



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

Sumilla. Resultan desnaturalizados los contratos de locación de servicios e inválidos los contratos administrativos de servicios a los obreros municipales, al amparo de lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, el cual establece que corresponde que los obreros municipales estar sujetos al régimen laboral de la actividad privada, bajo los alcances del Decreto Legislativo número 728; asimismo, que su acceso al puesto de trabajo no está condicionado al procedimiento de un concurso público de méritos.

Lima, dieciocho de julio de dos mil veintitrés.

LA CUARTA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número ochocientos sesenta y tres guion dos mil veintiuno, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN.

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante **Marx Lenin Davila Cachique** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho, de fecha cinco de mayo de dos mil veinte, que **revoca** la sentencia apelada contenida en la resolución número cinco, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, la cual declara **fundada en parte** la demanda y, reformándola, se declara **infundada** la demanda en todos sus extremos.

II. CAUSALES DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN.

2.1 La parte recurrente denuncia las siguientes infracciones normativas:



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

- i) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.**
- ii) Infracción normativa material por inaplicación del artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.**
- iii) Infracción normativa por aplicación indebida del artículo 3 inciso 3.1. del Decreto de Urgencia N° 016-2020.**
- iv) Aplicación indebida del precedente vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el expediente N° 5057-2013-PA/TC.**
- v) Infracción normativa material por inaplicación del artículo 1321 del Código Civil.**

2.2. Este Tribunal Casatorio declara **procedentes únicamente** las causales detalladas en **los ítems i), ii), iii) y v)** del presente considerando, esto es, *interpretación errónea del artículo 37 de la Ley 27972, inaplicación del artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, aplicación indebida del artículo 3 inciso 3.1. del Decreto de Urgencia N° 016-2020 e inaplicación del artículo 1321 del Código Civil*, atendiendo a que se ha justificado con claridad y precisión la infracción normativa denunciada, cumpliéndose así con los requisitos de procedibilidad regulados en los artículos 56 y 58 de la Ley N° 26636.

2.3. la otra causal invocada en el recurso de casación, detallada en el **ítem iv)**, deviene en **improcedente** porque de los argumentos que sustentan su causal, se advierte que el argumento va dirigido a señalar que el criterio establecido en



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

dicho precedente no es aplicable a los obreros municipales, conforme a la casación laboral 12475-2014-Moquegua, más aun si es de apreciar que dicho sustento se encuentra ya establecido en su norma especial, la cual es la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 37, pero al haberse considerado que el mencionado artículo va a pasar al análisis de fondo de manera conjunta con otras normas materiales, es que dicha causal de aplicación indebida se subsume frente a las normas materiales declaradas procedentes.

III. CONSIDERANDO.

PRIMERO. Interpretación errónea del artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades e inaplicación del artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Los hechos relevantes determinados por las instancias de mérito para abordar las infracciones normativas que sustentan el problema jurídico de este recurso de casación son los siguientes:

- a) Récord laboral.** El demandante prestó servicios para la demandada desde el seis de enero de dos mil catorce hasta el ocho de mayo de dos mil quince.
- b) Condición laboral del demandante.** El demandante fue contratado bajo locación de servicios y el régimen de la contratación administrativa de servicios para desempeñar el cargo de sereno de la División de Seguridad Ciudadana y Serenazgo.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

- c) Funciones y condición ostentada.** Dada la naturaleza de las funciones efectuadas por el demandante como sereno en la Sub Gerencia de Seguridad Ciudadana, ostentó la condición de obrero municipal.
- d) Término de la relación laboral del demandante.** La demandada extinguió la relación laboral por vencimiento de contrato administrativo de servicios.

SEGUNDO. CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

2.1. Para determinar la existencia de un contrato de trabajo es necesario que estén presentes sus tres elementos esenciales¹:

- i) La prestación personal de servicios,** que viene a ser la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, es la específica de un trabajador determinado. De aquí deriva en primer lugar, que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador. De igual forma, debe ejecutar la prestación comprometida, la cual no podrá ser transferida en todo o en parte a un tercero. En síntesis, es la actividad que realiza el trabajador directamente, y que no puede delegar a terceras personas, tal como lo define el artículo 5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR.
- ii) La remuneración,** es la contraprestación recibida por el trabajador, en dinero o en especie, cualquiera que sea su denominación, siempre que sea de su libre disposición; siendo un derecho fundamental reconocido

¹ Casación Laboral N° 26279-2017 LIMA (fundamento noveno).



