SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 2126-2016
LA LIBERTAD
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO – NLPT

Sumilla: *La indemnización por despido arbitrario para aquellos trabajadores contratados bajo modalidad se encuentra prevista en el artículo 76° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR.*

Lima, catorce de agosto de dos mil dieciocho

VISTA; la causa número dos mil ciento veintiséis, guion dos mil dieciséis, guion **LA LIBERTAD**, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como **ponente**, el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y luego de producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante, **Margarita Isabel del Carmen Santana Pinedo de Cuba**, mediante escrito presentado el treinta de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento ochenta y dos a ciento noventa y seis, contra la **Sentencia de Vista** de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento cincuenta y tres a ciento sesenta y nueve, que **confirmó** la **Sentencia apelada** de fecha veinte de febrero de dos mil quince, que corre en fojas ochenta y seis a ciento tres, que declaró **fundada en parte** la demanda; **modificándola** respecto del monto ordenado a pagar; en el proceso ordinario laboral, seguido con la parte demandada, **Colegio Sir Alexander Fleming S.A.C.**, sobre indemnización por despido arbitrario.

CAUSALES DEL RECURSO:

Por resolución de fecha diecisiete de abril de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochenta y tres a ochenta y ocho del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por el demandante, por las siguientes causales:

i) Infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

ii) Aplicación indebida de los artículos 4°, 38°, 53°, 63°, 72°, 73° y literal d) del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

<u>Primero</u>: Antecedentes del Caso

a) Pretensión:

Se advierte del escrito de demanda, que corre en fojas diecinueve a veintisiete, modificada en fojas treinta a treinta y dos, la actora pretende el pago de una indemnización por incumplimiento de contrato de trabajo; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

b) Sentencia de Primera Instancia:

El Juez del Primer Juzgado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante Sentencia, que corre en fojas ochenta y seis a ciento tres, declaró fundada en parte la demanda, al considerar que la contratación habida entre las partes, corresponde a una de naturaleza modal y por ende, la indemnización por despido arbitrario debió ser pagada conforme al régimen de la contratación sujeta a modalidad.

c) Sentencia de Vista:

El Colegiado de la Primera Sala Laboral de la referida Corte Superior, mediante Sentencia de Vista, que corre de fojas ciento cincuenta y tres a

ciento sesenta y nueve, revocó la Sentencia apelada, al considerar que se habría producido la desnaturalización de los contratos modales suscritos entre las partes, motivo por el cual se habría calculado correctamente la indemnización por despido arbitrario corresponde a la actora.

Segundo: La infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley Nº 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo otros tipos de normas como son las de carácter adjetivo.

Al haber sido declarado procedente el recurso por infracciones de orden procesal y de derecho material, corresponde a este Tribunal Supremo emitir pronunciamiento, en primer término, respecto a la supuesta infracción procesal, toda vez que, únicamente descartada la presencia de defectos procesales durante el trámite del proceso será posible la emisión de un pronunciamiento apropiado sobre el fondo de la materia controvertida.

Tercero: Sobre la infracción normativa de carácter procesal

En el caso concreto, se ha denunciado la ***infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú***.

Dicha norma, prescribe lo siguiente:

"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(…)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Cuarto: Entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, están necesariamente comprendidos:

a) Derecho a un juez predeterminado por la ley (juez natural).
b) Derecho a un juez independiente e imparcial.
c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado.
d) Derecho a la prueba.
e) Derecho a una resolución debidamente motivada.
f) Derecho a la impugnación.
g) Derecho a la instancia plural.

Quinto: El Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el **Expediente N° 00728-2008-HC**, respecto de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en su **sexto fundamento** ha expresado lo siguiente:

"(…) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas

> *razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso".*

Asimismo, el sétimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado entre otros por los supuestos siguientes: **a)** inexistencia de motivación o motivación aparente, **b)** falta de motivación interna del razonamiento, **c)** deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas, **d)** motivación insuficiente, **e)** motivación sustancialmente incongruente y **f)** motivaciones cualificadas.

En ese sentido, no se producirá la infracción normativa de la norma denunciada siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa.

<u>Sexto</u>: Solución al caso concreto respecto del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú

De la revisión de los actuados, no se advierte que el Colegiado Superior haya infraccionado el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que regula el debido proceso, toda vez que expresa los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la conclusión arribada, respecto de los extremos demandados, extremos que fueron objeto de impugnación por la demandante, habiéndose expuesto las razones suficientes, coherentes y que guardan conexión entre ellas, por ello, no es posible aducir una presunta infracción normativa respecto del dispositivo legal denunciado. Siendo así, la causal de orden procesal deviene en **infundada**.

Habiéndose desestimado la causal procesal, corresponde pasar al análisis de las causales materiales.

Sétimo: Delimitación de las causales de orden material

Conforme se verifica del recurso de casación, lo actuado por el Juez de Primera Instancia y el Colegiado Superior, el tema en controversia se encuentra relacionado a determinar si la vinculación entre las partes corresponde a una de naturaleza indeterminada y, si como consecuencia de ello, corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario que corresponde a los trabajadores vinculados a través de contratos sujetos a modalidad; a partir de ello, es preciso indicar que de las causales de orden material declaradas procedentes, corresponderá resolver, de manera conjunta, las referidas a la **aplicación indebida de los artículos 4º, 38°, 63º y 72° del Te xto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR**, ello en la medida de los cuestionamientos formulados en el recurso extraordinario de casación, con posterioridad a ello, se podrá determinar, si corresponde pronunciarse respecto de la presunta aplicación indebida de los artículos 53°, 73° y literal d) del artículo 77° de la norma antes acotada.

