hostilidad, no existe un nexo de causalidad para poder admitir la asignación de un despido arbitrario.

En base a los presentes argumentos, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, reformándola, se deberá declarar infundada la pretensión de una indemnización por despido arbitrario.

.....

DECIMO OCHO: **El derecho constitucional a la Remuneración.**- El derecho a la remuneración reconocido en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú reconoce que todo trabajador, sin distinción, tendrá el derecho de percibir una retribución en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, pues, el presente derecho posee una naturaleza alimentaria, al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, la igualdad y la dignidad de la persona humana; al adquirir diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

De esta manera, fluye del principio por el cual nadie se encontrará obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, pues la remuneración como tal constituye una contraprestación por los servicios del trabajador, al ser de libre disposición, y tener un carácter claramente alimentario, en donde su pago tendrá prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, conforme al mandato reconocido en los artículos 23° y el segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución Política del Perú. Con ello,



la remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

En efecto, la propia doctrina ha precisado que la remuneración, o salario, podrá ser definida como toda prestación que el empleador deba al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo **en forma permanente y sujeto a la libre disponibilidad por parte del trabajador**, el cual podrá ser valorada a través de diversos elementos tales como el tiempo, la unidad de producción, su vinculación directa (bonificaciones o incentivos) o su relación indirecta (vacaciones, gratificaciones, CTS, etc.); en donde su modalidad de prestación se **sujetara a la vigencia de la relación de trabajo o el reconocimiento judicial de la misma**, en donde tal declaración regirá la eficacia del pago de remuneración por el periodo no laborado o abonado en forma diminuta, conforme a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

DECIMO NOVENO: Para ello, el órgano de control de la constitución refiere, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0020-2 012-P1/TC, que el derecho a la remuneración:

"(...) Fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo (...) En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución (...)"

Ahora bien, a nivel legislativo, el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR precisa de forma expresa que:

"(...) Constituye como remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituirá remuneración computable para efecto del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficios de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo (...)"



VIGESIMO: Sobre el derecho a la Igualdad y no Discriminación desde la óptica constitucional dentro de la determinación de la remuneración.- El Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú) aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

Asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del empleador, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**³.

VIGESIMO PRIMERO: En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual; por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables, en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha concluido pues:

“(…)La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(…) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (…)Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable(…) Sin embargo, la igualdad, además de ser un

³En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.



derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (...)".

VIGESIMO SEGUNDO: La protección de la remuneración desde una percepción del Derecho Internacional del Trabajo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. - En materia propiamente laboral, el artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el cual el Estado Peruano forma parte a través de su aprobación mediante Decreto Ley N° 17687 publicado el 07 de junio de 1969 y ratificado el 10 de agosto de 1970, ha prescrito que:

"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a. Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b. Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".*

Por lo que, la propia Organización Internacional del Trabajo - OIT ha establecido en forma conveniente una definición amplia de discriminación, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; exceptuando de aquellas, las medidas especiales que se dictan para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

VIGESIMO TERCERO: Para ello, se deberá tener presente que la OIT ha expedido el Convenio sobre la Discriminación N° 111 (empleo y ocupación) mediante el cual:

"(...) El término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...) Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a



formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)"

En donde el referido Convenio y la Recomendación (número 111), de 1958, definen a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en una de las causas que enumeran) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación⁴ (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión.

VIGESIMO CUARTO: Asimismo, a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se deberá tener presente que la remuneración constituye un derecho humano de segunda generación, o denominado también derecho social; en cuanto que su reconocimiento se encuentra contemplado en el artículo 23º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala las siguientes premisas institucionales:

"(...) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. (...) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (...)"

Por su parte, el artículo 7º Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar remuneraciones en base a una equidad de obligaciones; en donde no se permita apreciar una diferencia de las mismas sin una causa justificada, en cuanto:

"(...) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto (...)"

VIGESIMO QUINTO: A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su artículo XIV (respecto al

⁴ ROSSILLION CLAUDE, "La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo", Organización Internacional del Trabajo - OIT, la cual se podrá revisar en el siguiente enlace:
file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaOITYLaEliminacionDeLaDiscriminacionEnElEmpleo-5460996.pdf



derecho a la remuneración) que todos los trabajadores poseen el derecho de percibir remuneraciones, conforme a su capacidad y destreza, pues:

“Artículo XIV (...) Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”

Asimismo, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia laboral de derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, señala las siguientes garantías del derecho a la remuneración desde un sistema integral y conforme a una percepción equitativa; pues dentro del artículo 7º se prescribe lo siguiente:

“(...) Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción (...)”

