



EXP. N° 14421-2020-0-1801-JR-LA-16 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 06/09/2022

Sumilla: *La inserción del Estado Peruano dentro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, representado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, permite que el presente apartado normativo, contenido en el artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, deberá interpretarse en base a lo dispuesto dentro de los tratados Internacionales de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como los establecidos por la Organización Internacional del Trabajo; por cuanto que el cese de la relación laboral no puede sujetarse a actos de discriminación por razón de edad, mucho menos con las personas mayores de la tercera edad*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, seis de setiembre 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 Vascones Ruiz**; 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 ambas partes procesales contra la Sentencia N° 184-2022-16° JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 30 de junio de 2022, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) Abonar una indemnización por despido arbitrario, ascendente a la cantidad de S/. 24,000.00.
- b) Asignar los conceptos de intereses legales, costas y costos procesales; los cuales se determinarán dentro de la etapa de ejecución de sentencia.
- c) Se declara la improcedencia de la pretensión de reposición por despido incausado.



- d) Infundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los conceptos de lucro cesante y daño moral.

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

La parte demandante, **CUSTODIO ACERO ROMAN**, en su recurso de apelación alega que la sentencia apelada incurrió en error, al sostener:

- i) La sentencia contiene vicios al momento de denegar la pretensión de reposición al puesto de trabajo, al tener presente que la extinción de la relación laboral se ha configurado conforme a un Despido Incausado; al tener la condición de trabajador a plazo indeterminado (conforme a un mandato judicial previo); con razón al sobrepasar el límite de edad. (Agravio N° 01)
- ii) No es válida la aplicación de los requisitos legales establecidos dentro del precedente vinculante Huatuco, recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC por parte del Tribunal Constitucional, en cuanto que ya se ha determinado previamente que la parte demandante ya había ostentado la condición de trabajador a plazo indeterminado; conforme a la declaración previa de un mandato judicial. (Agravio N° 02)
- iii) Existe un vicio de motivación con respecto a la asignación de una indemnización por daños y perjuicios, con referencia al lucro cesante y el daño moral; al no tener presente la constitución de un despido incausado así como su trascendencia inconstitucional. (Agravio N° 02)

Por otro lado, la parte demandada, **ORGANISMO DE FORMALIZACION DE LA PROPIEDAD INFORMAL - COFOPRI**, en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error de sostener:

- i. No se advierte una motivación suficiente al momento de ordenar el pago de una indemnización por despido arbitrario, al tener presente que el cese de la relación laboral se produjo a causa de una jubilación obligatoria contemplada en la legislación nacional; al haber sobrepasado el límite de edad. (Agravio N° 01)
- ii. El Juzgado comete un error al momento de estimar el pago de costas y costos procesales, por cuanto se debe tener presente que la parte demandada ha formado parte de la administración pública. (Agravio N° 02)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

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



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

CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SEGUNDO: De la motivación de las Resoluciones Judiciales.-El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera¹.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa²; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215-2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegiado 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

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

² Ibidem, pág. 532



adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

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

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

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*



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

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

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

CUARTO: Del derecho constitucional a la Función Pública. – Desde hace varias décadas, el acceso a la función pública mediante igualdad de oportunidades ha constituido uno de los pilares fundamentales dentro del empleo público, por cuanto el presente derecho garantiza que todos los ciudadanos de la República del Perú puedan participar dentro de la administración de la cosa pública; en cuanto que el Estado obliga a los funcionarios públicos que los ciudadanos puedan realizar una carrera administrativa bajo igualdad de condiciones y conforme a un régimen laboral que permita la posibilidad de ascender meritocráticamente.

Para tal condición, no se deberá olvidar que el artículo 40° de la Constitución Política del Perú ha reconocido a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional y tutelar, precisando que por Ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores; por lo tanto, el acceso de la función pública se encuentra constituida como un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.

QUINTO: Sobre esto, también existe reiterada jurisprudencia con respecto a la vigencia superior del acceso a la función pública conforme a una igualdad de condiciones; en cuanto que a través del Exp. N° 0025-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional ha admitido el privilegio del mérito con respecto al acceso a la administración pública, dado que:

“(…) El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (...) Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación a acceso a la función pública de las personas (...) Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un



régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes (...)"

Conforme a tal mandato, no se deberá olvidar que el presente derecho constitucional reitera al Estado Peruano una obligación a los funcionarios públicos que los ciudadanos puedan realizar una carrera administrativa bajo igualdad de condiciones y conforme a un régimen laboral que permita la posibilidad de ascender meritocráticamente.

SEXTO: 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 (...)".

SETIMO: 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-Moquegua³determinó como criterio

³ 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***



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.

OCTAVO: 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 Perú⁴, 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.

NOVENO: 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**

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".

⁴ 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



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 Ley⁵, en donde su cumplimiento deberá ser acatado por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía.

DECIMO: 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 jurídica⁶.

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 PRIMERO: El caso en concreto (Agravios N° 01 de la parte demandante). - De los actuados, la **parte demandante** sostiene que el Juzgado comete un error al momento de admitir la aplicación de los requisitos legales establecidos dentro del precedente vinculante Huatuco, recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC por

⁵Para 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>

⁶DELGADO 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



parte del Tribunal Constitucional, en cuanto que ya se ha determinado previamente que la parte demandante ya había ostentado la condición de trabajador a plazo indeterminado; conforme a la declaración previa de un mandato judicial

Sobre el presente extremo, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC es válida; pues se observa que la parte demandante no ha ingresado por concurso público y sujeto a una plaza presupuestada de manera previa.

DECIMO SEGUNDO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** no comparte íntegramente los fundamentos desarrollados por el órgano jurisdiccional de primera instancia, por cuanto que el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC no se aplica debidamente cuando se observa que la parte demandante ha tenido la condición previa de trabajador a plazo indeterminado, regido por el régimen laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N° 728; conforme a una declaración judicial recaído dentro de un proceso previo ante la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

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° 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) (…)”

Entonces no se evidencia que el citado precedente vinculante deba ser aplicado dentro de la presente causa, pues el trabajador demandante ha tenido la condición material precedente de trabajador a plazo indeterminado, conforme al régimen laboral de la actividad privada, prevista en el Decreto Legislativo N° 728; admitiendo de esta manera alguna pretensión de reposición por despido inconstitucional.

DECIMO TERCERO: Conforme 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 solamente ha reconocido una relación laboral a plazo indeterminado, el cual imposibilidad fundamentalmente la aplicación del citado precedente vinculante dentro del presente caso en concreto.



Debido a esto, teniendo presente que no ha correspondido la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, por parte del Tribunal Constitucional; entonces este **Colegiado Superior**, estimando la posibilidad de asignar una reposición al puesto de trabajo, procederá a evaluar si ha sido válida la aplicación de la extinción de la relación laboral por la causal de un límite de edad o si la misma ha vulnerado la propia Constitución Política del Perú o los Tratados Internacionales referentes a la vigencia de los Derechos Humanos.

En base a ello, se **deberá estimar el agravio formulado por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se deberá desestimar la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, admitiendo la posibilidad respecto a la asignación de la reposición al puesto de trabajo.

DECIMO CUARTO: Sobre la acreditación de una causa justa en materia de Despido.- Respecto al mismo, cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que, independientemente del régimen laboral que se trate, implica dos aspectos: **1)** El acceder a un puesto de trabajo; y **2)** El derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario.

De esta manera, en los artículos 31° y 32° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se regula el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del derecho al Debido Proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión, o estar sujeto a cualquier acto coactivo que menoscabe su voluntad.

De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-2012-PA/TC- el TC ha reiterado que:

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

DECIMO QUINTO: En efecto, la falta grave se califica como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos:



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

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

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

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

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador (...) Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles (...) Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario



sería absolutamente 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 (...)"

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

Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y **el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador.**

Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

DECIMO SETIMO: La vigencia de la jubilación automática desde la óptica de la prevalencia de los Derechos Humanos. - De manera legislativa, el artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha previsto ordinariamente que el cumplimiento de 70 años de edad es una causal de jubilación obligatoria, al momento de establecer:

"(...) Son causas de la extinción de la relación de trabajo (...) La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario (...)"

Para esto, desde una interpretación literal de la misma, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República habrían interpretado preliminarmente, en diversos casos anteriores (tal como lo desarrollado dentro del Exp. N° 06050-2014-PA/TC y la Casación N° 2501-2009-Ica), que la causal de jubilación obligatoria no admitiría el pago de una indemnización por Despido Arbitrario o la Reposición; en cuanto:

"(...) La jubilación constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo, y es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo pacto en contrario, conforme se desprende el último párrafo del artículo 21° de la citada norma (...) Se concluye que la alegada afectación de su derecho al trabajo se ha



tornado irreparable con posterioridad a la interposición de la demanda (...) Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera necesario habilitar un plazo, de manera excepcional, para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar (...) la indemnización correspondiente por el despido arbitrario que denuncia (...)”(Exp. N° 06050-2014-PA/TC)

“(...) Cabe indicar que, si bien es cierto que el citado artículo 21° parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le cursó la carta notarial (...) por el cual se comunica su decisión de aplicar de extinción de contrato de trabajo por la causal de jubilación obligatoria y automática; conforme lo señala el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria al caso de autos, lo contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente (...)” (Casación N° 2501-2009-Ica)

Sin embargo, conforme a la inserción del Estado Peruano dentro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, representado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, entonces el presente apartado normativo, contenido en el artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, deberá interpretarse en base a lo dispuesto dentro de los tratados Internacionales de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como los establecidos por la Organización Internacional del Trabajo; por cuanto que el cese de la relación laboral no puede sujetarse a actos de discriminación por razón de edad, mucho menos con las personas mayores de la tercera edad.

DECIMO OCTAVO: De esta manera, desde una óptica internacional o convencional (por parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo), desde hace muchos años existe un marco de protección general contra la discriminación en el acceso al empleo a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores que ya poseen una mayoría de edad avanzada; por cuanto se aprecia que la discriminación también puede manifestarse a través de la forma de la extinción de la relación laboral.

En ese sentido, si se tiene presente que, a través del Convenio N° 111 relacionado con la discriminación, empleo y ocupación de 1958, la OIT prohibió la discriminación (entre otros factores) con motivo de la edad en el empleo y la ocupación, se aprecia una limitación a la discriminación en todos los escenarios del desarrollo de una relación laboral, al sostenerse:

“(...) A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...)”

A partir de tales términos, si se observa que en la Conferencia Internacional del Trabajo – CIT, con relación a un régimen de igualdad de oportunidades y de trato para los



trabajadores en el empleo del año 1985⁷, se fijaron diversos elementos de carácter general relacionadas a la discriminación, al precisarse en el artículo 6° la siguiente base interpretativa:

“(…) No se practicará discriminación alguna en el empleo o en la ocupación por razón de sexo, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y de la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) (…)”

Con lo que, nuevamente se aprecia que la edad es uno de los factores resaltantes para poder evaluar una actitud discriminadora a nivel de acceso al empleo, pues tal situación biológica será un elemento para evaluar alguna discriminación que pueda ser considerado dentro de la categoría de un despido nulo o un despido incausado⁸.

DECIMO NOVENO: Ahora, conforme a lo señalado en el Convenio N° 169 de la OIT, en relación a los pueblos indígenas y tribales, esta organización internacional dispuso la obligación de los gobiernos para adoptar las medidas para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas (a nivel general, sean jóvenes, adultos o adultos mayores) y los demás trabajadores, en particular para garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades (en todos sus aspectos), trato para hombres y mujeres en el empleo.

Finalmente, a través del artículo 19° de la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162, la misma OIT ha requerido que los Estados miembros realicen esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad, con el objeto de obtener trabajo después de una inactividad profesional debido a sus responsabilidades profesionales, pues el nivel de protección parte de la siguiente premisa:

“(…) La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (...) Adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos ochenta, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980: (...) En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (…)”

⁷CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras del empleo”, 71° Reunión, OIT, Ginebra, 1985. Enlace: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1985/85B09_348_span.pdf

⁸A través del trabajo denominado “Los trabajadores de mayor edad: Empleo y Desprendimiento Laboral”, la autora MARIA JULIETA ODDONE, Documento de Trabajo N° 38, Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 1994, sostiene que la situación de los trabajadores de edad en lo que se refiere al empleo es seria en la mayoría de los países desde hace algunos años; pues se hace cada vez cada vez más difícil. Muchos trabajadores de edad tienen dificultad para mantener el empleo, y si lo pierden, para volver a encontrar trabajo.

Sin embargo el empleo de los trabajadores de mayor edad, en un contexto que indica: un menor ritmo del crecimiento económico, desempleo y sub empleo, transformaciones rápidas del aparato productivo, modificaciones del nivel de instrucción y calificación de la población activa, encuentran dificultades sobre todo en los últimos años de su vida profesional.



VIGESIMO: A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el inciso 1) del artículo 1° de la Convención Americana, vigente desde 1978, dispuso que los Estados suscritos deben erradicar todo tipo de discriminación con relación a la raza, sexo, edad, idioma o de cualquier otra índole, al disponerse:

“(...) Se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”.

En donde el inciso 1) del artículo 5° sienta un principio de carácter fundamental, es decir, el respeto a la dignidad integral de todo ciudadano, pues:

“(...) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...)”.

Ahora, a través del preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), la Organización de Estados Americanos ha considerado la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación por motivos de edad, al resaltar categóricamente que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, conforme a la aplicación del derecho a la igualdad; en ese sentido, si en el referida convención se precisa y se norma lo siguiente:

“(...) Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano (...)”

“(...) Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (...)”

“(...) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (...) Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales (...) El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades (...)”

VIGESIMO PRIMERO: Con relación a la vigencia del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado



"Protocolo de San Salvador"⁹ en la presente materia, el artículo 7° de esta norma precisa que los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deberán garantizar que todo ciudadano tenga derecho a la estabilidad en el empleo, en donde -en caso de despido injustificado- la parte trabajadora tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo; sobre esto, si se tiene el siguiente apartado normativo:

"(...) Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (...)"

Así, se aprecia que a nivel internacional no se podrá restringir o menoscabar (artículo 7°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, tal como el derecho del trabajador mayor de edad a su puesto de trabajo, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.

Para que no exista duda de lo afirmado, la presente prohibición internacional de discriminación por razón de edad (por la tercera edad) y el derecho a la estabilidad en el empleo, mediante una indemnización o a la readmisión en el empleo, ha sido ratificada por el Estado Peruano, en cuanto que, mediante la emisión del Decreto Supremo N° 044-2020-RE, se ha incluido expresamente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por parte de la Organización de los Estados Americanos – OEA, a través del cual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha requerido a los estados miembros a garantizar una igualdad de oportunidades y trato entre los trabajadores de la tercera edad con los otros trabajadores más jóvenes (el cual alcanza al cese de la relación laboral por la sola edad); debido a que esta edad ya no podrá ser motivo (bajo ninguna circunstancia) de un acto de discriminación con relación a la estabilidad laboral.

Conforme a ello, al tener presente que, dentro del propio Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, se estima la necesidad constitucional y convencional de relacionar una causal objetiva comprobada y justificada entre las personas de la tercera edad con los otros trabajadores más jóvenes; en cuanto:

"(...) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (...). Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales (...). El empleo o la ocupación debe contar con las mismas"

⁹ El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias dentro del orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.



garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades (...) Los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado (...) Los Estados Parte promoverán políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor (...) Los Estados Parte alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos (...)”

VIGESIMO SEGUNDO: En consecuencia, al tener presente que los apartados internacionales de la OIT y la OEA han prescrito que los derechos laborales de las personas mayores de edad (entre ellos los jubilados) son similares en todos los sentidos al ejercicio de los derechos de los trabajadores jóvenes o adultas, por tener las mismas oportunidades en el acceso en el trabajo; resultará claro concluir que estos tipos de trabajadores (personas mayores y jubilados) también se encontrarán sujetos a una protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de nuestra Constitución Política del Perú, conforme a la **determinación de una derogación tácita del tercer párrafo del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728** y ser el mayor factor de ingreso al sector informal¹⁰.

En ese sentido, si se reitera que el acceso de un nivel de protección de naturaleza restitutoria estará garantizado a través del derecho a la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de la relación laboral, la vigencia de los derechos sobre el acceso al empleo, así como una protección contra el Despido, conforme a los siguientes lineamientos de carácter internacional:

“(...) Todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (...)”(Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 - OIT)

“(...) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (...)”(Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores - OEA)

¹⁰Dentro del trabajo denominado “*Envejecimiento, Empleo y Protección Social en América Latina*”, la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Coordinador Fabio M. Bertranou), Oficina Internacional del Trabajo, 2006, ISBN 978-92-2-320076-3, Pag. N° 31 a 35; precisa que la continuidad de la relación laboral del trabajador adulto mayor es una constante en América Latina y en específico dentro de la propia realidad peruana, pues en numerosos hogares con adultos mayores, los ingresos laborales de los adultos mayores constituyen un único o importante complemento de los ingresos familiares, el cual aumenta con el limitado alcance de la cobertura de prestaciones de salud o por el precario, casi nulo, niveles de atención previsional. Así la tendencia en la actividad laboral de los adultos mayores (60 años a más) está sujeto al estancamiento de la tendencia al retiro temprano de la fuerza laboral, el cual se viene condicionado con los problemas económicos y sociales que acompaña el proceso de envejecimiento población; por ello, se sugiere un mayor foco de atención a la situación laboral de los adultos mayores, pues también se aprecia que este grupo poblacional ahora busca un puesto de trabajo dentro del sector informal.



“(…) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (…)”(Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - OEA)

Se podrá admitir la posibilidad que, en aquellos casos en donde se advierte el cese de una relación laboral por la aplicación de la causal de jubilación obligatoria, un órgano jurisdiccional podrá ordenar la reposición al puesto de trabajo o el pago de una indemnización por despido arbitrario, tal como lo solicite la parte demandante; por cuanto tales efectos restitutorios se encuentran sujetos a las garantías establecidas en los apartados internacionales anteriormente prescritos¹¹.