Octavo: Sobre la naturaleza de la infracción normativa denunciada

La recurrente denuncia la existencia de una "aplicación indebida" de una diversidad de normas de derecho material.

A partir de ello, resulta pertinente indicar que, respecto de la "aplicación indebida", Sánchez-Palacios Paiva[1] sostiene que ella se configura de la siguiente manera:

[1] SÁNCHEZ - PALACIOS PAIVA, Manuel. "El Recurso de Casación Civil-Praxis". Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2009; pp. 157-158.

> "*(…) El Juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma. La norma elegida no corresponde al hecho establecido (…)".*

De lo expresado, puede inferirse que dicha causal se configura cuando:

a) El órgano jurisdiccional (Juez de Primera Instancia o el Colegiado Superior), a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso, llega a establecer determinados hechos relevantes al conflicto de intereses.

b) Que, los hechos establecidos, guarden relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada.

c) El órgano jurisdiccional, en lugar de aplicar esta última norma, aplica una distinta para resolver el caso concreto, la cual deviene en impertinente respecto a la relación fáctica establecida en el proceso, en lugar de otra norma que sí es pertinente y que debió ser aplicada, de manera que se vulnera los valores y principios del ordenamiento jurídico, particularmente, el valor superior de la justicia.

Establecida la manera en la que se configura la "aplicación indebida", corresponde efectuar una descripción de los dispositivos legales presuntamente infraccionados.

<u>Noveno</u>: Descripción de los dispositivos legales presuntamente infraccionados

Se ha denunciado la infracción normativa por aplicación indebida de los siguientes dispositivos legales:

- ***Artículo 4°del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR:***

  *"**Artículo 4°:-** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".*

- ***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:***

  *"**Artículo 38.-** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba".*

- ***Artículo 63° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR:***

  *"**Artículo 63.-** Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las*

renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación".

- ***Artículo 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR:***

  "***Artículo 72.-*** *Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral".*

Delimitados los dispositivos legales que serán objeto de análisis en la presente controversia, con lo expresado en el recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, deviene necesario expresar algunas consideraciones teóricas respecto de la contratación laboral, naturaleza y formalidad, para los efectos de mejor resolver.

<u>Décimo</u>: Sobre el contrato de trabajo

El trabajo, como derecho y deber encuentra su fundamento, además de tratados internacionales, en el artículo 22º de la Constitución Política del Perú, cuando reconoce:

"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

En cuanto al contrato de trabajo, Toyama Miyagusuku[2] manifiesta lo siguiente:

[2] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Derecho Individual del Trabajo". Primera Edición. Diciembre 2011. Gaceta Jurídica S.A. pp. 35

> *"(…) es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de amenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes".*

A partir de ello, debemos resaltar que una las principales características del contrato de trabajo reside en constituir un "acuerdo de voluntades", ello nos permite evidenciar que los contratos de trabajo constituye un "acto jurídico" y como tal, expresan una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir el mismo, por ende, requieren del cumplimiento de los cuatro elementos previstos en el artículo 140º del Código Civil, esto es: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita en las normas bajo sanción de nulidad, siendo la concurrencia de estos elementos lo que va a determinar su validez.

Respecto a los elementos del contrato, podemos inferir que la capacidad de las partes supone que, el empleador y el trabajador, posean la facultad para suscribir el contrato y de prestar los servicios que supongan su contratación, brindar las condiciones de trabajo y el asumir el pago de la remuneración.

En cuanto al objeto, este supone el intercambio de servicios, subordinados, por parte del trabajador a cambio de una remuneración, de tal forma que el objeto del contrato de trabajo viene a constituirse en el servicio que el trabajador se compromete a prestar, a cambio de una remuneración.

Con relación al fin lícito, se infiere que el contrato de trabajo no debe afectar el orden jurídico, ni constituir una afectación a las buenas costumbres.

Finalmente, en cuanto a la forma prescrita en las normas, el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR ha previsto que este puede ser verbal (generalmente, previstos para los contratos a plazo indeterminado), o escrito, que supone los contratos a plazo fijo, parcial y las modalidades formativas laborales.

A manera de conclusión, podemos indicar que el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud del cual se da origen a un vínculo laboral, en el que se genera, y regula, un conjunto de derechos y obligaciones para las partes, así como las condiciones dentro de las cuales se desarrollara dicha relación.

Décimo Primero: Formas de contratación laboral

El artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, nos permite evidenciar que existe, en nuestra legislación, diversos sistemas de contratación laboral, entre las cuales destacan: contrato a plazo indeterminado, a plazo fijo y a tiempo parcial.

En cuanto al **contrato a plazo indeterminado**, podemos referirnos a aquel tipo de contratación en el que no se prevé un plazo específico y vincula al empleador y al trabajador, de manera continua en el tiempo, en el que no se exige ningún tipo de formalidad, pudiendo celebrarse de manera verbal o escrita. Dicha modalidad busca garantizar la estabilidad en el empleo del trabajador.

