



EXP. N° 22345-2019-0-1801-JR-LA-09 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 09° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 05/05/2022

***Sumilla:** Se podrá admitir una excepción a la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC así como a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, si se aprecian regímenes laborales que no forman parte de la carrera administrativa y en donde no se podrá exigir un ingreso mediante un concurso público y a través de una plaza presupuestada*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, cinco de mayo 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 las partes procesales contra la Sentencia N° 157-2021 contenida mediante Resolución N° 05-2021, de fecha 07 de mayo de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Se declara la desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico suscrito entre las partes desde el 02 de enero de 2019 al 31 de agosto de 2019.
- b) Fundada la asignación de una indemnización por despido arbitrario ascendente a la cantidad de S/.7,849.16.
- c) Asignación de intereses legales y costos procesales. Sin costas procesales.



- d) Improcedente la pretensión de reposición al puesto de trabajo, así como el pago de remuneraciones y beneficios devengados.
- e) Infundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, correspondientes a los conceptos de lucro cesante y daño moral.

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

La parte demandante, **MARK ANTHONY CALLE AGUILAR**, en su apelación alega que la sentencia apelada incurrió en error, al sostener:

- i) La sentencia contiene vicios al momento de negar la pretensión de reposición por la constitución de un despido incausado, por cuanto no se ha valorado que la parte demandante ha ostentado la categoría de Profesional dentro del área de Recursos Humanos; el cual no ha formado parte de la carrera administrativa. (Agravio N°01)
- ii) No se ha considerado que la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, expedido por el Tribunal Constitucional, tiene que evaluarse conforme a la aplicación del artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; agregando que el régimen del Congreso de la República no ha formado parte del régimen SERVIR, por estar excluida (conforme a la Ley N° 30647). (Agravio N°02)
- iii) La magistratura comete un error al momento de denegar la pretensión de una indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los conceptos de lucro cesante y daño moral; debido a que el cese de la relación laboral ha sido irregular, así como la constitución del nexo causal. (Agravio N°03)

Por otro lado, la parte demandada, **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error de sostener:

- i. No se advierte una motivación suficiente al momento de ordenar la invalidez y desnaturalización de los contratos por servicio específico, por cuanto su causa objetiva se encuentra justificada y dentro de la cláusula estipulada dentro del contrato suscrito. Además, la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio para poder admitir alguna Simulación Relativa o fraude a la Ley, pues solamente la parte demandada solo posee la obligación de presentar la inscripción del contrato, así como la causa de la contratación. (Agravio N°01)
- ii. Se aprecia un error de interpretación al momento de admitir una desnaturalización del contrato de trabajo por servicio específico, por cuanto tal situación no ha sido acreditado por la parte demandante. (Agravio N°02)
- iii. El Juzgado comete un error al momento de admitir el reconocimiento de una relación laboral, por cuanto la parte demandante no ha accedido a su puesto de trabajo mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada, conforme lo establecido en el artículo 5° de la Ley Marco



del Empleo Público; por ello, no se podrá admitir la reposición al puesto de trabajo, por cuanto el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC prohíbe la reposición si no se cumple con tales requisitos. (Agravio N° 03)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.- De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

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

.....

CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTÍAS 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.

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

² Ibidem, pág. 532



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

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

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

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

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



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

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

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

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURÍDICO ESPECÍFICO

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

En efecto, la propia doctrina laboralista³ sostiene que el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio

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



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

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

De esta forma podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo, caso contrario, los contratos por tiempo indefinido serán la regla primigenia.

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

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

"(...) Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada (...) Si el trabajador continúa laborando después de... Cuando el

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

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

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

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



trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (...)"

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

SEXTO: Al respecto, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 16005-2015-Lima, ha señalado en forma clara y concreta:

"(...) Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad (...)"

De igual forma, a través de la Casación N° 7277-2016-Moquegua, la Corte Suprema expresa:

"(...) Las características más relevantes de los contratos a plazo fijo en la regulación laboral son las siguientes: a) el contrato a plazo fijo confiere a los trabajadores acceso a todos los derechos y beneficios sociales previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido (derechos individuales como colectivos, aun cuando, en la práctica, haya políticas y convenios colectivos que no excluyen la percepción de ciertas compensaciones o beneficios al personal contratado a plazo fijo); b) sobre estos contratos atípicos hay que indicar que no solamente se debe invocar la causal respectiva de contratación (es el único contrato de trabajo que requiere de una causa de contratación), sino que dicha causa debe haberse configurado para que proceda la contratación temporal, ocupando menos, se debe encontrar ante el supuesto legal para la contratación de personal temporal; c) en cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que ningún caso se exceda de cinco años. Asimismo, es posible renovar los contratos a plazo fijo respetando el plazo máximo aplicable para cada modalidad de contratación (...)"

Asimismo, en cuanto a las formalidades previstas en la Ley, la Corte Suprema de la República, tal como la recaída en la Casación N° 12961-2014-Cusco ha señalado en forma clara y concreta:

"(...) Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación



laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad (...)"

SETIMO: En lo que respecta en estricto al contrato modal por **servicio específico**, el propio artículo 63° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral normado por el D.L. N° 003-97-TR dispone:

"(...) Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquéllos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación (...)"

En donde la causa del servicio específico será la actividad que tenga por naturaleza una duración determinada, pues su duración será la que resulte necesaria, pues se podrán celebrarse renovaciones que resulten pertinentes para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación⁸.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional siempre ha señalado la posición mediante el cual, conforme a lo descrito en la sentencia recaída en el Exp. N° 10777-2006-PA/TC, señala:

"(...)Se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable, sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida que las circunstancias así lo ameriten. Lo contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación 'por obra determinada' o 'servicio específico' sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción (...)"

OCTAVO: El caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandada). - De los actuados, la **parte demandada** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error de motivación al declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, pues el objeto del

⁸ ARCE ORTIZ ELMER, "Estabilidad Laboral y Contratos Temporales", Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 14.



contrato de trabajo por servicio específico se ha determinado conforme a una causa objetiva.

