

causes formales autorizados por Ley le someten las partes a su consideración. **Sexto.**- Sobre los mencionados requisitos de fondo, cabe enfatizar que cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de fondo que debe cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo o extraordinario, a través del cual, la Corte Suprema ejerce su facultad casatoria a la luz de lo estrictamente denunciado como vicio o error en el recurso y no actúa como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso. **Sétimo.**- Asimismo, como ha señalado esta Sala Suprema en reiterada jurisprudencia el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello, que sus fines esenciales constituyen la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema. **Octavo.**- La recurrente invoca como causales: a) la aplicación indebida de una norma de derecho material; b) la interpretación errónea de una norma de derecho material; c) la inaplicación de una norma de derecho material; y, d) la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema o las Cortes Superiores, sosteniendo que en aplicación de las Leyes N° 27803 y 29059, correspondía disponer su inscripción en la última lista de ex trabajadores cesados irregularmente, Resolución Suprema N° 028-2009-TR, en aplicación del principio de analogía vinculante, como fueron considerados otros ex trabajadores. **Noveno.**- La argumentación contenida en el recurso no puede prosperar, porque adolece de claridad y precisión, en tanto que las causales que invoca no se encuentran previstas en el texto vigente del artículo 386° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, toda vez que su trámite se ha seguido según los alcances de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; por otro lado, se circunscribe a cuestionar aspectos referidos a los hechos y a la valoración de la prueba que subyace al interior del proceso, sin tener en cuenta que aquellos son ajenos al debate casatorio y no se condicen con los fines del recurso de casación; así como no guarda nexos causales con la *ratio decidendi* contenida en la sentencia de vista, que confirmando la decisión del *A quo*, estableció que la demandante no acreditó encontrarse en ninguno de los dos supuestos contenidos en el artículo 1° de la Ley N° 29059; por lo que el recurso, en la forma propuesta, resulta manifiestamente improcedente. Por estas consideraciones y de acuerdo al artículo 392° del acotado Código: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandante **María Mercedes Alegre Salmón**, mediante escrito de fecha 30 de julio de 2015 a fojas 299 y siguientes, contra la sentencia de vista a fojas 292 y siguientes, su fecha 24 de junio de 2015; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en el proceso seguido por **María Mercedes Alegre Salmón** contra el **Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo**, sobre inclusión en el Registro de trabajadores Cesados Irregularmente – Ley N° 27803; y, los devolvieron.- Interviene como Jueza Suprema ponente la señora **Torres Vega, S.S. RODRIGUEZ MENDOZA, CHUMPITAZ RIVERA, TORRES VEGA, MAC RAE THAYS, CHAVES ZAPATER C-1496482-17**

#### CAS. N° 6031-2015 DEL SANTA

Conforme a la teoría de los hechos cumplidos, al establecer que la norma jurídica es aplicable a los hechos que ocurran durante su vigencia, para el caso de autos, el subsidio por maternidad se encuentra en el marco de aplicación del artículo 1 de la Ley N° 28791, norma que no ha precisado la condición de no realizar trabajo remunerado para percibir el subsidio por maternidad. Lima, ocho de noviembre de dos mil dieciséis. **LA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VISTA;** la causa seis mil treinta y uno guión dos mil quince, guión Del Santa, en audiencia pública de la fecha; y, luego de verificada la votación con arreglo a Ley, se emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el **Seguro Social de Salud**, de fecha diecisiete de febrero de dos mil quince, de fojas 251 a 255; contra la sentencia de vista de fecha veinte de enero de dos mil quince, de fojas 242 a 246, expedida por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia Del Santa que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda interpuesta por **Kelly Joccy Cabanillas Oliva**, sobre pago de subsidio por maternidad. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución de fecha dieciséis de diciembre de dos mil quince, de fojas 47 a 49 del cuaderno de casación, este Tribunal Supremo ha declarado precedente el recurso de casación, por las causales establecidas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la **infracción normativa del artículo 12° de la Ley N° 26790, Ley de Modernización en Seguridad Social, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28791. CONSIDERANDO: Primero.**- Conforme a lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley N° 27584, norma que regula el Proceso Contencioso Administrativo, la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148° de la Constitución Política del Estado, constituye una expresión singular