Por lo que, de una lectura conjunta de los Instrumentos Internacionales citados, se desprende dos características comunes y relevantes sobre el derecho a la remuneración; esto es, la instauración del derecho a la igualdad remunerativa, que se encuentra relacionado con el derecho a una remuneración equitativa y la remuneración suficiente, la cual se relaciona directamente con el establecimiento de pisos mínimos de percepción remunerativa, tales como el establecimiento de una remuneración mínima.

VIGESIMO SEXTO: Por tal razón, la definición dada en los instrumentos de la OIT en 1958⁵, el artículo 23º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7º Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia laboral de derechos Económicos, Sociales y Culturales; se podrá apreciar con meridiana claridad que el derecho internacional y convencional a la remuneración se podrá ver afectada no sólo por actitudes negativas, que son las más aparentes, sino también por "preferencias" que, a menudo, son más difíciles de descubrir, pues tales distinciones, exclusiones o preferencias, provendrán de la legislación como a las que se manifiestan en la

⁵ En el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT se ha designado en virtud del artículo 26º de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha permitido examinar el cumplimiento de diversos países latinoamericanos, (como por ejemplo Chile) en base a la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), OIT, 1975 (especialmente los párrafos 174 y 175).



práctica, incluso en las prácticas privadas en donde la política nacional también debe tender a eliminar la discriminación.

Para ello, este organismo ha considerado que incluirá la discriminación indirecta, la cual puede resultar de medidas o prácticas que no hacen referencia a un criterio discriminatorio pero que, en las circunstancias en que se aplican, conducen a una desigualdad de oportunidades o de trato⁶.

VIGESIMO SETIMO: **Sobre el caso en concreto (Agravio N° 04).** - De esto, la **parte demandada** refiere que el razonamiento realizado dentro de la sentencia de primera instancia es erróneo, ya que no se advierten elementos probatorios para poder estimar que el concepto denominado Bonificación Remunerativo pueda ser considerado una remuneración, en cuanto que la misma (el cual asciende a S/. 5,200.00) ha sido un monto otorgado por el gobierno alemán para aquellos docentes que han ejercido el cargo de "docentes de alemán"; con ello, si la parte demandante ya no ostentó el cargo de docente de alemán desde el año 2018, no se advierten elementos materiales para poder considerar tal asignación.

De lo revisado, el **órgano jurisdiccional** sintetiza que ha correspondido la asignación de un bono extraordinario por la cantidad de S/.5,200.00, debido a una diferenciación de categoría no acreditada.

VIGESIMO OCTAVO: Conforme a los medios probatorios ofrecidos, este **Colegiado Superior** estima que la bonificación extraordinaria se ha asignado por el gobierno alemán a todos los trabajadores, en base a la formación general en el idioma alemán de los estudiantes y conforme al desarrollo general de la actividad (sin hacer alguna distinción dentro aquellos maestros que han enseñado el idioma alemán); por consiguiente, si es que se aprecia que la asignación de los S/. 5,200.00 para aquellos docentes que brindan un servicio de enseñanza del idioma alemán (a nivel general), entonces no se advierten elementos objetivos para poder identificar que tal bonificación extraordinaria solamente haya correspondido al cargo denominado Docente de Idioma (conforme al enfoque de prevalencia del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación reconocido en nuestra Constitución Política del Perú), en tanto que se ha acreditado una falta de diferencia sustancial entre el Docente de Idioma y el Docente de Taller de Idiomas o alguna diferencia concreta que permita diferenciar aquel trato entre los ambos tipos de docentes.

De esta manera, si la parte demandada ha admitido que el objeto del bono extraordinario ha tenido como objeto la enseñanza del idioma alemán y no se ha determinado un medio de diferencia entre el ejercicio de ambas actividades desempeñada por la parte demandante; en cuanto que en su contestación de la demanda se ha establecido lo siguiente:

⁶ Para ello, se podrán revisar el texto " *La igualdad en materia de empleo en las legislaciones y otras normas nacionales*" , OIT, 1967, Pág. 7 , así como el trabajo denominado " *Cómo combatir la discriminación en el empleo*", Guía práctica; OIT, 1981.