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

por el artículo 24 de la Constitución Política, y conceptualizado en el artículo 6 del citado Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728.

iii) La subordinación, es el elemento determinante para la existencia de la relación laboral; implica que el prestador de servicios se encuentre bajo la dirección y fiscalización del empleador, esto es, la existencia de un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla; por tal razón, según el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, el empleador puede impartir instrucciones tanto de forma genérica mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa, como de forma específica, destinadas a un trabajador.

Aunado a los elementos esenciales del contrato de trabajo, es de considerar los rasgos de laboralidad, establecidos por el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente número 03198-2011-AA, que señala:

(...) para determinar si existió una relación de trabajo indeterminada entre las partes encubierta mediante un contrato civil, debe evaluarse si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

2.2. Adicionalmente, en el caso de un trabajador que desempeñe labores en una entidad municipal, se deberá tener presente: i) Si las labores desarrolladas por dicho trabajador, corresponden a las de un trabajador obrero, esto es, si por la naturaleza de los servicios prestados se trata de una labor meramente manual y física, o si es intelectual; y, ii) De aplicar el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, en relación al momento de la contratación de sus trabajadores con la condición de obrero municipal, es decir, solo debe contratar bajo el régimen laboral de la actividad privada con el pago de los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen y no por otro tipo de contratación, pues de incumplirlo, dichos contratos devendrían en desnaturalizados o inválidos.

TERCERO. Régimen laboral de los obreros municipales.

Debemos señalar que el régimen laboral de los obreros municipales al servicio del Estado ha transitado tanto por la actividad pública como por la privada; tal es así, que la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el nueve de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, estableció de forma expresa en el texto original de su artículo 52 que los obreros de las municipalidades eran servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública; sin embargo, dicha disposición fue modificada por el Artículo Único de la Ley N° 27469, publicada el uno de junio de dos mil uno, estableciendo que el régimen laboral sería el de la actividad privada.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

Finalmente, la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 27972, Ley orgánica de Municipalidades, publicada el veintisiete de mayo de dos mil tres, derogó a Ley N° 23853; sin embargo, mantuvo el régimen laboral de los obreros de las Municipalidades, los cuales según su artículo 37, son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, es decir, dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 728, estableciéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

CUARTO. Ahora, una vez establecido que los obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, corresponde determinar si pueden ser contratados bajo locación de servicios y/o la contratación administrativa de servicios; sobre esta última se tiene, que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1057, de manera expresa prevé que:

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; **asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada**, con excepción de las empresas del Estado (cursiva, negreado y subrayado nuestro).

Inclusive, el artículo 2 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo 1057, al determinar el ámbito de aplicación del régimen de la contratación administrativa de servicios, establece que:

El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y de este reglamento comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a **los gobiernos regionales y locales** y las universidades públicas (...) (cursiva, negreado y subrayado nuestro).

De las disposiciones normativas antes citadas, una primera premisa que se desprende, es que las Municipalidades con régimen laboral dual (público y privado), sí pueden contratar a sus trabajadores mediante el Decreto Legislativo 1057; pues, la citada norma también comprende dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las entidades públicas cuyo régimen laboral es el privado, excluyendo a las empresas del Estado.

Sin embargo, al realizar una lectura integral y conjunta de la norma que regula la contratación administrativa de servicios, así como de la corriente jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional sobre el ingreso de los trabajadores a la administración pública (por concurso público), el Tribunal Casatorio advierte que los alcances de dicha facultad de contratación únicamente al caso de los empleados de las entidades municipales, mas no en el caso de los obreros municipales.