del Estado de justicia administrativa; es decir, el sometimiento del poder al Derecho, puesto que tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial sobre las actuaciones de la administración pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados en su relación con la administración. **Segundo.**- Hoy, es reconocido como derecho fundamental del ciudadano, el obtener de la administración pública decisiones congruentes y coherentes; y, es obligación del Poder Judicial efectuar el respectivo control jurídico conforme a lo señalado anteriormente; por lo que, es posible afirmar que la existencia de una vulneración de los principios del debido proceso en detrimento de los derechos del demandante, merece un pronunciamiento de fondo por parte de esta Sala Suprema, dirigido a tutelarlos. **ANTECEDENTES: Tercero.**- Conforme se advierte del escrito de demanda de fojas 30 a 35, el demandante Kelly Joccy Cabanillas Oliva emplaza al Seguro Social de Salud – EsSalud y otro, interpone demanda para que se declare la nulidad de la Resolución N° 106-UPE-OCPyAPGRAAN-ESSALUD-2013 de fecha dieciocho de marzo de dos mil trece, que declara improcedente la solicitud de pago Directo de prestaciones económicas por maternidad segunda armada; nulidad de la Resolución N° 13-OCPyAP-GRAAN-ESSALUD-2013 de fecha seis de junio de dos mil trece, que declara improcedente el recurso de apelación; nulidad de la Resolución N° 140-GCPEYS-ESSALUD-2013 de fecha seis de agosto de dos mil trece, que declara improcedente el recurso de revisión, se ordene a la demandada cumpla con reconocer y pagar a la recurrente el derecho de subsidio por maternidad (Post-Natal) Segunda Armada, al haber cumplido con los requisitos que prevé la Ley; más los intereses legales correspondientes. **Cuarto.**- En el caso de autos, la sentencia de vista confirma la apelada que declara fundada la demanda, tras considerar en su considerando: **10.-** *"En el caso de autos, el actor señala expresamente que pretende la nivelación de su pensión sólo con el concepto que se otorga a los activos rubro 25303 por el periodo de enero de mil novecientos noventa y uno a diciembre de dos mil cuatro, (...); siendo que la nivelación de su pensión se encuentra proscriba por la Constitución y los reiterados fallos emitidos a nivel jurisdiccional, tanto por el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, a lo que se agrega que la demanda ha sido interpuesta el veintiocho de mayo de dos mil trece, es decir, data de fecha posterior a la reforma constitucional que proscriba la nivelación de pensiones e incorpora la teoría de los hechos cumplidos; (...)"*. **DELIMITACION DE LA CONTROVERSIA: Quinto.**- Que, estando a lo señalado se aprecia que la controversia en el presente caso gira alrededor de determinar si es aplicable al caso de autos el subsidio por maternidad con la condición establecida en el artículo 12° de la Ley N° 26790, esto es que recibirá tal subsidio a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado. **ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA: Sexto.**- Es menester que el artículo 10° de la Constitución Política del Estado, señala que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de su calidad de vida; asimismo, el artículo 11 del mismo cuerpo normativo precisa que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de las entidades públicas, privadas o mixtas. **Séptimo.**- El Seguro Social de Salud en el artículo de la Ley N° 26790, Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud, otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales. Dentro de las prestaciones económicas comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio. **Octavo.**- Es el caso del artículo 12° de la Ley N° 26790 en su inciso b.1) Tienen derecho a subsidios por maternidad y lactancia, las afiliadas regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del Artículo 10; es decir: i) que cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendarios anteriores al mes en que se inició la contingencia y, ii) que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a los seis meses previos al mes de inicio de la atención, según corresponda. **Noveno.**- Asimismo, cabe anotar que el inciso b.2) del citado artículo 12 de la Ley N° 26790, ha sido modificado desde su emisión, por lo que convenimos en citar textualmente la evolución aplicable al caso concreto: 1.- El subsidio por maternidad se otorga por 90 días, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado. 2.- El Artículo único de la Ley N° 28239, publicada el uno de junio de dos mil cuatro, modifica el inciso b) por cuyo texto es el siguiente: "b) Subsidios por maternidad y lactancia. (...) b.2) El subsidio por maternidad se otorga por 90 días, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado. El subsidio por maternidad se extenderá por 30 días adicionales en los casos de nacimiento múltiple". 3.- El Artículo 1 de la Ley N° 28791,