Además, la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio para poder admitir alguna Simulación Relativa o fraude a la Ley, pues solamente la parte demandada solo posee la obligación de presentar la inscripción del contrato, así como la causa de la contratación, en base a la aplicación de la carga de la prueba.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que se ha incurrido en una causal de desnaturalización de los contratos de trabajo por servicio específico, pues dentro del objeto del contrato no se aprecia una razón por el cual el presente contrato sea válido, pues el cargo asumido se ha desarrollado de manera permanente.

NOVENO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** observa que el objeto de los diversos contratos de trabajo temporal por servicio específico se ha sujetado a lo siguiente:

"(...) Al amparo del artículo 63° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, EL CONGRESO y EL TRABAJADOR acuerdan suscribir el presente contrato de trabajo temporal bajo la modalidad de servicio específico, con el objeto de que EL TRABAJADOR realice las siguientes labores temporales:

- *Propuesta de mejoras en temas relacionados con el proceso de contratación de personal de la Organización Parlamentaria.*
- *Revisión de las Resoluciones Administrativas de Contratación de Personal correspondiente al periodo 2016-2017 y 2017-2018*
- *Revisión y análisis de las Resoluciones Administrativas del Personal, emitiendo recomendaciones respecto al contenido de las mismas (...)"*

A partir de ello, considerando que el objeto del contrato se concentraba dentro del área de gestión de los recursos humanos en el Congreso de la República, se advierte objetivamente que la emplazada no ha especificado en forma concreta la causa por el cual la parte trabajadora ha tenido la necesidad de ser contratado en un tipo de labores de naturaleza temporal y no bajo un contrato ordinario de trabajo de naturaleza indeterminada; pues en su objeto no precisa una actividad temporal de un servicio específico o una justificación no razonable que aduzca una simulación en la contratación, más aún, si se advierte que el objeto del presente contrato se sujeta a actividades de naturaleza permanente.

DECIMO: Respecto a ello, teniendo en presente que **la duración del contrato de trabajo modal** no solo determina su periodo de vigencia, sino que **permite evaluar su relación con la causa objetiva que habilitó su celebración**, situación que debe considerarse en toda contratación modal; es por ello, que este **Colegiado Superior** concluye que los contratos de trabajo sujeto a modalidad deben contar con la consignación de la causa objetiva determinante



de la contratación temporal (el cual no se ha justificado dentro del presente proceso), siendo éste un requisito esencial para que se determine su validez.

Por tanto, el cumplimiento de este requisito supone que se consigne de manera clara, detallada y completa las circunstancias por las cuales la necesidad de recursos humanos por parte de la empresa demandada es de carácter temporal y no permanente en el tiempo y, en esa medida, la sola mención a la existencia de una necesidad temporal de recursos humanos no satisface este requisito; situación que no ha sido revertida por el empleador conforme a una causal válida en el presente caso o que su causa objetiva se haya sustentado mediante en argumentos sólidos (tal como lo requiere el artículo 63° del Decreto Supremo N°003-97-TR).

Por lo que, en virtud de lo establecido en el inciso d) del artículo 77° de la T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se determina que los contratos de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico, suscritos entre las partes se han desnaturalizado y por ende declara la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

DECIMO PRIMERO: Con ello, se podrá apreciar que, conforme a la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada, corresponderá la incorporación de la parte demandante dentro de la planilla correspondiente y sujeto al régimen a plazo indeterminado.

En consecuencia, se procederá a ordenar la declaración de una relación laboral a plazo indeterminado, sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N° 728.

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

.....

DECIMO SEGUNDO: Respecto a la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC expedido por el Tribunal Constitucional. - De conformidad a lo regulado en el precedente vinculante Huatuco Huatuco, expedido mediante sentencia recaída mediante el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, se ha precisado que el ingreso, permanencia y ascenso a la administración pública, se basará mediante la meritocracia y en salvaguarda de la carrera administrativa ante casos de reposición de trabajadores del sector público; en donde el accionante que se encuentre solicitando la reincorporación al puesto de trabajo, deberá acreditar la existencia de un concurso público respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

Es por ello que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que solo será aplicable dicho precedente siempre que se presenten los siguientes elementos:



i) cuando el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y, ii) debe pedirse la reposición en una plaza vacante, presupuestada y que forme parte de la carrera administrativa, al cual corresponde acceder por concurso público de méritos; para ello, se ha detallado en forma expresa:

"(...) El Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado (...)"

DECIMO TERCERO: Por el contrario, si bien es verdad que un precedente vinculante es un mandato de obligatorio cumplimiento dentro de los procesos ordinarios, debido a las diversas interpretaciones discordantes en la práctica jurisdiccional, la Corte Suprema de la República -mediante Casación N° 12475-2014-Moquegua⁹ determinó como criterio jurisdiccional de obligatorio cumplimiento una lista taxativa de supuestos en los cuales no se aplica el citado precedente, tal como en aquellos casos en donde se aprecie la constitución de un Despido Nulo o aquellas que no forman parte de la carrera administrativa.

Por lo que, en base a la aplicación de la figura denominada distinguishing (propio del derecho anglosajón), existen reiterados supuestos de inaplicación, pues a través de las mismas se ha precisado que el requisito previo del concurso público y la plaza presupuestada no es condicional cuando se advierta una nulidad de Despido o contratos ajenos a la carrera administrativa, tal como es el contrato CAS.

⁹ A través de la Casación N° 12475-2014-Moquegua, la Corte Suprema de la República ha establecido que *"(...) En atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal considera que en virtud de la facultad de **unificación de la jurisprudencia** prevista en el artículo 384° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario conforme al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante 5057-2013-PA/TC-Junín. El cual no se aplica en los siguientes casos.*

- a) **Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.**
- b) Cuando se trate de **trabajadores al servicio del Estado** sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 276 o de la Ley n° 24041.
- c) Cuando se trate de **obreros municipales** sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando se trate de **trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).**
- e) Cuando se trate de **trabajadores al servicio del Estado** señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley n° 30057, Ley del Servicio Civil.
- f) Cuando se trate de **funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú**".



DECIMO CUARTO: El rol unificador del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República ante la valoración de los precedentes vinculantes y el Distinguishing.- Si se tiene presente que la doctrina constitucional ha establecido constantemente que el Tribunal Constitucional posee un poder uniformizador en la interpretación entre los poderes del Estado en relación con la Constitución Política del Perú¹⁰, pues la legitimidad de sus decisiones ha sido el elemento principal para poder hacer no puedan ser cuestionadas y sean objeto de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, aún en materia de aplicación del Distinguishing dentro de los propios procesos constitucionales.