QUINTO. Siendo ello así, una correcta interpretación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades y adecuada aplicación del artículo 4 del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, nos permite concluir que la contratación del demandante, desde el inicio de la relación laboral, fue una de carácter indeterminada, por lo que la invocación del vencimiento de su contrato para extinguir la relación laboral, equivale a un despido incausado, el mismo que al vulnerar el contenido esencial del derecho al trabajo y a la adecuada protección



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

contra el despido, da derecho a la reposición en el empleo (tutela restitutoria), conforme a lo señalado por el Tribunal constitucional en la STC 976-2001-AA/TC, caso Llanos Huasco.

Así las cosas, es **fundada** la denuncia de infracción material del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades y del 4 del T.U.O. del D.L. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, corresponde casar la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, se confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de reposición en el empleo.

SEXTO. Sobre la aplicación indebida del artículo 3 inciso 3.1. del Decreto de Urgencia 016-2020.

El artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, prescribe:

Artículo 3. Ingreso por mandato judicial a las entidades del Sector Público
3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, **deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:**

1. Sólo puede efectuarse en la entidad del Sector Público que fue parte demandada en el proceso judicial.
2. **Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración**



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.

3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público.

3.2 Para dictar una medida cautelar, además de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos para su interposición en la normatividad vigente, debe cumplirse lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo.

3.3 Cuando no sea posible proceder conforme a lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo, se toman en cuenta las siguientes reglas:

1. Dentro de un proceso judicial en trámite sobre reposición, reincorporación o reconocimiento de vínculo laboral, el juez de oficio o a pedido de parte dispone la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3. Asimismo, en ejecución de sentencia, previo traslado a las partes, el juez puede excepcionalmente disponer la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3 por lo dispuesto en la sentencia.

SÉTIMO. Adviértase de las normas en mención, que estas, en rigor, niegan la reposición, la reincorporación o el reconocimiento del vínculo laboral a plazo indeterminado y bajo el régimen privado, a aquel trabajador que no ha ingresado por concurso público de méritos. Es decir, el decreto de urgencia bajo análisis busca evitar que vía mandato judicial se reponga o se reconozca un contrato de trabajo a plazo indeterminado, si es que no se ha ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Ello porque, conforme establece el artículo 2 del Decreto de Urgencia 016-2020 y las demás normas citadas en el considerando



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

precedente, *“el ingreso a las entidades del sector público se realiza a través de concurso público”*.

OCTAVO. Esta precisión es importante porque, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema a lo largo de su jurisprudencia, no a todos los trabajadores del Estado les es exigible el concurso público de méritos para acceder al empleo público. Así, el Tribunal Constitucional en la STC N° 6681-2013-PA/TC, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, dictada en el caso Cruz Llamos, la misma que tiene calidad de Doctrina Jurisprudencial vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha señalado en los fundamentos 10 y 11 lo siguiente:

10. Asimismo, como se sabe, el “precedente Huatuco” promueve que el acceso, la permanencia y el ascenso a dicha plaza atiendan a criterios meritocráticos. Al respecto, es claro que no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya **que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.**

11. Señalado esto, 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



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

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) (énfasis nuestro).

NOVENO. En efecto, en el precedente vinculante Huatuco, recaído en la STC 5057-2013-AA/TC, el Tribunal Constitucional establece como precedente vinculante en su fundamento 18, que no tienen derecho a la reposición aquellos trabajadores del sector público, sujetos al régimen laboral privado del Decreto Legislativo N° 728, que no ingresaron por concurso público de méritos, para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional en la STC N° 6681-2013 Lambayeque, delimitando el ámbito de aplicación del precedente vinculante Huatuco, establece que el concurso público solo resulta exigible para el acceso al empleo público en plazas que formen parte de la carrera administrativa, condición que no tienen los obreros municipales. Es decir, a los obreros municipales –señala el Tribunal Constitucional- no les es exigible el concurso público por no formar parte de la carrera administrativa. Conclusión a la que arriba el Tribunal Constitución a partir de la correcta interpretación y aplicación no solo del artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público sino también del artículo 40 de la Constitución. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, citando, por ejemplo, las casaciones laborales N° 21082-2017 Cajamarca, N° 224-2019 Lima Este y N° 1307-2019 Lam bayeque.

