



EXPEDIENTE N° : 04509-2019-0-0601-JR-LA-03

DEMANDANTE : RITA MARISOL RUMICHE CARUAJULCA

DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CAJAMARCA

MATERIA : RECONOCIMIENTO DE VÍNCULO LABORAL Y OTRO

VÍA PROCEDIMENTAL: ORDINARIO LABORAL

SENTENCIA DE VISTA N°14-2020-SL

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Cajamarca, cuatro de mayo

Del dos mil veinte.-

I. ASUNTO.

Es de conocimiento del Colegiado el recurso de apelación interpuesto por los Procuradores Públicos de la Municipalidad Provincial de Cajamarca (fs. 245-253), contra la Sentencia N° 401-2019-L, contenida en la resolución número tres de fecha trece de noviembre del dos mil diecinueve (fs. 224-242) que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por **Rita Marisol Rumiche Caruajulca contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca**, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros, por tanto: a) Reconoce la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre la demandante y la Municipalidad demandada, desde el 02 de enero de 2012 (vínculo vigente), bajo el régimen laboral de la actividad privada, conforme a lo dispuesto en el



Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR concordante con el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, por invalidez de los contratos administrativos de servicios, b) Ordena que la demandada, a través de su representante legal, cumpla en el plazo de tres días de notificada la sentencia, con **incluir** a la demandante en su planilla de obreros con contrato ordinario a plazo indeterminado, de conformidad con el artículo 3° del Decreto Supremo N° 001-98-TR, desde el 02 de enero del 2012, debiéndosele expedir además sus respectivas boletas de pago y reconocerse todos los derechos inherentes al indicado régimen laboral. Asimismo, y en el indicado plazo cumpla con elaborar o faccionar a favor de la demandante un contrato laboral a plazo indeterminado, c) Ordena que la Municipalidad Provincial de Cajamarca, cumpla con pagar a favor de la demandante los siguientes beneficios sociales: i) **Gratificaciones ordinarias** (fiestas patrias y navidad) por el monto de **dieciocho mil doscientos noventa y dos con 46/100 soles (S/ 18,292.46)**, correspondiente al periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad. ii) **Compensación por tiempo de servicios** por el monto de **once mil novecientos cincuenta y cuatro con 58/100 soles (S/ 11,954.58)** por concepto de compensación por tiempo de servicios por el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad; monto que deberá ser DEPOSITADO en la cuenta bancaria aperturada para tal efecto e indicado por la demandante, de acuerdo al artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, modificado por el artículo único de la Ley N° 30408, publicada el 08 de enero de 2016; debiéndose **proceder** conforme a los **parámetros establecidos en el vigésimo segundo considerando** de la presente resolución. iii) **Asignación familiar** por el monto de **S/ 3,725.00 (tres mil setecientos veinticinco con 00/100) soles** por el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad, d) Fija los costos procesales en la suma de **S/ 2,000.00** (dos mil con 00/100 soles). Sin costas procesales ni multas, pero con intereses legales que serán liquidados en ejecución de sentencia.



II. ANTECEDENTES.

2.1. **Fundamentos de la sentencia impugnada**

- i) De la revisión de la sentencia se aprecia que el A quo declara fundada en parte la demanda interpuesta por Rita Marisol Rumiche Caruajulca, al considerar que las municipalidades en el Perú, se rigen por su Ley Orgánica- Ley 27972, y como tales cuentan en su seno con trabajadores: empleados y obreros. Para los primeros, su régimen laboral se regula por el Decreto Legislativo N° 276 ; en cambio, para los segundos, su régimen laboral se rige por leyes del sector privado, como lo prevé el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades. Siendo ello así, queda desvirtuado que un obrero pueda ser contratado a través de un contrato administrativo de servicios, esto debido a la existencia de una ley especial, que reconoce mayores derechos y beneficios que los dispuestos para los trabajadores bajo el referido régimen especial de contratación; esto es en atención a la regla de aplicación de la norma más favorable para el trabajador, debe preferirse el primero. En este contexto, al desempeñar la demandante los cargos de operadora de video vigilancia y posteriormente efectivo de serenazgo, el régimen laboral aplicable es el de la actividad privada, y, por tanto procede el reconocimiento de un vínculo laboral a su favor desde el 02 de enero del 2012 hasta la fecha, bajo el régimen laboral de la actividad privada, conforme a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR concordante con el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades, por ineficacia de los contratos administrativos de servicios.

- ii) Asimismo, se ordenó que la Municipalidad demandada cumpla con incluir a la demandante en su planilla de obreros con contrato ordinario a



plazo indeterminado de conformidad con el artículo 3° del Decreto Supremo N°001-98-TR desde el dos de enero del 2012 .

- iii) Además se ordenó el pago de beneficios sociales consistentes en: a) gratificaciones ordinarias (fiestas patrias y navidad) por el monto de dieciocho mil doscientos noventa y dos con 46/100 soles (S/ 18 292.46), correspondiente al periodo comprendido del 02 de enero del 2012 a la actualidad, b) Compensación por tiempo de servicios por el monto de once mil novecientos cincuenta y cuatro con 58/100 soles (S/ 11 954.58) por concepto de compensación por tiempo de servicios por el periodo comprendido del 02 de enero del 2012 a la actualidad, c) Asignación familiar por el monto de tres mil setecientos veinticinco con 00/100 soles (S/ 3,725.00) por el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad, se fijó costos procesales en el monto de S/ 2 000.00(mil con 00/100 soles).

2.2. Fundamentos del recurso de apelación

La apelación de sentencia de parte del Procurador Público de la entidad edil demandada, se sustenta en los siguientes argumentos:

- (i) Existe vulneración al derecho al debido proceso, derecho consagrado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú, así como el principio a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- (ii) La relación que tenía la demandante era inicialmente bajo el mandato del Decreto Legislativo N° 1057, bajo la modalidad CAS, contratada para la entidad edil demandada en calidad de operadora de monitoreo de la Central de Video Vigilancia de la Sub Gerencia de Serenazgo y SISMUVI- Unidad de video vigilancia, es decir, la demandante ha realizado funciones netamente administrativas y que en su momento fueron acreditadas con documentos que obran en autos.



- (iii) Al momento de fijarse las pretensiones materia de juicio, se dedujo excepción de incompetencia por razón de la materia, excepción que el A quo no ha tomado en cuenta al momento de emitir sentencia.
- (iv) La accionante fue contratada para realizar labores como operador de monitoreo de la Central de Video Vigilancia de la Sub Gerencia de Serenazgo y Sismuvi- Unidad de Video Vigilancia, donde desempeñó labores técnicas y no labores de un obrero como erradamente alega la demandante, por lo que la actividad que ha realizado éste no conlleva a un esfuerzo o actividad física.
- (v) Se ha demostrado que las labores que ha realizado la demandante se encuentran descritas en el Manual de Organizaciones y Funciones de esta entidad, por lo que dichas funciones que el accionante siempre ha realizado se encuentran enmarcadas dentro del Decreto Legislativo N° 276, razón por la cual se indicó que dicha controversia debe ser ventilada en la vía del proceso contencioso administrativo referido a la competencia por razón de la materia deducida por excepción.
- (vi) No se ha tomado en consideración la falta de agotamiento de la vía administrativa deducida a través de la excepción planteada, ello en razón a las labores que realmente realiza la demandante, pues la actividad que efectúa la accionante demanda de un conocimiento intelectual para ejercer dicha función.
- (vii) No se ha tomado en cuenta que la accionante debe ser considerada como empleada, ello debido a la naturaleza de las labores que realiza por lo que debe estar sujeta al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 276-Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y por la Ley N° 30057-Ley del Servicio Civil
- (viii) Respecto al pago de beneficios sociales, a la demandante ya se le canceló oportunamente según el régimen para el que ha sido contratado, a través del reporte de pago de remuneraciones