publicada el veintiuno de julio de dos mil seis, modifica el inciso b.2), cuyo texto es el siguiente: La determinación del subsidio por maternidad se establece de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado". **Décimo.** - Se advierte que el subsidio materia de controversia es el solicitado por el periodo comprendido entre el tres de diciembre de dos mil doce hasta el dos de marzo de dos mil trece, esto es, cuando estaba vigente la modificatoria contenida en el artículo 1° de la Ley N° 28791, la misma que no contemplaba la condición de que durante el periodo de maternidad no debe realizarse trabajo remunerado. **Décimo Primero.** - En ese sentido, cabe acotar que el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, actualmente, refiere a la teoría de los hechos cumplidos, por la cual se establece que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Por lo tanto, la norma aplicable al caso de autos, es el artículo 1° de la Ley N° 28791 que modificó el inciso b.2) del artículo 12° de la Ley N° 26790, norma que no mencionaba la condición de no realizar trabajo remunerado para percibir subsidio por maternidad. **Décimo Segundo.** - Es de verse, que el artículo 16° del Decreto Supremo N° 009-97-SA el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, señala que el subsidio por maternidad se otorga en dinero con el objeto de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades del cuidado del recién nacido, otorgándose 90 días, pudiendo estos distribuirse en los periodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, con la condición de que durante esos periodos no realice trabajo remunerado. De igual forma, la Directiva N° 08-GG-ESSALUD-2012, aprobada por Resolución de Gerencia General N° 619-GG-ESSALUD-2012, que determina la pérdida del subsidio por realizar labor remunerada. **Décimo Tercero.** - Sin embargo, cabe acotar que el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, precisa que, en todo proceso, de existir incompatibilidad los jueces prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, por lo tanto, los magistrados, en caso de presentarse, dicha figura, incompatibilidad de una norma legal con otra de menor jerarquía, prevalece la de mayor jerarquía lo cual guarda perfecta armonía con lo previsto en el artículo 51° dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. **Décimo Cuarto.** - Del análisis normativo, este Colegiado Supremo considera que al haberse consignado el impedimento de realizar trabajo remunerado para percibir el subsidio por maternidad en el Reglamento de la Ley N° 26790 como en la Directiva N° 08-GG-ESSALUD-2012, normas de menor jerarquía, también lo es que a partir de lo desarrollado en la presente resolución, debe preferirse lo establecido en la Ley N° 26790, por ser la de mayor jerarquía, por ende se advierte que no resulta amparable la infracción normativa del artículo 12° de la Ley N° 26790, toda vez que dicha norma (aplicación temporal al caso de autos) no contempla en modo alguno la condición de realizar trabajo remunerado para percibir el subsidio por maternidad, debiendo ser declarado **INFUNDADO** el recurso de Casación. **DECISIÓN:** Por estas consideraciones; y, de conformidad con el **Dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Seguro Social de Salud - ESSALUD**, de fecha diecisiete de febrero de dos mil quince, de fojas 251 a 255; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinte de enero de dos mil quince, de fojas 242 a 246, expedida por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por la demandante **Kelly Jocy Cabanillas Oliva**, sobre subsidio por maternidad; intervinieron como ponente la señora Jueza Suprema **Chumpitaz Rivera**; y, los devolvieron. **S.S. RODRÍGUEZ MENDOZA, CHUMPITAZ RIVERA, MAC RAE THAYS, CHAVES ZAPATER, MALCA GUAYLUPO C-1496482-18**

#### CAS. N° 9771-2016 AREQUIPA

Asignación por Movilidad y Refrigerio. PROCESO ESPECIAL. Lima, diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis. **VISTOS;** y, **CONSIDERANDO: Primero.** - Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación, de fecha seis de mayo de dos mil dieciséis de fojas 91 a 92, interpuesto por la demandante **Concepción Barbarita Díaz Puma** contra la Sentencia de Vista de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis de fojas 81 a 86 que **confirmó** la sentencia de primera instancia de fecha veintisiete de agosto de dos mil quince de fojas 48 a 54, que declaró **infundada** la demanda; correspondiendo calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio conforme a lo establecido en los artículos 387° y 388° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, en concordancia con el numeral 3.1) del inciso 3) del artículo 35°, así como el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS. **Segundo.** - El Ordenamiento Procesal señala requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, así el Código Procesal