DÉCIMO. Siendo ello así, las reglas del Decreto de Urgencia N° 016-2020 así como las Decreto Legislativo 1057 y su Reglamento no resultan aplicable a los obreros municipales, pues la norma en mención tiene como objeto restringir el acceso al empleo público de aquellos trabajadores del Estado que no



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

ingresaron por concurso público de méritos; sin embargo, dicho requisito solo resulta exigible a aquellos trabajadores que busquen la incorporación en un puesto de trabajo que forme parte de la carrera administrativa, que no es el caso de los obrero municipales, siendo ello así, el *ad quem* ha aplicado de manera indebida dicha norma, deviniendo en **fundada la infracción del artículo 3 inciso 3.1. del Decreto de Urgencia 016-2020.**

UNDÉCIMO. En cuanto a las consecuencias económicas derivadas del despido.

En el caso de autos, el trabajador demandante además de la reposición en el empleo, ha solicitado el pago de las consecuencias económicas derivadas del despido, consistentes en los ingresos dejados de percibir desde el despido hasta su reposición, así como la indemnización por daño moral.

DUODÉCIMO. Al respecto, en primer lugar, debemos tener en cuenta que si bien es cierto se ha generalizado la utilización de los daños y perjuicios para resarcir las consecuencias económicas de los despidos distintos al despido nulo (V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional)², bueno es señalar que la responsabilidad civil no es una institución propia del derecho del trabajo, de modo tal que su utilización debe ocurrir de forma excepcional en tanto resulte indispensable para la adecuada tutela de los derechos subjetivos relativos al conflicto laboral y de seguridad social, vale decir, se trata de propiciar su utilización residual en el marco de lo previsto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil el cual prescribe lo siguiente: “Las

² El Pleno acordó por mayoría: En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización por daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

Tal utilización residual del derecho de daños, señaladamente ocurre tratándose de los infortunios laborales, esto es, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales máxime, cuando la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo - Ley N° 29783 prescribe en su artículo II de su Título Preliminar, el principio de responsabilidad, por el cual *“El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”*. Siendo que, no ocurre lo mismo en el despido inconstitucional pues, *prima facie*, sí existe norma legal que regula en el sistema jurídico laboral la indemnización derivada del mandato judicial de reposición, tendiente a resarcir el período entre el despido y la reposición efectiva.

DÉCIMO TERCERO. Sin embargo, pese a que la jurisprudencia laboral admitió pacíficamente en un inicio la utilización del artículo 40 de la LPCL, la Corte Casatoria tuvo un *“overruling”* a partir de la sentencia casatoria 2712-2009-Lima, en la cual se rechazó la aplicación analógica del artículo 40 de la LPCL para todos los despidos inconstitucionales distintos al despido nulo y, en su lugar, estableció el uso de la indemnización por daños y perjuicios para resarcir económicamente las consecuencias del despido inconstitucional distinto al nulo. Criterio que fue posteriormente recogido por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

DÉCIMO CUARTO. Ahora, si bien la responsabilidad civil puede dar lugar a diversos tipos de resarcimiento, es el lucro cesante el que guarda similitud con la técnica de los devengados, de modo tal que su estimación no requiere más que la comprobación del hecho dañoso constituido por el despido inconstitucional, y la determinación del período sujeto a resarcimiento, así como los ingresos o sumas dejadas de percibir por el trabajador durante el despido.

En tal sentido, atendiendo que en el caso de autos se ha determinado la inconstitucionalidad del despido y se está ordenando la reposición del trabajador en el centro laboral, el demandante tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante; pues, el despido incausado ha generado que se encuentre impedido de percibir las remuneraciones que le proveen su sustento y el de su familia.

DÉCIMO QUINTO. Respecto a las otras formas de resarcimiento, entre ellas el daño moral, no son de automática estimación, pues requieren la configuración del supuesto de hecho correspondiente a partir de las circunstancias concretas al caso y de la prueba aportada en orden a su comprobación judicial.