emitido por la Unidad de Tesorería de la Municipalidad Provincial de Cajamarca

- (ix) Con relación a los costos procesales, se incurre en error al fijar los costos procesales en S/ 2000.00 (dos mil soles con 00/100), toda vez que el pago de dichos beneficios no le correspondían, además que no se ha tenido en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad (monto dinerario ordenado, duración del proceso, participación del abogado, complejidad del caso) que conlleva al trámite del presente proceso, dado que este no ha demandado de mayor esfuerzo intelectual del abogado, el tiempo y los escritos presentados por el abogado defensor.
- (x) No se ha tomado en cuenta, lo dispuesto en el artículo 33° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, así como el artículo 34° que establece: “Sin perjuicio de lo que dispongan los aranceles de la profesión, para la estimación del monto de los honorarios, el abogado debe fundamentalmente atender a lo siguiente: La importancia de los servicios, el éxito obtenido y su trascendencia, la novedad, dificultad, etc”.
- (xi) No se ha tomado en cuenta el artículo 47° de la Constitución que establece que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos conforme a ley. El Estado esta exonerado del pago de gastos judiciales.
- (xii) No se ha tomado en cuenta que la Municipalidad Provincial de Cajamarca es una entidad del Estado que cuenta con limitado presupuesto para el cumplimiento de las actividades innatas a su naturaleza, por lo que pretender que la entidad pague la suma exorbitante como si se tratara de empresa privada, implica atentar contra el limitado presupuesto de la entidad edilicia
- (xiii) En cuanto a la condena por costos procesales, no se ha valorado lo dispuesto por el artículo 413° del Código Procesal Civil, que establece que el Estado está exento de condena en costas y costos procesales.



III. DELIMITACIÓN DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA Y PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

- 3.1** Los impugnantes en su respectivo recurso de apelación han solicitado que la sentencia sea revocada, toda vez que ha producido un agravio a los intereses del Estado.
- 3.2** Por tanto, considerando los fundamentos en los que se sostiene la demanda, contestación, y recurso de apelación, se plantean como problemas jurídicos a resolver en este proceso los siguientes:
- i)** Determinar si las labores que prestaba la demandante para la entidad edil demandada como operadora de monitoreo de la Central de Video Vigilancia de la Subgerencia de Serenazgo y SISMUVI-Unidad de Video vigilancia es o no una labor técnica y administrativa, es decir de empleado.
 - ii)** Establecer si la causa debe ser ventilada a través de la vía del proceso contencioso administrativo y por tanto corresponde agotar la vía administrativa.
 - iii)** Determinar si a la demandante se le canceló oportunamente sus beneficios sociales según el régimen en que ha sido contratada.
 - iv)** Establecer si corresponde declarar la invalidez de los contratos administrativos de servicios entre la demandante y la demandada desde el 02 de enero de 2012 hasta la actualidad, y si como consecuencia de ello corresponde el reconocimiento y declaración de existencia de una relación laboral permanente sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 desde el 02 de enero del 2012 hasta la actualidad.
 - v)** Determinar si corresponde ordenar a la demandada la suscripción de contratos laborales a favor de la demandante regidos por el Decreto Legislativo N° 728, así como la inclusión a planillas como trabajador permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 para efectos previsionales.



- vi) Establecer si corresponde el pago de los beneficios sociales reclamados consistentes en: a) Asignación familiar en la suma de S/ 4 162.50, b) gratificaciones por fiestas patrias y navidad en la suma de S/ 21,003.21 y CTS en la suma de S/ 12,861.01, haciendo un total de S/ 38,029.72, más intereses legales y costos procesales.

IV. RAZONAMIENTO.

➤ **Normatividad aplicable.**

- 4.1. El artículo 197° del supletorio Código Procesal Civil, dispone: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. (...)”; por lo que, el juez tiene el deber de valorar adecuadamente los medios probatorios actuados, de lo contrario se evidenciaría una transgresión al debido proceso, el cual es definido como el conjunto de garantías mínimas que se deben respetar al interior del mismo, como: el derecho al juez natural, la doble instancia, la debida valoración de las pruebas admitidas y actuadas, el derecho a ser debidamente notificado, entre otras.
- 4.2. El artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR – T UO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral-, prescribe que: “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” (subrayado nuestro).

➤ **Sobre la integración de sentencia.**

- 4.3. Conforme al quinto párrafo del artículo 172° del mencionado Código: “*El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de*



la notificación, pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra. El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior”.

4.4. En el presente caso, en la sentencia apelada se puede observar que el A quo del considerando tercero al sexto ha argumentado y fundamentado todo lo referente a la excepción de incompetencia por materia deducida por la parte demandada, la misma que han sido declarada infundada; sin embargo, en la parte decisoria se ha omitido emitir el pronunciamiento respectivo; por lo que en esta instancia se procederá a integrar la sentencia de primer grado en dicho extremo.

➤ ***Excepción de incompetencia por razón de materia.***

4.5. En principio, la doctrina ha desarrollado la distinción clásica entre obrero y empleado, a partir de la labor cumplida por el servidor y ha sabido señalar que es obrero aquél servidor cuya labor desempeñada es de carácter físico, y es empleado quien cumple una labor intelectual; sin embargo, ya sea que se trate de empleado u obrero, existe en cada caso una dosis de trabajo físico y una dosis de trabajo intelectual, respectivamente, pues nada es “químicamente puro”.

4.6. Aunado a lo anterior, y dado el desarrollo científico y tecnológico que se viene produciendo en todos los campos y todas las áreas, ello no es ajeno al modo de cumplir una determinada labor, pues cada vez es más delgada la línea divisoria entre obrero y empleado, motivo por el cual la doctrina laboral moderna, prefiere denominar a los laborantes como “trabajadores”.

4.7. Sin embargo, y dado que nos hallamos ante una distinción (obrero-empleado) de los servidores de la entidad edil, el artículo 37º de la Ley



N° 27972. Ley Orgánica de Municipalidades precisa: **“Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”**. Bajo esta premisa, corresponde establecer la categoría del denominado “Serenos de video-vigilancia”, si es obrero o es empleado de la municipalidad demandada.

➤ **El personal edil de video-vigilancia.**

4.8. Es importante señalar que el artículo 197° de la Constitución Política del Perú, establece que: **“Las Municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo, brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley”**; en tal sentido, la seguridad ciudadana forma parte de las competencias y funciones de las municipalidades en favor de sus ciudadanos. Siendo así, la seguridad ciudadana constituye una prestación de naturaleza permanente en el ejercicio habitual de las municipalidades (tal como se ha reconocido a través de las sentencias N° 00998-2011-PA/TC, 02168-2013-PA/TC, 02237-2008-PA/TC).

4.9. En línea con lo descrito, se ha estipulado en el punto II del VI Pleno Jurisdiccional¹ Supremo, en Materia Laboral y Previsional, lo siguiente:

¹ De otro lado, los plenos jurisdiccionales, se constituyen en centro de análisis y debate de los magistrados en las materias que son de su plena competencia, para dar respuesta a las diversas cuestiones litigiosas que se presentan en el diario quehacer jurisdiccional, con el objeto de presentar una respuesta predecible que configure de mejor manera la seguridad jurídica y consolide el estado constitucional de derecho. Es pues, a través de estos plenos que el operador jurisdiccional toma como herramientas para dar solución a los problemas ya debatidos, y que también ha abordado el análisis de los serenos, como veremos más adelante.



“Los policías municipales y el personal de serenazgo al servicio de las municipalidades deben ser considerados como obreros. Ello debido a la naturaleza de las labores que realizan y en aplicación de los principios pro homine y progresividad. Es decir, deben estar sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728)”. Y es con este pleno que el debate en torno al sereno edil, para ser considerado obrero queda zanjado. Sin embargo, dada la compleja dinámica laboral que vive cada entidad y cada trabajador que labora en ella, y que en su desempeño asumen tareas, funciones que obligan a reestructurar sus compartimentos internos creando áreas con ese fin, es que viene a debate si el servidor edil que cumple la labor de video vigilancia, es o no considerado sereno, por ende tiene la categoría de obrero.

- 4.10.** Como antecedente histórico, la figura del serenazgo² nace ante el incremento de la inseguridad ciudadana y que la Policía Nacional no se da abasto para garantizar la tranquilidad del vecino. Por ello el sereno se constituye en el agente que organiza y ejecuta planes de patrullaje en apoyo de la Policía Nacional, brindando auxilio y protección al vecindario. De allí que es habitual observar en las ciudades a los serenos desplazarse a pie o en unidades móviles de las respectivas municipalidades, para ofrecer apoyo al vecino frente a un acto antisocial. No obstante, lo evidente de su labor, cada vez se hace más complejo el control ciudadano con el incremento de actos reñidos con la ley, lo cual obliga a las entidades ediles a impulsar mecanismos de control cada vez más eficaces, como colocar cámaras en determinados puntos de la ciudad para menguar con efectividad el descontrol ciudadano, pero todo ello orientado a ejercer una mejor vigilancia en pro del vecino, y ante ello, actualmente gran número de municipios cuentan con videos

² Como dato histórico, el 01 de enero de 1991, la Municipalidad de San Isidro en la ciudad de Lima, haciendo uso de las facultades que le brindaba la Ley N° 23853, promulgó el edicto que restableció el Servicio de Serenazgo. Es con la dación de la Resolución de Alcaldía N° 806-91-MSI, del 25 de abril de 1991 que se aprueba el convenio celebrado entre la Municipalidad de San Isidro y la Asociación Vecinal, para el serenazgo de San Isidro (AVESESI). El 02 de mayo de 1991 se implanta el servicio de patrullaje municipal.



vigilancias, que viene siendo operadas con personal edil, que igualmente su rol es de vigilancia ciudadana y que tomado conocimiento de una conducta irregular de los vecinos, da cuenta del hecho para que los efectivos de serenazgo se constituyan en apoyo en el lugar de los hechos. Entonces, nos encontramos con un personal que igualmente pertenece a las filas del serenazgo, que cumple igualmente la labor de vigilancia mediante las imágenes que propala el video, lo cual nos permite concluir que el personal de video vigilancia, forma parte del cuerpo de serenos.

- 4.11. Consecuentemente, la categoría que le corresponde de acuerdo a los criterios detallados precedentemente, es la de obreros; y su régimen laboral es de la actividad privada por aplicación del artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades vigente, Ley N° 27972; tal como lo ha determinado el Tribunal Constitucional a través de las sentencias N° 01683-2008-PA/TC, 003637-2012-PA/TC, 02128-2012-PA/TC, así como la Corte Suprema a través de la Casación N° 1071-2012-La Libertad, 802-2015-Lima.
- 4.12. Además, para ser más categóricos, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Casación N° 13370-2016-Cajamarca, ha dejado sentado en su considerando décimo primero que: *“El recurrente en su condición de operario de monitoreo de la Sub Gerencia de Serenazgo de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, u obrero, solo podía ser contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada desde el inicio de su relación”*. Es decir, el máximo órgano de justicia del Poder judicial, le reconoce la categoría de obrero al sereno de video vigilancia.

➤ **Análisis del caso en concreto**

- 4.13. En los argumentos de apelación de la sentencia se esgrime que la relación que tenía la demandante con la entidad edil demandada era inicialmente bajo el mandato del Decreto Legislativo N° 1057, en calidad



de operadora de monitoreo de la Central de Video vigilancia de la Sub Gerencia de Serenazgo y SISMUVI-Unidad de Videovigilancia; es decir que la demandante ha realizado funciones netamente administrativas; por lo que, el reconocimiento de sus derechos laborales obedece a las normas que rigen el sector público y no privado, esto es, sujeto a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 276 y por ende debe ventilarse en un proceso contencioso administrativo. Sin embargo, como se ha visto precedentemente, las funciones de Operador de Monitoreo de la Central de Video Vigilancia de la Sub Gerencia de Serenazgo y SISMUVI-Unidad de Videovigilancia, son labores que corresponden a la categoría de obreros; por tanto su régimen laboral es de la actividad privada por aplicación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades vigente, Ley N° 27972; tal como lo ha determinado el Tribunal Constitucional a través de las sentencias N° 01683-2008-PA/TC, 003637-2012-PA/TC, 02128-2012-PA/TC, así como la Corte Suprema a través de la Casación N° 1071-2012-La Libertad, 802-2015-Lima. En consecuencia, el Juzgado en el que se ha incoado la demanda resulta ser competente por razón de la materia para conocer la pretensión demandada; por tanto, la resolución impugnada en este extremo debe ser confirmada por encontrarse arreglada a derecho.

➤ ***Sobre la contratación de un serenazgo.***

- 4.14.** Se sostiene en la apelación, que no cabe estimar la pretensión demandada, pues la forma de contratación administrativa de servicios que vinculó a la demandante con la demandada es un régimen que ha sido declarado constitucional en la STC N° 0002-2010-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional; por tanto, los derechos laborales que le otorguen deben ser los que correspondan al Decreto Legislativo N° 1057.
- 4.15.** Al respecto, si bien es verdad que en el proceso de inconstitucionalidad recaído en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, el Tribunal



Constitucional ha considerado que el CAS es un régimen laboral de carácter especial válido, bajo la garantía de reconocerse los derechos mínimos reconocidos en la Constitución Política del Perú y los convenios internacionales de la OIT; sin embargo, a la entrada en vigencia de la Ley N° 29849, norma por la cual se establece la eliminación progresiva del régimen laboral y otorga derechos laborales, actualmente se reafirma y reitera que el referido régimen CAS no podrá limitar el ejercicio de los derechos constitucionales (aún más si la misma encubre una desnaturalización contractual previa), ni desconocer o rebajar la dignidad de los trabajadores, de conformidad con la garantía reconocida en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, en supuestos específicos (el cual no invalida el presente régimen en su integridad).

4.16. El régimen laboral de los obreros municipales al servicio del Estado ha transitado tanto en la actividad pública como en la privada; tal es así que la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades publicada el 09 de junio de 1984, 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 01 de junio del 2001, en donde se establece que el régimen laboral sería de la actividad privada. Finalmente, la vigésimo quinta disposición complementaria de la Ley N° 27972 derogó la Ley N° 23853, pero mantuvo el régimen laboral de los obreros municipales, los cuales según el artículo 37° de la actual Ley Orgánica de Municipalidades, son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, es decir, se encuentra, dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 728, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

4.17. La Autoridad Nacional del Servicio Civil, ha emitido una serie de informes respecto a los trabajadores municipales que tienen la condición de obreros. Así se tiene el informe legal N° 378-2011-SERVIR/GG-OAJ, en el que se concluye: "(...) los obreros al servicio de los gobiernos



locales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, **no resultando conveniente su contratación bajo el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios**, por cuanto ello implicaría desconocer la evolución que ha tenido la regulación normativa municipal sobre el régimen laboral de dichos servidores.” (Énfasis agregado).

- 4.18.** Esta conclusión fue precisada en el informe legal N° 330-2012-SERVIR/GG-OAJ, de fecha 11 de abril de 2012³, en el que indicó:“(...) el criterio señalado en el informe legal N° 378-2011-SERVIR/GG-OAJ, responde a un análisis de la evolución normativa del régimen laboral de los obreros municipales en nuestro ordenamiento nacional, atendiendo a las particularidades de dichos trabajadores, por lo que no es posible realizar una interpretación extensiva del criterio utilizado en el referido informe para todos los trabajadores que cuentan con un régimen especial.”
- 4.19.** Como se puede apreciar, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, ha concluido, por regla general, que los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales, sólo pueden ser contratados bajo el régimen laboral de la actividad privada y que en ningún caso podrán ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios, ya que al incorporarlos a dicho régimen se estaría desconociendo la evolución de las normas que regulan la protección de trabajo de los obreros municipales.
- 4.20.** En el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral se determinó que, de conformidad con el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades, los obreros municipales se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada.

³ Véase también el informe técnico N° 518-2015-SERVIR/GPGSC



4.21. En este mismo sentido, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema⁴ ha adoptado como criterio de interpretación de los alcances del artículo 37° de la Ley N° 27972⁵, que:

“Los trabajadores que tienen la condición de **obreros municipales, se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada** regulada por el TUO del D.L. N° 728 (...); en consecuencia **en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.**” (resaltado agregado)

4.22. Entonces, como corolario de lo anteriormente expuesto, es del caso concluir que, los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen; vale decir, bajo los alcances del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Siendo esa su expresa regulación, no se puede admitir la contratación de estos obreros ediles mediante contratos administrativos de servicios, por existir una disposición especial para su caso, por lo que se concluye que la modalidad utilizada por la demandada para contratar al demandante ha sido fraudulenta.

4.23. En este contexto, de la revisión del proceso se aprecia que la demandante laboró para la demandada desde el 02 de enero del 2012, en cuya prestación de servicios concurren los otros dos elementos de la relación laboral: la subordinación y el pago de una remuneración. Por lo que al tener en cuenta la labor desempeñada por la demandante como obrera dedicada al monitoreo de la Central de Video Vigilancia de la Sub Gerencia de Serenazgo y SISMUVI-Unidad de Video Vigilancia— pese a la “forma” de contratación a la que estaba sujeto— se puede concluir que éste **sólo podía ser contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada**; y, por lo tanto, al no haber cumplido su empleadora con esa exigencia legal —Municipalidad Provincial de

⁴ Casación Laboral N° 7945-2014-Cusco, fundamento cuarto

⁵ El que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores



Cajamarca–, los contratos administrativos de servicios celebrados desde el 02 de enero del 2012, son **ineficaces**, determinando automáticamente por imperio de la ley que la relación laboral de la demandante se encontró bajo los alcances del régimen laboral de la actividad privada, regulada por el TUO del Decreto Legislativo N° 728; en tal sentido, a la actora le corresponde todos los derechos laborales derivados de este régimen contractual.

➤ ***Sobre el agotamiento de la vía administrativa***

4.24. En cuanto al argumento de los impugnantes en el sentido de que no se ha tomado en consideración que la accionante está en la obligación de agotar la vía administrativa, y que no se aprecia medio de prueba alguno que demuestre que previamente reclamó vía administrativa el reconocimiento de su relación laboral por la supuesta desnaturalización de su contratación administrativa de servicios. Al respecto, debemos señalar, si bien es cierto el demandante, como lo ha referido en su escrito postulatorio y lo aportado con los medios probatorios, inició sus labores suscribiendo contratos administrativos de servicios (CAS); lo es también, que conforme ha quedado establecido con anterioridad, por ser un efectivo de serenazgo, se encontraba dentro de la categoría de un obrero, por lo que de acuerdo a la actual Ley Orgánica de Municipalidades – Ley N° 27972, su régimen de contratación está dentro de los alcances de la actividad privada, normada por el Decreto Legislativo N° 728; por tal razón, no sería necesario que, previo a iniciar una demanda laboral, el actor tenga que agotar la vía administrativa; motivo por el cual, se confirmará la venida en grado en dicho extremo.



➤ ***Sobre la vulneración del derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales***

- 4.25.** En relación a este argumento de apelación, se tiene en consideración, que respecto del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido: "(...) es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende"; en ese sentido, el derecho al debido proceso consagrado en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.
- 4.26.** El derecho al debido proceso⁶ comprende -entre otros derechos a la tutela jurisdiccional efectiva - el obtener una resolución fundada en derecho y mediante sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, hecho que resulta concordante con lo acogido por nuestro ordenamiento procesal civil⁷ y nuestra ley orgánica⁸.

⁶ Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139°: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

⁷ Código Procesal Civil

Artículo 122°: Contenido y suscripción de las resoluciones

Las resoluciones contienen:

3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;"

⁸ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 12: Motivación de resoluciones



4.27. En el presente caso los impugnantes refieren que se han vulnerado tales derechos; sin embargo, no especifican como lo ha hecho pues el debido proceso es una garantía de naturaleza compleja, que como vimos comprende no solo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa, sino además obtener una resolución fundada en derecho y mediante sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, derechos que al examinar la resolución venida en grado, se verifica se han cumplido, pues se expresa las razones y justificaciones objetivas que determinaron la decisión, que tiene fundamento no sólo en el ordenamiento jurídico vigente, sino sobre todo, en los hechos debidamente acreditados en el desarrollo del proceso a través de los medios probatorios y afirmaciones efectuadas por las partes procesales; es así que se ha hecho un análisis de las razones por los que ha existido una desnaturalización de los contratos modales suscritos por el actor y por qué le corresponde el derecho reclamado; por tanto, la sentencia apelada sí cuenta con una motivación adecuada, habiendo establecido las razones fácticas y jurídicas que determinaron la decisión final; lo que determina la ineficacia de este argumento de apelación.

➤ ***Sobre la liquidación practicada de los beneficios sociales.***

4.28. Los procuradores apelantes sostienen que respecto al pago de beneficios sociales, a la demandante ya se le canceló oportunamente según el régimen para el que ha sido contratada, a través del reporte de pago de remuneraciones emitido por la Unidad de Tesorería de la Municipalidad Provincial de Cajamarca; no obstante ello, no han presentado medio de prueba alguno que acredite dicha alegación; por lo que, no se puede tomar por cierto lo manifestado por los impugnantes,

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.



en tal sentido, no habiéndose demostrado el posible error en la liquidación de beneficios practicada, dicho fundamento de apelación debe ser desestimado, debiendo confirmarse la venida en grado en dicho extremo.

➤ **Costos procesales**

4.29. Para nuestro ordenamiento procesal, los costos y costas procesales son el corolario del vencimiento en el proceso; se imponen no como sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido. Este reembolso se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, esa es la regla general, sin embargo permite la existencia de situaciones excepcionales, flexibles, para liberarse de la condena; en cuyo caso la exoneración deberá ser fundamentada.

En concreto, los costos constituyen gastos (honorarios del abogado de la parte vencedora) que nacen de la intervención de las partes en el proceso y el título en que se fundan es una sentencia judicial. Sin embargo, su monto debe ser regulado por el juez en atención "a las incidencias del proceso", por citar, la cantidad de actos procesales de las partes. Resulta asimismo de rigor que los criterios de valoración que asuma el juez para estas incidencias sean explicados en la resolución que las fija. Debiendo precisar que no se trata de un pago propiamente dicho sino de un "reembolso", puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que éste ha empleado en defender su derecho⁹.

4.30. En la apelada se cuestiona el otorgamiento de este concepto, pues se sostiene que el pago de dos mil soles es excesivo a la labor desarrollada por el abogado de la parte demandante. Siendo así, este Colegiado considera necesario determinar previamente si los gobiernos locales

⁹ LEDESMA, M. "Comentarios al Código Procesal Civil". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 325.



pueden ser condenados al pago de costos procesales o si se encuentran exentos de los mismos; para luego analizar cuál ha sido la participación del abogado del demandante en el presente proceso, procediendo a confirmar o revocar la resolución venida en grado.

- 4.31.** Al respecto, debemos señalar que si bien el artículo 413° del Código Procesal Civil, señala que: *“Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales”*¹⁰; sin embargo, para el presente proceso no es de aplicación dicha norma, ya que la Séptima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 (en adelante NLPT), señala que: *“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”*, debiéndose aplicar ésta, pues se trata de una disposición legal posterior y especial. Esto es, se debe observar el criterio de especialidad, que prevalece sobre la norma general, dado que las normas contenidas en el Código Procesal Civil solo se aplican de manera supletoria¹¹.
- 4.32.** Además de ello, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0971-2005-AA/TC ha señalado que: *“(…) si bien el artículo 47° de la Constitución Política indica expresamente que el Estado está exonerado del pago de gastos judiciales, ello no implica que estos comprendan a su vez a las costas y costos del proceso, pues en dicho artículo no se especifica cuál es el contenido de dicho concepto, por lo que debe entenderse que cuando dicha disposición se refiere a los gastos judiciales, se está haciendo alusión a lo que el Código Procesal Civil denomina costas, ya que en su artículo 410° indica expresamente que las costas están constituidas por los gastos judiciales realizados en el proceso (…)”*.

En consecuencia, en los procesos laborales el Estado sí puede ser

¹⁰ AVALOS, O. (2011). “Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Estudio y Análisis Crítico a la Ley N° 29497”. Lima. página. 664.

¹¹ Tal como se señala en la Primera Disposición Complementaria de la NLPT.



condenado al pago de costos procesales.

- 4.33.** Ahora bien, y a efectos de resolver los argumentos de apelación, se debe precisar que los costos del proceso, tal como señala Marianella Ledesma¹², se refieren a: *“(...) estos gastos nacen de la intervención de las partes en el proceso y el título en que se fundan es una sentencia judicial; sin embargo, su monto debe ser regulado por el juez en atención a las incidencias del proceso, por citar, la cantidad de escritos, de impugnaciones y nulidades”*.

En ese orden de ideas, para regular el monto de los costos procesales, se tiene que verificar cuál ha sido la participación del letrado Alfredo Alcalde Huamán, abogado defensor de la parte demandante en el presente proceso, así tenemos:

✓ **En primera instancia**

- Formulación del escrito de demanda (folios 2 a 17)
- Participación en la audiencia de conciliación con juzgamiento anticipado (folios 218 a 223).

✓ **En segunda instancia**

- Concurrió a la Vista de Causa.

- 4.34.** Como se puede observar, si bien la participación del abogado defensor de la demandante no ha sido ardua ni compleja en la tramitación del proceso, pues el mismo no ha tenido mayores incidencias (a excepción de las detalladas líneas arriba), sin embargo, ha sido especializada y necesaria en la audiencia de conciliación con juzgamiento anticipado, así como para formular la demanda; por lo tanto, el monto regulado por costos procesales resulta proporcional con la defensa efectuada en autos; consecuentemente, debe confirmarse el monto fijado y ordenarse el pago de dos mil soles (S/. 2000.00) por costos procesales.

¹² Ibíd. pp. 883.



➤ ***Sobre la validez constitucional del Decreto de Urgencia N° 016-2020 con relación a un reconocimiento de un vínculo laboral de obrero edil***

- 4.35.** Pese a que no ha sido invocado por la parte afectada desde su dación hasta el momento de la emisión de esta sentencia, es necesario traer a colación que el artículo 109° de la Constitución Política de 1993, que establece: *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”*; por tanto, merece pronunciamiento el citado Decreto de Urgencia en la medida que su Cuarta Disposición Complementaria y Final, establece su aplicación inmediata para los procedimientos y procesos en trámite, que es implicante en el tema de la presente litis.
- 4.36.** Un breve repaso de la presente causa: se tiene que la demandante ha laborado desde 02 de enero de 2012 hasta la actualidad pues mantiene vínculo laboral vigente, inicialmente como obrero de video vigilancia en el área de serenazgo, luego como efectivo de serenazgo suscribiendo los contratos CAS.
- 4.37.** Las pretensiones de la demandante son:
- Invalidez de los Contratos Administrativo de Servicios, Decreto Legislativo N° 1057 (CAS).
 - El reconocimiento de vínculo laboral a plazo indeterminado, sujeto al régimen laboral Decreto Legislativo N° 728, en su condición de obrero edil.
 - Suscripción de contratos labores sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728
 - Inclusión a planillas como trabajador permanente del Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728



- Pago de sus beneficios sociales, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, Decreto Legislativo N° 728 (asignación familiar, gratificaciones y CTS).

4.38. El Decreto de Urgencia N° 016-2020, publicado el 23 de enero de 2020, ha establecido como objeto de esta norma “establecer medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público y garantizar una correcta gestión y administración de la Planilla Única de Pago del Sector Público” (artículo 1°); también ha dispuesto reglas para ingresar a laborar en las entidades del sector público que se hará a mediante concurso (numeral 1° del artículo 2). Asimismo, se ha previsto en el artículo 3°, diversos mecanismos para el 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.- Solo 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 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. (...)

2. *No puede solicitarse conjuntamente, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral y la indemnización establecida en el inciso 3 del presente numeral 3.3, así se trate de pretensiones subordinadas. Cuando la servidora pública o el servidor público solicite el pago de la indemnización, se excluye su pretensión de reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral; y, viceversa. Se trata de pretensiones alternativas y excluyentes entre sí.”*

(...)

4.39. Descritas así las cosas, se tiene que entre lo que pretende la demandante y lo resuelto en primera instancia existe una directa incidencia con lo que dispone el Decreto de Urgencia N° 016-2020; pues, se establece primordialmente la meritocracia como medio de acceso a un empleo público; y, en materia de reconocimiento de vínculo laboral se debe observar los numerales del 1° al 3° del numeral 3.1, del artículo 3°.

4.40. Naturalmente, la meritocracia es exigible para aquellas personas que pretenden acceder al aparato público en calidad de servidores públicos



alineados a la función pública y/o a la carrera administrativa, conforme lo proveen los artículos 39º y 40º de nuestra Carta Magna¹³.

- 4.41.** Del mismo modo y a título de ejemplo, y sin ánimo taxativo, se tiene de trabajadores o servidores excluidos de la carrera administrativa y/o de la función pública, por ende, no están circunscritos al concurso meritocrático del empleo público, cuando se trate de trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixtas (tercer párrafo del artículo 40º de la Constitución), así también, cuando se trate de obreros ediles, sujetos al régimen laboral de la activada privada (Decreto Legislativo N°728, según el artículo 37º de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972). En estos casos no se hace exigible el ingreso a laborar previo concurso público, porque no desarrollan función pública, ni hacen carrera administrativa.
- 4.42.** En el escenario descrito, esta instancia llega establecer que exigir a un obrero edil (pues se ha dejado establecido que la actora es un sereno en calidad de obrero edil, sujeto al régimen laboral de la actividad privada) cumplir con la aprobación de un concurso público para su ingreso, no se compadece con su propia naturaleza, pues ellos no hacen carrera administrativa, tampoco función pública.
- 4.43.** El Decreto de Urgencia tantas veces citado, de aplicarse “manu militari”, pone en serio entredicho el llamado bloque de laboralidad en la Constitución de 1993, incardinada en su propósito de construir un “modelo democrático, equilibrado y dinámico de relaciones laborales, asentado sobre la necesidad de una intervención tutelar del Estado en la regulación de aspectos clave de las relaciones individuales de trabajo y la garantía de la libre actuación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores en defensa de sus respectivos

¹³ El artículo 5º de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, igualmente consagra la necesidad de ingreso al empleo público previo concurso público y así lo dejó establecido también el Tribunal Constitucional en su recordada sentencia del expediente N° 5057-2013-PA/TC, que el ingreso a la administración pública se realiza a través de un concurso público de méritos para ocupar una plaza vacante de duración indeterminada, debidamente presupuestada.



intereses”¹⁴. Por consiguiente, merece su aplicación en cuanto sea respetuoso de la Constitución en aras de preservar un Estado de Derecho lleno de contenido y valores constitucionales y no una mera aplicación de normas que, aunque vigentes, vacían de contenido los derechos humanos laborales que hoy entra en debate. Es pues, labor de la judicatura laboral pasar revista a la citada norma bajo el tamiz de nuestra Constitución, tratados internacionales de derechos humanos, así como de los principios laborales que nutren al derecho laboral.

➤ ***El Trabajo y su protección en los tratados Internacionales***

- 4.44.** El Perú ha ratificado la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que en el numeral 1° del artículo 23° prescribe lo siguiente: ***“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*** (resaltado en negrita nuestra); como es de verse, en el ámbito internacional, la predisposición de los estados partes o ratificantes de la declaración en mención, está dirigida a proteger y reconocer al trabajo como un derecho intrínseco de la persona, por medio del cual alcanza su realización económica y social, por lo que, los estados deben implementar mecanismos de protección.
- 4.45.** El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también ratificado por nuestro país, establece en su numeral 1° del artículo 6°, que: ***“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”***. es decir, el Estado debe promover la protección del trabajador, al acceso a un trabajo y a la conservación del mismo.

¹⁴ Sanguinetti Raymundo, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dialogo con la Jurisprudencia. Lima 2007. Pág. 26.



4.46. Del mismo modo, el Perú ha suscrito el **Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador**, que para el análisis de nuestro caso concreto, precisa el artículo 6° correspondiente al Derecho al trabajo, que: ***“Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”***. Se reitera el derecho al trabajo que tiene toda persona y constituye el medio para alcanzar una vida digna.

4.47. A su turno los convenios internacionales sobre derechos laborales también encarnan con celo la protección que se debe brindar al trabajador en el derecho al trabajo, en ese contexto, el Perú como país miembro de la **Organización Internación del Trabajo (OIT)** que funciona desde el año 1919, tiene como objetivo promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo a través de convenios suscritos y ratificados. Por ejemplo, tenemos al Convenio OIT N° 158 que establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional, sin embargo, pese a que nuestro país no ha ratificado este convenio, sirve como luces de la forma como internacionalmente se actúa frente a un supuesto de despido, prefiriendo a la reposición como acción inmediata idónea ante un supuesto de despido inconstitucional y con la dación del decreto de urgencia, se rompe este marco jurídico protegido internacionalmente.

4.48. Por tal motivo, es válido concluir que el Estado Peruano al ser parte de estos organismos y haber suscrito este tipo de pactos internacionales, tiene la obligación de velar por la protección del derecho al trabajo, al trabajador en sí mismo y a su permanencia en él, exigibilidad y cumplimiento que le viene dada por lo que consagra la Cuarta



Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna así lo establece: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

4.49. En esa misma dirección, debe quedar plenamente establecido que la meritocracia es exigible para una determinada labor que por su naturaleza es plausible contar con el mejor capital humano para alcanzar los fines que persigue, siempre que ella vaya acompañada de los medios necesarios que haga idónea esa exigencia, es decir, si se exige someter a concurso a sus aspirantes, es menester que ese mecanismo esté exento de arbitrariedades y exigencias veleidosas que no coadyuven a los fines que se dice tener, sino su propósito es menoscabar en forma velada el derecho al trabajo.

En ese contexto, exigir al obrero edil someterse a concurso público para acceder a un puesto de trabajo en la Municipalidad Provincial de Cajamarca, es imponer una exigencia que colisiona con el artículo 40º de nuestra Constitución. Igualmente establecer que el cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público, lo que produce es una evidente desprotección al empleo que el Estado está obligado a proteger, contraviniendo abiertamente los instrumentos jurídicos internacionales anotados precedentemente, que constituyen normas internas de obligatorio cumplimiento, a tenor de lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución¹⁵, concordante con el artículo 3º del mismo documento político¹⁶.

¹⁵ Disposiciones Finales y Transitorias. Cuarta.- Interpretación de los DD.FF. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos humanos y con los tratados y acuerdo internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

¹⁶ Artículo 3. Derechos constitucionales implícitos o innominados. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de



- ***Desde la perspectiva de la Constitución Política de Perú, en cuanto a la protección al derecho del trabajo.***

4.50. El derecho al trabajo, *puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc*¹⁷.

4.51. Nuestra Carta magna no es ajeno a la protección y fomento al trabajo. El artículo 22°, literalmente expresa lo siguiente: “**El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona**”; y, el artículo 23° expresa lo siguiente: “**El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar la dignidad del trabajador**”; y el artículo 27° define que: “La **ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario**”. De este bloque constitucional, se llega a determinar que el Perú como Estado protege y fomenta el trabajo como deber y como derecho de toda persona, y le reconoce un perfil preferente para alcanzar su plena realización. Esto es, el trabajo como derecho de toda persona es puente para alcanzar el respeto de su dignidad, que por lo demás es el fin supremo de la sociedad y del Estado. De modo tal, que la dualidad persona-trabajo se forja como la unidad perenne del individuo que el Estado debe velar incasablemente por su protección y su dignidad.

soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¹⁷ Exp. 008-2005-AI/TC, fundamento 18.



- 4.52. En su momento, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de destacar el contenido esencial del derecho al trabajo en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, indicando lo siguiente: *“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. **El de acceder a un puesto de trabajo**, por una parte y, por otra, **el derecho a no ser despedido sino por causa justa**. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”*. Como es de verse, el trabajo como derecho fundamental es la actividad humana fundamental para la vida que está ligada al fin supremo de la nuestra constitución, que es la dignidad de la persona y su derecho a desarrollarse, y contrariamente a esta naturaleza tuitiva del derecho al trabajo y de la constitución hacia el trabajador, se fragmenta por la aplicación de este decreto de urgencia.
- 4.53. La promulgación del citado Decreto de Urgencia, colisiona directamente con nuestra Constitución, porque esfuma el contenido de los artículos 1, 22, 23, 27 y 40. La norma deja en completa orfandad al hombre-trabajador imponiendo rituales que están muy lejos del respeto a su dignidad, que constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, porque el trabajo humano es el instrumento y esencia de su propia realización. En esa medida el trabajo se estima como un deber y un derecho que goza toda persona, por tanto el trabajador cuenta con ese medio para alcanzar el bienestar social y lograrse plenamente, pero que se le impone trabas innecesarias, caprichosas, con el solo propósito de recortar toda posibilidad de acceder a una fuente de trabajo. No otra



cosa se puede concluir de su contenido normativo, al exigir a un obrero edil que se le hace suscribir contratos administrativos de servicios (cuando ello no es posible porque cuenta con norma especial que le da el status de obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada), cuya incidencia directa es el pago de beneficios sociales recortados, y la afectación de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, también se pretende afectar la posibilidad de que el régimen CAS no pueda reconvertirse en contrato de trabajo a plazo indeterminado sujeto al Decreto Legislativo N°728.

➤ ***Sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la protección del trabajador.***

- 4.54.** La acción de regular la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador es el fondo más discutible en nuestro sistema jurídico, pues no solo se tiene como actores a la empresa privada sino también al Estado como empleador. La eficacia del ámbito de protección ante el despido inconstitucional, es la tutela resarcitoria (reposición) por excelencia, antes que la tutela restitutoria (indemnizar), pues esa tendencia de la que hablamos, se inclina en gran mayoría a una reposición en el empleo, y estos han sido aspectos cruciales de las relaciones laborales que han polarizado las posiciones de empleadores y trabajadores, que como jueces nos ha tocado dirimir.
- 4.55.** Luego tenemos otra sentencia relevante como es el caso Fetratel contenido en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, por el que el Tribunal ha determinado la incompatibilidad del despido incausado (previsto en el segundo párrafo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) con el derecho al trabajo (consagrado en el artículo 22° de la Constitución). El Tribunal valoró que el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido resulta desconocido cuando por vía legislativa se admite el despido incausado, lo cual atenta contra el contenido esencial del derecho al trabajo



entendido como el derecho a no ser despedido si no es por justa causa. Más aun, el Tribunal señaló que la postura adoptada constituye un nivel de protección superior al consagrado en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador¹⁸. Con esta sentencia, se advierte claramente lo que se ha venido desarrollando a lo largo de la jurisprudencia de nuestro país, a favor del trabajador, se entiende que el Tribunal, protegió el contenido esencial del derecho al trabajo ante una regulación ilegal contenida en una ley; caso similar ocurre con la dación y aplicación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, pues no cabe duda que este colisiona con el contenido esencial del derecho al trabajo y será materia de control por parte del Tribunal Constitucional, de ser el caso.

4.56. También tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 06681-2013-PA/TC, donde resolvió el caso de un trabajador obrero que demandó a su entidad empleadora por haberlo despedido de manera arbitraria. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que su cuestionado precedente Huatuco puede generar algunas confusiones en su aplicación, por lo que ha optado por relativizar sus alcances. Por lo que, es fácil de entender que los fines del precedente denominado Huatuco – Huatuco son los mismos del decreto de urgencia analizado, y los mecanismos que la ley otorga tanto a la justicia constitucional como a la justicia ordinaria han servido para aclarar o modificar cualquier intento de lesión al derecho al trabajo protegido y a la protección contra un despido inconstitucional.