Civil en su artículo 386° establece como causal de casación: "La **infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial**". **Tercero.** - En cuanto a los **requisitos de admisibilidad** previstos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, se advierte que el presente recurso de casación satisface dichas exigencias, esto es: **i)** Se recurre contra una sentencia expedida por la Sala Superior respectiva que como órgano de segundo grado, pone fin al proceso; **ii)** Se ha interpuesto ante la Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que emitió la resolución impugnada; **iii)** Fue interpuesto dentro del plazo previsto por la Ley, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, conforme se corrobora con el cargo de notificación de fojas 88; y, **iv)** La parte recurrente se encuentra exonerada de presentar tasa judicial, en aplicación del artículo 24° inciso i) del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N° 27327. **Cuarto.** - En cuanto al **requisito de procedencia** previsto en el inciso 1) del artículo 388° del Código Procesal Civil, se verifica que la parte recurrente ha dado cumplimiento, toda vez que no dejó consentir la sentencia de primera instancia que le fue adversa, al haber interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, según se aprecia de fojas 59 a 60. Asimismo, respecto al requisito previsto en el inciso 4) del citado dispositivo, se advierte que la misma ha solicitado como pedido casatorio que la Sentencia de Vista sea **revocada**, siendo así, este requisito ha sido cumplido. **Quinto.** - En cuanto a las causales de casación previstas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, la parte recurrente señala como causales: **i) Infracción normativa a la debida motivación**, señalando que en la sentencia de vista se concluye que el Decreto Supremo N° 204-90-EF fija en forma mensual la referida bonificación, por lo que en la actualidad tiene esa periodicidad. Tal conclusión afecta el derecho a la motivación, por tratarse de una motivación aparente, por cuanto ni el Decreto Supremo N° 103-88-PCM ni ningún otro decreto supremo relacionado a la asignación por refrigerio y movilidad han modificado a los Decretos Supremos N° 021-85-PCM y Decreto Supremo N° 025-85-PCM. Lo que dispone el Decreto Supremo N° 204-90-EF es el incremento de la asignación por refrigerio y movilidad por el monto de quinientos mil intis mensuales al monto que ya estuvo percibiendo. **ii) Infracción normativa a la interpretación favorable al trabajador**, toda vez que los Decretos Supremos N° 021-85-PCM, N° 025-85-PCM, N° 063-85-PCM y N° 103-88-EF establecen que la percepción de la bonificación por refrigerio y movilidad debe ser percibido en forma diaria, mientras que a partir de la dación del Decreto Supremo N° 204-90-EF, no precisa que dicha percepción deba ser de forma mensual, ante esta situación de controversia legal se debe preferir lo más favorable al trabajador; **iii) Infracción normativa del Decreto Supremo N° 021-85-PCPM y del Decreto Supremo N° 025-85-PCM**, por cuanto el Decreto Supremo N° 025-85-PCM que dispone el otorgamiento de la Asignación por Refrigerio y Movilidad se pague en forma diaria, no ha sido derogada por ningún decreto supremo de forma expresa ni tácita, por lo que, concluir que la asignación por refrigerio y movilidad debe ser otorgada en forma mensual, infringe el Decreto Supremo N° 021-85-PCM y el Decreto Supremo N° 025-85-PCM; **iv) Infracción normativa al Decreto Supremo N° 204-90-EF**, al haber considerado que el Decreto Supremo N° 204-90-EF fijó en forma mensual la asignación por refrigerio y movilidad desde el 01 de julio de 1990, se infringe dicho decreto supremo, al excederse en lo que está establecido en tal dispositivo legal. **Sexto.** - Del análisis de las causales denunciadas, se aprecia que no contienen argumentación con debido sustento, toda vez que si bien la parte recurrente cumple con precisar las normas legales que a su criterio se han infringido al emitirse la Sentencia de Vista, también lo es que no cumple con demostrar la incidencia directa de las infracciones alegadas sobre la decisión impugnada, es decir, que la referida infracción normativa debe revestir un grado de tal trascendencia o influencia que su corrección va a traer como consecuencia inevitable que se modifique el sentido del fallo o de lo decidido en la resolución que se impugna, lo que implica desarrollar el modo en que se han infringido las normas y cómo debe ser aplicada correctamente. Por su parte la sala al emitir la sentencia de vista, que confirma la apelada, entre otros fundamentos, no desvirtuados por la parte accionante, ha establecido que le corresponde percibir la asignación por refrigerio y movilidad en forma mensual y no diaria conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 204-90-EF, lo que además resulta coincidente con lo expresado en el Precedente Vinculante recaído en la Casación N° 14585-2014 - Ayacucho, de fecha 08 de marzo de 2016. En consecuencia, en los términos propuestos el recurso de casación resulta **improcedente**, al incumplir con el requisito de procedencia previsto en el numeral 3) del artículo 388° del Código Procesal Civil. **FALLO:** Por estas razones, y de conformidad con el artículo 392° del Código Procesal Civil, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación, de fecha seis de mayo de dos mil dieciséis de fojas 91 a 92, interpuesto por la demandante **Concepción Barbarita Díaz Puma** contra la Sentencia de Vista de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis de fojas 81 a 86; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme