



EXP. N° 07811-2018-0-1801-JR-LA-04 (Expediente Electrónico)

SS:

**YANGALI IPARRAGUIRRE**

VASCONES RUIZ

ALMEIDA CARDENAS

**Juzgado de Origen: 04° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente**

**Vista de la Causa: 18/08/2020**

*Sumilla: Al apreciarse que el objeto de la controversia se sujeta a la desnaturalización de los contratos de locación de servicios así como la invalidez de los contratos administrativos de servicio, se podrá admitir la pretensión de reposición al puesto de trabajo, pues no se advierte un régimen propio de la carrera administrativa.*

*En ese sentido, se podrá admitir una excepción a la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC así como a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, por cuanto tales regímenes laborales no forman parte de la carrera administrativa y no se les puede exigir un ingreso mediante un concurso público y a través de una plaza presupuestada*

## **SENTENCIA DE VISTA**

Lima, dieciocho de agosto del dos mil veinte.-

**VISTOS:** Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**, por lo que, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

### **I. PARTE EXPOSITIVA:**

#### **I.1. Objeto de la revisión**

Viene en revisión a ésta instancia el recurso de apelación interpuesto por ambas partes procesales contra la Sentencia N° 535-2019-4°JETP expedida mediante Resolución N° 04, de fecha 29 de octubre de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando:

a) Se declara infundada la excepción de litispendencia y fundada en parte la excepción de incompetencia por razón de la materia correspondiente al periodo comprendido del 17 de setiembre de 2015 en adelante.



- b) Se declara la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N° 728 desde el 23 de marzo de 2007 al 30 de setiembre de 2014. Ante ello, la entidad deberá registrar al demandante en planilla de trabajadores correspondiente al régimen laboral privado desde su fecha de ingreso, así como en las boletas de pago; conforme a la desnaturalización del contrato de locación de servicios e invalidez del contrato administrativo de servicios - CAS.
- b) Abonar a la parte demandante S/93,742.22 por concepto de beneficios sociales correspondiente a CTS, vacaciones, gratificaciones y escolaridad; mas intereses legales, financieros y costas procesales.
- c) Improcedente la demanda de desnaturalización de los contrato de locación de servicios e invalidez del contrato administrativo de servicios - CAS correspondiente al 17 de setiembre de 2015 en adelante, así como las pretensiones de reposición por nulidad de despido y las remuneraciones devengadas.
- d) Se declara infundada el extremo referido al reconocimiento del cargo de abogada con categoría remunerativa "Profesional A" así como el exceso del monto demandado.

#### I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)

La parte demandante, **SILVIA ALBINA MENDEZ LUCAS**, en su apelación alega que la sentencia apelada incurrió en diversos errores, al sostener:

- i) La sentencia contiene vicios al momento de declarar fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia correspondiente al periodo comprendido del 25 de mayo de 2015 en adelante, por cuanto no se ha considerado que, desde tal fecha, la entidad demandada ha contratado a la demandante para desempeñar la misma actividad mediante nuevos contratos por locación de servicios y contratos administrativos de servicios. (Agravio N°01)
- ii) No se aprecian las razones por el cual se ha denegado la pretensión de reposición al puesto de trabajo o uno sujeto a similar categoría, a consecuencia de un despido nulo conforme lo contemplado en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues no se ha valorado que el empleador no renovó el contrato a causa de la interposición de una demanda de desnaturalización del contrato. (Agravio N°02)
- iii) Existe un error al momento de denegar el cargo de abogada y la categoría remunerativa de Profesional A, por cuanto la parte demandante realizó la actividad de abogada dentro de su relación laboral por lo que le correspondería la categoría remunerativa que le corresponde. (Agravio N°03)

La parte demandada, **MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES**, en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error de sostener:

- i. El Juzgado no ha considerado que el demandante prestó sus servicios bajo un contrato de locación de servicios, al no encontrarse subordinada



al empleador, el cual se mantuvo mediante un posterior régimen del contrato administrativo de servicios, el cual es un régimen laboral independiente y válido. Asimismo, no señala que no procederá la reincorporación de la parte demandante conforme a la aplicación de un despido incausado, por cuanto que el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC expedido por el Tribunal Constitucional prohíbe las reposiciones cuya plaza no se haya obtenido mediante un concurso público y mediante una plaza presupuestada. (Agravio N°01)

- ii. Existe un error al momento de otorgarse los beneficios sociales como un trabajador adscrito al régimen laboral de la actividad privada, pues no se advierte la constitución de una relación jurídica diferente a la locación de servicios suscrita. (Agravio N°02)
- iii. No se ha considerado que la entidad se encuentra exonerada del pago de costos procesales; además, se indica que se ha cometido un vicio procesal al momento de entregarse el monto demandado de forma líquida, pues se han debido realizar los descuentos establecidos por Ley. (Agravio N°03)

## II. PARTE CONSIDERATIVA:

**PRIMERO:** En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.- De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

.....

## CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

**SEGUNDO:** Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.- El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la



decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera<sup>1</sup>.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa<sup>2</sup>; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia:

*”La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.*

**TERCERO:** Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegio sostiene:

*“El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:*

*a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*

<sup>1</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N°532.

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 532



- b) *Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) *La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*
- e) *La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*

*De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”.*

En base a los fundamentos expuestos, se podrá analizar los siguientes agravios formulados.

.....



## **SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO**

### **ASPECTO PROCESAL**

#### **SOBRE LA PROHIBICIÓN DE ACUMULAR PRETENSIONES DENTRO DE UN PROCESO LABORAL**

El numeral 2) del inciso 3.3) correspondiente al artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha previsto literalmente que no se podrá solicitar en forma conjunta, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de un vínculo laboral, así se trate de pretensiones subordinadas, pues se tratarán de pretensiones alternativas y excluyentes entre sí.

En efecto, de la revisión de la citada norma, se glosa lo siguiente:

*"(...) 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 (...)"*

De así, conforme a su revisión, se podrá apreciar que aquella medida normativa afecta o vincula la vigencia de diversos derechos constitucionales de carácter procesal establecidos en nuestra Constitución Política del Perú, por cuanto a partir de ahora los órganos jurisdiccionales de trabajo tendrían la obligación de rechazar de plano las demandas en donde se pretenda el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, la reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario, o reconducir cada pretensión a un proceso individual.

Por consiguiente, considerando el impacto que podría ocasionar el presente apartado normativo, procederemos a precisar previamente las garantías constitucionales relacionadas a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Debido Proceso, el Acceso a la Justicia y el principio procesal del fondo sobre la forma regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo previsto en la Ley N° 29497, para luego llegar a la conclusión si el presente apartado es constitucional o si esta afecta gravemente garantías mínimas procesales que amerita su inaplicación en el presente proceso, a través del control difuso.

**CUARTO: Sobre la Tutela Jurisdiccional Efectiva y a un Debido Proceso.-** De conformidad con el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú<sup>3</sup>, todo ciudadano tiene el derecho y la potestad de acudir a los órganos

---

<sup>3</sup> Así como en la Constitución Italiana de 1947 (artículo 24), Constitución Alemana de 1949 (artículos 19.4 y 103.1) y la Constitución Española (artículo 24.1) en el cual se garantiza la preocupación de impedir en el futuro los abusos o desviaciones que tuvieron lugar en el periodo totalitario y al deseo de volver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia. FIGUERUELO BURRIEZA



jurisdiccionales nacionales e internacionales conforme al tipo de pretensión a requerir y la eventual legitimidad o validez que pueda acompañar a su petitorio; asimismo, cada órgano jurisdiccional y las partes tienen la obligación de observar el Debido Proceso en cualquier tipo de procedimiento en donde se valore sus pretensiones, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica.

Tal como lo ha señalado la doctrina constitucional nacional, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es un derecho genérico o complejo que se descompone en otros diversos derechos enumerados dentro de él, y en algunos otros implícitos, entre los cuales destacan el derecho de toda persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado y el derecho a la efectividad de las resoluciones<sup>4</sup>; así, el Tribunal Constitucional, conforme a lo recaído en el Exp. N°763-2005-PA/TC, ha referido pues que la misma:

*“(…)Es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (...) En el contexto descrito, considera este Colegiado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna (...)”*

**QUINTO:** Ahora bien, en lo que respecta al Debido Proceso, desde hace más de una década se reitera que el Debido Proceso es un Derecho Fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio

---

ANGELA, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, “El Proceso Constitucional de Amparo”, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 361.

<sup>4</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 557.



o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional<sup>5</sup>, en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetiva, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia<sup>6</sup>. Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los Exp. N° 00090-2004-AA/TC, Exp. N° 3421-2005-HC/TC, Exp. N° 1656-2006-P A/TC, N° 5627-2008-PA/TC, N° 2906-2011-PA/TC y N° 5037-2011-PA/TC, ha observado:

*“(…) El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (...) 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 del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) El derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir”, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios.”*

**SEXTO:** Además, aquella Tutela Procesal Efectiva –en el cual forma parte el Debido Proceso- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo

<sup>5</sup> Para la autora Eugenia Ariano Deho sostiene que un Debido Proceso es aquel que incorpora garantías mínimas, asegurando a las partes un tratamiento paritario, una paridad de armas al interior del mismo proceso, pero además, es debido el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial. Texto citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, “El Proceso Constitucional de Amparo”, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 366.