Sobre el **contrato a plazo fijo**, debemos indicar que, a diferencia de la contratación a plazo indeterminado, este tipo de contrato cuenta con una duración determinada, de modo que, finalizará al cumplirse el plazo pactado; sin embargo, no basta que se indique el plazo de duración, sino que, además, deberá establecer la causa objetiva que da origen al mismo, correspondiendo al

empleador probar la existencia de la misma; no está demás precisar que este tipo de contratación, de acuerdo con lo previsto en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, ha previsto diversas modalidad, que bien pueden ser consideradas en tres grupos: temporales, accidentales y de obra o servicio.

Respecto de los **contratos a tiempo parcial**, este tipo de contratación tiene origen en que el servicio se presta en una jornada inferior a la jornada ordinaria prevista en el centro de trabajo; así, en este tipo de contratación está permitido que la prestación de servicios sea en parte de la jornada laboral de la empresa, en determinados días de la semana, previamente acordados, a ciertas horas del día, algunas semanas del mes e inclusive en algunos meses del año.

Será considera una jornada parcial de trabajo, aquella que sea inferior a las cuatro (4) horas del día.

<u>Décimo Segundo</u>: Presunción de Laboralidad

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 01397-2001 AA/TC, precisa en el Fundamento Tercero, lo siguiente:

> *"3. El régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada. Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas*

> *circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado".*

Dicha expresión recoge el Principio de Continuidad o Causalidad a través del cual se busca reguardar que la duración del vínculo laboral deba ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen, privilegiándose la contratación a plazo indeterminado antes de un contrato a plazo o modal.

A partir de ello, es pasible inferir que el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, ha consagrado el "Principio de Preferencia de la Contratación Indefinida", el mismo que está planteado en términos de presunción de laboralidad, como manifestación del Principio de Primacía de la Realidad, en la medida que permite inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación), privilegiando lo que sucede en el campo de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos.

<u>Décimo Tercero</u>: Formalidad de la contratación

En el considerando que precede, se ha precisado que nuestra legislación opta por una "presunción de laboralidad", en la que se propugna la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; sin embargo, se ha precisado también, que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha previsto mecanismo excepcionales de contratación temporal, los cuales deben cumplir ciertas formalidades, caso contrario, podemos dar lugar a la existencia de una contratación a plazo indeterminado.

La contratación temporal, constituye una excepción a la norma general y será válida cuando concurran, los siguientes supuestos:

- La existencia de una causa objetiva determinante que justifique la contratación temporal, por lo que en la medida que exista dicha causa podrá contratarse hasta por el límite de tiempo previsto para cada modalidad contractual; por lo tanto, el requisito para la validez del contrato modal parecería reducirse a la existencia de la causa objetiva determinante.
- Se consigne la duración del mismo.
- La celebración por escrito del contrato y por triplicado.

De lo descrito, podemos inferir que el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos para la contratación sujeta a modalidad y previstos en nuestra legislación laboral, supone la existencia de una contrastación a plazo indeterminado.

<u>Décimo Cuarto</u>: Sobre los contratos de trabajo para obra determinada o servicio específico

Gonzáles Ramírez[3] define a los contratos para obra determinada o servicio específico, de la siguiente manera:

> *"(…) es un tipo de contrato que no procede para cualquier tipo de tareas de carácter específico y duración determinada, sino solamente respecto de aquellas que integrándose dentro sus tareas ordinarias o habituales a las que se dedica la empresa, son de carácter temporal per se, por su propia naturaleza y no debido a la concurrencia de factores exógenos*".

[3] GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. *Modalidades de Contratación Laboral.* Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2013, pp. 52

Resulta ilustrativo citar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el fundamento Décimo de la sentencia recaída en el Expediente N° 10777-2006-PA/TC, sobre contratos por obra o servicio específico, al sostener lo siguiente:

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

A partir de ello, para que se considere válido una contratación temporal, debe establecerse una cláusula contractual que mencione la causa objetiva, es decir, cuál es el fundamento que justifique la utilización de la modalidad temporal, como la existencia de incremento de la producción o variaciones de la demanda que conlleven a un aumento pasajero de las necesidades de fuerza trabajo de la empresa, razón por la que no basta hacer mención a la definición de dicha contratación, sino por el contrario, habrá que insertar en el contrato, los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante, razón por la que no basta mencionar el tipo de contrato sujeto a modalidad, sino detallar los hechos que motivan la contratación y sus efectos para la empresa, lo que determina la utilización de contratos modales; además, de las labores específicas que va a realizar el

trabajador, la cual debe encontrarse relacionada con el requerimiento transitorio de los servicios que motivan la contratación.

Décimo Quinto: Extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo supone la terminación de la relación laboral y con ello, cesa la obligación del empleador de abonar la remuneración, así como la obligación del trabajador de seguir prestando sus servicios.

Con relación a la extinción del contrato de trabajo, debemos indicar que ella se encuentra regulada en el artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, regulando en el literal g), al "despido" como una manifestación de la extinción del contrato de trabajo.