Por ello, es lógico concluir que el Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial y los demás poderes del Estado, goce de la competencia de la competencia; es decir, que ningún poder del Estado puede disputarle el ejercicio de tal atribución constitucional.

DECIMO QUINTO: Asimismo, a través de la expedición de diversos fallos realizados por la Corte Suprema de la República, la máxima instancia jurisdiccional ordinaria también ejerce un efectivo un control de la interpretación y una **unificación de la jurisprudencia a nivel ordinario laboral**, pues (a través de sus diversas ejecutorias o consultas de interpretación) se ha garantizado la prevalencia del derecho constitucional a la igualdad y la aplicación del derecho a la seguridad jurídica sobre las diversas controversias originadas a causa de una dispar interpretación realizado en los órganos jurisdiccionales inferiores, o, a través de **la delimitación de los supuestos de inaplicación de ciertos precedentes vinculantes en materia constitucional** (conforme a la aplicación del propio método del distinguishing).

En se sentido, a través del Recurso Extraordinario de Casación, la Corte Suprema garantiza la predictibilidad de los fallos dentro del sistema de justicia ordinario, conforme al cumplimiento de una función nomofiláctica y el delineamiento de la interpretación de la Ley¹¹, en donde su cumplimiento deberá ser acatado por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía.

¹⁰ LANDA ARROYO CESAR, “*Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*”, Revista Ius Et Veritas N° 32, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N° 249 a 262. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/12391-49288-1-PB.pdf>

¹¹ Para el autor VELASCO GALLO FRANCISCO, en su obra “*La Casación Civil*” publicada en la Revista Derecho 48/1994, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N° 51 a 56, ha sostenido que el recurso se ha establecido también para lograr la unidad de la jurisprudencia, porque no menos importante que velar por la aplicación de la norma jurídica es la necesidad de la unificación de su interpretación. Como acertadamente lo asevera la doctrina, la tutela de la ley y la unificación de la jurisprudencia no constituyen dos fines distintos y separados del recurso de casación; corresponden más bien y en rigor jurídico a dos aspectos de una función única que se compenetran y combinan, dado que mediante la unidad jurisdiccional se consigue igualmente la recta aplicación de la ley, pues se evitan interpretaciones que sean contrarias a su verdadero sentido y alcance.
El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaCasacionCivil-5084565.pdf>



DECIMO SEXTO: Tan es cierto lo afirmado, que la propia doctrina civil y constitucional ha reafirmado que, mediante la aplicación de la casación, se podrá unificar la jurisprudencia, es decir, mediante el trato igual de casos iguales, el recurso extraordinario podrá generar un beneficio tan relevante como el de asegurar la igualdad en la aplicación de la ley: incrementar la seguridad jurídica¹².

Por lo que, al tener presente que la Corte Suprema de la República y el propio Tribunal Constitucional han establecido jurisprudencialmente que el precedente vinculante, recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, podrá ser inaplicado en supuestos específicos o concretos; por lo que **este Colegiado Superior considera expresamente que se deberá reconocer estrictamente aquellos supuestos de inaplicación establecidos en la Casación N° 12475-2014-Moquegua y la sentencia recaída en el Exp. N° 06681 -2013-PA/TC** por uno de los supuestos o etapas advertidas dentro de la relación laboral, pues se deberá partir por el rol de unificación ante diferentes interpretaciones y los diversos supuestos de inaplicación advertidos con posterioridad a la emisión del citado precedente vinculante.

DECIMO SETIMO: El caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandante y el Agravio N° 03 de la parte demandada). - De los actuados, la **parte demandante** sostiene que la sentencia impugnada contiene vicios al momento de negar la pretensión de reposición por la constitución de un despido incausado, por cuanto no se ha valorado que la parte demandante ha ostentado la categoría de Profesional dentro del servicio parlamentario.

Por ello, insiste que no se ha considerado que la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, expedido por el Tribunal Constitucional, tiene que evaluarse conforme a la aplicación del artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Asimismo, la **parte demandada** refiere que el órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado y admitir la reposición al puesto de trabajo, por cuanto la parte demandante no ha accedido a su puesto de trabajo mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada, conforme lo establecido en el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público.

Sobre el presente extremo, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que procede la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC en la presente controversia; pues, la trabajadora ha sido una servidora pública sujeto a la carrera administrativa. Así, la parte

¹² DELGADO CASTRO JORDY y DIAZ GARCIA IVAN, "La unificación de la jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario. Ventajas y Problemas", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 02, Coquimbo, 2011, Pág. N° 275 a 304. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200010



demandante ha debido acreditar su ingreso conforme al desarrollo de un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada.

DECIMO OCTAVO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** no comparte íntegramente los fundamentos desarrollados por el órgano jurisdiccional de primera instancia, por cuanto en la sentencia se pretende aplicar al precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC por la sola condición dogmática que el trabajador demandante es empleado; pero sin considerar que, dentro del **Exp. N° 6681-2013-PA/TC**, el Tribunal Constitucional también ha fijado reiterados criterios por el cual no procederá la aplicación del citado precedente en los casos en donde no se advierta un acceso a una carrera administrativa, tal como sucede con todos los trabajadores que se ejercen una labor administrativa, pero tener la posibilidad de ascender a mayores cargos.

Por consiguiente, al existir una causal clara de inaplicación del citado precedente, dentro de esta controversia, y en concordancia de los criterios ya establecidos por el Tribunal Constitucional, al tener evaluar los siguientes elementos:

“(…) Es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado) (…)”

Se deberá considerar la constatación de un Despido Incausado dentro del presente extremo, así como la posibilidad que la parte demandante pueda acceder a la medida constitucional reparadora de la reposición al puesto de trabajo; por ello, este **Colegiado Superior** cuestiona severamente la posibilidad que los magistrados laborales puedan limitar libremente y de manera antojadiza la posibilidad de restituir los derechos fundamentales del trabajador (en base a criterios literales, subjetivos o imaginarios) dentro de la administración pública, por cuanto ya existen diversos pronunciamientos a nivel del Tribunal Constitucional en el cual se exclama jurídicamente que no se aplica un requisito de acceso meritocrático, si la actividad no forma parte de la carrera administrativa (tal como sucede con los trabajadores que no son promovidos o los sujetos a contratos administrativo de servicios, el cual no ha sido negado por las partes procesales).