<sup>6</sup> REYNALDO BUSTAMANTE, “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”, Lima, 2001, Pág. 236, citado por LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 498.



3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad<sup>7</sup>.

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007-AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió que:

*“El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación(...)”*

En sentido similar, la Corte Interamericana destacó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana<sup>8</sup>, para ello, bastará con precisar que en el Caso López

<sup>7</sup> Idem, Pág. 514.

<sup>8</sup> El artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos prescribe que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.



*Mendoza vs. Venezuela*, sentencia del 1 de septiembre de 2011, la referida corte determinó que cualquiera sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al Debido Proceso.

**SETIMO: Del derecho constitucional de Acceso a la Justicia.-** El derecho de Acceso a la Justicia es un derecho implícito a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, mediante el cual se asegura a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante, para que –dentro de las garantías mínimas- se sustente la pretensión de la demanda. Asimismo, de la dimensión conceptual de la demanda, **la Judicatura solamente podrá tener la obligación de acoger la pretensión o declarar su improcedencia bajo un análisis razonable, por cuanto, dentro de la necesidad de brindar una tutela idónea e inmediata, no se podrá limitar una acumulación de pretensiones dentro de una medida infra legal.**

Con tal fin, el Tribunal Constitucional ha prescrito, tal como lo señalado en el Exp. N°010-2001-AI/TC, que:

*“El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso. Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el “derecho al proceso”, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un “recurso efectivo”, lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias”.*

**OCTAVO: De los principios procesales de Prevalencia del Fondo Sobre la Forma y Veracidad.-** La Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 ha otorgado al juzgador diversas potestades jurisdiccionales dentro del proceso para poder equilibrar la desigualdad material de las partes intervinientes,

---



entiéndase trabajador y el empleador, con el marco de administración de justicia; dentro de ello, el Artículo III del Título Preliminar y el literal 1) del artículo 12° de la propia norma, faculta que a los jueces de primera y segunda instancia puedan dirigir e impulsar el proceso, atender la causa de fondo fuera de las formalidades procedimentales fijadas por norma, así como indagar a las partes (a través de preguntas directas, interrogatorios o la formulación dinámica de la teoría del caso) sobre los hechos no descritos en la demanda, con la finalidad que exista una certeza entre lo pretendido y lo corroborado.

Dentro de ellas potestades, se encuentra el principio de Prevalencia del Fondo sobre la Forma, por el cual se admite la posibilidad que el magistrado pueda aplicar las normas jurídicas dentro del marco de la razonabilidad y concentración procesal, en la medida que, dentro de la tramitación del proceso ordinario o abreviado, las vías procedimentales por sí mismas resulten insuficientes en virtud de su carácter general<sup>9</sup>; así, bajo los presentes criterios prácticos, el referido principio procesal intrínseco garantizará que tales órganos jurisdiccionales puedan ejercer plenamente la aplicación de Primacía de la Realidad, Oralidad e Inmediación, dentro de la vinculatoriedad de las vías procedimentales reguladas, peticiones imprecisas o acciones dilatorias de cada parte, con el fin que las deficiencias en cada proceso no permitan el impedimento de una Tutela Jurisdiccional Efectiva<sup>10</sup>.

**NOVENO:** Asimismo, en lo que respecta al principio de Veracidad, también denominada Primacía de la Realidad, la misma tiene por objeto averiguar la verdad material del conflicto, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla, mediante la valoración de los medios probatorios ofrecidos en su conjunto, la aplicación de presunciones, sucedáneos, la inversión de la carga probatoria, etc.; para ello, bastará con puntualizar que en la Casación N° 4646-2014-Lima, en lo que respecta a la veracidad, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República precisa:

*"El principio de veracidad también ve beneficiado por la oralidad de manera más certera y evidente, a partir de la actuación de las partes, la autenticidad de sus posiciones. Finalmente, los actos procesales son menores en un proceso oral que en uno esencialmente escriturario, con lo cual hace efectivo el principio de concentración".*

Tan es cierto lo afirmado, que el propio TC, a través de los Exp. N° 991-2000-AA/TC y N° 2132-2003-AA/TC ha reiterado que:

*"El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en forma reiterada, que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente en los artículos 22 y 23 de la Constitución, (...) El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto en 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 (art. 22) y, además, como un*

<sup>9</sup>GAMARRA VILCHEZ LEOPOLDO, "La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497", Revista Derecho y Sociedad N° 37, Pág. 200 a 211.

<sup>10</sup> Ídem, Pág. 204-205



*objetivo de atención prioritario del Estado (art.23)", asimismo "En caso de discordia entre lo que ocurriese en la práctica y lo que apareciera de los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos".*

Ahora bien, si bien tales principios han permitido que el juez pueda evaluar la controversia de fondo, de conformidad con los actuales fallos jurisprudenciales, la misma no garantiza per se que el propio magistrado pueda irrogarse la facultad de no observar requisitos de procedibilidad esenciales, pues la valoración de los requisitos de admisibilidad o admisión del derecho de acción podrá ser flexible al momento de calificar los diversos actos procesales.

**DECIMO: De la inconstitucionalidad de la prohibición de acumulación de pretensiones.-** Ante ello, este **Colegiado Superior** advierte que si nuestra Constitución Política del Estado garantiza que los procesos laborales deberán realizarse dentro de un marco de respeto irrestricto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, un Debido Proceso y sujeto al principio de Acceso a la Justicia, se aprecia que nuestros órganos jurisdiccionales de trabajo solamente podrán rechazar o declarar la improcedencia de una demanda bajo un análisis razonable o cuando se advierta que la relación entre las pretensiones no se ajustan a un derecho material o no guardan cierto grado de conexidad, por cuanto afirmar o resguardar una posición contraria conllevaría a convalidar el inicio de diversos procesos laborales independientes en forma innecesaria (obteniendo dos sentencias consecutivas que pudiesen ser declaradas en forma inmediata, tal como sucede dentro de la realidad jurisdiccional laboral en la actualidad) y obteniendo la vulneración derechos no contemplados dentro de una demanda, tal como se aprecia de la aplicación del plazo de caducidad de 30 días hábiles, por cuanto a partir de ahora la presentación de la primigenia demanda de reconocimiento de una relación laboral no interrumpirá el plazo de caducidad<sup>11</sup> ante la posterior acción de reposición al puesto de trabajo.

Por lo que, si el objeto immanente de los procesos laborales en marco de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo o el Proceso Contencioso Administrativo será alcanzar una tutela procesal idónea, inmediata y adecuada en forma inmediata, resulta claramente contrario que el numeral 2), inciso 3.3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 prohíba una acumulación de pretensiones (en forma accesoria o subordinada), por cuanto el mismo conllevaría a que los Jueces de Trabajo no tengan ninguna posibilidad

<sup>11</sup> En efecto, a través de la Casación N° 5983-2014- Moquegua, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República ha declarado que el plazo de caducidad no admite alguna excepción de interrupción, salvo la imposibilidad de acceder ante un tribunal peruano, por cuanto "(...) Por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 2005° del Código Civil, la caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo en los casos que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Esta Suprema Sala considera que este supuesto está referido en el caso que exista una imposibilidad de recurrir ante el Juez peruano por motivos extremos que impidan el funcionamiento del órgano jurisdiccional peruano, sea por caso fortuito o fuerza mayor. En primer lugar se deberá considerar casos de desastres naturales; en segundo el cierre de las dependencias judiciales por motivos atribuibles a actos del hombre. En el caso concreto de autos, se aprecia que la causal de suspensión que se quiere hacer valer está referido al hecho de haber interpuesto con anterioridad otro proceso judicial, situación fáctica diferente a la señalada en la norma citada (...)"



material de declarar una sola relación laboral, ordenar la reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario, conllevando que los procesos laborales se vuelvan rituales y meramente declarativos, sin lograr una tutela inmediata adecuada al fin solicitado (en este caso a las pretensiones de reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario) a la solicitud de declaración de una relación laboral; por cuanto el impedimento de acumulación de pretensiones solamente ocasionará que los trabajadores demandantes que ostenten una sentencia declaratoria (en lo que respecta al reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado) no puedan acceder posteriormente un proceso de reposición al puesto de trabajo o a un proceso de indemnización por despido arbitrario, por cuanto se computaría automáticamente el plazo de caducidad de 30 días hábiles, imposibilitando materialmente la ejecución del reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado (a través de la reposición al puesto de trabajo) o acceder a una tutela indemnizatoria.

**DECIMO PRIMERO:** Por consiguiente, si se tiene presente que nuestro sistema constitucional prohíbe cualquier tipo de modalidad legal de fraude a la Constitución Política bajo la aplicación de una norma de cobertura, que en el presente caso se adecuaría al numeral 2) del inciso 3.3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020, conforme a lo señalado en el voto mayoritario dentro del Exp. N° 0006-2019-CC/TC (el cual se fundamentará más adelante), se aprecia que el numeral 2) del inciso 3.3) correspondiente al artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 no resiste un exhaustivo análisis de constitucionalidad por vulnerar derechos fundamentales anteriormente citados.