VIGESIMO TERCERO: Por tal razón aunque inicialmente, a través de la sentencia N° 3572-2005-PA/TC y la Casación N° 2501-2009-Ica, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República sostuvieron primigeniamente que la protección adecuada contra el despido arbitrario (sea indemnización o reposición al puesto de trabajo) no resultaba aplicable en aquellas labores donde se haya superado los 70 años edad (a pesar que se hayan suscrito pactos de permanencia) al solamente admitirse la causal de jubilación automática, en base a los siguientes argumentos:

“(…) Este Colegiado entiende que entre la universidad emplazada y el demandante se celebró un pacto en contrario, dado que, de conformidad con el Documento Nacional de Identidad del recurrente, a la fecha de celebración del contrato de trabajo por cinco años, esto es, el 25 de enero de 1999, tenía 67 años de edad; vale decir, que se acordó implícitamente que el demandante prestara servicios aun después de cumplida la edad de jubilación automática y obligatoria. Por tanto, el pacto en contrario antes mencionado solo surtió efectos desde que el demandante cumplió 70 años de edad (21 de diciembre de 2001) hasta el vencimiento de su contrato de trabajo, el 25 de enero de 2004 (…). Cabe señalar que, no obstante que el contrato de trabajo del demandante venció el 25 de enero de 2004, este continuó prestando servicios hasta el 24 de setiembre de 2004; es decir, 8 meses más del plazo pactado, produciéndose, de esta manera, la desnaturalización del contrato, de conformidad con el artículo 77°, inciso 1), del Decreto Supremo 003-97-TR, y su conversión en un contrato indeterminado (…)

¹¹La presente afirmación guarda relación con lo estipulado en la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 de la OIT, pues a través de la misma se promueve una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación. En base a tal afirmación, aquella organización internacional reitera que los Estados miembros deben realizar esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que buscan trabajo después de una actividad profesional.

Así, para la autora MARIA JULIETA ODDONE “*Los trabajadores de mayor edad: Empleo y Desprendimiento Laboral*”, Documento de Trabajo N° 38, Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 1994, el desempleo afecta a todas las categorías de edades, pero por regla general, afecta en mayor medida a los más jóvenes, las mujeres y los hombres adultos que a los trabajadores de mayor edad. Sin embargo, la duración del desempleo de los trabajadores de edad es bastante mayor que el caso de los otros grupos de edades, el cual suele enmascararse con el retiro anticipado del mercado de trabajo.



Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo del demandante se convirtió en indeterminado, este solo podía extinguirse por cualquiera de las causales de extinción estipuladas en el artículo 16° del Decreto Supremo 003-97-TR, entre las cuales se encuentra la jubilación al cumplir 70 años de edad, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia, no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno. (...)”(Exp. N° 3572-2005-PA/TC)

“(...) Cabe indicar que, si bien es cierto que el citado artículo 21° parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le cursó la carta notarial (...) por el cual se comunica su decisión de aplicar de extinción de contrato de trabajo por la causal de jubilación obligatoria y automática; conforme lo señala el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria al caso de autos, lo contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente (...)” (Casación N° 2501-2009-Ica)

Pero, con el traspaso de los años, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema variaron su interpretación sobre el nivel constitucional de la protección constitucional contra el despido arbitrario y admitieron la posibilidad que estos tipos de trabajadores puedan ser protegidos mediante un cese sujeto a una causa justa y debidamente comprobada, desde un enfoque integral y conforme a la necesaria protección de las personas mayores; pues mediante el Exp. N° 06050-2014-PA/TC se admitió la posibilidad del pago de una indemnización por despido arbitrario o que (tal como lo resuelto en las casaciones N° 1533-2012-Callao, N° 532-2014-Callao y N° 2704-2016-Lima) la extensión de la relación laboral no puede ser resuelto por el empleador de manera discrecional mediante la sola alegación de una jubilación automática, iniciando la posibilidad que la misma pueda ser evaluado conforme el artículo 27 de nuestra Constitución Política del Perú, si se advierte una exoneración de la jubilación automática con la continuidad de la prestación.

En ese sentido, si se tiene presente que en las referidas sentencias, se sustentaron los siguientes argumentos:

“(...) La jubilación constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo, y es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo pacto en contrario, conforme se desprende el último párrafo del artículo 21° de la citada norma (...) Se concluye que la alegada afectación de su derecho al trabajo se ha tornado irreparable con posterioridad a la interposición de la demanda (...) Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera necesario habilitar un plazo, de manera excepcional, para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar (...) la indemnización correspondiente por el despido arbitrario que denuncia (...)”(Exp. N° 06050-2014-PA/TC)

“(...) Si luego de cumplido los setenta años de edad, de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese momento, se entenderá que existe un pacto en contrario tácito para la continuación de los servicios, por lo que toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del trabajador en este periodo se entenderá arbitraria si es que no se basa en la comprobación objetiva de la comisión de falta grave o incapacidad para la realización de la labor. Si al trabajador no se le comunica la



extinción del vínculo, debe entenderse que ha existido un pacto o convenio tácito entre el trabajador y su empleador, por el cual han decidido mantener la relación laboral mientras no exista una causa justa de despido conforme a la ley, o en todo caso mientras el trabajador no renuncie (...)”(Casación N° 1533-2012-Callao)

“(...) Si bien es cierto que el cumplimiento de setenta años en el transcurso del proceso, hace inviable e inejecutable su reincorporación efectiva por causal sobreviniente; también lo es que se estaría generando una total desprotección al trabajador, razón por la cual esta Sala Suprema no puede dejar de impartir justicia ante un vacío de la propia norma, debiendo este Tribunal resolver en justicia teniendo en cuenta los fines de la casación (...) ante la evidente imposibilidad de ejecutar la reincorporación y con el fin de proteger sus derechos reconocidos, se debe resarcir tal situación y para ello este Colegiado -en base al principio de la interpretación más favorable al trabajador- opta por una compensación económica razonable equivalente a un monto igual al tope de la indemnización por despido arbitrario, regulada en el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, de doce remuneraciones, considerando la última remuneración percibida por el actor, de acuerdo con los medios probatorios aportados en autos, debiendo efectuarse este cálculo en ejecución de sentencia (...)” (Casación N° 2704-2012-Ancash)

VIGESIMO CUARTO: En consecuencia, aunque la Corte Suprema de la República realice una interpretación regresiva y sujeto otra vez a una libre voluntad del empleador, pues a través de las casaciones N° 1634-2016-Lima y N° 9155-2015-Lima, conforme a la posibilidad del empleador de extinguir libremente la relación laboral mediante la modalidad de jubilación obligatoria; al determinar:

“(...) Si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave, pues sostener lo contrario significaría que el trabajador preste servicios en forma indefinida, lo que contraviene lo estipulado en el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria (...) El último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispone la jubilación obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, por consiguiente si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral, favoreciendo su jubilación (...)”(Casación N° 1634-2016-Lima)

“(...) En cuanto a la existencia del 'pacto en contrario' tácito al existir unidad de criterio entre lo sostenido por el recurrente cuanto en lo considerado por la Sala Superior en la sentencia de vista impugnada, en el sentido que la posibilidad del 'pacto en contrario' admite el que dicho pacto pueda ser expreso o tácito, pero que en el caso de autos fue tácito, dado que no se ha invocado, menos probado, que hubiere sido expreso, lo que corresponde analizar es la facultad del empleador de dar por concluido la relación laboral y las consecuencias del ejercicio de la misma (...) Si a los setenta



años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón (argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador, de lo que se desprende la autorización al empleador a poner fin a la relación laboral por razón de la edad sin que medie causa justa ni obligación de indemnización (...) En relación a lo alegado, cabe indicar que si bien es cierto el citado artículo 21° parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le curso la carta de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce, por el que comunica su decisión de "aplicar la causal de extinción de contrato por la causal de jubilación obligatoria y automática"; lo contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente (...)"(Casación N° 9155-2015-Lima)

Pero, con la inserción obligatoria de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por parte de la Organización de los Estados Americanos – OEA, dentro de las presentes causas; ahora este **Colegiado Superior** considera que el argumento esgrimido de la Corte Suprema de la República solamente significaría que la siguiente reflexión:

“(...) Si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón (argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador (...)”

Solamente garantizaría un claro trato discriminatorio y atentatorio contra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la sola presunta primacía de la jubilación obligatoria a los 70 años; pues claramente significaría que los trabajadores mayores a los 70 años no estarían en similares condiciones jurídicas para poder acceder a sus derechos constitucionales e internacionales que otros trabajadores jóvenes o adultos; al extender los efectos de la jubilación automática por 70 años bajo todos los supuestos posibles.

VIGESIMO QUINTO: En efecto, si se reitera que los apartados internacionales de la OIT y la OEA han prescrito que los derechos laborales de las personas mayores de edad (entre ellos los jubilados) son similares en todos los sentidos al ejercicio de los derechos de los trabajadores jóvenes o adultos, por tener las mismas oportunidades en el acceso en el trabajo; no se advierte cierto grado de coherencia al razonamiento en el que se prima la sola jubilación precedente para poder limitar una protección adecuada contra el Despido Arbitrario consagrado en nuestra Constitución Política del Perú, pues si la extinción automática de la relación laboral se produce a los setenta años, tales efectos inmediatos se encontrarían limitados o anulados si el propio trabajador es cesado de su actividad por el hecho a razón de la edad, en una adecuada nivelación de todos los derechos laborales de los adultos mayores con los trabajadores de menor edad.



Entonces, si se observa que el ejercicio de los derechos restitutorios o resarcitorios, sobre la impugnación de un despido inconstitucional, forman parte de la gama de todo trabajador y el cual no se puede limitar por una interpretación infra legal, se advierte otra vez que la inserción de actos discrecionales permitidos por el empleador sobre la sola promoción de una jubilación precedente solamente garantizará la continuidad de medidas arbitrarias y ampliamente inconstitucionales¹², al no considerar mínimamente las presentes garantías de carácter internacional:

“(...) Todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (...)”(Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 - OIT)

“(...) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (...)”(Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores - OEA)

“(...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (...)”(Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - OEA)

VIGESIMO SEXTO: Si se admite la vigencia de derechos laborales mínimos en base a la vigencia de los derechos constitucionales e internacionales de la igualdad y no discriminación, se podrá apreciar que el acto de continuidad de la relación laboral por parte del empleador (sea tácito o expreso) permitirá que el empleador tenga la obligación de justificar en forma objetiva la constitución de alguna falta grave que amerite la constitución de un despido válido o alguna modalidad que ya no se encuentre sujeta a la modalidad de jubilación obligatoria, si desea extinguir nuevamente la relación laboral; pues el artículo 27° de la Constitución Política del Perú garantiza que la aplicación de un acto unilateral se deberá sujetar a una causa justificada, determinada

¹²Para el autor LUIS RICARDO VALDERRAMA VALDERRAMA, en un artículo de opinión publicado en el portal LA LEY, Editorial Gaceta Jurídica, refiere que la limitación de la reposición o la indemnización por despido arbitrario a la sola prevalencia de la jubilación obligatoria es una medida ilegal, pues no solo se viola la Ley, sino los más esenciales principios del Derecho del Trabajo; para ello reitera que no se ha tomado en cuenta la existencia de un pacto tácito entre las partes, toda vez que el trabajador siguió prestando sus servicios con normalidad luego de cumplir 70 años de edad; y, en segundo lugar, se generaría una zona de desprotección laboral en perjuicio de los trabajadores mayores de edad (70 años o más), requiriéndose únicamente la decisión unilateral del empleador para extinguir el contrato de trabajo.

A sus propios términos, considera necesario la rectificación por parte del Poder Judicial de la presente posición, el cual considera ilegal e inconstitucional.

En similar opinión, el autor JORGE ADUARDO CUENCA LOPEZ en su trabajo denominado “*La jubilación como causa de extinción de la relación laboral en la jurisprudencia peruana*”, Revista Soluciones Laborales, Edit. Gaceta Jurídica, N° 100, Lima, Abril, 2016, Pág. N° 39 a 46; refiere que los fundamentos esbozados en la Casación N° 1533-2012-Callao son correctos, pues el límite de edad como extinción de la relación laboral sujeta a la jubilación no puede ser entendida como una oportunidad inmotivada para poder desligarse del trabajador, pues el mismo generaría un abuso de derecho y no observar la disminución de las capacidades físicas o intelectuales del propio trabajador.



previamente en la norma y debidamente comprobada, pues ahora tales faltas graves se deberán relacionar con el detrimento de actitudes físicas o intelectuales del trabajador jubilado, pero nuevamente contratado.

Con ello, si se aprecia que el cese de una relación laboral se sujeta a un acto de discriminación sujeta a la edad, se podrá advertir que tal conducta podrá encontrarse circunscrita a la causal de un Despido Incausado o un Despido Nulo sujeto a actos de discriminación (así como una causa de extinción no admitida); por estar acorde a las garantías constitucionales e internacionales determinados en la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 – OIT, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores así como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, a pesar que en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima se haya establecido mayoritariamente que los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente sin estar sujetos a una causa justa, al sostener:

“(...) Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente; es decir, se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad. En ese caso en concreto, nos referimos específicamente a la aplicación de la jubilación obligatoria a los 70 años de edad del trabajador como causal de extinción de la relación laboral (...)”

Este **Colegiado Superior** considera que el nivel de protección de estos trabajadores adultos mayores deberán sujetarse a la protección nacional e internacional sujetas a la igualdad y no discriminación, advirtiendo nuevamente una derogación tacita del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728; pues se reitera que el acto de continuidad de la relación laboral por parte del empleador permitirá que el órgano jurisdiccional laboral correspondiente pueda obligar jurídicamente al empleador a justificar en forma objetiva la constitución de alguna falta grave que amerite la constitución de un despido válido o alguna causa legal ya no se encuentre sujeta a la modalidad de jubilación obligatoria.

VIGESIMO SETIMO: El caso en concreto (Agravios N° 01 de la parte demandada). - De los actuados, la **parte demandada** no advierte una motivación suficiente al momento de ordenar el pago de una indemnización por despido arbitrario, al tener presente que el cese de la relación laboral se produjo a causa de una jubilación obligatoria contemplada en la legislación nacional; al haber sobrepasado el límite de edad.

Sobre el presente extremo, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que procederá el pago de una indemnización de la relación laboral, cuanto que el cese de la relación laboral se ha realizado conforme a una no renovación injustificada del contrato; sin invocarse el supuesto de jubilación obligatoria.

VIGESIMO OCTAVO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** estima que, en base a la prevalencia convencional y constitucional del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos



Humanos de las Personas Mayores, en donde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha requerido a los estados miembros a garantizar una igualdad de oportunidades y trato entre los trabajadores de la tercera edad con los otros trabajadores más jóvenes (el cual alcanza al cese de la relación laboral por la sola edad); entonces la entidad demandada no podrá alegar que la parte demandante se encontraba sujeta a la causal de jubilación automática, cuando la misma ya se encuentra derogada tácitamente, conforme a la vigencia Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la prohibición expresa de discriminación con relación a la estabilidad laboral.

Para ello, si dentro del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores se han requerido las siguientes líneas directrices:

"(...) Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (...)" (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador")

"(...) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (...). Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales (...). El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades (...). Los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado (...). Los Estados Parte promoverán políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor (...). Los Estados Parte alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos (...)" (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores)

Entonces, bajo las actuales circunstancias, la aplicación de la no renovación del contrato o la determinación de una jubilación obligatoria ya no serán causas legales, constitucionales o convencionales que permitan validar un cese de la relación laboral dentro del sistema jurídico peruano; en cuanto este **Colegiado Superior** estima que,



dentro de un nivel internacional, no se podrá restringir o menoscabar (artículo 7°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, tal como el derecho del trabajador mayor de edad a su puesto de trabajo, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.

VIGESIMO NOVENO: En efecto, la reiterada prohibición internacional de discriminación por razón de edad (por la tercera edad) y el derecho a la estabilidad en el empleo, mediante una indemnización o a la readmisión en el empleo, ha sido ratificada por el Estado Peruano, en cuanto que, mediante la emisión del Decreto Supremo N° 044-2020-RE, se ha incluido expresamente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por parte de la Organización de los Estados Americanos – OEA, a través del cual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha requerido a los estados miembros a garantizar una igualdad de oportunidades y trato entre los trabajadores de la tercera edad con los otros trabajadores más jóvenes (el cual alcanza al cese de la relación laboral por la sola edad); debido a que esta edad ya no podrá ser motivo (bajo ninguna circunstancia) de un acto de discriminación con relación a la estabilidad laboral.

En base a esto, considerando que los apartados internacionales de la OIT y la OEA han prescrito que los derechos laborales de las personas mayores de edad (entre ellos los jubilados) son similares en todos los sentidos al ejercicio de los derechos de los trabajadores jóvenes o adultas, por tener las mismas oportunidades en el acceso en el trabajo; resultará claro concluir que estos tipos de trabajadores (personas mayores y jubilados) también se encontrarán sujetos a una protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de nuestra Constitución Política del Perú, conforme a la **determinación de una derogación tacita del tercer párrafo del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728** y ser el mayor factor de ingreso al sector informal.

Así, al no advertir una causa justificada y debidamente comprobada para ordenar la extinción de la presente relación laboral (el cual se podría comprobar conforme a la determinación de una falta grave o la presentación de un grado de incapacidad física o psicológica anual); se observa que la extinción de la relación laboral ha sido inconstitucional y contraria a los parámetros internacionales previstas en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

En ese sentido, no se **deberá estimar el agravio formulado por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo, procediendo a declarar inconstitucional y contrario a la vigencia de los derechos humanos la extinción de la relación laboral a causa de una jubilación obligatoria.

TRIGESIMO: 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 capacidad¹³, siguiendo el procedimiento regulado para tal efecto.

TRIGESIMO PRIMERO: Del caso en concreto (Agravio N° 01 de la parte demandante). - De los actuados, la **parte demandante** reitera que la sentencia contiene vicios al momento de denegar la pretensión de reposición al puesto de trabajo por razón de la edad, al tener presente que la extinción de la relación laboral se ha configurado conforme a un Despido Incausado, al tener la condición de trabajador a plazo indeterminado (conforme a un mandato judicial previo); con razón al sobrepasar el límite de edad.

Con esto, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** realiza un pronunciamiento correspondiente al cese de la relación laboral, ordenando el pago de una indemnización por despido arbitrario.

TRIGESIMO SEGUNDO: Ahora bien, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** advierte que la extinción de una relación laboral se ha producido a causa una no renovación de contrato y una implícita jubilación obligatoria; a pesar que en la realidad la parte demandante haya ostentado la condición de trabajador a plazo indeterminado previo y sujeto al régimen laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N° 728.

En ese sentido, si solamente se observa la terminación de una relación laboral a plazo indeterminado, entonces no existe argumento suficiente para poder sostener que tal situación material se encontraría condicionada por la declaración correspondiente por parte de la Corte Suprema de la República o que la constitución de un despido incausado no se pueda evaluar dentro del presente proceso; por cuanto que se observa que el único objeto de la presente extinción de la relación laboral ha sido la no renovación del contrato o la aplicación simulada de la derogada (tácitamente) modalidad relacionada con la jubilación obligatoria.

TRIGESIMO TERCERO: Por tal razón, se podrá apreciar que, conforme a la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada, correspondiendo la inmediata reposición al puesto de trabajo a causa de una constitución de un despido incausado; por cuanto se aprecia que el cese de la presente relación laboral no se ha sujetado a una causa justificada o se encuentre prevista en la norma o el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹³ 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.



Con razón a ello, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se deberá declarar fundada la demanda, debiéndose ordenar la reposición al puesto de trabajo, conforme a la constitución de un despido incausado y desestimando el pago de una indemnización por despido arbitrario.

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

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

Ahora bien, sobre la **antijuridicidad**, tal requisito podrá definirse como aquella conducta el cual es contrario al ordenamiento jurídico en su integralidad y, en general, contrario al derecho¹⁴, en donde la misma tendrá un carácter estrictamente típico¹⁵, al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo¹⁶.

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

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

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

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



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

TRIGESIMO QUINTO: Respecto al **nexo causal**, este elemento integrante vendrá a ser la relación necesaria de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues si no existiese tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar¹⁹; por lo que, en el ámbito laboral, la relación causal exige (en primer lugar) la existencia del vínculo laboral y (en segundo

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

¹⁸ A través de la Casación N° 1762-2013-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República ha precisado que "*El daño alude a un menoscabo o detrimento del interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una convivencia pacífica conteniendo éste además la siguiente tipología: El daño emergente, aquél que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima; el lucro cesante identificado como aquello que la víctima deja de percibir por efecto del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio; el daño moral, constituido por la lesión a los sentimientos de la víctima y que le produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento afectando evidentemente en el daño moral la esfera subjetiva e íntima de la persona inclusive su honor y reputación; en cuanto a proyecciones de aquélla hacia la sociedad si es que con tales aflicciones se la desprestigia públicamente; el daño a la persona, conocido como daño a la libertad o al proyecto de vida es aquél que recae sobre la persona del sujeto lo que le impide realizar su actividad habitual, que es la que efectuaba para proveerse de los bienes indispensables para su sustento así como también en la que estaban plasmadas las metas que le permitirían su realización personal comprendiéndose asimismo dentro de este daño la lesión a la integridad física y psicológica del afectado*".

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



lugar) que conducta haga permita determinar la constitución del daño consecuencia²⁰, tal como el acto de despido.

Asimismo, dentro del **factor de atribución**, se podrá precisar que este último se encuentra constituido por aquellos elementos que determinan finalmente la existencia de una responsabilidad civil, en donde se analizará la constitución²¹ de una culpa leve, grave, inexcusable y el dolo (a nivel contractual y extracontractual), mientras que a nivel extracontractual se analizará la culpa y el riesgo creado; para ello, dentro de un sistema subjetivo, el autor del daño solamente podrá responder si ha actuado mediante culpa, mientras que en un sistema objetivo solamente se probará fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es peligrosa y riesgosa y sin la necesidad de acreditar alguna culpabilidad²².

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

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

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

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

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



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° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues la remuneración para todo efecto legal constituye “*el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios*”.

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

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

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

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

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

TRIGESIMO OCTAVO: Del caso en concreto (Agravio N° 02 de la parte demandante). - De los actuados, la parte demandante Sostiene que la Judicatura ha incurrido en error al momento de desconocer el concepto de lucro cesante, por cuanto que está acreditado que el cese de la relación laboral se ha producido de manera irregular y el periodo en donde no ha percibido.

Ante ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia ha determinado que esta pretensión deberá ser desestimada, por cuanto que la parte demandante ha accedido a una indemnización por despido arbitrario.

TRIGESIMO NOVENO: De los actuados, este Colegiado Superior aprecia que - conforme a los considerandos precedentes- el concepto de lucro cesante no puede equipararse a las remuneraciones devengadas o dentro de una modalidad indemnizatoria, pues esta modalidad no se podrá equiparar estrictamente a las remuneraciones no percibidas o efectos propios de una tutela restitutoria como es la reposición al puesto de trabajo; en cuanto el mismo deberá sustentar los conceptos no percibidos a consecuencia de un despido ilegal (el cual se relaciona con los efectos



consecuentes de la reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario, en base a la aplicación del principio de igualdad y no remuneración previsto en la Constitución Política del Perú) 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 base a esto, 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: Ahora bien, a pesar que dentro del presente proceso se advierta la asignación de una indemnización por despido arbitrario o la reposición al puesto de trabajo a la parte demandante y el cual 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.

CUADRAGESIMO PRIMERO: 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 o la indemnización por despido arbitrario; 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 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 SEGUNDO: Conforme a la revisión de los artículos 63.1° y 68.2° 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) ha sido solamente un elemento de reparación concreta; por cuanto también se deberán considerar las demás modalidades de indemnización por daños y perjuicios²³, 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 63.1° y 68.2° 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 (…)”

“(…) 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 (…)”

²³Para 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.



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 TERCERO: 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 CUARTO: 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 QUINTO: 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 de 1 año y 11 meses).

En ese sentido, al valorarse una remuneración mensual en base a la extinción de la relación laboral ascendente a la cantidad de S/. 2,000.00 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.

En ese sentido se admitirá la presente suma, ordenando el pago proporcional correspondiente a S/. 36,000.00 por el concepto de lucro cesante; conforme a un cálculo proporcional de la misma y modificando lo ordenado dentro de la primera instancia.

En tal situación, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**; por lo que, reformándola, se deberá declarar fundada la demanda y se deberá ordenar el pago de S/. 36,000.00 por este concepto.

.....

CUADRAGESIMO SEXTO: 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 aflicción²⁴, lesión a un sentimiento que sea

²⁴TABOADA CORDOBA LIZARDO, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58



socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil²⁵; 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 ponderativa²⁶. Con ello, se trata pues de un sufrimiento en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado.

Con esto, cabe resaltar que dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extra patrimonial comprende el daño a la persona, daño psicológico y otros conceptos relacionados, entendido como la lesión a todos los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas; asimismo, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes²⁷; asimismo, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, el citado código prescribe en el artículo 1322° que el daño moral también será susceptible de resarcimiento, a causa del incumplimiento de obligaciones laborales emanadas del contrato.

