



Señores:

BEGAZO VILLEGAS

ALMEIDA CÁRDENAS

HUERTA RODRÍGUEZ

Resolución No. 14

Lima, 25 de enero de 2023

I. VISTOS:

En audiencia pública de fecha 23 de enero de 2023, interviniendo como juez superior ponente la señora Nora Almeida Cárdenas.

ASUNTO: Viene en revisión a esta instancia en mérito al recurso de apelación interpuesto por **la demandada** de fecha 18 de octubre de 2022 contra la resolución número cinco que contiene la **Sentencia N° 424-2022** de fecha 10 de octubre de 2022, que resuelve:

1. **DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por **MIGUEL JOSUE SEBSTIAN BUSTAMANTE DIAZ** contra **TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ**; sobre **DESNATURALIZACIÓN DE CONTRATOS Y OTROS**.
2. **SE ORDENA** a la parte demandada, Cumpla con **RECONOCER** a favor de la parte demandante, la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada – Decreto Legislativo N° 728, por el periodo 16.05.2018 al 29.02.2020.
3. **DECLARAR** el **CESE** de la parte accionante como un **DESPIDO INCAUSADO**, ordenándose a la parte demandada, cumpla con **REPONER** a la parte accionante, con un Contrato de Trabajo a Plazo Indeterminado bajo el Régimen Laboral del Actividad Privada - Decreto Legislativo N° 728, en el mismo cargo que venía desempeñando a la fecha de cese u otro de similar jerarquía, sin menoscabar sus ingresos remunerativos.
4. **ORDENAR** que la parte demandada, pague a favor del demandante la suma de **S/. 10,000.00 SOLES (DIEZ MIL CON 46/100 SOLES)**, por concepto de Indemnización por Daños y Perjuicios por Daño Moral; más Intereses legales y Financieros, y Costos Procesales. **SIN COSTAS**.



5. **ORDENAR** a la parte demandada, pague a favor de la parte demandante, la Indemnización por Daños y Perjuicios por Lucro Cesante, el mismo que será calculado en Ejecución de sentencia.

AGRAVIOS:

La demandada expresa los siguientes agravios:

1. La “no precisión de la **causa objetiva**” (incumplir el requisito formal previsto en el artículo 72° del Decreto Legislativo N° 728, no implica, automáticamente, la “desnaturalización del contrato de trabajo por simulación o fraude, previsto en el inciso d) del artículo 77° del Decreto Legislativo N° 728. Ello es así por cuanto el incumplimiento de la formalidad de precisar la causa objetiva en el contrato de trabajo no está previsto (en ninguna de las disposiciones normativas del art. 77° de la LPCL) e n la calificación de una relación de trabajo como de naturaleza indeterminada, habida cuenta que frente a la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad sólo imponen obligaciones de naturaleza estrictamente formales al empleador frente a la Autoridad Administrativa de Trabajo habilitando a aquella a ejercer su potestad de control posterior para sancionar su desnaturalización sin perjuicio de la multa al empleador.
2. Lo que realmente importa y debe ser demostrado para no vulnerar los derechos de los trabajadores es que el empleador pueda y deba demostrar la existencia real de la causa objetiva que sustenta el contrato modal por “incremento de actividad”. De nada serviría para el demandante que, en su contrato modal de trabajo por inicio o incremento de actividad, se consigne - al detalle y en cantidad- “circunstancias” o “características” donde – aparentemente exista una “causa objetiva”, cuando en la realidad tal situación no sucediera.
3. Una de las actividades principales de la demandada consiste en brindar asistencia mecánica a través de la asistencia a los asociados mediante el uso de grúas remolque con la finalidad de remolcar los vehículos ante desperfectos mecánicos. Sin embargo, a partir del año 2018 las necesidades de los asociados no solo se incrementaron, sino que, además, presentaron una variante: requerían de una breve y puntual asistencia mecánica sin la necesidad de ser asistidos con una grúa de remolque. Por tanto, se vio la necesidad de poder prestara estos nuevos servicios requiriendo para ello personal que pudieran atender las asistencias mencionadas utilizando un

vehículo menor proporcionado por el TACP: una motocicleta (“conductor mecánico – moto) en vez de una grúa remolque.