Por lo que, se procederá a inaplicar la presente norma en el presente caso en concreto, mediante la aplicación de un control difuso, este **Colegiado Superior** deberá admitir constitucionalmente la posibilidad de acumular las pretensiones procesales de reconocimiento de una relación laboral sujeto al régimen laboral de la actividad privada y a plazo indeterminado con las pretensiones de reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario (los cuales si son excluyentes entre sí) dentro de un solo proceso laboral, en cuanto a través del presente proceso laboral, se podrá admitir la declaración de una relación laboral y obtener simultáneamente la vigencia material de la continuidad de la relación laboral a través de la reposición o garantizar la invalidez de la extinción unilateral de la relación laboral, a través del acceso a una tutela indemnizatoria y conforme a su condición laboral.

.....

## **CON REFERENCIA A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA**

**DECIMO SEGUNDO:** De la excepción de incompetencia por razón de la materia.- La excepción de incompetencia por razón de la materia es una figura jurídica procesal reconocida en el Código Procesal Civil, de aplicación



supletoria al nuevo proceso de trabajo, en donde su incorporación tiene como finalidad evitar la prosecución de un proceso en la que se observa que el juzgador el cual evalúa la causa no posee una competencia regulada por la propia norma, en cuanto a la especialidad; en cuanto la misma es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción<sup>12</sup>.

Con ello, no bastará que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, dentro del carácter general del concepto, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, tales como: la cuantía, la materia, el turno, el grado y el territorio<sup>13</sup>. Tan cierto es lo afirmado que, en materia ordinaria, la Corte Suprema de la República han reafirmado tal naturaleza jurídica, al momento de sostener, a través de la Casación N°3604-2008-lca, que:

*"Es reconocido por la mayor parte de la doctrina sobre los criterios que sirven para determinar la competencia son esencialmente: la materia, la cuantía, la función, el turno y el territorio, siendo los cuatro primeros absolutos e improrrogables, y el cuarto relativo y, por lo tanto, prorrogable. El carácter absoluto de la competencia responde a un interés público, en razón a la estructura y funciones esenciales de los órganos jurisdiccionales; mientras que la competencia relativa rige en función a las necesidades, conveniencia e intereses de las partes".*

**DECIMO TERCERO: Del caso en concreto (Agravio N° 01 de la demandante).**- De lo actuado, **la parte demandante** reitera que la Judicatura no ha motivado debidamente la validez de la excepción de la incompetencia por materia en relación al periodo comprendido del 25 de mayo de 2015 en adelante, por cuanto no se ha considerado que desde tal fecha nuevamente la entidad demandada ha contratado a la demandante para desempeñar la misma actividad mediante nuevos contratos por locación de servicios y contratos administrativos de servicios.

En ese sentido, no se advierte los motivos por el cual se considera que otro órgano jurisdiccional deba evaluar tal condición similar al primer periodo de desnaturalización, si se advierte que la relación laboral se encontraba desnaturalizada desde el inicio de sus funciones, a pesar de advertirse un periodo de desvinculación laboral.

Así, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que se deberá declarar improcedente la pretensión de desnaturalización correspondiente al 17 de setiembre de 2015 en adelante, por cuanto se aprecia un nuevo vínculo laboral a consecuencia de un periodo de discontinuidad laboral producido del 01 de octubre de 2014 al 16 de setiembre de 2015; en ese sentido, al

<sup>12</sup> PRIORI POSADA GIOVANNI, "La competencia en el Proceso Civil Peruano", Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Pág. N° 38 - 52.

<sup>13</sup> MONROY GÁLVEZ JUAN, "Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano", Revista THEMIS, 1994, Pág. 119-129. Para mayor análisis, se podrá acceder a través del siguiente enlace: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LasExcepcionesEnElCodigoProcesalCivilPeruano-5109837.pdf>



advertirse un periodo CAS puro, el mismo debe evaluarse dentro de un proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, de los actuados, este **Colegiado Superior** advierte que, de la revisión del II Acuerdo Jurisdiccional Supremo de la Corte Suprema de la República de fecha mayo de 2014, el objeto de la controversia es la desnaturalización de los contratos de locación de servicios y el contrato administrativo de servicios, con el objeto que se declare una relación laboral a plazo indeterminado y regido por el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728.

Por consiguiente, si se tiene presente que dentro del INABIF se ha regulado la inclusión del régimen laboral de la actividad privada (a pesar de la inactividad producida entre el 01 de octubre de 2014 al 16 de setiembre de 2015), se deberá admitir la valoración del presente periodo dentro del proceso ordinario laboral, pues la adjudicación de tal régimen se sujetará a la continuidad de las mismas labores desempeñadas por el trabajador demandante.

**DECIMO CUARTO:** En ese sentido, teniendo presente -además- que la propia Corte Suprema de la República estableció expresamente que el órgano jurisdiccional competente para evaluar una demanda de un trabajador adscrito al régimen laboral de la actividad privada será el juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, se podrá apreciar un vicio de motivación por parte del juzgador para excluir del presente proceso el periodo laborado desde el 17 de setiembre de 2015 (en adelante) dentro de la sentencia, por cuanto se ha acreditado que la parte demandante ha tenido un segundo periodo laborado para la misma entidad, el cual posee un régimen mixto.

Para ello, en el referido acuerdo se ha citado en forma expresa que:

*"(...) Si el personal de la entidad se encuentra bajo el régimen laboral privado o mixto, la vía procesal será la del proceso ordinario laboral (...)"*.

Por lo que, considerando que actualmente que el régimen laboral del INABIF también se encuentra regido por el I régimen laboral de la actividad privada, se deberá aplicar oportunamente las conclusiones vertidas en el II Acuerdo Jurisdiccional Supremo de la Corte Suprema de la República y se deberá evaluar la validez de los dos periodos laborados en el presente proceso, conforme a un pronunciamiento de fondo.

En consecuencia, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo revocarse la sentencia en este extremo, y, reformándola, se deberá declarar improcedente la presente excepción.

.....

## **ASPECTO MATERIAL**



## CON REFERENCIA PROHIBICION DE LA VARIACION DEL REGIMEN LABORAL

**DECIMO QUINTO:** Respecto a la constitución de una relación laboral frente al contrato de locación de servicios (SNP).- El contrato de locación de servicios es una forma de vinculación contractual, regulado por el Código Civil de 1984, mediante el cual el locador de servicios, sin encontrarse subordinado, se obliga al comitente a prestar servicios mediante un plazo determinado, a cambio de una merced conductiva; así, existe un consenso en la doctrina por el cual el contrato de locación de servicios es una herramienta jurídica que permite la contratación de servicios personales en un régimen de autonomía y no de subordinación, lo que implicará que el locador principalmente no se encontrará obligado a concurrir al local del comitente, no estará obligado a observar una jornada así como un horario para la prestación de servicios, etc<sup>14</sup>.

Asimismo, en la configuración legal del contrato de locación de servicios, la propia doctrina refiere que tal contrato podrá encuadrarse en cualquier prestación de servicios de carácter autónomo, en cuanto la misma conllevará a la evasión (como consecuencia) de la legislación laboral en cada caso en concreto<sup>15</sup>. Por ello, el artículo 1764° del Código Civil prescribe que:

*“El locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.*

**DECIMO SEXTO:** Sin embargo, en lo que respecta al contrato de trabajo regulado en el Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N° 003-97-TR<sup>16</sup>, la doctrina laboralista ha definido que la misma es un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes (esto es, el trabajador) se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquél una remuneración por los servicios prestados; en tal sentido, resultará claro colegir que el contrato de trabajo es una relación jurídica específica por la cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación

<sup>14</sup> CORNEJO VARGAS CARLOS, “Algunas consideraciones sobre la contratación laboral”, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, N° 37, Pág. N° 138 - 150.

<sup>15</sup> SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, “Locación de Servicios y Contrato de Trabajo: Balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil”, publicado como estudio introductorio a la segunda edición del libro “El contrato de locación de servicios”, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, Pág. N° 13-31.

<sup>16</sup> El artículo 4° del Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N° 003-97-TR prevé en forma expresa 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. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.



una retribución en dinero<sup>17</sup>, o, en otras palabras, un convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental<sup>18</sup>.

Por ello, ya es de pleno conocimiento que los elementos constitutivos de esta clase de contrato serán: **a) la prestación personal de servicios, b) la remuneración, y, c) la subordinación**; los cuales serán constitutivos y necesarios, por cuanto la falta de uno de ellos daría lugar a una relación jurídica diferente a la que es materia de protección de la presente disciplina jurídica; con tal fin, en reiterada jurisprudencia, tales como en las sentencias recaídas en los Exp. N° 01846-2005-PA/TC, N° 3012-2 004-AA/TC, N° 833-2004-AA/TC, N° 1944-2002-AA/TC y N° 0833-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado:

*"Con relación al contrato de trabajo, este Tribunal considera necesario precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. Por su parte el contrato de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764° del Código Civil como aquél acuerdo de voluntades por el cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Es evidente que de la definición dada por el Código Civil el elemento esencial de este contrato es la independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios (...) De lo expuesto se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario) (...) Si en la relación civil se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente en presencia de una relación laboral; más aún, si se aprecia que el comitente ha ejercido los poderes que le son inherentes al empleador, como son el poder de dirección y el poder sancionador, se estará te una relación laboral que ha sido encubierta como un contrato de naturaleza civil, por lo que es en este caso de aplicación el principio de primacía de la realidad.(...) En tal sentido, se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración)"*

<sup>17</sup> DE FERRARI FRANCISCO, "Derecho del Trabajo", Segunda Edición, Volumen II, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1969, Pág. 73.