➤ ***Afectación a los Principios Constitucionalizados del Derecho Laboral debido a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 016-2020.***

4.57. *El Decreto de Urgencia tiene diseñado una estructura normativa que busca desproteger el derecho al trabajo, como ya se ha venido explicando, igualmente se afectan principios que dan contenido al derecho laboral, cuya rama del derecho surge precisamente para*

¹⁸ La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N°68, 2012 pp. 471 -494.



defender a la parte más débil de la relación laboral; y, en este marco el Estado como Empleador hace uso de sus propias prerrogativas para flexibilizar y/o pulverizar todo signo de protección al derecho al trabajo

Principio protector. – Es un principio, que se sustenta por la naturaleza jurídica asimétrica existente entre empleador y trabajador. Se sabe de antemano que el empleador como dueño de los medios de producción, posee todos los atributos o facultades (dirección, disciplinaria y ius variandi), que le permiten una amplia gama de atribuciones para conducir su negocio o actividad productiva, y el trabajador solo está habilitado para cumplir con el manejo o dirección del negocio que le imprime el propietario y que desde el inicio de la relación laboral, el dueño cuenta con pleno poderes, inclusive para fijar las pautas contractuales, muchas veces en desmedro de leyes existentes que protegen al trabajador. Frente a ese escenario es que el derecho laboral como disciplina jurídica brinda protección especial o tutelar con el propósito de que no se vulneren los derechos del trabajador y exista el ordenamiento jurídico que tutele en todo momento los derechos del trabajador.

Américo Plá, en esa perspectiva nos dice que “el principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador.”¹⁹

Es este principio bandera del derecho laboral, que debe estar presente en todo momento para resolver una controversia laboral, pues se afirma que la inequidad es propia de toda relación laboral, pero que se busca el equilibrio con otra inequidad, de corte positivo, que se brinda a través de un ordenamiento jurídico que es tuitivo para el trabajador

¹⁹ Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. 3ra edición. Ediciones Depalma. Bs As. 1998. Pág. 61.



Este principio a su vez contiene tres sub-principios, siguiendo a Américo Plá:

- a) La Regla In dubio pro operario.- Frente a la duda que se tiene sobre el sentido de una norma, se debe optar por elegir la que más favorece al trabajador*
- b) La Regla de la normas más favorable.- ante la existencia de más de un dispositivo legal que regula una determinada situación jurídica de índole laboral, se prefiere a la norma que más favorece al trabajador.*
- c) La Regla de la condición más beneficiosa.- si una norma “b” deroga a una norma “a”, la norma “a” se mantiene, si resulta más beneficiosa para el trabajador, es decir “frente a la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”.²⁰*

A este respecto, se tiene el Decreto de Urgencia versus la Constitución, los tratados internacionales así como los convenios OIT. Indudablemente existen referentes jurídicos válidos, tanto interno como externos para preferir, frente al decreto de urgencia, tratándose de la protección al derecho al trabajo, en virtud al principio protector, en clave de la regla de la norma más favorable.

Principio de primacía de la realidad. – *Es una herramienta hermenéutica que le permite al juzgador establecer un criterio de justicia en base a la verdad reflejada por la realidad, por encima de lo que indican los documentos y hasta normas (que en muchos de los casos se implementan contrataciones de naturaleza civil, bajo la fachada de una ley de cobertura, cuya apariencia se desvanece, para dar paso a un auténtico contrato de trabajo cuando se reconocen los elementos propios de este) y que este Decreto de Urgencia, lo debilita, pese a que el Tribunal Constitucional ha sabido señalar con total precisión en el Exp*

²⁰ Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. 3ra. edición. Ediciones Depalma. Bs As. 1998. Pág. 108.



N° 991-2000-AA/TC: *“El Principio de la primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.*

El órgano jurisdiccional recurre con frecuencia a este principio para desarrollar un proceso-verdad, es decir para alcanzar la verdad material, por encima de la verdad formal o aparente. Generalmente está presente cuando se le hace suscribir un contrato de naturaleza civil encubierto, pero que en la ejecución o desarrollo del mismo se identifican los elementos del contrato de trabajo y así se procede al reconocimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo, por primacía de la realidad (No es aplicable al caso de autos).

Principio de continuidad. - *Este principio reconoce la posibilidad de que los contratos de trabajo nacen para consolidarse o robustecerse en el tiempo, por el natural ejercicio de las prestaciones que se van sucediendo en el ejercicio de toda relación laboral, como expresión natural de toda actividad económica, dicho de otro modo, pero bajo el cariz del surgimiento de toda entidad productiva. Las empresas nacen para ejercer actividad productiva por tiempo indeterminado y para cumplir ese objetivo necesitan de mano de obra que también tenga esa naturaleza indeterminada; en ese sentido el contrato de trabajo nace para mantenerse en el tiempo mientras la empresa exista, por la naturaleza de la labor que se brinda debe responder a esa finalidad.*

Manuel Alonso Olea, afirma sobre este principio. “El contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de



*una gran dureza y resistencia en su duración*²¹, lo cual reafirma la perdurabilidad del contrato de trabajo y constituye la regla general de contratación.

En la presente litis se pretende fortalecer los contratos administrativo de servicios (CAS), celebrados en perjuicio de los contratos de naturaleza indeterminada regidos por el Decreto Legislativo N° 728, pese a que tratándose de obreros ediles cuenta con régimen laboral establecido por el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, por lo tanto no puede ser objeto de otro tipo de contratación. Es pues inminente la afectación del principio de continuidad, porque el contrato CAS tiene naturaleza determinada por lo que no existe posibilidad de reposición al empleo.

Principio de buena fe laboral. - *Es un principio que tiene mucho arraigo en el derecho civil, y a la hora de celebrar un contrato se exige que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”²². Pues bien, traspolando la figura al derecho laboral, Krotoschin afirma: “En el fondo, la fidelidad no solo etimológicamente sino materialmente es otra expresión de aquella buena fe que tanta importancia tiene en el contrato de trabajo y que por lo tanto engloba todo un conjunto de deberes recíprocos emanados del espíritu de colaboración y confianza que también en el terreno interindividual caracterizan a la relación de trabajo”²³.*

A este respecto, es preciso acotar que una parte importante de los conflictos jurídicos laborales, surgen en la celebración de los contratos aparentemente ajenos al ámbito laboral, que luego de una identificación de sus rasgos sintomáticos, terminan por establecerse su real naturaleza laboral, con lo cual asistimos a una afectación del principio de buena fe

²¹ Citado por Américo Plá en Los Principios del Derecho del Trabajo. 3ra edición. Ediciones Depalma. Bs As. 1998. Pág. 219.

²² Artículo 1362 C.c.

²³ Citado por Américo Plan en Los Principios del Derecho del Trabajo. 3ra edición. Ediciones Depalma. Bs As. 1998. Pág. 391.



en este caso del empleador para desconocer pagos por beneficios sociales que se pretendían desconocer.

Para el presente caso, igualmente, el principio de buena fe laboral se ve afectada por el accionar de la propia entidad edil al celebrar contratos administrativos de servicios CAS), cuando tratándose de obreros ediles, solo es posible celebrar contratos a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada, Decreto Legislativo N°728.

En ese sentido, el decreto de urgencia afecta seriamente este principio, porque protege este tipo de contratación, precisando que no es posible ordenar el cambio de régimen de 1057 a 728 (numero 3, del numeral 3.1, del artículo 3), lo cual no soporta el más mínimo nivel de protección constitucional, porque, contraviene la dignidad de la persona, el derecho al trabajo, previsto en los artículos 1º, 22, 23 y 27 de nuestra constitución, amén de los principios laborales ya anotados.

Principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos de naturaleza laboral. – Este principio, se encuentra previsto en el numeral 1º del artículo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separados como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios, apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En esa misma perspectiva lo hace el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización



de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados”.