“(…) Al respecto, negamos tajantemente lo afirmado por la actora, por cuanto el mismo constituye un pago anual que entrega el Gobierno de Alemania, a través de nuestra institución para el personal que ejercer exclusivamente el cargo de profesores de alemán (…)”

Entonces, si la propia parte demandada no ha probado un tipo de diferencia objetiva para la designación del bono otorgado por el gobierno alemán (el ser el órgano encargado de designar el bono remunerativo entre los maestros de alemán), entonces no existe nuevamente un criterio objetivo para poder limitar la asignación del concepto del bono extraordinario al cargo Docente de Idioma; en cuanto que también la otra categoría denominada Docente de Taller de Idiomas ha cumplido con la misma función prevista con el objeto de tal bono económico.

VIGESIMO NOVENO: Así, a pesar que la parte demandante no haya procedido a formular una liquidación y el magistrado no haya formulado una asignación específica dentro de la sentencia, entonces se procederá a realizar la liquidación, correspondiente al periodo periodo marzo 2018 a de enero 2019; en base a lo siguiente:

Periodo	Bono Remunerativo	Reintegro
Marzo 2018	5,200.00	5,200.00
Abril 2018	5,200.00	5,200.00
Mayo 2018	5,200.00	5,200.00
Junio 2018	5,200.00	5,200.00
Julio 2018	5,200.00	5,200.00
Agosto 2018	5,200.00	5,200.00
Setiembre 2018	5,200.00	5,200.00
Octubre 2018	5,200.00	5,200.00
Noviembre 2018	5,200.00	5,200.00
Diciembre 2018	5,200.00	5,200.00
Enero 2019	5,200.00	5,200.00
Total		57,200.00

Total: S/. 57,200.00

En consecuencia, **nocorresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo. Debiéndose modificar el pago del bono remunerativo, conforme a la cantidad de S/. 57,200.00.

.....

TRIGESIMO: 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, así como los días de descanso vacacional, 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 (...)"

TRIGESIMO PRIMERO: Ahora, 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:

"(...) 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.

TRIGESIMO SEGUNDO: 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.

TRIGESIMO TERCERO: Del caso en concreto (Agravio N° 05). - Conforme a lo señalado en la apelación, **la parte demandante** aprecia un vicio de motivación al momento de considerar el pago de una remuneración vacacional por el periodo 2017-2018, en cuanto que el mismo ha sido cancelado en su oportunidad; tal como se aprecia de la boleta de pago de enero 2019 así como la liquidación de beneficios sociales

Sobre tal situación, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** admite el pago de una remuneración vacacional por la suma de S/. 1,443.40, debido a que la parte demandada no ha acreditado el goce de vacaciones por el periodo 2017-2018.

TRIGESIMOCUARTO: Con esto, este **Colegiado Superior** considera que el presente extremo (referente a la remuneración vacacional) si será objeto de evaluación dentro del proceso, en cuanto que la parte demandada ha señalado que se ha abonado las vacaciones efectivas a la parte demandante dentro del periodo 2017-2018.

De esta manera, si bien es verdad que se han abonado las remuneraciones vacacionales en beneficio a la parte demandante dentro de la boleta de pago; pero también existen elementos suficientes para poder dudar sobre la asignación de vacaciones dentro del periodo anual que determina el Decreto Legislativo N° 713, pues (a pesar que adviertan diversas boletas de pago o comprobantes de pago ante entidades financieras) no se aprecia razonablemente que se hayan asignado las vacaciones dentro del periodo señalado por el Decreto Legislativo N° 728, al no identificarse el año o periodo de la asignación correspondiente.

Además, no resultaría adecuado asignar una carga probatoria a la parte demandante sobre el goce efectivo de sus vacaciones dentro del periodo señalado, en cuanto que tal interpretación resultaría irrazonable y hasta arbitraria; al no contar en la mayoría de los casos con tales instrumentales, así como originar una carga de casi imposible cumplimiento.

Para ello, se deberá tener presente que la verificación de las vacaciones no solamente se determinará a través de las boletas del PLAME, sino conforme a



la oportunidad dentro del cual fueron asignadas; en cuanto el mismo determina el nexo causal para poder calificar solamente la indemnización vacacional.

TRIGESIMO QUINTO: En caso exista duda sobre lo afirmado, se podrá tener presente que aquella interpretación ha sido ratificada por la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 1202-2016- Lima; por cuanto existe la actual necesidad que el empleador pueda acreditar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones laborales, conforme a un goce efectivo, así como oportuno.

Conforme a esto, en base a los argumentos señalados en la Casación N° 1202-2016-Lima, se podrá advertir que en el presente caso si corresponderá la asignación de una indemnización vacacional por una falta de cumplimiento de una obligación esencial, por cuanto:

“(...) Cuando se invoca el incumplimiento del empleador de otorgar el descanso vacacional al trabajador, corresponde a su parte demostrar que cumplió con las obligaciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 713 y que el trabajador gozó efectivamente de sus vacaciones pudiendo demostrar con las planillas de pago, boletas de pago u otro medio idóneo a tal fin; pretender que el trabajador acredite que no gozó de vacaciones, sería imponerle una prueba negativa o prueba diabólica que no está permitido en nuestro sistema jurídico en general (...)”

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

.....

TRIGESIMO SEXTO: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 derecho⁷, en donde la misma tendrá un carácter

⁷ 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



estrictamente típico⁸, al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo⁹.

TRIGESIMO SETIMO: 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 doctrina¹⁰ 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 persona¹¹.

afectación del sistema jurídico en su totalidad, en tanto que afectan los valores y principios sobre los cuales se ha constituido el sistema jurídico.

⁸ 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.

⁹ 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*".

¹⁰ 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.

¹¹ 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*



TRIGESIMO OCTAVO: 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 indemnizar¹²; 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 consecuencia¹³, 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 constitución¹⁴ 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

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 aquella 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".

¹² 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 inejecución 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.

¹³ 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*"

¹⁴ 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 inejecución 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.



ha causado el daño es peligrosa y riesgosa y sin la necesidad de acreditar alguna culpabilidad¹⁵.

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 agravante 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.

TRIGESIMO NOVENO: 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 aflicción¹⁶, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil¹⁷; 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 ponderativa¹⁸. 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 bienes¹⁹; asimismo, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, el citado código prescribe en el artículo 1322° que

¹⁵ 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"*

¹⁶ TABOADA CORDOBA LIZARDO, *"Elementos de la Responsabilidad Civil"*, Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58

¹⁷ 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>.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.



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 afeción 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 (...)".

CUADRAGESIMO: 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 moral²⁰, 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-La 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 (...)".

CUADRAGESIMO PRIMERO: Del caso en concreto (Agravio N° 06). - De los actuados, **la parte demandada** sostiene que no existen elementos jurídicos para admitir la constitución de los elementos suficientes para poder estimar la obligación de indemnizar por concepto de daño moral; por cuanto que no se fundamentó las razones por el cual se habría materializado el daño moral.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha determinado que esta pretensión deberá ser estimada, asignándose la suma de S/. 50,000.00 por tal concepto; al considerarse la constitución de un daño moral.

²⁰ 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.



CUADRAGESIMOSEGUNDO: Por lo que, 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 constitución de diversos actos hostiles y los cuales han sido contrarios a nuestro Sistema Jurídico Peruano; en ese sentido, si bien es verdad que la parte demandante ha impugnado la constitución de los actos de hostilidad dentro de este proceso, pero también es acorde a la verdad que la determinación de un acto hostil, la constitución de un despido arbitrario o incausado ha sido declarado infundado, debilitando toda posibilidad de comprobación de un nexo causal.

En ese sentido, si se aprecia una conducta claramente jurídica y relacionada causalmente con la aplicación de una causal negadamente indebida (esto es, la aplicación de diversos actos hostiles), entonces no encontramos elementos suficientes para poder sustentar una acción indemnizatoria relacionada con el daño moral; por cuanto que se reitera que la determinación de una antijuridicidad y nexo de causalidad han sido negados en el presente proceso. Asimismo, con relación al factor de atribución, si tales conductas si se han encontrado justificadas dentro de un margen mínimo de motivación, entonces se aprecia que la causa de calificación válida de un tipo de intención o culpa no existe; en cuanto que la parte demandada ha justificado la causa, así como la comprobación de tal causal empresarial.

En tal situación, **no corresponderá amparar los agravios deducidos por la parte demandada**; por lo que, se procederá a confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....