<sup>18</sup> GOMES VALDEZ FRANCISCO, "El Contrato de Trabajo", Parte General, Tomo I, Edit. San Marcos, Pág. N° 109.



En donde tal decisión se sujetará a la valoración del juzgador conforme al principio de Primacía de la Realidad, el cual:

*"Es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Tribunal ha precisado, (...) que mediante este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"<sup>19</sup>.*

**DECIMO SETIMO: Sobre la constitución de un contrato administrativo de servicios.-** El contrato administrativo de servicios (CAS) es una figura jurídica del Estado regulado en el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, por el cual su eficacia no se encuentra sujeta a la vigencia de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; pues su carácter transitorio y especial, con excepción de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública.

Asimismo, si bien es verdad que en el proceso de inconstitucionalidad recaído en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC<sup>20</sup>, el TC ha considerado que el CAS es un régimen laboral de carácter especial válido, bajo la garantía de reconocerse los derechos mínimos reconocidos por 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 el cual se establece la eliminación progresiva del régimen laboral y otorga derechos laborales, actualmente se reafirma y reitera<sup>21</sup> 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 presente 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).

<sup>19</sup> Criterios desarrollados en forma clara y expresa por el Tribunal Constitucional a través de los expedientes N° 833-2004-AA/TC y N° 1944-2002-AA/TC.

<sup>20</sup> En el referido Exp. N° 00002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que *"En principio, la contratación administrativa se aparta del régimen general de contratación contenido en la legislación civil, de modo que nos remite a un régimen especial, vinculado a la particular posición que tiene la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico; por un lado como ente con prerrogativas previstas en la Constitución y las leyes, y por el otro como parte contratante, asumiendo obligaciones y deberes vinculados a los contratos que aquella suscribe con personas de derecho privado (...) A partir de la presente sentencia, el artículo 1° del Decreto Legislativo N.º 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado "contrato administrativo de servicios", deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen "especial" de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional"*.

<sup>21</sup> Para ello, ya se sostiene que los principios reconocidos en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú se han fundado en la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho establecido en el artículo 43° de la carta magna, en cuanto el trabajo es la fuente primaria de la riqueza de un país; para ello, se podrá revisar el trabajo realizado por RUBIO CORREA MARCIA, *"La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional"*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Reimpresión, 2006, Pág. 376 - 377.



Para ello, bastará con recordar que, en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, el colegiado constitucional ya ha señalado precedentemente que:

*"El (...) desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral"*

**DECIMO OCTAVO:** Sobre el régimen laboral del INABIF.- El régimen jurídico del Programa Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF ha transcurrido desde una aparente sujeción a la carrera administrativa prevista en el Decreto Legislativo N° 276 a una certera variación del régimen laboral privada en el Decreto Legislativo N° 728, por cuanto a través de la Primera Disposición Final de la Ley N° 26918, Ley de Creación del Sistema Nacional para la Población de Riesgo, se reguló en forma expresa que el régimen laboral aplicable al Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF sería el régimen laboral privado previsto en el Decreto Legislativo N° 728.

En consecuencia, en el caso de vinculación de un contrato de locación de servicios y el contrato administrativo de servicios (CAS) en una relación jurídica concreta, si bien es verdad que actualmente el contrato CAS es régimen laboral válido de conformidad a lo señalado en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC, pero actualmente la jurisprudencia ordinaria ya ha señalado que, en el caso del personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada (tal como es el caso de los trabajadores de las empresas municipales establecido en Exp. N° 06681-2013-PA/TC por parte del Tribunal Constitucional), los referidos trabajadores (en caso se acredite un supuesto de desnaturalización de contrato preexistente o solo se advierta la vigencia de un régimen CAS puro), no podrán ser contratados mediante un contrato administrativo de servicios, en tanto que su validez no condicionará la existencia un régimen previo, al ser consecuencia de una simulación relativa y fraude a la ley.

**DECIMO NOVENO:** En consecuencia, en el caso de vinculación del contrato de servicios no personales (SNP) y el contrato administrativo de servicios (CAS), actualmente la jurisprudencia ordinaria ya ha señalado que, en el caso de los trabajadores adscritos al régimen privado (en similar condición a los trabajadores de las empresas del Estado), los referidos trabajadores -en caso se acredite un supuesto de desnaturalización de contrato preexistente- no podrán ser contratados mediante un régimen laboral aparentemente especial y autónomo.



Por consiguiente, a pesar que dentro el Decreto Legislativo N° 830 se haya admitido la continuidad del régimen laboral de la carrera administrativa prevista en el Decreto Legislativo 276 conforme a una opción voluntaria, pero a través de la Ley N° 26918 se reguló normativamente la inclusión de todos los trabajadores de aquella entidad al régimen laboral de la actividad privada.

**VIGESIMO: Sobre la validez constitucional del Decreto de Urgencia N° 016-2020 con relación a un reconocimiento de un vínculo laboral.-** El inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha previsto literalmente que el reconocimiento de un vínculo laboral establecida en una sentencia judicial solamente será efectiva, dentro de la administración pública, siempre y cuando el trabajador demandante haya accedido a tal puesto de trabajo mediante un concurso público de méritos, pues la variación del régimen laboral solamente resultará aplicable mediante la programación de un nuevo concurso de méritos; en efecto, de la revisión de la citada norma, se glosa lo siguiente:

*"(...) 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 (...)"*

Por el contrario, de la revisión de tal apartado normativo, se aprecia que el condicionamiento de la variación del régimen laboral previsto por el Decreto Legislativo N° 1057 (el cual mantendría la condición de un régimen laboral ineficaz por la desnaturalización previa del contrato de locación de servicios) a uno sujeto al régimen laboral de la actividad privada a plazo indeterminado bajo la sola condición que el mismo se realice mediante un previo concurso de méritos y sujeto a la voluntad de la propia entidad demandada, **conllevaría necesariamente a la vulneración de diversos derechos fundamentales de carácter constitucional dentro del propio proceso laboral, por cuanto tal limitación normativa conllevaría a un claro desconocimiento de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, la Necesidad de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley así como el principio constitucional de Primacía de la Realidad;** pues la potestad de reconocer una relación laboral a plazo indeterminado por la constatación de los hechos (a pesar que no exista una norma expresa dentro del régimen público, con excepción del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR aplicable al régimen privado) se extinguiría fácticamente por la actual necesidad de requerir previamente un concurso público.

En efecto, si un órgano jurisdiccional aplicara literalmente tal contenido normativo conllevaría a que los Jueces de Trabajo no tengan ninguna posibilidad de declarar una sola relación laboral, contraviniendo el inciso 8) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, sin la necesidad de advertir su acceso mediante un concurso público y se podrá limitar sus derechos constitucionales establecido en el artículo 23° de la Constitución Política del



Perú<sup>22</sup>; por cuanto aquel apartado requerirá necesariamente una condición que el trabajador no posee y por el cual conllevaría a la ineficacia del propio proceso de desnaturalización del contrato de locación de servicios y posterior ineficacia del régimen CAS, por cuanto no es el único elemento sustancial para poder fundamentar el acceso a un puesto de trabajo dentro de la administración pública.

**VIGESIMO PRIMERO:** En ese sentido, considerando que la potestad judicial de determinar el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado forma parte inmanente de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y la Necesidad de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley <sup>23</sup> reconocidos en los incisos 3) y 8) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, se podrá concluir que una norma con rango de ley no podrá desconocer unilateralmente el desarrollo jurisdiccional realizado por más de medio siglo en materia de desnaturalización de los contratos, en cuanto que el propio Tribunal Constitucional ha reiterado que un magistrado no requiere de una disposición normativa expresa para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral unificada, toda vez que dicha fuente deriva exclusivamente de la función inherente de los órganos judiciales que nuestra Constitución Política reconoce.

Para ello, el inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 no resistiría un adecuado análisis constitucional al amparo de una reiterada jurisprudencia ordinaria y constitucional en la presente materia.

**VIGESIMO SEGUNDO:** Además, resulta necesario precisar que nuestro sistema constitucional actualmente prohíbe cualquier tipo de modalidad legal de fraude a la Constitución Política bajo la aplicación de una norma de cobertura, que en el presente caso se adecuaría al inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020, por cuanto ya nuestro órgano máximo de control de la constitución ha requerido, tal como se podrá revisar el voto mayoritario dentro del Exp. N° 0006-2019-CC/TC, que no será suficiente un análisis exclusivamente legalista para poder obtener una manipulación de una institución (en el presente caso, el acceso a la carrera administrativa), pues el mismo será fraudulento si su única finalidad será obtener un beneficio distinto a la proclamada, esto es, la meritocracia dentro de la carrera administrativa.

Para ello, si ya se ha establecido que los incisos 3) y 8) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú permiten que un órgano jurisdiccional de trabajo

---

<sup>22</sup> El artículo 23° de la Constitución Política del Perú garantiza que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

<sup>23</sup> Para ello, ya el Tribunal Constitucional ha señalado dentro del Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC, que "(...) Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia (...) Conforme al artículo 139.º, inciso 8 de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho (...)"



pueda declarar la desnaturalización de una relación laboral dentro del sector público (por aplicación del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR aplicable al régimen privado), se podrá advertir que la aplicación literal del inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 conllevará necesariamente a la convalidación de un fraude a la Constitución Política, pues por la sola limitación normativa de la variación del régimen laboral se restringiría el reconocimiento de los derechos laborales dentro de una relación jurídica emanada del artículo 23° de nuestra carta magna anteriormente citada, la declaración de la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, y convalidando un notorio Abuso de Derecho por parte del Estado.