DECIMO NOVENO: Para tal finalidad, si se advierte que la parte demandante ha ejercido una función de **Profesional** dentro del servicio parlamentario, (tal como la Liquidación de Beneficios Sociales, de fecha 31 de agosto de 2019), no se aprecia meridianamente que la parte haya podido acceder a una carrera



administrativa para que pueda ser considerada como una empleada pública (aunque haya ejercido la categoría de profesional); por cuanto el citado precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-20 13-PA/TC solamente será aplicable cuando se advierte certeramente el acceso a una carrera administrativa y sujeto a una posibilidad de ascenso dentro de la institución (el cual se ha acreditado con el hecho que la entidad demandada no ha realizado concursos públicos durante varios años).

En ese sentido, a pesar que el abogado defensor –dentro de la audiencia de vista- haya señalado expresamente que la parte demandante se encontraba sujeto a una carrera administrativa; por el contrario, de las pruebas aportadas en el proceso por las partes, se podrá apreciar claramente que el cargo desempeñado por esta parte procesal ha sujetado sus labores dentro de un **Contrato Administrativo de Servicios - CAS** y ser un **Profesional**, los cuales no ha formado parte de la carrera administrativa (aunque la categoría profesional haya estado formalmente dentro de la carrera administrativa)

Por consiguiente, no se evidencia que la parte demandante haya podido acceder objetivamente a una carrera pública estable, al no permitirse el ascenso dentro de una carrera determinada o poder evaluar los requisitos básicos para que este tipo de trabajadora pueda seguir ascendiendo dentro de una categoría ocupacional, al estar sujeto a posterior contrato administrativo de servicios - CAS; con el objeto idóneo de ostentar posteriormente un cargo permanente dentro de una categoría superior si se pretendiera aplicar el presente precedente vinculante Huatuco Huatuco.

VIGESIMO: Conforme a ello, al apreciarse que la parte demandante ha ostentado un contrato de trabajo por servicio específico desnaturalizado, se advierten razones para inaplicar el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC dentro el presente caso; en cuanto que el trabajador demandante ha ostentado una actividad que no forma parte de la carrera administrativa (al determinarse dentro de la realidad).

En base a tales elementos jurídicos y constitucionales, resultará innecesario evaluar jurídicamente el argumento dentro del cual la demandada no habría formado parte del régimen SERVIR, por estar excluida (conforme a la aplicación de Ley N° 30647); debido a que ya se ha determinado objetivamente que la parte demandante no ha podido acceder a la carrera administrativa, el cual imposibilidad fundamentalmente la aplicación del citado precedente vinculante dentro del presente caso en concreto.

En base a ello, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se deberá declarar la inaplicación del precedente recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC de ntro del presente caso en concreto. Asimismo, se deberá rechazar el agravio formulado por la parte demandada.

.....



VIGESIMO PRIMERO: Sobre la acreditación de una causa justa y la protección adecuada contra el despido arbitrario. - 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.
- 2) El derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley,

Situaciones relevantes para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario; con ello, cuando se advierta la extinción de una relación laboral abusiva o sujeta a una inconstitucionalidad, nuestro sistema jurídico ha adoptado por casi medio siglo que el efecto necesario a tal declaración de inconstitucionalidad será la reposición al puesto de trabajo o la indemnización, a propia elección de la parte demandante.

VIGESIMO SEGUNDO: De esta manera, en caso de ceses abusivos o ilegales declarados inconstitucionales, la protección jurisdiccional y constitucional establecida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú ha reconocido un efecto restitutorio de derechos (tal como es la reposición al puesto de trabajo) o un efecto indemnizatorio (la indemnización al puesto de trabajo), el cual podrá ser elegida por el trabajador a propia voluntad y no podrá ser desconocida por ningún ciudadano particular o un poder del Estado, por cuanto la limitación del artículo 27° de la Constitución Política del estado a la propia liberalidad o acto de voluntad al empleador o al Estado podría vaciar de contenido su protección sustancial.

En efecto, tal como lo desarrollado en el Exp. N° 1 124-2001-AA/TC y N° 976-2001-AA/TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que la reposición al puesto de trabajo es una forma válida y constitucional de reparación al derecho vulnerado y el cual posee un efecto erga omnes, por cuanto:

"(...) 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 (...) 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 (...) El tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una



indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N° 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación (le un derecho constitucional". En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente (...) La competencia y actuación de la vía jurisdiccional -ordinaria o constitucional- y los alcances de la protección jurisdiccional -reposición o indemnización- dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados (...) Por todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N°. 728, si no de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (...)"

De ahí, que el propio órgano de control de la Constitución Política haya precisado, desde el año 2001, que toda extinción de la relación laboral mediante el despido o acto encubierto (sea en el ámbito privado en el ámbito público) deberá ser debidamente acreditado y sujeto a una causa justa, por cuanto el efecto a la declaración -se reitera- de una inconstitucionalidad será la activación inmediata de la reposición al puesto de trabajo o la indemnización como efectos de la restitución del derecho fundamental vulnerado.

VIGESIMO TERCERO: Para ello, para poder determinar la viabilidad jurídica de una indemnización o reposición 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. *e trata de un mandato al legislador* S
- b. *onsagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.* C
- c. *o determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.* N

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 inadmisibile.

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 inadmisibile. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo (...)"

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente, así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16° de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, previsto en la LPCL.

VIGESIMO CUARTO: Sobre el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.- Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, se podrá apreciar que la misma es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (configurado en los artículos 3° y 43° Constitución Política del Perú), pues se ha plasmado expresamente en el artículo 200° de la carta magna, en donde su naturaleza se sujetará en las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; por ello, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación



del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹³.

Para ello, se deberá tener claramente presente que si bien es verdad que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; conforme a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal¹⁴; pero se deberá tener presente que el requisito de razonabilidad deberá excluir necesariamente la arbitrariedad, pues la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, se concluye que una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), será esencialmente antijurídica.