Décimo Sexto: El despido como causa de extinción del contrato de trabajo

Alonso García define el despido como:

> *"El acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo"*[4].

Asimismo, Pla Rodríguez sostiene:

> *"El despido es un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo"*[5].

Al respecto, Montoya Melgar, señala que los caracteres del despido se constituyen, de la siguiente manera: a) es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; b) es un

[4] GARCÍA ALONSO, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *"El despido en el derecho laboral peruano"*. 3 ed. Lima: Editorial Jurista Editores, p. 66.
[5] PLÁ RODIGUEZ, citado por ibíd. pp. 66.

acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido sino que él lo realiza directamente; c) es un acto recepticio, en cuanto a su eficacia depende de la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada y d) es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato.[6]

El despido, debe fundarse en causa justa, por lo que se limita el poder que tiene el empleador, dentro del elemento de la subordinación, tal es así que nuestra legislación ha contemplado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Labor al, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, las causas justas de despido, bajo dos ámbitos: a) relacionadas con la capacidad del trabajador; y b) relacionadas con la conducta del trabajador.

<u>Décimo Sétimo</u>: Causalidad del despido

Nuestra tendencia laboral ha impuesto límites a la facultad del empleador a efectos de otorgar un mecanismo de protección al trabajador para que no sea usada en forma arbitraria; a partir de ello, se ha introducido la exigencia de que el mismo tenga como fundamento, una causa justa.

Correlato de ello, conviene acotar que el limite al poder que tiene el empleador, como parte del elemento de la subordinación, se enmarca dentro de los términos establecidos en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, norma que precisa entre las c ausas justas de despido, las siguientes: *a) relacionadas con la capacidad del trabajador*; y *b) relacionadas con la conducta del trabajador*.

[6] MONTOYA MELGAR, citado por BLANCAS BUSTAMANTE. *Op. Cit,* pp. 65-66.

Cuando se advierta que el despido no se ha fundado en causa justa, el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos de tutela, entre los cuales puede optar por la tutela *resarcitoria o restitutoria*.

Décimo Octavo: Clasificación de los despidos

La legislación ha precisado los tipos de despido respecto de los cuales puede optarse por tutela resarcitoria o restitutoria; sin embargo, ha sido la prolija jurisprudencia constitucional la que ha establecido otros supuestos de despido, no previstos en la normatividad vigente.

Correlato de ello, es preciso indicar que, entre las diferentes tipologías de despido, corresponde resaltar las siguientes:

- ***Despido justificado***

  Es el despido que se suscita con mayor frecuencia y cuya relevancia radica en la falta disciplinaria cometida por el trabajador, pudiendo fundarse en dos causas: *las relativas a la capacidad del trabajador* y *las relativas a la conducta del trabajador.*

  Este tipo de despido, supone la convalidación de la extinción del contrato de trabajo y no da lugar a la tutela resarcitoria o indemnizatoria, pudiendo el trabajador cobrar todos los adeudos generados con motivo de la relación de trabajo, siempre que no hayan prescrito.

- ***Despido arbitrario***

  Este tipo de despido es aquel que se genera por no haberse expresado causa justa o no poder demostrarse la misma en juicio, haciéndose mención en torno a que el empleador deberá tener plena convicción respecto de la configuración de alguna de las conductas previstas en el

artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

- ***Despido nulo***

Es entendido como aquel despido que afecta o vulnera derechos fundamentales, siendo que por el grado de afectación requiere de una protección mayor y se produce cuando se despide a un trabajador por algunas de las causales establecidas en el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

- ***Despido incausado***

Es aquel despido que se produce sin que se haya expresado causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique, pudiendo ser efectuado de manera verbal o escrita; asimismo, debe considerarse que no cuenta con un marco normativo específico y tiene su origen en la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional del artículo 27° de la Constitución Política del Perú.

- ***Despido fraudulento***

Es aquel producido por el empleador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera que resulta contrario a la verdad y la rectitud que debe existir en una relación laboral.

En este supuesto puede cumplirse con la imputación de una causa que derive en la ruptura de la relación laboral, además de cumplirse con el procedimiento establecido por ley; sin embargo, los hechos imputados devienen en inexistentes, falsos o imaginarios; asimismo, puede

producirse también cuando se atribuya una falta no prevista legalmente, lo que supone una vulneración al principio de tipicidad, cuando se produzca la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o mediante la fabricación de pruebas.

Cabe precisar que al igual que el despido incausado, no cuenta con un marco normativo propio, sino que ha sido la interpretación constitucional la que ha dado origen al mismo.

- ***Despido indirecto***

Este tipo de despido ha sido concebido como una contraparte al despido justificado y se produce cuando el empleador actúa afectando o contraviniendo lo establecido en el contrato de trabajo, lo que viene a constituirse en "actos de hostilidad" que no viene a ser sino otra cosa que el actuar o el dejar de hacer, de modo tal que se atente, displicente o específicamente al trabajador.

<u>Décimo Noveno</u>: Supuestos de tutela: indemnizatoria y resarcitoria

En los considerados que precede se ha establecido que el despido debe obedecer al Principio de Causalidad, en cuanto supone límites a la facultad del empleador a efectos de evitar un uso exagerado o arbitrario del mismo, siendo el motivo por el cual se exige la presencia de una causa justa, relacionada con la capacidad del trabajador o la conducta del mismo, conforme sostiene el 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.

La aplicación del Principio de Causalidad nos lleva a concluir que pueden presentarse despidos que respondan a una causa justificada y que pueden ser considerados como legítimos; sin embargo, aquellos despidos en los que se

carezca de justificación alguna o que sean objeto de cuestionamiento judicial, y no pueda comprobarse la motivación legal en la que se sustenta, deviene en arbitrario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34° de la norma antes acotada.

Vigésimo: A partir de lo antes descrito, debemos expresar que entre los despidos que admiten una ***tutela indemnizatoria*** se encuentran:

- ***Despido arbitrario***

Al respecto, el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, es enfático al establecer como medida de resarcimiento, la percepción de una indemnización que varía en función de la condición del trabajador, esto es: si nos encontramos frente a un trabajador con contrato a lazo indeterminado, o si se trata de un trabajador con contrato sujeto a modalidad.

- ***Despido indirecto***

Al partir de *"actos de hostilidad"*, es preciso que se invoque algunos de los supuestos previstos en el artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, lo que da lugar a que el trabajador pueda recurrir, de manera excluyente, por: *a) Accionar para que cese la hostilidad; o, b) La terminación del contrato de trabajo*, conforme prevé el artículo 35° de la norma citada.

Pues, este último supuesto, es la terminación del contrato de trabajo, el que permite otorgar al trabajador una tutela indemnizatoria, que no es otra que la indemnización a que se refiere el artículo 38° de norma antes

citada, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle al trabajador.

Vigésimo Primero: Ahora bien, en cuanto a los supuestos que admiten una ***tutela restitutoria***, podemos encontrar a los siguientes:

- ***Despido nulo***

El segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha establecido que el efecto principal del mismo se halla en la reposición al empleo; sin embargo, deja a salvo la posibilidad que de haberse recurrido en sede judicial y de haber obtenido un pronunciamiento judicial en el que admita su reposición, puede el trabajador optar, en ejecución de sentencia, por la indemnización establecida en el artículo 38° de la norma antes acotada.

- ***Despidos incausado y fraudulento***

Como bien ha sido explicitado precedentemente, estos despidos no cuentan con un marco normativo propio que regule sus alcances y limitaciones, sino por el contrario, ha sido la lectura realizada por el Tribunal Constitucional a los alcances del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y su vinculación con el mandato previsto en los artículos 22° y 27° de la Constitución Política del Perú, en los Expedientes Nos. 1124-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC, donde se ha determinado como atentatorios a los derechos fundamentales del trabajador, lo que permite acceder a un tutela resarcitoria y por ende, la reposición del trabajador al empleo, pese

a que no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 29° de la norma antes citada.

Vigésimo Segundo: Cálculo de la indemnización por despido arbitrario

En el marco de lo establecido en los artículos 38º y 76º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nª 003-97-TR, se desprende que, por regla general, la indemnización por despido arbitrario equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, computándose las fracciones en dozavos y treintavos, según corresponda.

Sin embargo, cuando nos encontramos frente a una contratación sujeta a modalidad, el cálculo de la indemnización por despido no se ha de efectuar conforme la regla general, sino por el contrario, deberá ser calculada sobre la base de una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un límite de doce (12) remuneraciones.

Vigésimo Tercero: Sobre la Teoría de los actos propios

Sobre la Teoría de los Actos Propios, Diez Picazo[7] precisa:

> *"Hemos llegado a la conclusión de que la regla, que normalmente se expresa diciendo que nadie puede venir contra sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esa pretensión, debe ser desestimada. Hemos llegado también a la conclusión de que, desde un punto de vista de derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los Actos*

[7] Diez Picazo, Luis. "La Doctrina de los Actos Propios" p. 193.

> *Propios constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente".*

Asimismo, MORELLO[8] sostiene:

> *"El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado – según el sentido objetivo que de ella se desprende - confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen".*

Es preciso indicar que, si bien en nuestro ordenamiento no existe una mención expresa a esta teoría, es el ámbito judicial en el que se presenta una manifestación de aquella, cuando se verifica el uso de la estrategia legal de las partes en el conflicto de intereses a efectos de que sus pretensiones sean amparadas o no.

Amparando una connotación, similar, a la Teoría de los actos propios, el Tribunal Constitucional en el Tercer párrafo del fundamento Quinto del Expediente N°00394-2013-PA/TC, ha expresado lo sig uiente:

> *"Asimismo, corresponde declarar que la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de Lima queda subsistente, debido a que la Sala Civil Suprema considera que carece de competencia para resolver el recurso de apelación. En efecto, el Tribunal Constitucional comparte la tesis de*

[8] MORELLO, Augusto. Dinámica del Contrato. Enfoques. Buenos Aires: Librería Editorial Platense. 1985. Pág. 59.

> *la Sala Civil Suprema, consistente en que es incompetente para resolver el recurso de apelación, pues la Ley N.º 26572 establecía que dicha Sala solo conoce y resuelve el recurso de casación, mas no el recurso de apelación.* ***Este error o negligencia de la parte demandada en proponer un medio impugnatorio inadecuado (apelación en vez de casación) no puede perjudicar al recurrente, pues en el Derecho existe el principio "nemoauditur propiam turpitudinem allegans", según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa****, y por tanto, si la parte demandada no interpuso el recurso previsto legalmente, la sentencia de la Cuarta Sala Civil de Lima queda consentida y adquiere la calidad de cosa juzgada al haber vencido el plazo para interponer el recurso de casación";* (negrita y subrayado nuestro).

De las consideraciones antes esbozadas, se infiere que la Teoría de los actos propios tiene especial importancia para resolver aquellos casos en los que se demuestre la existencia de una contradicción en el comportamiento de las personas como consecuencia de un accionar incompatible; sin embargo, no se trata, únicamente, de sancionar toda conducta contradictoria como inadmisible, pues, existen determinados supuestos en los cuales, la legislación puede "autorizar" a una persona para que concurra contra sus propios actos, como sería, por ejemplo, la falta de alguno de los requisitos del acto jurídico.

Ahora bien, para que se viabilice la aplicación de esta teoría, deben concurrir ciertos presupuestos, esto es:

i) La existencia de una conducta
ii) La existencia de una pretensión contradictoria
iii) La identidad de sujetos.

A partir de ello, podemos concluir que la concurrencia de dichos presupuestos, permiten la aplicación de la Teoría de los actos propios, cuya finalidad radica en evitar que alguien pretenda contradecir su conducta anterior, mediante el sustento de su pretensión.

Vigésimo Cuarto: Consideraciones en torno a la vinculación entre las partes y lo pretendido en el presente proceso

Sobre las presuntas infracciones normativas denunciadas por la recurrente, es preciso indicar lo siguiente:

- **Sobre el contrato de trabajo suscrito entre las partes:**

  Revisados los actuados se advierte que corre de fojas cinco a once, los contratos de trabajo y la respectiva adenda, suscrita entre las partes procesales, aspecto en el que no ha existido controversia entre las partes.

- **Tipo de contratación existente entre las partes:**

  De los contratos, que corren de fojas cinco a once, se ha podido evidenciar que el tipo de contrato suscrito responde a uno para "servicio específico", conforme se describe en la cláusula primera, de fojas cinco, siete y diez, partes pertinentes.

- **Objeto de la contratación:**

  De fojas cinco, se desprende que el objeto de la contratación radica en *"(…) requiere los servicios de la TRABAJADORA como Docente de Lengua y Literatura en el Nivel Secundaria"*, conforme se describe en la cláusula primera; de otro lado, se desprende de la cláusula segunda que se *"(…) contrata a LA TRABAJADORA para que desarrolle la labor*

específica señalada en la cláusula precedente, siendo ella la causa objetiva determinante de la contratación a plazo fijo".

Asimismo, en el contrato que corre de fojas siete a ocho, se consigna en la cláusula primera que la parte demandada *"(…) requiere los servicios de LA TRABAJADORA como directora de Estudios en el Colegio"*, conforme se desprende en fojas siete, parte pertinente; seguidamente, en la cláusula segunda, se detalla que la emplazada contratará a la demandante *"(…) para que desarrolle la labor específica señalada en la cláusula precedente, siendo ella la causa objetiva determinante de la contratación a plazo fijo"*, conforme se desprende de fojas siete, parte pertinente. Dicha fórmula ha sido repetida en el contrato que corre de fojas diez a once.

- **Tiempo de servicios:**

De lo actuado al interior del proceso, se infiere que no existe controversia en torno al tiempo en el que se han vinculado las partes procesales, el cual comprende un lapso de tiempo aproximado de cuatro (4) años, cuatro (4) meses y cinco (5) días, si se considera como fecha de ingreso el día uno de agosto de dos mil nueve y como cese, el día cinco de diciembre de dos mil trece, conforme la liquidación de beneficios sociales que corre de fojas dieciséis.

- **Extinción del contrato de trabajo:**

Conforme se desprende de fojas doce, la parte demandada comunicó a la actora que el motivo del cese obedecía a un supuesto "retiro de confianza", razón por la que se solicita que se apersone a sus instalaciones a efectos de *"(…) recoger su liquidación de beneficios sociales con el respectivo pago que incluye el pago de la indemnización*

por despido arbitrario (…)", conforme se desprende de fojas doce, parte pertinente.

- **Pretensión consignada en la demanda:**

Conforme se advierte de fojas diecinueve a treinta y dos, la actora interpuso la demanda a efectos se ordene el pago de la *"(…) indemnización por incumplimiento de contrato de trabajo (…)"*, conforme se describe en fojas veinte, parte pertinente.

Como sustento de la demanda, invoca el artículo 76º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, fojas veintidós y veintitrés, partes pertinentes; asimismo, alega que la parte demandada *"(…) actuando de mala fe pretende desconocer los términos y condiciones del contrato, tratando de desnaturalizarlo con la finalidad de no cancelarme la indemnización que por ley me corresponde, debiendo apreciar el juzgador esta conducta de la demandada quien esta actuando con temeridad y mala fe"*, conforme se describe en fojas veintidós, parte pertinente.

Ahora bien, debe advertirse que de las pretensiones materia de juicio, detalladas en el "Acta de Registro de Audiencia de Conciliación", de fojas ochenta y tres, parte pertinente, se ha detallado las siguientes pretensiones:

"Determinar si le corresponde:

1. *Indemnización por incumplimiento de contrato de trabajo sujeto a modalidad.*
2. *Remuneración percibida por la demandante.*
3. *Determinación del contrato al que estuvo sujeto la demandante.*

4. Pago de intereses legales, costas y costos".

A partir de ello, se desprende que no es objeto de demanda, la "desnaturalización" de la contratación sujeta a modalidad, suscrita entre las partes.

- **Conducta de las partes, pretensión introducida y sujetos intervinientes**

De lo actuado en el proceso y de los contratos, que corren de fojas cinco a once, se infiere que la parte demandada ha reconocido la existencia de una vinculación formal con la parte demandante sujeta a las reglas de la contratación bajo modalidad de servicio específico.

Ahora bien, de la carta que corre de fojas quince, se infiere una "pretensión" de la parte demandada en el ámbito de introducir la "existencia de una contratación a plazo indeterminado", lo que además se ve reflejado en la contestación a la demanda, conforme se desprende en fojas sesenta y nueve, parte pertinente; así como, las alegaciones expresadas por el abogado de la parte demandada en la Audiencia de Vista de la causa y ante esta Sala Suprema, grabada en audio y video, a partir de los minutos diez con cuarenta y un segundos (10´41") a minuto once con dieciséis segundos (11´16").

Respecto de la identidad de sujetos, se advierte concurrencia de los sujetos que participaron en la relación jurídica material y procesal.

<u>Vigésimo Quinto</u>: Solución al caso concreto respecto de la presunta aplicación indebida de los artículos 4º, 38º, 63º y 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR

En el caso de autos, se verifica lo siguiente:

- Las partes se han encontrado vinculadas a través de una relación laboral en la que se suscribieron diversos contratos de trabajo, los cuales obran de fojas cinco a once, aspecto que no ha sido objeto de controversia.
- Se ha podido evidenciar que de los contratos y adenda que corren de fojas cinco a once, los contratos suscritos corresponden a "servicios específicos", en el que se ha detallado el "objeto de la contratación" para desempeñar labores específicas como "Docente" y posteriormente, como "Directora", conforme ha sido detallado en las cláusulas primera y segunda de los contratos que corren de fojas cinco a once.
- Se ha podido verificar que la vinculación se ha dado por un lapso de tiempo aproximado de cuatro (4) años, cuatro (4) meses y cinco (5) días, conforme la liquidación de beneficios sociales que corre de fojas dieciséis, circunstancia que no ha sido cuestionada por los sujetos procesales, siendo el motivo del cese, el supuesto "retiro de confianza", lo que ha dado lugar a que la parte demandada, de manera unilateral, otorgue a la accionante, la respectiva indemnización por despido arbitrario, cuyo monto ha sido abonado por la suma de cuarenta y cuatro mil setecientos veinte con 67/100 soles (S/44,720.67), conforme se desprende de fojas doce, parte pertinente.

  Asimismo, debe tenerse en cuenta que al realizarse la verificación de despido arbitrario, cuya acta corre de fojas diecisiete a dieciocho guión "A", se ha consignado el dicho de la parte emplazada, oportunidad en la que se deja constancia que el cese obedeció a un "retiro de confianza", exhibiéndose, además, los contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme lo transcrito de fojas tres, diecisiete guión "A", parte pertinente.

  Es preciso acotar que, en la Audiencia de Juzgamiento el Juez de Primera Instancia en el minuto tres con dieciséis segundos (03´16"),

preguntó a la parte demandante si se pretendía la "desnaturalización" de la contratación laboral; sin embargo, la defensa legal de la accionante manifestó que no se pretendía una desnaturalización de la contratación, alegaciones descritas en los minutos tres con dieciocho segundos (03´18") a tres minutos con veinte segundos (03´20"), siendo la parte demandada quien pretende introducir dicha pretensión, conforme se desprende en el minuto seis con cincuenta y seis segundos (06´56"); asimismo, debe considerarse que en los minutos veintiuno con cincuenta y tres (21´53") al minuto veintidós con treinta y cuatro (22´34"), el representante de la parte demandada manifiesta que la decisión de haber considerado a la actora como una trabajadora con contrato a plazo indeterminado fue consecuencia de la "asesoría legal" brindada, reconociendo además que su contratación se encontraba sujeta a modalidad.

- Del análisis de la presente controversia y bajo el influjo de la Teoría de los actos propios, se infiere que concurren los presupuestos para la aplicación de la misma, ello en la medida que la emplazada introduce al proceso una conducta contraria a la existente con los contratos suscritos entre las partes, de modo que pretende introducir una pretensión como es una presunta "desnaturalización" de la contratación sujeta a modalidad, cuando ello no es objeto de la demanda.

Vigésimo Sexto: Habiéndose descrito las circunstancias acaecidas en el proceso, así como las argumentaciones legales, es preciso indicar que esta Sala Suprema considera que el Colegiado Superior yerra en la aplicación de los dispositivos legales contenidos en los artículos 4º, 38°, 63º y 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues, parte de un análisis de una presunta "desnaturalización" de la contratación, como elemento determinante para resolver la presente controversia, conforme

se evidencia en el Décimo Cuarto Considerando, que corre de fojas ciento sesenta y cinco, parte pertinente, al sostener que se ha producido una "simulación o fraude" a las normas procesales y, como consecuencia de ello, determina la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

El error cometido, referido a la aplicación de dichos dispositivos legales reside en los siguientes supuestos:

- No se ha merituado que, conforme se advierte de fojas diecinueve a treinta y dos, la actora interpuso la demanda a efecto que se ordene el pago de la *"(…) indemnización por incumplimiento de contrato de trabajo (…)"*, conforme se describe en fojas veinte, parte pertinente, pretensión que nace producto de la ruptura de la contratación sujeta a modalidad existente entre los sujetos procesales y que se encuentra acreditada con los contratos que corren de fojas cinco a once.
- No constituye objeto de la demanda, el análisis de "simulación y/o fraude a la ley", en la medida que la actora invoca como fundamento legal el artículo 76º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, fojas veintidós y veintitrés, partes pertinentes, supuesto que no guarda relación con la presunta "desnaturalización" de una contratación, por cuanto ello no ha sido objeto de demanda.
- Si bien en el "Acta de Registro de Audiencia de Conciliación", de fojas ochenta y tres, parte pertinente, se ha detallado como "hecho sujeto a controversia" en el punto seis, "*Determinación del contrato al que estuvo sujeto la demandante"*, ello no amerita el análisis de una pretensión no invocada, sino por el contrario, supone la explicitación de la vinculación existente entre las partes, la que de acuerdo a los contratos que corren de fojas cinco a once, responde a una contratación modal, circunstancia

que no ha sido negada por las partes procesales, en el decurso del proceso.

- Asimismo, se infiere que la parte demandada ha reconocido que el cese se produjo de manera arbitraria bajo un supuesto "retiro de confianza", razón por la que solicita a la demandante que se apersone a sus instalaciones a efectos de *"(…) recoger su liquidación de beneficios sociales con el respectivo pago que incluye el pago de la indemnización por despido arbitrario (…)"*, conforme se desprende de fojas doce, parte pertinente.
- Lo anotado, nos permite evidenciar que existe, por parte de la emplazada, un "ánimo" de obtener ventaja respecto de una situación que ella misma ha generado y que tiene origen en los contratos sujetos a modalidad suscritos entre las partes, contratos que responde a la naturaleza modal de "servicio específico", conforme se desprende de fojas cinco a once.

  Dicha circunstancia, evidencia que no se haya merituado que se ha introducido al proceso una pretensión de "desnaturalización", que no es objeto de demanda, incurriendo el Colegiado Superior en una aplicación indebida de las normas denuncias y objeto de análisis, por el contrario, bajo la influencia de la Teoría de los actos propios se desprende la concurrencia de los elementos que permiten inferir una situación de ventaja por parte de la emplazada a efectos de efectuar el cálculo de la indemnización por despido arbitrario, bajo el régimen laboral ordinario y no así, el cálculo correspondiente a los contratos sujetos a modalidad.

Lo descrito, permite evidenciar que **el Colegiado Superior ha aplicado de manera indebida de los artículos 4º, 38°, 63º y 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues, resulta de aplicación el artículo 76° de la norma acotada**, el cual

prevé el supuesto de la indemnización tarifada para los contratos sujetos a modalidad, el cual es objeto de demanda.

Vigésimo Sétimo: En ese contexto, se verifica que se encuentra acreditada la argumentación esgrimida por la recurrente y por ende, permiten inferir que se ha producido una aplicación indebida de las normas denunciadas, por ello, debe concluirse que la controversia ha girado en torno a la indemnización por despido arbitrario, conforme ha sido descrito por el Juez de Primera Instancia; a partir de ello, se advierte la comisión de la **infracción normativa por aplicación indebida de las causales contenidas en los los artículos 4º, 38°, 63º y 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR**; en ese contexto, corresponde declarar **fundada** la causal admitida.

Vigésimo Octavo: En mérito a lo expuesto, **carece de objeto** emitir pronunciamiento sobre las disposiciones contenidas en los artículos 53º, 73° y literal d) del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por no guardar relación directa con la pretensión demandada, careciendo de incidencia su análisis, en mérito a los argumentos esgrimidos en la presente Ejecutoria Suprema.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante, **Margarita Isabel del Carmen Santana Pinedo de Cuba**, mediante escrito presentado el treinta de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento ochenta y dos a ciento noventa y seis; en consecuencia, **CASARON** la **Sentencia de Vista** de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, que corre

en fojas ciento cincuenta y tres a ciento sesenta y nueve; ***y actuando en sede de instancia***: **CONFIRMARON** la **Sentencia apelada** de fecha veinte de febrero de dos mil quince, que corre en fojas ochenta y seis a ciento tres, que declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda y **ORDENARON** que la entidad demandada cumpla con pagar a favor de la actora la suma de cincuenta y tres mil seiscientos setenta y nueve y 33/100 soles (S/53,679.33) por indemnización por despido arbitrario, con lo demás que contiene; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral, seguido con la parte demandada, **Colegio Sir Alexander Fleming S.A.C.**, sobre indemnización por despido arbitrario; interviniendo como **ponente** el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

DE LA ROSA BEDRIÑANA

YRIVARREN FALLAQUE

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

Amhat/rjrl