En ese sentido, del voto del magistrado Eloy Espinoza Saldaña fijado en el Exp. N° 0006-2019-CC/TC y del cual proviene la sentencia en mayoría, se podrá apreciar que la figura de fraude a la constitución es una figura constitucional de control en las actuaciones administrativas, por cuanto:

*"(...) Es necesario indicar que circunscribirse en estos casos a una interpretación de carácter meramente legalista, o "paleopositivista", podría incluso admitir un fraude a la Constitución, el cual consiste en la manipulación de una institución que, si bien es utilizada formalmente, su real propósito es perseguir un objetivo distante de su finalidad. Al respecto, debe señalarse con firmeza que el fraude a la Constitución, y en general toda forma de "ilícitos atípicos", se encuentran proscritos, con claridad, por el artículo 103 de la Constitución, a través de la prohibición expresa del abuso del Derecho, cuando allí se señala que: "La Constitución no ampara el abuso del derecho (...)"*

**VIGESIMO TERCERO:** Ahora, sobre la necesidad de un concurso público de méritos dentro del reconocimiento de una relación laboral y su estrecha relación con los fundamentos del precedente vinculante Huatuco Huatuco recaído mediante el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, se podrá precisar que aquella sentencia vinculante busca -desde el momento de su publicación- que el ingreso, permanencia y ascenso de un trabajador dentro de la administración pública se sujete mediante un orden meritocrático y en salvaguarda de la carrera administrativa, en donde el accionante que se encuentre solicitando la reincorporación al puesto de trabajo, deberá acreditar la existencia de un concurso público respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

En aquella línea interpretativa, el propio Tribunal Constitucional ha precisado que solamente sería aplicable dicho precedente siempre que se presenten los siguientes elementos: i) cuando el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y, ii) debe pedirse la reposición en una plaza vacante, presupuestada y que forme parte de la carrera administrativa, al cual corresponde acceder por concurso público de méritos; para ello, se ha detallado en forma expresa:



"(...)El Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado".

**VIGESIMO CUARTO:** Por el contrario, si bien es verdad que un precedente vinculante es un mandato de obligatorio cumplimiento dentro de los procesos ordinarios a causa de diversas interpretaciones discordantes en la práctica jurisdiccional; pero, a causa que la Corte Suprema de la República -mediante Casación N° 12475-2014-Moquegua<sup>24</sup>- ha determinado diversos criterios jurisdiccionales dentro del cual se aprecia una lista taxativa de supuestos en los cuales no se aplicará el citado precedente, se aprecia que el acceso al puesto de trabajo por concurso público y mediante plaza presupuestada no es un elemento material indispensable para poder ordenar la variación del régimen laboral a causa de una desnaturalización precedente, por cuanto existen supuestos diferenciadores por el cual se ha aplicado la figura denominada distinguishing (propio del derecho anglosajón) y el cual ha sido adoptado por las Salas Laborales Sociales y Constitucionales de la Corte Suprema de la República y del propio Tribunal Constitucional en posteriores fallos al citado precedente.

En efecto, para tener presente la presente controversia interpretativa y la validez los supuestos de inaplicación, se podrá advertir que el Tribunal Constitucional-a través del Exp. N° 06681-2013-PA/TC- se ha previsto adicionalmente:

"(...) Es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa,

<sup>24</sup> A través de la Casación N° 12475-2014-Moquegua, la Corte Suprema de la República ha establecido que "(...) En atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal considera que en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario conforme al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante 5057-2013-PA/TC-Junín. El cual no se aplica en los siguientes casos.

- a) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 276 o de la Ley n° 24041.
- c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) **Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).**
- e) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley n° 30057, Ley del Servicio Civil.
- f) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú".



*y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado)".*

Así, se deberá tener presente que el precedente vinculante Huatuco Huatuco no se aplicará cuando se evidencie -dentro de la relación laboral integral o parcial de la misma- una constatación del régimen del contrato administrativo de servicios (CAS), pues el mismo no ha formado parte de la carrera administrativa dentro de la función pública.

**VIGESIMO QUINTO:** Tan es cierto lo afirmado, que la propia doctrina civil y constitucional ha reafirmado que, mediante la aplicación de la casación, se podrá unificar la jurisprudencia, es decir, mediante el trato igual de casos iguales, el recurso extraordinario podrá generar un beneficio tan relevante como el de asegurar la igualdad en la aplicación de la ley: incrementar la seguridad jurídica<sup>25</sup>.

Por lo que, al tener presente que la Corte Suprema de la República y el propio Tribunal Constitucional han establecido jurisprudencialmente que el precedente vinculante, recaído en el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC, podrá ser inaplicado en supuestos específicos o concretos, tal como en el caso de una constitución de un régimen laboral adscrito de un contrato administrativo de servicios (CAS), **este Colegiado Superior considera expresamente que se deberá reconocer estrictamente aquellos supuestos de inaplicación establecidos en la Casación N.º 12475-2014-Moquegua y la sentencia recaída en el Exp. N.º 06681-2013-PA/TC** por uno de los supuestos o etapas advertidas dentro de la relación laboral, pues se deberá partir por el rol de unificación ante diferentes interpretaciones y los diversos supuestos de inaplicación advertidos con posterioridad a la emisión del citado precedente vinculante.

Si es así, considerando que el precedente vinculante huatuco no resulta aplicable en los casos en la que se adviertan labores de obreros municipales o se advierta la celebración de posteriores contratos CAS, con mucha mayor razón no existe una causal válida o legítima por el cual se obligue a los magistrados de trabajo a observar un previo concurso público para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral a consecuencia de la variación del régimen laboral.

---

<sup>25</sup> DELGADO CASTRO JORDY y DIAZ GARCIA IVAN, "La unificación de la jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario. Ventajas y Problemas", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 18, N.º 02, Coquimbo, 2011, Pág. N.º 275 a 304. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532011000200010](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200010)



**VIGESIMO SEXTO:** En lo que respecta a la validez de los Decretos de Urgencia, la misma es una norma con rango constitucional, como fuerza de ley; en donde la denominación "Rango de Ley" se encuentra fundamentada en el inciso 4) del artículo 200° de la Carta Magna y en donde la presente norma podrá ser objeto de un proceso de inconstitucionalidad y conforme a su ubicación dentro del sistema de fuentes del Derecho.

Por otro lado, la adjudicación del carácter "Fuerza de Ley" se encuentra reconocida expresamente en el inciso 19) del artículo 118° la Constitución, en donde se ha precisado que:

a) **El control jurídico** es realizado por los órganos judiciales, en donde este control jurisdiccional comprende el estricto control constitucional al cual se encuentra sujeto toda norma, teniendo en cuenta que no deberán existir zonas o lugares exentos al control de constitucionalidad dentro de un Estado Constitucional de Derecho, a través de un control difuso o concentrado.

b) **El control constitucional difuso**, el cual se encuentra regulado en el artículo 138° de la Constitución Política, consistente en el deber que tienen los jueces de preferir la norma constitucional sobre las normas legales que resulten aplicables al caso en concreto, de modo tal que en caso de conflicto la norma legal es inaplicable al caso en cuestión. Por tanto, si en el marco de un proceso judicial se invoca la aplicación de un decreto de urgencia, el Juez se encontrará habilitado para disponer su inaplicación en caso considere que el mismo es inconstitucional. Inclusive, en caso algún ciudadano considere que el decreto de urgencia en cuestión contenga medidas que afecten directa y concretamente algún derecho constitucional.

Con razón a ello, aunado su inconstitucionalidad material, se deberá tener presente que el inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 no resiste un exhaustivo análisis de constitucionalidad por vulnerar derechos fundamentales anteriormente citados; por lo que, se procederá a inaplicar la presente norma en el presente caso en concreto mediante la aplicación de un control difuso y se deberá reconocer la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada, al ser consecuencia de la desnaturalización del contrato de locación de servicios y la posterior ineficacia del contrato administrativo de servicios, conforme a su condición de obrero municipal.

**VIGESIMO SETIMO:** **El caso en concreto (Agravio N° 01 de la parte demandante, Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandada).**- De los actuados, la **parte demandada** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado correspondiente al periodo comprendido del 23 de marzo de 2007 al 30 de setiembre de 2014, por cuanto el trabajador es un trabajador adscrito al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios - CAS previsto en el Decreto Legislativo N° 1057, así como a contratos de locación de servicios suscritos precedentemente.



Asimismo, la **parte demandante** refiere que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al declarar la improcedencia del periodo laborado desde el 17 de setiembre de 2015 en adelante, por cuanto no se ha considerado que la parte demandante realizó las mismas funciones y dentro de una entidad que forma parte del régimen laboral de la actividad privada.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que procederá a la declaración de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada prevista en el Decreto Legislativo N° 728 dentro del periodo correspondiente a 23 de marzo de 2007 al 30 de setiembre de 2014, por cuanto el demandante ha ejercido la labor sujeto a la actividad de un régimen privado.