¹³ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

¹⁴ Para ello, en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ya ha descrito que “(...) De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor(...) La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley. (...) Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

La discrecionalidad normativa. - Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

La discrecionalidad planificadora. - Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

La discrecionalidad política. - Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

La discrecionalidad técnica. - Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico(...)"



Por ello, se aprecia que el concepto de arbitrario aparejará tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica; de ahí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

VIGESIMO QUINTO: De esta manera, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad¹⁵.

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007- AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió:

“(…) El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (...)”

¹⁵ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.



Asimismo, a través de los expedientes N° 0090-2004- AA/TC y N° 2192-2004- AA/TC, el propio TC ha reiterado el presente criterio, en cuanto:

"(...) Las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional (...) Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia (...) En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional (...)"

VIGESIMO SEXTO: Del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad. - La noción del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad es el reconocimiento de la presencia de arbitrariedad, esto es, una medida o actuación que rebasa la razonabilidad y proporcionalidad dentro del ejercicio de la función pública, pues la misma podrá limitar la forma de aplicación del derecho o la actuación de las partes en beneficio de sus propias arbitrariedades.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que - a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC que la interdicción de la arbitrariedad se circunscribe que:

"(...) Del principio del Estado de Derecho surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad (...)"

En donde, se aprecia que el concepto descrito, se circunscribe a la figura de:

"(...) El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (...)"



VIGESIMO SETIMO: Respecto al acceso meritocrático con respecto a la acción de reposición.- Si se reitera que, dentro de los procesos tramitados en los expedientes N° 4718-2016-PA/TC y N° 06681-2013 -PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que solo procede el requerimiento de un previo concurso público de méritos y mediante el acceso a una plaza presupuestada de naturaleza permanente a aquellos trabajadores que pueden acceder a la carrera administrativa (tales como los trabajadores adscritos al régimen laboral público regulado por el D.L. N° 276 o los que se encuentran incorporados a la Ley de Servicio Civil N° 30057), se podrá apreciar que los mismos solamente podrán ser requerido en aquellos casos en donde se aprecie una actividad dentro de la propia carrera administrativa.

En razón a ello, si se advierten actividades que no forman parte de la carrera administrativa (tales como los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores sujetos a la contratación administrativa de servicios, los funcionarios de confianza, los trabajadores de las empresas del Estado, etc.) o que han sido excluidos del precedente vinculante Huatuco Huatuco (tal como los trabajadores CAS o aquellos que han sido cesados a través de un Despido Nulo); no les resultará aplicable consecuente tal requisito, por cuanto que resulta lógico advertir que los mismos no podrán acreditar una condición constitutiva previa que no poseen en la realidad.

VIGESIMO OCTAVO: Sobre la figura jurídica del Despido Incausado desarrollado por la jurisprudencia. - El Despido Incausado, como es de conocimiento público, es una modalidad creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre los cuales se encuentra el Exp. N° 976-2001-AA/TC (Caso Llanos Huasco), por el cual se ha determinado que se producirá tal tipo de despido si el empleador no acredita una justificación al cese de la relación laboral.

Por ello, con la finalidad de delimitar el tipo de interpretación con de los parámetros de un Despido Nulo, Fraudulento o Incausado; el Tribunal Constitucional ha precisado en forma concreta que la misma se sujetará a la siguiente causa:

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

Así, mediante aquella modalidad, el demandante no podrá ser cesado por el solo hecho de considerar un supuesto de vencimiento de su contrato o la constitución de una falta grave no formulada; pues la legislación laboral vigente establece que procede el cese de un trabajador por causa justa relacionada con su conducta o su capacidad¹⁶, siguiendo el procedimiento regulado para tal efecto.

¹⁶ Artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR de fecha 27 de marzo de 1997.



VIGESIMO NOVENO: El caso en concreto (Agravio N° 02 de la parte demandante). - De los actuados, la **parte demandante** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al desestimar la reposición al puesto de trabajo, a causa de la calificación de un Despido Incausado; pues el régimen de contratación de la parte demandante no forma parte de la carrera administrativa.

Para ello, se deberá evaluar la prevalencia de la aplicación del artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que no se admitirá la reposición al puesto de trabajo conforme a la constitución de un despido incausado, pues procede la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, en donde se requiere la acreditación de un acceso mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada.

TRIGESIMO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** insiste que las labores desempeñadas por el recurrente se han sujetado al régimen laboral de la actividad privada a plazo indeterminado, pues el trabajador ha ejercido los cargos de **Asistente de Despacho Congresal** y **Profesional**; por lo que, al apreciar que la actividad desarrollada en el área de Recursos Humanos y dentro de los Despachos Congresales, se advierte que no será necesario aplicar un acceso meritocrático previo para poder acceder a un tutela restitutoria, en cuanto se reitera que la parte demandante no ha formado parte de la carrera administrativa.

Con ello, al no apreciarse objetivamente una modalidad de acceso a una carrera administrativa, conforme a los fundamentos desarrollados por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 6681-2013-PA/TC, se advierte que el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC ni el Decreto de Urgencia N° 016-2020 (actualmente derogado) no serán aplicables dentro del presente caso; pues se insiste que no nos encontramos dentro de una actividad sujeta a un orden meritocrático para poder exigir indubitablemente el acceso mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada (tal como ya se ha desarrollado en los párrafos precedentes).

TRIGESIMO PRIMERO: De esta manera, se admite a nivel ordinario la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, a través del Exp. N° 6681-2013-PA/TC, para poder diferenciar al nivel de protección sobre los trabajadores que laboran dentro del Estado; por cuanto sustentar una interpretación contraria solamente equivaldría a ratificar un tipo de interpretación antojadiza, inconstitucional, arbitraria e irrazonable.

En consecuencia, al haberse declarado inconstitucional la presente extinción de la relación laboral, se procederá a ordenar la reposición al puesto de trabajo o en uno de similar categoría dentro de la entidad demandada, pues se advierte la consumación de un despido incausado.



Con razón a ello, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo revocarse la sentencia en el presente extremo; por lo que, reformándola, se declara fundada la demanda y se ordena la reposición dentro del mismo puesto de trabajo y uno en similar categoría.

.....

TRIGESIMO SEGUNDO: Respecto a la indemnización por daños y perjuicios.- La responsabilidad civil es una institución jurídica dentro del cual existe la obligación de indemnizar por daños causados en virtud a un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en donde su reparación deberá consistir en el establecimiento de una situación anterior o -cuando ello sea imposible- en un pago por concepto de indemnización.