Así, el daño moral es definido por la doctrina como: “La lesión a los sentimientos de la víctima y que produce gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma”, supuesto que no puede ser presumido ni deducido de la sola comprobación del despido inconstitucional, pues por su propia definición, concurren suficientes elementos de convicción respecto a los hechos y circunstancias, concomitantes al hecho dañoso, esto es, el despido causante de ese gran sufrimiento o aflicción configurador del daño moral.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

DÉCIMO SEXTO. Esta exigencia probatoria adicional no solamente deriva del propio supuesto de hecho del daño moral contenido en el artículo 1322 del Código Civil³, sino de la ya anotada precedentemente circunstancia de que en puridad nos encontramos ante la utilización excepcional de una técnica jurídica civil aplicada a una disciplina especial -sistema jurídico laboral- entre las cuales existe una relación de supletoriedad⁴ y no de aplicación común u ordinaria.

Debe anotarse también, que las técnicas indemnizatorias del despido en el sistema de relaciones laborales tienen carácter restrictivo tal como lo prescribe el artículo 34 de la LPCL, el cual señala al despido arbitrario como único y exclusivo para el pago de indemnización y si bien el artículo 40 de la misma norma regula una forma adicional de resarcimiento, bajo la modalidad de devengados, por el período que duró el despido hasta la reposición efectiva, tal resarcimiento guarda similitud ontológica con el lucro cesante⁵, de allí que, las demás modalidades de daños y perjuicios asociadas al despido inconstitucional deben ser analizadas en forma restrictiva siempre que en cada caso se configuren los componentes de los supuestos de hechos normativos.

En consecuencia, atendiendo a que el *ad quem* ha desestimado dicha pretensión. Al haber inaplicado la norma prevista en el artículo 1321 del código civil, cuando al presente caso, le sería aplicable conforme a lo argumentado

³ El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

⁴ Artículo XI del Título Preliminar del Código Civil.

⁵ Con similitud ontológica queremos significar que los devengados del artículo 40 del TUO de la LCPL constituyen una técnica indemnizatoria más frente al despido en la legislación vigente, tal y como en su momento lo fueron las indemnizaciones contempladas en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 18471, artículo 6 del Decreto Legislativo N° 22126 y artículo 13 de la Ley N° 24514, normas todas ellas que precedieron en el tiempo al vigente Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; de modo tal que bien puede afirmarse que nuestro sistema jurídico laboral siempre ha tenido en toda su tradición legislativa un esquema indemnizatorio frente a las consecuencias económicas del despido arbitrario; de allí la identidad óptica con el lucro cesante civil, también de indudable naturaleza indemnizatoria.



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

por la sentencia de primera instancia, que lo argumentado como base al despido incausado del que ha sido víctima el actor, por lo que, corresponde estimar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

Así las cosas, es **fundada** la denuncia de infracción material del artículo 1321 del Código Civil; en consecuencia, corresponde casar la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, se confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

DÉCIMO SÉTIMO. Conforme a lo expuesto, la Sala Superior ha incurrido en infracciones normativas materiales denunciadas, deviniendo por ello en fundado el recurso de casación del recurrente; en consecuencia, se resuelve casar la sentencia de vista; y actuando en sede de instancia confirmar la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda.

IV. DECISIÓN.

Por estas consideraciones, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Marx Lenin Davila Cachique**; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho, de fecha cinco de mayo de dos mil veinte; y, **actuando en sede de instancia, CONFIRMARON** la sentencia apelada contenida en la resolución número cinco, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve, que declara fundada en parte la demanda; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por el recurrente contra la **Municipalidad Distrital de Morales**, sobre reposición y otro; y los devolvieron. **Ponente señor Torres Gamarra, Juez Supremo.**



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

**CASACIÓN N° 863-2021
SAN MARTÍN
REPOSICIÓN Y OTRO
PROCESO ORDINARIO - LEY N° 26636**

S.S.

CASTILLO LEÓN

PÉREZ RAMÍREZ

TORRES GAMARRA

PINARES SILVA DE TORRE

YANGALI IPARRAGUIRRE

fdc/dada