Pero, del periodo comprendido del 17 de setiembre de 2015 al 28 de febrero de 2018, el mismo no podrá formar parte de la desnaturalización, al estar sujeto a un régimen de contratación administrativa de servicio puro y el cual no se relaciona con el primer periodo laborado; por lo que, no se podrá analizar la presente controversia material.

**VIGESIMO OCTAVO:** Para tal fin, este **Colegiado Superior** observa que las labores desempeñadas por el recurrente se encontraba adscrita a la Unidad Gerencial de Protección Integral dentro del área de Consejería legal (a fojas 38) del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF; por lo que, considerando lo estipulado en la Primera Disposición Final de la Ley N° 26918, Ley de Creación del Sistema Nacional para la Población de Riesgo, se deberá tener presente que tal norma reguló en forma expresa que el régimen laboral aplicable al Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF sería el régimen laboral privado previsto en el Decreto Legislativo N° 728.

De esta manera, se podrá apreciar que al trabajador demandante no podría ser contratado mediante un contrato de locación de servicios o un posterior contrato administrativo de servicios, pues el régimen laboral aplicable era el régimen privado.

**VIGESIMO NOVENO:** Asimismo, a pesar que la parte demandante no haya acreditado la constitución de una relación civil dentro del segundo periodo laborado del 17 de setiembre de 2015 al 28 de febrero de 2018, es decir con anterioridad al régimen laboral de contratación administrativas de servicios, pero el mismo no será óbice para que esta instancia jurisdiccional pueda declarar que estas dos periodos se encontraron sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por cuanto el mismo se difiere de la vigencia de la Primera Disposición Final de la Ley N° 26918, Ley de Creación del Sistema Nacional para la Población de Riesgo.

Por consiguiente, al haberse declarado inconstitucional el inciso 3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020, mediante la aplicación de un control difuso, se procederá a ordenar la declaración de una relación laboral a plazo



indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N°728.

Con razón a ello, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo incluirse el segundo periodo comprendido del 17 de setiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018 dentro del régimen laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral comprendido dentro de la actividad privada. Asimismo, se deberá **rechazar el agravio formulado por la parte demandada**.

.....

### **SOBRE EL CONDICIONAMIENTO DE LA REPOSICIÓN EN VIA JURISDICCIONAL A UNA PLAZA PRESUPUESTADA DE NATURALEZA INDETERMINADA**

**TRIGESIMO:** El numeral 2) del inciso 3.1) correspondiente al artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha previsto literalmente que no se podrá ordenar jurisdiccionalmente la reposición al puesto de trabajo si la parte demandada no acredita el acceso a tal puesto de trabajo mediante un concurso público y una plaza presupuestada de naturaleza permanente; asimismo, en el numeral 1) del inciso 3.3) del artículo 3° de la citada norma nuevamente se dispone que el magistrado de oficio o con previo traslado a las partes podrá variar la demanda de reposición al puesto de trabajo por uno de indemnización por despido arbitrario, el cual podrá realizarse dentro de la tramitación del proceso o dentro de una ejecución de sentencia.

En efecto, de la revisión de la citada norma, se glosa lo siguiente:

*" 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 (...)"*

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

Con ello, de su revisión, se podrá apreciar que la presente medida nuevamente se involucra, dentro de la tramitación de un proceso o en ejecución de sentencia, implicaría la vigencia y eficacia de diversos derechos fundamentales de índole material y procesal, por cuanto la misma condicionaría la garantía protectora reconocida en el artículos 27° y el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, así como el principio de



razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad establecida en nuestra carta magna.

En base a ello, por el impacto que podría ocasionar el presente apartado normativo, procederemos a precisar previamente las garantías constitucionales relacionadas a la Protección adecuada contra el Despido Arbitrario, la Cosa Juzgada, el principio de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad; para luego concluir si el presente apartado también es constitucional o si esta norma otra vez afecta gravemente garantías básicas que amerita su inaplicación en el presente proceso, a través del control difuso.

**TRIGESIMO PRIMERO:** **Sobre la acreditación de una causa justa y la protección adecuada contra el despido arbitrario.**- Respecto al mismo cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos:

- 1) El acceder a un puesto de trabajo.
- 2) El derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley,

Situaciones relevantes para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario; con ello, cuando se advierta la extinción de una relación laboral abusiva o sujeta a una inconstitucionalidad, nuestro sistema jurídico ha adoptado por casi medio siglo que el efecto necesario a tal declaración de inconstitucionalidad será la reposición al puesto de trabajo o la indemnización, a propia elección de la parte demandante.

**TRIGESIMO SEGUNDO:** De esta manera, en caso de ceses abusivos o ilegales declarados inconstitucionales, la protección jurisdiccional y constitucional establecida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú ha reconocido un efecto restitutorio de derechos (tal como es la reposición al puesto de trabajo) o un efecto indemnizatorio (la indemnización al puesto de trabajo), el cual podrá ser elegida por el trabajador a propia voluntad y no podrá ser desconocida por ningún ciudadano particular o un poder del Estado, por cuanto la limitación del artículo 27° de la Constitución Política del estado a la propia liberalidad o acto de voluntad al empleador o al Estado podría vaciar de contenido su protección sustancial.

En efecto, tal como lo desarrollado en el Exp. N° 1 124-2001-AA/TC y N° 976-2001-AA/TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que la reposición al puesto de trabajo es una forma válida y constitucional de reparación al derecho vulnerado y el cual posee un efecto erga omnes, por cuanto:

*"(...) No debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador (...) Cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato*



*constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles (...) El tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N° 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación (le un derecho constitucional)". En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente (...) La competencia y actuación de la vía jurisdiccional -ordinaria o constitucional- y los alcances de la protección jurisdiccional -reposición o indemnización- dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados (...) Por todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N°. 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (...)"*

De ahí, que el propio órgano de control de la Constitución Política haya precisado, desde el año 2001, que toda extinción de la relación laboral mediante el despido o acto encubierto (sea en el ámbito privado en el ámbito público) deberá ser debidamente acreditado y sujeto a una causa justa, por cuanto el efecto a la declaración -se reitera- de una inconstitucionalidad será la activación inmediata de la reposición al puesto de trabajo o la indemnización como efectos de la restitución del derecho fundamental vulnerado.

**TRIGESIMO TERCERO:** Para ello, para poder determinar la viabilidad jurídica de una indemnización o reposición en caso no se observe una causa adecuada o justificada prevista en la ley, se deberá tener presente que la misma ha derivado de una protección constitucional reconocida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, por parte del Tribunal Constitucional, pues a través de los Exp. N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001- AA/TC y N° 206-2005-AA/ TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que:

*"(...) el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:*

- a. *Se trata de un mandato al legislador*



- b. *Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
- c. *No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

*Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.*

*Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.*

*Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".*

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16° de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, previsto en la LPCL.

**TRIGESIMO CUARTO: De la Cosa Juzgada.-** De acuerdo a la teoría jurídica vigente, la Cosa Juzgada es un principio procesal y constitucional por el cual un órgano administrativo o jurisdiccional debe respetar toda resolución que ha



tenido la condición de firme o por el cual exista un pronunciamiento sobre el fondo de una controversia jurídica por falta de interposición de un recurso impugnatorio, pues de aquella manera la ciudadanía podrá tener certeza jurídica o la predictibilidad de las resoluciones judiciales, los cuales deberán encontrarse acorde al orden objetivo de valores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales<sup>26</sup>.

Por ello, a través de la sentencia recaída en los expedientes N° 006-2006-PC/TC y N° 4587-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló en forma expresa:

*"(...) La Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales (...)", en donde "(...) Una opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial o puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó(...)"*

**TRIGESIMO QUINTO:** En ese sentido, como se podrá apreciar, la propia jurisprudencia en materia constitucional se ha encargado de diferenciar dos aspectos de la Cosa Juzgada, por cuanto la misma se desenvuelve jurídicamente en dos dimensiones, esto es, dentro de un aspecto material y un aspecto formal; para ello, a través del fallo expedido en el Exp. N° 4587-2004-AA/TC el TC ha reiterado:

*"(...) Mediante la garantía de la cosa juzgada, se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes*

<sup>26</sup> Por ello, el autor FIGUEROA GUTARRA EDWIN, en su trabajo denominado *"La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional"* el cual fuera publicado en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, precisa que la Cosa Juzgada sólo podrá existir en tanto se respete por parte de todos los demás poderes públicos la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, en cualquier tipo de controversia que pueda vincularse con estos contenidos. Para ello, se podrá revisar el trabajo descrito en el presente link: [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista\\_peruana\\_der\\_consti\\_9\\_07.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9_07.pdf)



*públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)"*.

En tales aspectos, el eje central de la cosa juzgada formal se concentra en que ningún fallo puede ser modificado por otro funcionario o autoridad dentro de un mismo proceso u otro posterior, pues -tal como lo desarrollado en el Exp. N° 00574-2011-PA/TC- la misma se sujeta en que:

**"(...) Ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)"**

Por ello, se aprecia que nuestro sistema constitucional y ordinario claramente reconoce que la Cosa Juzgada Formal y Material permite la vigencia en el tiempo de las resoluciones jurisdiccionales, pues garantiza la inmutabilidad del mandato en base a la imposibilidad que el mismo no pueda ser impugnado, por exceder el plazo establecido o por ya haberse agotado su oportunidad; más aún si en el proceso principal no se han impugnado la forma de pago o la cuantía a descontarse los aportes previsionales o tributarios.