4. El demandante fue contratado en mayo de 2018 (en abril de 2018 se brindaron 7748 **servicios de asistencia mecánica**) y bajo un nuevo puesto de conductor mecánico: “Conductor Mecánico Moto”, justamente por el incremento de servicios antes explicado. Ello queda demostrado con el muestreo de los Órdenes de Servicio emitidas del año 2018 al año 2020 en las cuales se puede apreciar que la mayoría de servicios de auxilio mecánico no está referida al “remolque” (asistencia con grúa remolque) sino a situaciones diversas de auxilio mecánico en las cuales sólo se requería un mecánico que acudiera en una motocicleta. (Ver ANEXO 3-B de la contestación de demanda).
5. Conforme a las ordenes de servicio emitidas del año 2018 al año 2020, se puede apreciar que la mayoría de servicios de auxilio mecánico no está referida al “remolque” (asistencia con grúa remolque) sino a situaciones diversas de auxilio mecánico en las cuales sólo se requería un mecánico que acudiera en una motocicleta, han sido un “muestreo” pues resultaba absolutamente engorroso presentar físicamente más de dos mil o más de tres mil hojas de órdenes de servicios por cada mes de cada año desde el 2018 al 2020.
6. El “criterio” establecido en la sentencia apelada ha sido el de minimizar la cantidad de órdenes de servicio presentadas por nuestra parte, para ilustración del Superior Jerárquico y en atención a las facilidades tecnológicas que están vigentes hoy en día, adjuntan un link conteniendo la totalidad de las órdenes de servicio detalladas en el cuadro del punto 17 precedente:

https://drive.google.com/drive/folders/1FIUXiM9UL_hOAFcd2XLM9V-FBUdoTtBf

De esta manera, al momento de resolverse la presente apelación, el Superior Jerárquico podrá advertir el **incremento de actividades** que motivó la contratación modal del demandante.

7. En cuanto al **daño moral** en la sentencia materia de apelación, asume que la demandada ha obrado con dolo por no haber cumplido con los requisitos de validez del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 728 y por haber contratado de manera indebida al demandante. Además, los daños tienen que ser acreditados en su existencia y cuantía por quien alega estar perjudicado con



él, conforme lo señala el artículo 1331° del Código Civil, lo cual, en el presente caso, no ha ocurrido. pues el demandante no ha demostrado el haber sufrido del mismo, ni ha acreditado el grado de dolor, angustia, aflicción física o espiritual, humillación y en general, padecimientos que dice haber sido “víctima”.

8. En cuanto al **lucro cesante**, es preciso señalar que la pretensión solicitada **no son las remuneraciones dejadas de percibir** como ha concluido erradamente la a quo, sino la **indemnización por daños y perjuicios** derivada de un despido incausado que le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, el que **no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas**, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada.

II. CONSIDERANDO:

Primero: De conformidad con el artículo 370°, *in fine* del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, que –recoge, en parte, el principio contenido en el aforismo latino “*tantum devolutum quantum appellatum*”, en la apelación la competencia del Superior solo alcanza a ésta y a su tramitación, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Asimismo, conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia.

Segundo: Respecto del **primer, segundo, tercer, cuarto, quinto y sexto agravio** están referidos a la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad suscritos por las partes; respecto a ello el artículo 53° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003- 97-TR prevé que: “*Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades de mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va prestar o de la obra que se ha de ejecutar...*”; que, sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, la causalidad es la que en esencia define el contenido del contrato modal, pues si bien en términos generales no puede existir un contrato sin la presencia de la



causa, en el contexto de los contratos de trabajo modales la causa adquiere una relevancia mayor al tener que señalarse en forma expresa. Así lo fija el artículo 72° de la Ley acotada cuando establece que: “ *Los contratos de trabajo (modales) 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***”. (Énfasis agregado)

Tercero: Asimismo, la jurisprudencia señala la importancia de mencionar la causa dentro de la contratación modal estableciendo que: “*este tipo de contratación procede 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 este carácter excepcional, la ley 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*” (Casación N° 339-2005-PUNO, considerando cuarto).

Cuarto: Por otro lado, el inciso 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, prevé que los contratos sujetos a modalidad se considerarán de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas laborales con la celebración del contrato, situación que se verifica cuando la causa y/o el objeto no han sido especificados con el fin de eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad.

Quinto: Siendo ello así, es de verse de los actuados, que el actor suscribió contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad, desde el 16 de mayo de 2018 al 29 de febrero de 2020, para desempeñarse en el cargo de CONDUCTOR MECANICO MOTO, en virtud a lo establecido en el artículo 57° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad



Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que prevé “*El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa*”, evidenciándose de ello que la norma establece en virtud a qué parámetros se suscriben los contratos invocados.

Sexto: Resulta necesario analizar el contrato suscrito por las partes a fin de determinar su desnaturalización o no, debiendo verificar la concurrencia de la causa objetiva, dentro de los contratos de trabajo modales suscritos por las partes que obra de fojas 85 a 86 EJE, en la cláusula segunda de los aludidos contratos se establece lo siguiente:

PRIMERO: EL TACP es una Asociación sin fines de lucro que tiene por finalidad el fomento y el servicio del turismo y actividades conexas para beneficio del país, de la colectividad y en particular de sus asociados. Brindar apoyo al usuario en los percances de índole mecánicos que se le presente durante el desplazamiento de su vehículo, prestándole la asistencia mecánica personalizada en el lugar del percance a través de la atención in situ

SEGUNDO: Por las razones señaladas en la cláusula primera, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57° del TUO del D. Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, EL TACP contrata a plazo fijo bajo la modalidad indicada, los servicios de Don. **BUSTAMANTE DIAZ MIGUEL JOSUE SEBASTIAN** para que se desempeñe como **CONDUCTOR MECANICO MOTO**.

“(…)

Séptimo: De lo expuesto en la cláusula segunda del contrato de trabajo modal, se verifica que la entidad demandada no ha cumplido con la exigencia legal de consignar la causa objetiva específica que originó o determinó la contratación temporal de la demandante, es decir, no se consignó en el contrato de trabajo modal cuál fue el incremento de actividades que se dio desde el 16 de mayo de 2018 al 29 de febrero de 2020, lugar donde trabajó la demandante, sino que se limita a invocar una “afirmación genérica, una mera mención al nomen iuris de la modalidad contractual; en tal sentido, no se ha cumplido con lo que dispone el artículo 57° del Decreto Supremo N° 003- 97-TR; razones por las cuales **se desestima los agravios** expresados, más aun el ofertorio de pruebas adjuntados en el escrito de contestación de demanda, presentó copia de



Ordenes de Servicios (fojas 97 a 116 EJE), pero ello no demuestra el incremento de actividades de la empresa demandada, sino, las labores que el demandante ha desarrollado, tanto el servicio mecánico como de remolque y otros tipos servicios.

Octavo: En cuanto al **séptimo agravio**, referido al **daño moral** debemos señalar que según establece el artículo 1322° del Código Civil, cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. Este daño, como enseña MOSSET ITURRASPE, *«es un daño jurídico o sea un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciosos de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu. Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual, de homeostasis, y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas»*. Más adelante precisa: *«Y esa modificación disvaliosa del espíritu no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor —el recordado pretium dolores- porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido»* (obra citada Tomo V El Daño Moral, páginas 53 y 54).

Noveno: Sobre este daño, es necesario precisar que la afectación a la trabajadora se manifiesta a partir de las circunstancias que rodean el despido, que no es sino la prueba indirecta a que hace referencia el artículo 23.5¹ de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, esto es la expresión de los indicios del daño; ello, en atención a que la hoy accionante de un momento a otro deja de tener el estatus de trabajadora debido a un despido arbitrario, a partir de lo cual no es difícil concluir que ello le generó una angustia y una afectación emocional, que definitivamente la conllevará a una perturbación en su estado de ánimo, causándole sufrimiento y dolor por la pérdida de su empleo.

Décimo: Debe tenerse en cuenta que la doctrina sobre la materia acepta la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral, con las establecidas por el derecho laboral con ocasión del término del contrato de trabajo,

¹ Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

GAMONAL CONTRERAS², haciendo referencia a las posturas más relevantes sobre las teorías que aceptan la acumulación señala:

"[...] la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido de que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización. [...] Plá Rodríguez defiende la acumulación de las indemnizaciones debido a su distinta naturaleza. La indemnización por despido busca la reparación de los perjuicios por la pérdida del empleo, su cálculo se realiza en forma tarifada o forfaitaire sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse incluso cuando ni siquiera existe culpa por parte del empleador; a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos. [...] Se ha sostenido, por otra parte, que debe repararse el daño moral cuando se produce por actos diferentes del despido, los cuales importan incumplimientos contractuales o actos ilícitos. Se trata de actos del empleador que pueden ser previos, simultáneos o posteriores al despido.[...] Pizarro critica la tesis anterior cuya que no se trata de diferenciar el despido de "actos diferentes del mismo que puedan producir daño moral", sino de valorar la distinta repercusión que el despido produce en la esfera de intereses del perjudicado y sus respectivas consecuencias en el plano patrimonial y espiritual.[...] Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir, a contrario sensu, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño.[...] a la luz de las teorías expuestas, es posible afirmar que una importante mayoría de los autores admite la posibilidad de acumular, a la indemnización tarifada legal por término de contrato, otra de daños y perjuicios morales cuando éstos adquieren cierta relevancia y entidad.[...] es necesario precisar que ante despidos abusivos, especialmente injustificados y particularmente graves, la necesidad de indemnizar los daños no se limita a los de naturaleza moral sino también a los daños patrimoniales efectivamente causados, sin perjuicio de las indemnizaciones tarifadas que procedan."

² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El Daño Moral por término del contrato de trabajo. Su indemnización en casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo. [Revista de derecho \(Valdivia\) versión On-line](#) ISSN 0718-0950; Rev. derecho (Valdivia) vol.23 no.2 Valdivia dic. 2010: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200014>; Revista de Derecho, Vol. XXIII - Nº 2 - Diciembre 2010, Páginas 267-268

Undécimo: En esa línea, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 1594-2014-Lambayeque, de fecha 15 de octubre de 2014, amparando el pago del daño moral, ha señalado que este daño constituye una lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; que ese daño afecta la esfera interna del sujeto; que esta categoría del daño es de difícil probanza al expresar debido a la distinta naturaleza de las personas que las padecen. Así ha dejado establecido esta Sala de la Corte Suprema:

"QUINTO. - Que, el daño moral es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

SEXTO. - Que, en tal sentido, ante la dificultad de 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, Nótese que ambas instancias de mérito han establecido que la demandante tuvo que acudir ante el Poder Judicial, mediante el proceso de amparo, a fin de conseguir que la demandada cumpliera con otorgarle nueva pensión [...] Ante ello, resulta comprensible que la demandante haya podido sufrir daño moral (lesión a su sentimiento), debido a que se vio obligada a seguir el itinerario judicial en mención, ante la negativa (ilegítima) de la demandada de reajustar la pensión que percibía."

Duodécimo: De esta manera, resulta evidente que esta instancia de la justicia ordinaria se adscribe a la teoría que preconiza de la acumulación del daño moral en adición a las establecidas en el derecho laboral; en este caso, en adición a la reposición laboral. Pero además defiende la posición que esta categoría de daño subjetivo admite un grado de presunción en determinados casos.

Decimotercero: De igual modo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 699-2015-LIMA publicada recientemente en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de junio de 2016,



siguiendo esta misma línea ha establecido que corresponde indemnizar al demandante por concepto de daño moral, pues al haber sido despedido en forma arbitraria por su empleador le ha ocasionado sufrimiento con el consiguiente deterioro en su imagen ante familiares, amigos y la sociedad en general. Así, se ha expresado la indicada Sala Civil de la Corte Suprema:

"Segundo.- Finalmente, en cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuenta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, en el presente caso resulta amparable tal concepto petitionado como indemnización, ya que el hecho mismo de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general; por lo tanto, corresponde fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado."

Decimocuarto: En este orden de ideas, en el presente caso, la parte demandante fue despedida; lo cual constituye evidentemente una decisión arbitraria por parte de la demandada que no puede ser reparado únicamente con la reposición a su puesto de trabajo.

Decimoquinto: Además se debe tener en consideración que, como consecuencia del cambio brusco de la circunstancia de ser trabajador a no serlo, como es el caso del accionante a quien se le despidió de manera incausada, originó necesariamente una situación de angustia y ansia, ya que contaba con **carga familiar**, conforme se aprecia de la liquidación de beneficios sociales (fojas 18 EJE), lo que evidencia que debía brindar el sustento económico correspondiente, por lo que atendiendo a que los ingresos por el trabajo realizado constituyen las ganancias que el trabajador utiliza para solventar sus necesidades, es que se aprecia la existencia de un indicio suficiente que permite establecer que el actor sufrió la alteración de sus emociones y la afectación a sus sentimientos, pues resulta atendible que como padre de familia muestre preocupación sobre su situación económica al quedarse sin empleo en relación a su deber de brindar manutención a su familia, por lo que **se evidencia un daño moral que debe ser reparado prudencialmente**, conforme lo ha fijado la venida en grado en el monto de **S/ 10,000.00 soles**; por tanto, procede **desestimarse dicho agravio**.

Decimosexto: Respecto al **octavo agravio**, está referido al **lucro cesante**, que tiene por finalidad resarcir a la víctima de la responsabilidad civil por las ganancias dejadas de percibir (ganancias frustradas) como situación derivada de un hecho lesivo.

Decimoséptimo: Debe mencionarse al respecto, que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema precisó en la **Casación Laboral N° 5192-2012-Junin**: "(...) que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas luego de que se ordene la reposición del trabajador a través de un proceso de amparo. Así, en **aplicación del principio de legalidad**, no es viable aplicar el artículo 40° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. –que prevé la posibilidad de ordenar el pago de remuneraciones devengadas en el caso de despidos nulos en la vía ordinaria– para supuestos en los cuales el trabajador haya sido repuesto como consecuencia de un proceso de amparo o de un proceso de reposición por despido incausado o fraudulento". Bajo estas consideraciones, **queda claro que las remuneraciones devengadas deberán reclamarse a través de un proceso por Indemnización por Daños y Perjuicios**, conforme lo prevé expresamente el inciso b) del artículo 2° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y dicha indemnización podrá comprender no sólo el Lucro Cesante, sino también otros conceptos como el Daño Emergente y el Daño Moral.

Decimooctavo: Bajo esa perspectiva, es necesario enfatizar que no existe derecho a las remuneraciones por el periodo no laborado, ya que conforme al artículo 24° de la Constitución Política del Estado, se concluye que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente tiene **como correlato 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, en cuanto se precisa que la remuneración para todo efecto legal constituye *“el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios”*; interpretación concordante con el criterio del Tribunal Constitucional al respecto³, lo cual no implica negar que efectivamente **pueda**

³ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias recaídas en los Exps. N° 1112-98-SS/TC, N° 555-99-AA/TC, N° 73-2001-AA/TC, N° 849-2002-AA/TC. Criterio: *“La remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado”*.



existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto.

Decimonoveno: Así también, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, realizado el 23 y 24 de mayo de 2019 antes mencionado, se concluye que el despido efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de Lucro Cesante, dado que hubo una falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, quien se vio privado de los beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la entidad demandada.

Vigésimo: En tal sentido, como ha sido ya mencionado en párrafos anteriores, este Colegiado es del criterio que **el pago del Lucro Cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas**, pues ello constituiría **enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada**; por lo que, es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil, norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, **la jueza deberá fijarlo con valoración equitativa**, **debiendo utilizar para ello algunos parámetros 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.**

Vigésimo primero: En caso de autos, la a quo ha procedido de forma errada al señalar que dicho concepto será liquidado en ejecución de sentencia como si se tratara de remuneraciones devengadas, que son reconocidas en una demanda de despido nulo; en ese sentido, teniendo en cuenta la pretensión, este Colegiado procede a realizar una valoración prudente y equitativa, como es el hecho de calcular el lucro cesante teniendo como criterio para su cuantificación de manera referencial, la remuneración percibida al cese y el período que este se encuentra separado de su centro habitual de labores (alrededor de 34 meses y días); bajo dichos parámetros se debe confirmar este extremo de la recurrida que ampara el lucro cesante, cuantificando el monto en la suma de **S/39,000.00 soles**, más intereses.



Vigésimo segundo: Asimismo, cabe poner de relieve que mediante la Resolución Administrativa N.º 000437-2020-P-CSJLI-P J, publicada en el diario Oficial «El Peruano» el 31 de diciembre de 2020, aprobó el Lineamiento N.º 011-2020-P-CSJLI-PJ, sobre «Pautas para supervisión del cumplimiento de sentencias o medidas cautelares que ordenan la reposición de trabajadores a sus centros laborales, emitidas por los órganos jurisdiccionales que tramitan procesos de la Ley N° 29497 en la Corte Superior de Justicia de Lima», el cual establece en su numeral 5.1 que: *«En las **sentencias, medidas cautelares y/o requerimientos de cumplimiento** que dispongan la reposición definitiva o provisional de un trabajador, se debe precisar que se convocará a una diligencia de supervisión virtual cuando no se ejecute la reposición del trabajador»,* y en su numeral 5.2. que: *«En cumplimiento de la sentencia o medida cautelar, el primer requerimiento de reposición que emita el Juez, será bajo apercibimiento de programarse la diligencia de reposición virtual, en la fecha y hora que se fije. Para lo cual, en la resolución se indicará que las partes procesales, sus abogados y/o apoderados proporcionen: una dirección de correo electrónico de Gmail y su número de celular, para coordinar el acceso, la fecha y hora en que se fijará la diligencia de supervisión virtual en la plataforma Google Meet»* (Énfasis agregado).

Vigésimo tercero: Por último, de conformidad con la Resolución Administrativa Nro. 137-2020-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, este Colegiado dispone que la presente resolución sea notificada a través de las casillas electrónicas de las partes.

III. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, y de conformidad con del literal a) del numeral 4.2 del artículo 4º de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497, la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima y administrando Justicia a nombre de la Nación ha resuelto:

- ❖ **CONFIRMAR** la resolución número cinco que contiene la Sentencia N° 424-2022 de fecha 10 de octubre de 2022; que resuelve:
 1. **DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA**, en consecuencia, **SE ORDENA** a la parte demandada, Cumpla con **RECONOCER** a favor de la parte demandante, la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, bajo el Régimen



Laboral de la Actividad Privada – Decreto Legislativo N° 728, por el periodo 16.05.2018 al 29.02.2020.

2. **DECLARAR** el **CESE** de la parte accionante como un **DESPIDO INCAUSADO**, ordenándose a la parte demandada, cumpla con **REPONER** a la parte accionante, con un Contrato de Trabajo a Plazo Indeterminado bajo el Régimen Laboral del Actividad Privada - Decreto Legislativo N° 728, en el mismo cargo que venía desempeñando a la fecha de cese u otro de similar jerarquía, sin menoscabar sus ingresos remunerativos.
3. **ORDENAR** que la parte demandada, pague a favor del demandante la suma de **S/ 10,000.00 SOLES (DIEZ MIL CON 00/100 SOLES)**, por concepto de Indemnización por Daños y Perjuicios por Daño Moral; más Intereses legales y Financieros, y Costos Procesales. **SIN COSTAS**.
4. **MODIFICAR** el **reconocimiento del lucro cesante y fijarlo en la suma de S/ 39,000.00 soles**, monto que deberá pagar la parte demandada a favor de la parte demandante.

- ❖ **DISPONER** que al momento de procederse a la ejecución de la reincorporación del demandante la juez de primera instancia convocará a una diligencia de supervisión virtual cuando no se ejecute la reposición del trabajador, dando cumplimiento estricto al Lineamiento N° 011-2020-P-CSJLI-PJ, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 000437-2020-P-CSJLI-PJ, publicada el diario Oficial «El Peruano» el 31 de diciembre de 2020.
- ❖ **NOTIFÍQUESE** a las partes en sus casillas electrónicas.

En los seguidos por **MIGUEL JOSUE SEBASTIAN BUSTAMANTE DIAZ** contra **TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ**; sobre **DESNATURALIZACIÓN DE CONTRATOS Y OTROS**; y, lo devolvieron al Vigésimo Juzgado de Trabajo Permanente de Lima.-