Lo cual impide, a riesgo de contravenir estos convenios retroceder negativamente en relación a los derechos laborales obtenidos con el tiempo, que es lo que acontece con la dación del decreto de urgencia, pues se retrocede en toda protección que merece el trabajador para garantizar su derecho al trabajo.

➤ ***Sobre la naturaleza del Decreto de Urgencia y la independencia de las decisiones judiciales***

- 4.58.** El decreto de urgencia es una norma con rango de ley expedida por el Poder Ejecutivo como medida extraordinaria y válida para regular situaciones apremiantes de carácter económico – financiero, cuando así lo requiera el interés nacional. De acuerdo al artículo 118º – inciso 19 de la Constitución Política del Perú (1993): “Corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en **materia económica y financiera**”, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. En este sentido se debe entender que la citada norma fundamental ha establecido la excepcionalidad de que el presidente (Poder Ejecutivo) expida decretos en materia económica y financiera, en los cuales se pueda entender la aplicación inmediata, mas no así en materia laborales como ha sucedido al expedir el Decreto de Urgencia N° 016-2020, y si bien este decreto fue publicado durante el periodo cuando el Congreso de la República había sido disuelto, empero a la actualidad el congreso se encuentra nuevamente conformado por nuevos congresistas electos, por lo que para la aplicación del citado decreto de urgencia deberá efectuarse primero con la revisión y aprobación del congreso electo, además, el decreto de urgencia como norma ad hoc y excepcional, debe mantener su transitoriedad, es decir, no puede



permanecer vigente más allá del tiempo estrictamente necesario para revertir la imperiosa coyuntura por la que fue emitido.

- **Control difuso y control de convencionalidad, como prerrogativa del juez laboral, frente a una norma que colisiona con la Constitución y/o con tratados internacionales que el Perú ha suscrito.**

4.59. El control difuso o control de convencionalidad constituye un paradigma que deben de ejercer todos los jueces. Consiste en el examen de **compatibilidad** que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José.

4.60. En esa línea, el artículo 138° de la Constitución Política del Estado establece que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. **En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior**”*. Igualmente, el artículo 14 del T.U.O. la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establece que: *“De conformidad con el artículo 236²⁴ de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una de rango de ley, resuelve la causa con arreglo a la primera.*

²⁴ Debe entenderse como el artículo 138 de la actual Constitución.



Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece” (...)

4.61. *En armonía con lo descrito, se tiene que el dispositivo legal tantas veces aludido precisa en su numeral 1° del artículo 2, que exige el ingreso a las entidades del sector público a través de concurso público; el numeral 3.1 del artículo 3, del mencionado decreto, dispone lo siguiente: . “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: (...) 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 indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada”. 3. Para el caso de reconocimiento del vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante deber ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público”.*

4.62. *A criterio de este Colegiado, estos dispositivos vulneran el derecho al trabajo de todo trabajador con categoría de obrero municipal, implementado requisitos no exigibles a éstos por no formar parte de la*



carrera administrativa, tampoco ejercen por su condición de tal, función pública. Igualmente al prohibir que la judicatura en uso de su facultad de administrar justicia con arreglo a la Constitución, convenios y tratados internacionales, disponga la ubicación correcta y justa del régimen laboral que le corresponde al obrero edil, esto es de pasar del Decreto Legislativo N°1057 (CAS) al Decreto Legislativo N° 728. Vulnerando al mismo tiempo la plena independencia judicial intrínseca de los jueces conforme lo consagra el numeral 2 del artículo 139° de nuestra Carta Política.

- 4.63.** En atención a todo lo descrito líneas ut supra, esta **Sala Laboral está en condición de advertir la existencia de incompatibilidad entre lo regulado por el Decreto de Urgencia N° 016-2020, en su numeral 1° del artículo 2; artículo 3, numeral 3.1 y sus reglas 2 y 3; con las normas internacionales invocadas, nuestra Constitución Política y la tendencia jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de la República**, todo ello, en razón a claras afectaciones a derechos fundamentales y principios expuestos con anterioridad; en tal sentido, este Colegiado Laboral inaplicará al caso concreto los citados artículos, numerales y reglas, del Decreto de Urgencia N° 016-2020; en consecuencia , confirmará la sentencia materia de revisión en todos sus extremos de fondo.
- 4.64.** En este orden de ideas y en aplicación de lo previsto en el artículo 14° del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, corresponde elevar la presente sentencia en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en caso de no ser objeto de impugnación por las partes.

V. DECISION:



POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS y de acuerdo además con lo dispuesto en los artículos 12° y 40° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, este Colegiado, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, decide:

- 5.1. **INTEGRAR** la Sentencia N° 401-2019-L, contenida en la resolución número tres de fecha trece de noviembre del dos mil diecinueve (fs. 224-242) que declara infundada la excepción deducida por la parte demandada sobre incompetencia por razón de la materia.
- 5.2. **CONFIRMAR** la sentencia antes referida que declara fundada en parte la demanda interpuesta por **Rita Marisol Rumiche Caruajulca** contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, en consecuencia:
 - A. **Reconoce la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado** entre la demandante y la Municipalidad demandada, desde el **02 de enero de 2012 (vínculo vigente)**, bajo el régimen laboral de la actividad privada, conforme a lo dispuesto el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR concordante con el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades, por invalidez de los contratos administrativos de servicio.
 - B. **Ordena** que la Municipalidad Provincial de Cajamarca, a través de su representante legal, **cumpla** en el plazo de **tres días** de notificada con la presente sentencia, con **incluir a la demandante en su planilla** de obreros con contrato ordinario a plazo indeterminado, de conformidad con el artículo 3° del Decreto Supremo N° 001-98-TR, desde el **02 de enero de 2012**; debiéndosele expedir además sus respectivas boletas de pago y reconocerse todos los derechos inherentes al indicado régimen laboral. Asimismo y en el indicado plazo, **cumpla** con elaborar o faccionar a favor de la demandante un contrato laboral a plazo indeterminado en su calidad de obrero municipal.
 - C. **Ordena** que la **Municipalidad Provincial de Cajamarca, CUMPLA**



con pagar a favor del demandante, los siguientes beneficios sociales:

a) Gratificaciones ordinarias (fiestas patrias y navidad) por el monto de **dieciocho mil doscientos noventa y dos con 46/100 soles (S/ 18,292.46)**, correspondiente al periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad. **b) Compensación por tiempo de servicios** por el monto de **once mil novecientos cincuenta y cuatro con 58/100 soles (S/ 11,954.58)** por concepto de compensación por tiempo de servicios por el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad; monto que deberá ser DEPOSITADO en la cuenta bancaria aperturada para tal efecto e indicado por la demandante, de acuerdo al artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, modificado por el artículo único de la Ley N° 30408, publicada el 08 de enero de 2016; debiéndose **proceder** conforme a los **parámetros establecidos en el vigésimo segundo considerando** de la presente resolución. **c) Asignación familiar** por el monto de **S/ 3,725.00 (tres mil setecientos veinticinco con 00/100) soles** por el periodo comprendido del 02 de enero de 2012 a la actualidad. **D. FIJO** los costos procesales en la suma de **S/ 2,000.00** (dos mil con 00/100 soles). Sin costas procesales ni multas, pero con intereses legales que serán liquidados en ejecución de sentencia.

- 5.3. EJERCER CONTROL DIFUSO** sobre el Decreto de Urgencia N° 016-2020 en su numeral 1° del artículo 2; en sus reglas 2 y 3, del numeral 3.1, del artículo 3, e Inaplicable al presente proceso.
- 5.4. ELÉVESE** los autos en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si la presente resolución no fuera impugnada por las partes. **Oficiese** con la debida nota de atención.
- 5.5. Notifíquese** a quienes corresponda. **PONENTE:** señora **Bazán Sánchez**.



Ss.

BAZÁN SÁNCHEZ

GUTIERREZ VALDIVIEZO

ASEIJAS SILVA

/PROS.

/MEAS.

Lpderecho.pe