**TRIGESIMO SEXTO: Sobre el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.**- Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, se podrá apreciar que la misma es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (configurado en los artículos 3° y 43° Constitución Política del Perú), pues se ha plasmado expresamente en el artículo 200° de la carta magna, en donde su naturaleza se sujetará en las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; por ello, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>27</sup>.

Para ello, se deberá tener claramente presente que si bien es verdad que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; conforme a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal<sup>28</sup>; pero se deberá tener presente que

<sup>27</sup> LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

<sup>28</sup> Para ello, en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ya ha descrito que "(...) De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor(...) La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el

el requisito de razonabilidad deberá excluir necesariamente la arbitrariedad, pues la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, se concluye que una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), será esencialmente antijurídica.

Por ello, se aprecia que el concepto de arbitrario aparejará tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica; de ahí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

---

*margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.(...)Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:*

**La discrecionalidad normativa.-** *Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.*

**La discrecionalidad planificadora.-** *Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.*

**La discrecionalidad política.-** *Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.*

*Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.*

**La discrecionalidad técnica.-** *Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico(...)"*



En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

**TRIGESIMO SETIMO:** De esta manera, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad<sup>29</sup>.

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007- AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió:

*“El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación(...)”*

Asimismo, a través de los expedientes N° 0090-2004- AA/TC y N° 2192-2004-AA/TC, el propio TC ha reiterado el presente criterio, en cuanto:

*“(...) Las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional (...) Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia (...) En ese contexto, al*

<sup>29</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.



*Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional (...)"*

**TRIGESIMO OCTAVO: Del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad.-** La noción del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad es el reconocimiento de la presencia de arbitrariedad, esto es, una medida o actuación que rebasa la razonabilidad y proporcionalidad dentro del ejercicio de la función pública, pues la misma podrá limitar la forma de aplicación del derecho o la actuación de las partes en beneficio de sus propias arbitrariedades.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que - a través de las sentencias recaídas en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC y N° 0090-2004-AA/TC, que la interdicción de la arbitrariedad se circunscribe que:

*"(...) Del principio del Estado de Derecho surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:*

*a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.*

*b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.*

*En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad"*

En donde, se aprecia que el concepto descrito, se circunscribe a la figura de:

*"El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...)"*

**TRIGESIMO NOVENO: Revisando la motivación del Decreto de Urgencia N° 016-2020.-** Si quizás se tenga dudas sobre la verdadera finalidad que ha tenido el presente decreto de urgencia con relación de unificar los criterios de los efectos de la reposición al puesto de trabajo y su condicionamiento a una plaza presupuestada conforme a los lineamientos establecidos en el precedente vinculante Huatuco Huatuco, se podrá apreciar que ya el propio Poder Ejecutivo (a través de las recomendaciones brindadas por la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR) ha venido señalando anticipadamente su negativa u oposición a los fundamentos empleados por los órganos jurisdiccionales (juzgados o salas laborales) sobre el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, sujeto al régimen laboral de la actividad privada, y el efecto restitutorio de la reposición al puesto de trabajo; por cuanto considera abiertamente que tales interpretaciones de apartamiento del precedente vinculante Huatuco Huatuco son erróneas y solamente se deberán



imperar los criterios empleados en el propio precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, al solamente existir la obligación de ingreso al Estado a través de un concurso público de méritos y sujeto a una plaza presupuestada de manera permanente, adicionando la posibilidad de reconducción de la pretensión de indemnización por despido arbitrario dentro del proceso ordinario laboral.

En efecto, del texto denominado "*Análisis de las sentencias judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los gobiernos regionales*"<sup>30</sup>, se aprecia que el acceso de la función pública se deberá desarrollar necesariamente mediante un concurso público de méritos y conforme a una plaza presupuestada de carácter permanente, en todos sus aspectos, pues no es constitucionalmente posible que un órgano jurisdiccional desconozca la interpretación que el Tribunal Constitucional otorga con relación a los requisitos que deben cumplirse para que un demandante sea repuesto dentro de una entidad pública bajo un contrato a plazo indeterminado<sup>31</sup>; para ello, sustenta la necesaria posición por el cual el propio Tribunal Constitucional (a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 06681-2013-PA/TC) habría ratificado la posición de la necesidad de acreditar una plaza presupuestada de manera permanente, por cuanto el mismo se debe requerir sin la necesidad de distinguir el régimen laboral aplicable, por cuanto el mismo -se insiste- conllevaría a una interpretación errónea.

Por el contrario, este Colegiado Superior considera que aquella interpretación realizada por la autoridad administrativa no es exacta ni adecuada, pues el SERVIR parte de la premisa por el cual el citado precedente vinculante debería aplicarse sin ninguna distinción y que los órganos adscritos al poder Judicial no tienen ninguna modalidad legal o constitucional de inaplicación o diferenciación en cada caso concreto (esto es, en aplicación del distinguishing), al haberse ratificado aquella interpretación por parte del TC.

**CUADRAGESIMO:** En ese sentido, si reiteramos que dentro de los procesos tramitados en los expedientes N° 4718-2016-PA/TC y N° 06681-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que solo procede el requerimiento de un previo concurso público de méritos y mediante el acceso a una plaza presupuestada de naturaleza permanente a aquellos trabajadores que pueden acceder a la carrera administrativa (tales como los trabajadores adscritos al régimen laboral público regulado por el D.L. N° 276 o los que se encuentran incorporados a la Ley de Servicio Civil N° 30057), por cuanto los que no forman parte de la carrera administrativa (tales como los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores sujetos a la contratación administrativa de servicios, los funcionarios de confianza, los trabajadores de las empresas del Estado, etc.) no les resultará aplicable tal requisito, por cuanto que resulta lógico advertir que los mismos no podrán acreditar una condición constitutiva previa que no poseen en la realidad.

<sup>30</sup> AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, "*Análisis de las sentencias judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los gobiernos regionales*", Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, Lima, Diciembre 2019, Pág., 01 al 15

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 11



Si es así, con las presentes contradicciones, al existir una evidente verificación de la reposición a una plaza presupuestada conforme a cada régimen laboral dentro del Estado y su presunta inclusión dentro de la carrera administrativa (véase nuevamente el Exp N° 06681-PA/TC) se aprecia que las contradicciones brindadas por el SERVIR se caen ya de maduras, pues:

a) ¿Como la Autoridad Administrativa del Servicio Civil - SERVIR puede llegar la conclusión que se puede requerir ampliamente el requisito de un concurso público y una plaza presupuestada de naturaleza permanente si el propio Tribunal Constitucional (así como la Corte Suprema) ya ha admitido regímenes laborales que no forman parte de la carrera administrativa?.

b) ¿De qué manera se admite la posibilidad que hora se deniegue el control judicial (Cortes Superiores y Corte Suprema de la República) sobre la aplicación del precedente vinculante Huatuco Huatuco mediante la modalidad del distinguishing y solo se considere solamente como una "interpretación errada" o una "interpretación auténtica"<sup>32</sup> sin analizar el régimen laboral aplicable y su inclusión dentro de la carrera administrativa?

De ahí que esta instancia jurisdiccional aprecie serias contradicciones a los reiterados fallos realizados por el propio Tribunal Constitucional (sin mencionar a las anteriores casaciones expedidas por la Corte Suprema de la República) se advierten diversos escenarios de inconstitucionalidad de la presente norma y percepción del Poder Ejecutivo, por cuanto sus fines ya se encuentran seriamente cuestionados por los propios criterios del TC y los cuales son ampliamente anteriores a la emisión de aquel informe.

**CUADRAGESIMO PRIMERO: ¿Resulta constitucional la prohibición jurisdiccional al mandato de reposición y variación a la pretensión de indemnización?.-** Por los argumentos expuestos precedentemente, esta Colegiado Superior considera que la limitación normativa al mandato de reposición ordenado por un órgano jurisdiccional y la variación de la misma a la pretensión de indemnización por despido arbitrario, sea dentro de la tramitación o en ejecución de sentencia, conlleva a una clara vulneración de los derechos fundamentales a una Protección adecuada de un Despido Arbitrario, la Cosa Juzgada, así como los principios constitucionales sobre la razonabilidad e interdicción a la arbitrariedad; por cuanto la limitación normativa de la reposición vaciaría de contenido el núcleo duro de protección del presente derecho y cuya garantía ha sido reconocida en el caso recaído en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, también conocido como caso Eusebio Llanos Huasco, por parte del TC (verificar fojas 28 a 29 de la presente resolución).

Por lo que, si actualmente existen supuestos específicos en el cual se aprecian regímenes laborales que se encuentran excluidos de la administración pública, se podrá apreciar que el requisito previo de acceder a un concurso público de méritos y sujeto a una plaza presupuestada permanente no podrán ser considerado un requisitos indispensables, sujeto a nulidad o responsabilidad

<sup>32</sup> Ibidem, pág. 12



funcional, para poder ejecutar un mandato de reposición en la que se declare previamente el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada (el cual si es un claro desmantelamiento de una tutela restitutoria y vulneración del artículo 27° de nuestra Constitución Política), por cuanto los requisitos propios del precedente vinculante Huatuco Huatuco solamente será aplicable para aquellos casos en donde se aprecie una función propia de la carrera administrativa.