Para ello, en caso que una conducta pueda ocasionar una lesión o menoscabo, el mismo se deberá analizar dentro de los elementos constitutivos propios de la responsabilidad civil, esto es, la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

Ahora bien, sobre la **antijuridicidad**, tal requisito podrá definirse como aquella conducta el cual es contrario al ordenamiento jurídico en su integralidad y, en general, contrario al derecho¹⁷, en donde la misma tendrá un carácter estrictamente típico¹⁸, al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo¹⁹.

¹⁷ Para el autor TABOADA CORDOBA LIZARDO en su trabajo denominado "*Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 25 a 26, la antijuridicidad se sustenta en la afectación del sistema jurídico en su totalidad, en tanto que afectan los valores y principios sobre los cuales se ha constituido el sistema jurídico.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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**".



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 doctrina²⁰ 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 extra patrimonial, 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 extra patrimonial 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 persona²¹.

TRIGESIMO TERCERO: Respecto al **nexo causal**, este elemento integrante vendrá a ser la relación necesaria de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues si no existiese tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar²²; por lo que, en el ámbito laboral, la relación causal exige (en

²⁰ 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.

²¹ A través de la Casación N° 1762-2013-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República ha precisado que "*El daño alude a un menoscabo o detrimento del interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una convivencia pacífica conteniendo éste además la siguiente tipología: El daño emergente, aquél que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima; el lucro cesante identificado como aquello que la víctima deja de percibir por efecto del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio; el daño moral, constituido por la lesión a los sentimientos de la víctima y que le produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento afectando evidentemente en el daño moral la esfera subjetiva e íntima de la persona inclusive su honor y reputación; en cuanto a proyecciones de aquélla hacia la sociedad si es que con tales aflicciones se la desprestigia públicamente; el daño a la persona, conocido como daño a la libertad o al proyecto de vida es aquél que recae sobre la persona del sujeto lo que le impide realizar su actividad habitual, que es la que efectuaba para proveerse de los bienes indispensables para su sustento así como también en la que estaban plasmadas las metas que le permitirían su realización personal comprendiéndose asimismo dentro de este daño la lesión a la integridad física y psicológica del afectado*".

²² 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,



primer lugar) la existencia del vínculo laboral y (en segundo lugar) que conducta haga permita determinar la constitución del daño consecuencia²³, 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 constitución²⁴ de una culpa leve, grave, inexcusable y el dolo (a nivel contractual y extracontractual), mientras que a nivel extracontractual se analizará la culpa y el riesgo creado; para ello, dentro de un sistema subjetivo, el autor del daño solamente podrá responder si ha actuado mediante culpa, mientras que en un sistema objetivo solamente se probará fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es peligrosa y riesgosa y sin la necesidad de acreditar alguna culpabilidad²⁵.

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 inexecución de una obligación.

TRIGESIMO CUARTO: Del concepto de Lucro Cesante.- En relación con lo descrito en el párrafo precedente, el lucro cesante constituye las ganancias frustradas (dejadas de percibir) como consecuencia del evento dañoso, y que podría haber seguido percibiendo de no haberse dado la interrupción unilateral del vínculo, en donde aquellas ganancias frustradas **no podrán ser**

fuerza mayor, hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Ahora bien, el autor OSTERLING PARODI FELIPE en su trabajo titulado "*La indemnización por Daños y Perjuicios*", Pág. 398 (el cual podrá visualizarse a través del link <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>) sostiene que el daño, para que sea imputable a nivel contractual, se requiere de un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inexecución de la obligación, pues sólo interesará, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

²³ 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*"

²⁴ Para estos efectos, la doctrina nacional insiste en señalar que la situación de imputabilidad del deudor (ámbito contractual) se encontrará vinculada al dolo o la culpa en la determinación de la responsabilidad, la mora o la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

²⁵ 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*"



equivalentes a las remuneraciones devengadas; por lo que, el juez encargado podrá realizar una valoración prudente y equitativa, como es el hecho de calcular el lucro cesante teniendo como criterio para su cuantificación una proporción aproximada a los 3/4 de los ingresos dejados de percibir por parte del trabajador, pues la misma no podrá compararse a las remuneraciones no percibidos a consecuencia de un acto dañoso.

Por tal razón, se concluye que jurisprudencialmente no existe un derecho propio a las remuneraciones por el periodo no laborado, pues -a nivel constitucional- el artículo 24° de la Constitución Política del Perú ha reconocido que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente tendrá como **correlato a la fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador**, lo que se condice con lo previsto en el artículo 6° de I Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues la remuneración para todo efecto legal constituye "*el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios*".

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

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

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

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

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

TRIGESIMO SEXTO: Del caso en concreto (Agravio N° 03 de la parte demandante). - De los actuados, la parte demandante refiere que la magistratura comete un error al momento de denegar la pretensión de una indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los conceptos de lucro



cesante y daño moral; debido a que el cese de la relación laboral ha sido irregular, así como la constitución del nexo causal

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha desestimado el pago de una indemnización por lucro cesante, debido a que la parte demandante ya ha accedido a una indemnización tarifada, el cual se encuentra contemplada por la norma.

TRIGESIMO SETIMO: De los actuados, este **Colegiado Superior** estima que, al tener presente la asignación de una reposición al puesto de trabajo, el juzgado de primera instancia considera que la indemnización por despido se encontraría sujeta como una única reparación contemplada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; pero también se deberá tener presente que esta modalidad de interpretación restrictiva ya se encuentra siendo ampliamente cuestionada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto que dentro del sistema internacional actualmente se admite una modalidad integral de reparación.

Por el contrario, tal modalidad de interpretación restrictiva ya ha sido cuestionada recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, pues el máximo órgano de control al nivel del sistema interamericano de derechos humanos ha establecido que no basta con mencionar que las modalidades contempladas dentro de una legislación interna; en cuanto también se deberá evaluar si los ceses irregulares también pueden ser objeto de acciones indemnizatorias posteriores relacionadas con los ingresos dejados de percibir así como los daños emocionales establecidos. Más aún, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasan a la autoridad de Cosa Juzgada formal y material, poseen efectos inmediatos entre las partes y efectos indirectos para todos los Estados partes de la CADH, las víctimas y la CIDH.