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

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

CUADRAGESIMO SETIMO: 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 moral²⁸, 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,

²⁵ LEON HILARIO LEYSSER, "Funcionabilidad del daño e inutilidad del daño a la persona en el derecho peruano", Revista Peruana de Jurisprudencia, 2003, N° 23. <http://dike.pucp.edu.pe>.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.



el cual haga irrazonable la finalidad del tal conducta, dentro del periodo relacionado o sujeto a la idoneidad de la referida prueba.

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

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

CUADRAGESIMO OCTAVO: Agravio N° 02 de la parte demandante. - De los actuados, **la parte demandante** indica que la Judicatura ha incurrido en error al momento de desconocer el concepto de lucro cesante; por cuanto que está acreditado que el cese de la relación laboral se ha producido de manera irregular y el periodo en donde no ha percibido.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha considerado que esta pretensión deberá ser desestimada, por cuanto que la parte demandante ha accedido a una indemnización por despido arbitrario.

CUADRAGESIMO NOVENO: 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).

QUINCUAGESIMO: 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 indemnización por despido arbitrario, 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.

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

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

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

“(...) En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la



persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral (...)”

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

Para ello resultará válida la designación de una indemnización ascendente a la cantidad de S/. 10,000.00 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 declarar fundada la demanda y se deberá ordenar el pago de S/. 10,000.00 por el concepto de daño moral.

QUINCUAGESIMO TERCERO: **Sobre los costos procesales por parte del Estado.**

- La fijación de costos procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido²⁹.

La fijación de costos y costas procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales.

QUINCUAGESIMO CUARTO: **Del Caso Concreto (Agravio N° 02 de la parte demandada).** -Al respecto, **la parte demandada** refiere que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el Código Procesal Civil, por cuanto tal norma dispone que los Poderes del Estado se encuentran exonerados del pago de costos y costas procesales, más aún, si no se advierte mala fe de esta parte.

Sobre tal aspecto, **el órgano jurisdiccional** ha estimado declarar fundada el pago de los costos procesales, al haberse estimado la correspondencia del derecho.

QUINCUAGESIMO QUINTO: Al respecto, esta **Instancia Superior** considera que, si bien el artículo 413° del Código Procesal Civil, dispone que:

²⁹ La premisa de fijación de costos procesales establecida por los artículos 56° del Código Procesal Constitucional y 412° del Código Procesal Civil, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido. Para ello, se podrá revisar el Exp. N° 06586-2008 expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.



“(…) Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales (…)”

Pero también es parte de ese desarrollo legislativo la Séptima Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo en tanto que estipula:

“(…) En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos (…)”

En consecuencia, el artículo 413° del Código Procesal Civil debe ser aplicado de acuerdo a su desarrollo legislativo. En esa medida, en materia laboral el Estado, todos los Poderes del Estado, así como la administración pública podrán ser condenados al pago de costos.

QUINCAGESIMO SEXTO: En efecto, ¿A qué obedece el hecho de si se condena o no al pago de costas y costos al Estado? La respuesta hay que buscarla vía interpretación finalista del dispositivo:

“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”.

Así, este Colegiado considera que la intención perseguida con dicho dispositivo es:

- (i) Que el Estado como empleador se vincule y actúe respetando las normas que rigen el trabajo dependiente con el objeto de reducir la judicialización de los conflictos jurídicos derivados de ello.
- (ii) En los casos en que el conflicto jurídico ya se generó y está judicializado a que antes de defender a ultranza el actuar de la institución se efectúe una valoración concienzuda del caso materia de litigio a efectos de reconocer los extremos que de modo objetivo resulten acorde a la justicia; pues, la defensa jurídica del estado tampoco puede significar litigar por el sólo hecho de no dejar en indefensión al Estado sino litigar con base a probabilidades de éxito.

De lo contrario el Estado desde sus propios órganos estaría amparando una judicialización improductiva y que, por el contrario, genera una saturación en la atención de las causas por los órganos jurisdiccionales, afectando de ese modo la administración de justicia laboral para la sociedad. Por tanto, el Estado debe ser condenado al pago de costos únicamente si es que no se ha efectuado una defensa jurídica realista y con probabilidades de éxito, esto es, si ha tenido suficientes motivos razonables para litigar por los extremos en que haya sostenido el conflicto jurídico.

QUINCAGESIMO SETIMO: Por tal razón, en procura de un correcto comportamiento de las partes en general y especialmente de las Procuradurías Públicas a cargo de las defensas judiciales del Estado, este **Colegiado Superior** estima que, en este caso, la demandada sí debe ser condenado al pago de costos procesales mas no en el extremo de las costas; por lo que, se procederá a confirmar el pago de los costos procesales conforme al los créditos principales y accesorios, los cuales se calcularán en ejecución de sentencia. Revocando el extremo de costas procesales.



Con esto, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la demandada en lo que respecta a los costos procesales**, debiendo confirmarse la sentencia. Revocando el extremo de costas procesales en el presente extremo.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, esta Vocalía 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° 184-2022-16° JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 30 de junio de 2022, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

- a) Asignar los conceptos de intereses legales y costos procesales; los cuales se determinarán dentro de la etapa de ejecución de sentencia.

2.- REVOCAR la Sentencia N° 184-2022-16° JETL contenida mediante Resolución N° 05, de fecha 30 de junio de 2022, en el cual se declaró improcedente e infundada la demanda; en tal sentido, reformándola, se declara:

- a) Ordenar la reposición al puesto de trabajo o uno de similar categoría, conforme a la constitución de un Despido Incausado y un control convencional relacionada con la vigencia de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano.
- b) Abonar la cantidad de S/. 36,000.00 (Treinta y seis mil, con 00/100 Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, referente a un Lucro Cesante.
- c) Establecer la cantidad de S/. 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, referente a un Daño Moral.
- d) Desestimar la pretensión de indemnización por despido arbitrario, la misma que se declara infundada.
- e) Exonerar a la parte demandada del pago de costas procesales, al formar parte de la administración pública.

3.- ELEVAR EN CONSULTA el extremo que se inaplica el tercer párrafo del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (referente a la causal de jubilación obligatoria), mediante la modalidad de control convencional; por parte de esta instancia procesal; con el objeto que sea revisado por la Corte Suprema de la República en su oportunidad.



En los seguidos por **CUSTODIO ACERO ROMAN** contra el **ORGANISMO DE FORMALIZACION DE LA PROPIEDAD INFORMAL - COFOPRI**, sobre reposición al puesto de trabajo y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese.-

LJBB