CUADRAGESIMO TERCERO: Sobre los intereses legales, costos y costas procesales. - El artículo 31° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe:

“(...) 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 (...)”

Asimismo, el artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR admite la inclusión del interés financiero ante la falta de depósito de la CTS, en cuanto:

“(...) Cuando el empleador deba efectuar directamente el pago de la compensación por tiempo de servicios o no cumpla con realizar los depósitos que le corresponda, quedará automáticamente obligado al pago de los intereses que hubiera generado el depósito de haberse efectuado oportunamente y en su caso, a asumir la diferencia de cambio, si éste hubiera sido solicitado en moneda extranjera, sin perjuicio de la multa administrativa correspondiente, y de las responsabilidades en que pueda incurrir (...)”



CUADRAGESIMO CUARTO: En ese sentido, corresponderá emitir pronunciamiento a tales extremos y la forma de determinación de su importe; en ese sentido, los intereses legales son la contraprestación por el uso del dinero en el tiempo; mientras que los intereses financieros es la asignación que se brinda por la falta de depósito de la CTS dentro de cada periodo asignado.

Por lo que, constituyen un precio fundamental de la economía pues permiten estructurar el proceso de producción, al coordinar la valoración presente versus la valoración futura de los bienes y servicios.

Asimismo, en el supuesto de pago de interés por mora (que concurre cuando se produce el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante el cumplimiento de los requisitos para devengar intereses moratorios), en materia previsional, será de origen legal, pues -de conformidad con lo establecido en el artículo 1246° del Código Civil- deviene por mandato de la ley.

CUADRAGESIMO QUINTO: En lo que respecta a las costas y costos, el artículo 14° de la citada norma precisa:

“(...) 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 :

“(...) 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:

“(...) 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.

CUADRAGESIMO 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, con el artículo 16° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, el cual estipula:

“(...) 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 (...)”

CUADRAGESIMO SETIMO: Respecto al caso concreto (Agravio N° 07). - De los actuados, **la parte demandada** sostiene que no existen elementos objetivos para poder considerar que la parte demandada se encuentre obligada a abonar los intereses legales, costas y costos procesales; por cuanto que no existe deuda pendiente que abonar

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha determinado la asignación de intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se establecerán en etapa de ejecución de sentencia.

CUADRAGESIMO OCTAVO: De los actuados, este **Colegiado Superior** estima que será válida la asignación de los intereses legales, costas y costos procesales dentro de esta etapa jurisdiccional de segunda instancia; en cuanto se aprecia que algunos extremos de la demanda han sido declarados fundados, por existir una valoración legal que los avale.

De esto, **corresponderá amparar las pretensiones de pago de intereses legales, costas y costos procesales** dentro de la presente sentencia de vista.

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, 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.- REVOCAR la Sentencia N° 046-2021-NLPT contenida mediante Resolución N° 03, de fecha 12 de marzo de 2021, en el cual se declaró fundada la demanda; por lo que, reformándola, se declara infundada la demandada en este extremo.

- a) Declarar infundada la constitución de un acto de hostilidad en referencia a la rebaja de la categoría.
- b) Infundada la pretensión de pago por indemnización por despido arbitrario.
- c) Desestimar la pretensión relacionada con una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al concepto de daño moral.

2.- CONFIRMAR la Sentencia N° 046-2021-NLPT contenida mediante Resolución N° 03, de fecha 12 de marzo de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Pagar la cantidad de S/. 5,200.00 correspondiente al bono remunerativo, en base a la prevalencia del derecho a la igualdad y no discriminación.
- b) Asignar la suma de S/.1,443.40 por reintegro de vacaciones correspondiente al periodo 2017-2018.
- c) Abonar los intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.

3.- MODIFICAR la Sentencia N° 046-2021-NLPT contenida mediante Resolución N° 03, de fecha 12 de marzo de 2021, respecto al bono remunerativo; por lo que, se deberá estimar que:

- a) Admitir el reintegro del Bono Remunerativo conforme al periodo marzo 2018 a enero 2019, asignándose la cantidad de S/.57,200.00 (Cincuenta y siete mil Doscientos con 00/100 Soles)

En los seguidos por **ROSEMARIE GROSS** contra la empresa educativa **CENTRO EDUCATIVO PARTICULAR SANTA URSULA**, sobre cese de actos de hostilidad y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese. -

LJBB