TRIGESIMO OCTAVO: Por ello, en base a la modalidad de interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH en recientes pronunciamientos, entonces ya no será suficiente considerar argumentativamente que las únicas modalidades de reparación serán las establecidas dentro de la LPCL, tal como la reincorporación del puesto de trabajo; en cuanto que, a partir de ahora, se deberá evaluar si el periodo dejado de laborar puede ser objeto de una indemnización por lucro cesante o si el cese intempestivo podrá ocasionar un tipo de daño moral que podrá ser cuantificado de manera equitativa.

De esta manera, a pesar que dentro del segundo párrafo del artículo 34° 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 haya sustentado que la única modalidad de reparación será el pago de una indemnización por despido arbitrario, en caso haya sido asignado o determinado judicialmente, al momento de regular:



“(…) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido (…)”

Pero se deberá tener presente que, dentro de un enfoque convencional e internacional establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se podrá apreciar que el concepto interno de indemnización por despido arbitrario solamente se ha limitado a una sola modalidad de compensación económica y el cual no es un elemento absoluto dentro implementación de una reparación integral del daño; al considerar la inserción (a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH) de otras modalidades de indemnizaciones por daños y perjuicios complementarios, tales como el lucro cesante, daño emergente (daños materiales) y daño moral (daño inmaterial).

TRIGESIMO NOVENO: Conforme a la revisión de los artículos 63.1º y 68.2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, se podrá apreciar que, de manera contraria a la modalidad de reparación dentro del derecho interno, la modalidad de compensación económica (el cual se puede identificar con la indemnización por despido arbitrario) o la reposición al puesto de trabajo han sido solamente elementos de reparación concreta; por cuanto también se deberán considerar las demás modalidades de indemnización por daños y perjuicios²⁶, conforme a ser las formas de reparación dinerarias relacionadas con los demás escenarios facticos producidos a consecuencia de la extinción inconstitucional de la relación laboral.

Por esto, a través de la revisión de los artículos 63.1º y 68.2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como:

“(…) Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (…)”

²⁶ Para el autor JORGE F CALDERON GAMBOA en su libro denominado "La evolución de la Reparación Integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos – México, 2013; considera que la comunidad internacional ha promovido la reformulación del alcance de la reparación del daño tradicional (realizado mediante compensación económica) para llegar al concepto de reparación integral, que configura un remedio más amplio para reparar los daños de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Por esto, la misma es una potestad que tiene el tribunal para resarcir a las víctimas en el goce de sus derechos y para modificar las consecuencias producidas por la violación, ya sea en la víctima o por cualquier medida o situación que provocó la afectación; además, dispone la posibilidad de otorgar el pago de una justa indemnización. Con esto, contrario a la práctica tradicional y general de la reparación de daños en el Derecho Interno, la compensación económica es sólo un elemento de la reparación integral. Conforme al artículo 68.2 de la CADH, “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.



“(…) La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (…)”

Conllevando a que el sistema internacional de derechos humanos admita la implementación de un mecanismo más amplio de reparación para la Corte IDH que los que se establecen en los Sistemas Europeo y Africano o en el Penal Internacional; al admitir modalidades de reparación integrales, en donde no solamente se admite la compensación económica otorgado dentro del sistema interno.

CUADRAGESIMO: Para esto, esta modalidad interpretativa de reparación integral ha sido admitida dentro del presente sistema interamericano de derechos humanos, por cuanto en la sentencia Chitay Nech y otros vs Guatemala, de fecha 25 de mayo de 2010, la Corte Interamericano de Derechos Humanos ha requerido que los Estados miembros del sistema interamericano procedan a realizar una reparación integral de los daños, al precisar:

“(…) Finalmente, el Estado no ha otorgado una reparación integral que restituya los derechos vulnerados y garantice, entre otras medidas, la no repetición de los hechos ante tal situación (…)”

Asimismo, a través del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, de fecha 21 de julio de 1989 (Reparaciones y costas), en donde se ha precisado que la asignación de una compensación económica no condiciona a la posterior admisión de prestaciones económicas por daños y perjuicios; por cuanto que la obligación internacional ha consistido en una plena reparación de las consecuencias de la infracción, por cuanto:

“(…) La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral (…). El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (...) Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo (…)”

De manera más reciente, a través de la sentencia denominada “Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs Perú”, de fecha 23 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha requerido que los



órganos jurisdiccionales también deberán tutelar los efectos colaterales del cese irregular relacionados con el concepto de lucro cesante y daño moral; por cuanto:

“(...) Este Tribunal ha señalado que, para que no resulte procedente ordenar reparaciones adicionales a las ya otorgadas en el ámbito interno, es insuficiente que el Estado reconozca que éstas ya han sido otorgadas, o que pueden ser otorgadas, a través de los recursos administrativos o judiciales disponibles a nivel interno, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si el Estado efectivamente reparó las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de derechos humanos en un caso concreto, si estas reparaciones son adecuadas, o si existen garantías de que los mecanismos de reparación interna son suficientes (...)”

CUADRAGESIMO PRIMERO: Además, el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 27497 ha prescrito que la interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral, con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos, así como la ley.

Asimismo, el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú forma parte.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: En base a ello, considerando que el concepto de lucro cesante no puede equipararse a las remuneraciones devengadas o dentro de una modalidad indemnizatoria precedente, pues esta modalidad no se podrá equiparar estrictamente a las remuneraciones no percibidas o efectos propios de una tutela restitutoria como es la reposición al puesto de trabajo; en cuanto el mismo deberá sustentar los ingresos no percibidos a consecuencia de un despido ilegal y no justificado dentro de la vigencia de tales derecho, el cual se relaciona estrictamente con el mandato de reposición al puesto de trabajo.

En ese sentido, al tener presente que la parte el cese la relación laboral se produjo de manera incausada e inconstitucional, entonces será válida la asignación de una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al concepto de lucro cesante; al ser una medida complementaria y adecuada dentro del presente contexto fáctico, en base a la constitución de un daño el cual no solamente puede ser cubierto mediante una medida restitutoria, conforme a una interpretación convencional integral respecto a la reparación de daños.

CUADRAGESIMO TERCERO: En consecuencia, al valorarse una remuneración mensual en base a la extinción de la relación laboral ascendente a la cantidad de S/. 7,789.00 mensuales, se observa que será válida la designación de una indemnización por lucro cesante; pues es coherente y



constitucional que se deba tutelar el periodo por el cual el trabajador ha sido víctima de un periodo no laborado por causas ajenas a su voluntad y el cual ha sido declarado contrario a Derecho, tal como es el Despido Incausado y la reposición al puesto de trabajo (situación material no cuestionada por la parte demandante), habiéndose descontado los ingresos percibidos (asignado por terceros) dentro de tal periodo de inactividad.

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

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

En ese sentido se admitirá el presente concepto de lucro cesante, ordenando el pago correspondiente a S/. 199,300.00 dentro del presente estrado procesal; conforme a un cálculo proporcional de la misma.

Con esto, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo. Modificándose lo señalado en primera instancia y ordenando el pago de S/. 199,300.00 por este concepto.

.....

CUADRAGESIMO QUINTO: 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 aflicción²⁷, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil²⁸; 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

²⁷TABOADA CORDOBA LIZARDO, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58

²⁸LEON HILARIO LEYSSER, "Funcionabilidad del daño e inutilidad del daño a la persona en el derecho peruano", Revista Peruana de Jurisprudencia, 2003, N° 23. <http://dike.pucp.edu.pe>.



ponderativa²⁹. 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 bienes³⁰; asimismo, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, el citado código prescribe en el artículo 1322° que el daño moral también será susceptible de resarcimiento, a causa del incumplimiento de obligaciones laborales emanadas del contrato.

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

"(...) Esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de 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 SEXTO: 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 moral³¹, pero, en la actualidad la misma jurisprudencia ha variado su criterio, de conformidad a lo regulado en el inciso 5) del artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, mediante la valoración de un daño cuando se aprecie indicios o elementos subsecuentes que permitan la certeza a la Judicatura que el referido daño se ha producido por un ejercicio abusivo e ilegal por parte del causante, sin la necesidad de recurrir a una prueba directa, el cual haga irrazonable la finalidad del tal conducta, dentro del periodo relacionado o sujeto a la idoneidad de la referida prueba.

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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.



"(...) 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 SETIMO: Del caso en concreto (Agravio N° 03 de la parte demandante). - De los actuados, **la parte demandante** refiere que la magistratura comete un error al momento de denegar la pretensión de una indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los conceptos de lucro cesante y daño moral; debido a que el cese de la relación laboral ha sido irregular, así como la constitución del nexo causal.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha desestimado el pago de una indemnización por daño moral, debido a que la parte demandante ya ha accedido a una indemnización tarifada, el cual se encuentra contemplada por la norma.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Por lo que, nuevamente, en base a la modalidad de interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH en recientes pronunciamientos, entonces ya no será suficiente considerar argumentativamente que las únicas modalidades de reparación serán las establecidas dentro de la LPCL, tal como la reincorporación del puesto de trabajo; en cuanto que, a partir de ahora, se deberá evaluar si los efectos del cese puede ser objeto de una indemnización por lucro cesante o si el cese intempestivo podrá ocasionar un tipo de daño moral que podrá ser cuantificado de manera equitativa.

De esta manera, a pesar que dentro del segundo párrafo del artículo 34° 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 haya sustentado que la única modalidad de reparación será el pago de una indemnización por despido arbitrario, en caso haya sido asignado o determinado judicialmente, al momento de regular:

"(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido (...)"

Pero se deberá tener presente que, dentro de un enfoque convencional e internacional establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se podrá apreciar que el concepto interno de indemnización por despido arbitrario solamente se ha limitado a una sola modalidad de compensación económica y el cual no es un elemento absoluto dentro implementación de una reparación integral del daño; al considerar la inserción (a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH) de otras modalidades de indemnizaciones por daños y



perjuicios complementarios, tales como el lucro cesante, daño emergente (daños materiales) y daño moral (daño inmaterial).

CUADRAGESIMO NOVENO: Conforme a los argumentos jurídicos descritos en los párrafos precedentes, este **Colegiado Superior** observa que el objeto de evaluación de la pretensión de indemnización por daño moral se sujeta a la extinción de la relación laboral a consecuencia de la declaración de un cese irregular; en ese sentido, si bien es verdad que la parte demandante ha accedido a una reposición al puesto de trabajo, pero también resulta razonable que la parte demandante pueda accionar una indemnización por daño moral si en caso se aprecia la comprobación de un nexo causal.

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

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

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

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

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



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

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

Para ello resultará válida la designación de una indemnización ascendente a la cantidad de S/. 5,000.00 dentro del presente caso en concreto, al reiterar la vulneración de derechos fundamentales.

En tal situación, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se deberá ordenar el pago de S/. 5,000.00 por el concepto de indemnización por daño moral.

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

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

HA RESUELTO:

1.- CONFIRMAR la Sentencia N° 157-2021 contenida mediante Resolución N° 05-2021, de fecha 07 de mayo de 2021, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose:

- a) Se declara la desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico suscrito entre las partes desde el 02 de enero de 2019 al 31 de agosto de 2019.
- b) Asignación de intereses legales y costos procesales. Sin costas procesales.



2.- REVOCAR la Sentencia N° 157-2021 contenida mediante Resolución N° 05-2021, de fecha 07 de mayo de 2021, en el cual se declaró infundada la demanda y se ordena la indemnización por despido arbitrario; por lo que, reformándola, se declara fundada y dispone lo siguiente:

- a) La constitución de un Despido Incausado y se ordena la reposición al puesto de trabajo ejercido o en uno de similar categoría.
- b) Abonar la cantidad de S/. 199,300.00 (Ciento noventa y nueve mil, Trescientos con 00/100 Soles) de indemnización por daños y perjuicios, conforme al concepto de lucro cesante.
- c) Pagar la cantidad de S/. 5,000.00 (Cinco mil con 00/100 Soles) de indemnización por daños y perjuicios, en base al concepto de daño moral.

En los seguidos por **MARK ANTHONY CALLE AGUILAR** contra la entidad **CONGRESO DE LA REPUBLICA**, sobre reposición al puesto de trabajo y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. **Notifíquese. -**

LJBB