**CUADRAGESIMO SEGUNDO:** Con esto, al existir la necesidad de valorar previamente el régimen laboral aplicable para poder calificar la aplicación del precedente vinculante Huatuco Huatuco, se podrá concluir inmediatamente que el requisito previo de acreditar (por parte del trabajador) un concurso público y una plaza presupuestada de carácter permanente es notoriamente inconstitucional y conlleva a la constitución de un nuevo Fraude a la Constitución Política del Perú, por cuanto condiciona el efecto restitutorio que otorga la reposición al puesto de trabajo, es decir, elimina toda posibilidad que el cese de la extinción unilateral de la relación laboral (de un régimen laboral que no forma parte de la carrera administrativa) se revierta a través de la reincorporación del demandante y el ejercicio pleno de sus derechos dentro de la relación laboral.

Por consiguiente, a consecuencia de las inconsistencias de la percepción del Poder Ejecutivo y la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, esta Instancia Superior considera que la autorización previa por parte del sector trabajo para autorizar expresamente la reposición al puesto de trabajo limita evidentemente la protección constitucional anteriormente citado, por cuanto se utiliza la facultad normativa en forma discrecional para limitar la reposición al puesto de trabajo, conduciendo a vaciar nuevamente el contenido de la una adecuada protección contra el despido arbitrario por la sola contraposición a la Ley.

**CUADRAGESIMO TERCERO:** Asimismo, la disposición de variar de oficio o a pedido de parte la pretensión de reposición al puesto de trabajo a una de indemnización por despido arbitrario a los procesos en trámite y sobre aquellos procesos que tengan la calidad de cosa juzgada, se aprecia otra seria inconstitucionalidad grave de tal mandato, por cuanto ahora el Poder Ejecutivo pretende cuestionar los casos ya resueltos en la que se ordena la reposición y se faculta (obliga, en nuestro concepto) a variar la pretensión ya declarada judicialmente por la de indemnización por despido arbitrario; es decir, desconoce una garantía fundamental por el cual ninguna autoridad jurisdiccional y no jurisdiccional puede modificar o dejar sin efecto con posterioridad una declaración y/o constitución de derechos, por cuanto el mismo se deberán cumplir en forma indefectible y en estricto cumplimiento de sus propios términos.

Para ello, bastará con recordar que el Exp. N° 4587 -2004-AA/TC el TC ha reiterado que la cosa juzgada material y formal garantiza necesariamente que:



*"(...) El contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)".*

En consecuencia, resulta claramente contradictorio que tal decreto de urgencia permita modificar procesos en trámite lo que ya tengan calidad de cosa juzgada y prolongar la controversia sobre la futura indemnización por despido arbitrario, por cuanto el Poder Ejecutivo tiene pleno conocimiento que las sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada material no pueden ser modificados a su propia voluntad; más aún cuando se pretenda introducir una tutela indemnizatoria para un supuesto, se insiste, que no forma parte del precedente vinculante Huatuco Huatuco.

Por todos los fundamentos expuestos, nuevamente se procederá a inaplicar la norma en el presente caso en concreto, mediante la aplicación de un control difuso, por cuanto este **Colegiado Superior** sí admite la posibilidad de que un órgano jurisdiccional en materia laboral ordene la reposición al puesto de trabajo a un demandante que ha sido cesado en forma unilateral y sin causa justificada, el mismo sea ejecutado por la parte demandada, sin mandato de variación de la demanda o la modificación de la pretensión dentro de la etapa de ejecución de sentencia; salvo que ambas partes se encuentren de acuerdo.

**CUADRAGESIMO CUARTO: Sobre el Despido Nulo por presentación de una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.**- Sobre la causal regulada en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa:

*"Es nulo el despido que tenga por motivo: Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°".*

Para ello, la doctrina refiere que todo trabajador que fuese despedido luego de interponer alguna queja o reclamo en contra de su empleador y considere que el motivo de su desvinculación se ha sujetado en el interés de búsqueda hacia una tutela efectiva, podrá cuestionar judicialmente la nulidad de su despido, debiendo acreditar (en este caso) que el despido se realizó a causa del reclamo efectuado<sup>33</sup>; asimismo, la propia teoría jurídica precisa que cuando se defina la causal concerniente a una queja o reclamo contra el empleador, se referirá a una disconformidad con respecto a alguna situación o tema en particular, cuya acción no tendrá que ser planteado ante un mismo empleador, sino ante órganos especializados de resolver la controversia, según corresponda<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, "Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo", Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio, 2016, Pág. N° 232 -257

<sup>34</sup> Ídem, Pág. 236

Ahora, si bien es verdad que la doctrina nacional y la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) siempre han señalado que esta causal solamente se configurará ante la presentación de una queja ante órganos administrativos, conciliatorios o judiciales que no sea el empleador (con relación al Convenio N° 158 de la OIT<sup>35</sup>); pero, a nivel internacional y jurisprudencial, actualmente esta instancia superior también se encuentra tutelando la protección a la madre y mujer trabajadora contra el acoso sexual dentro de la presente causal, pues ahora no es necesario que la causal de despido nulo por queja se encuentre encasillada a la presentación de una queja ante las autoridades judiciales y administrativas correspondientes, pues actualmente se admite la posibilidad que la referida queja sea presentada ante el propio empleador.

**CUADRAGESIMO QUINTO:** De esta manera, a través de la Casación N° 12914-2014-Junín y N° 8984-2016-Lima expedidas por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se detalla lo siguiente:

*"El inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que será nulo el despido que tenga por motivo la presentación de una queja o la participación en un proceso judicial contra el empleador, en dicha razón el juzgador deberá establecer la vinculación del despido con la motivación real del mismo, no bastando que se acredite por separado los hechos invocados, sino que tenga una relación con la decisión del empleador"*

*"La queja interpuesta fue presentada de manera formal u estricta a su propia empleadora, sin tener en cuenta los alcances del supuesto que invoca, pues dicho dispositivo establece como causal de despido nulo presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Asimismo, el artículo 47° del reglamento del Decreto Supremo N° 003-97-TR, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece que se configura la nulidad del despido (...) si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes; por lo que la queja así formulada por el accionante escapa del ámbito de protección contenido en el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR",*

---

<sup>35</sup> El artículo 5° del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que, entre estos motivos, no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo:

- (a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
- (b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- (c) **Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.**
- (d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.
- (e) La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.



**CUADRAGESIMO SEXTO: El caso en concreto (Agravio N° 02 de la parte demandante, Agravio N° 01 de la parte demandada).**- De los actuados, la **parte demandada** reitera que en el presente proceso no procederá la incorporación del demandante a su puesto de trabajo, por cuanto que el numeral 2) del inciso 3.1) correspondiente al artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 (así como los considerandos establecidos en el Precedente Huacuto Huatuco recaído en el Exp. N° 5057-2013.PA/TC) ha previsto literalmente que no se podrá ordenar jurisdiccionalmente la reposición al puesto de trabajo si la parte demandada no acredita el acceso a tal puesto de trabajo mediante un concurso público y una plaza presupuestada de naturaleza permanente.

Ahora, la **parte demandante** precisa que el cese de la relación laboral se produjo a consecuencia de un Despido Nulo contemplado en el inciso c) del artículo 29° de la LPCL, por cuanto el cese de la relación laboral por cumplimiento del plazo se produjo a consecuencia de la interposición de una demanda ante los órganos jurisdiccionales a consecuencia de una desnaturalización del contrato; así, también corresponderá el pago de las remuneraciones devengadas.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que no se procederá a declarar la constitución de un Despido Nulo por la causal contemplada en el inciso c) del artículo 29° de la LPCL ni el pago de las remuneraciones devengadas, por cuanto este periodo se encuentra sujeto a un régimen laboral especial CAS y el cual no forma parte de sus competencia.

**CUADRAGESIMO SETIMO:** Para tal fin, este **Colegiado Superior** observa que, dentro del presente proceso, ya se ha determinado que la demandante se encontraba suscrita al régimen laboral a plazo indeterminado y conforme al régimen de la actividad privada sujeto desde el 23 de marzo de 2007 al 30 de setiembre de 2014 y desde el 17 de setiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018, al estar sujetos al régimen laboral de la actividad privada conforme a lo estipulado en la Primera Disposición Final de la Ley N° 26918, Ley de Creación del Sistema Nacional para la Población de Riesgo, de manera similar a lo establecido en el caso de los trabajadores de las empresas del estado previsto en el Exp. N° 06681-2013-PA/TC por parte del Tribunal Constitucional.

Así, resulta constitucional que la parte demandante acceda a su puesto de trabajo conforme a la tutela restitutoria que proviene de la protección adecuada contra el despido arbitrario y el cual ha sido reconocida en el Exp. N° 976-2001-AA/TC establecido por el propio Tribunal Constitucional (caso Llanos Huasco), conforme a las causales establecidas en la citada jurisprudencia, si fuera el caso.

En ese sentido, si se advierte que la parte no ha tenido la posibilidad de acceder a la carrera administrativa por su régimen laboral aplicable, resulta claro colegir que no resulta razonable ni constitucional que ahora se le requiera el cumplimiento de acceso a través de un concurso público y sujeto a una plaza permanente; por cuanto se le requeriría de una plaza que no ostenta en



la realidad y por el cual haría inejecutable el mandato de reposición, además de reiterar que la condición de la demandante es una trabajadora sujeta al régimen privado. De esta manera, al haberse declarado inconstitucional el numeral 2), inciso 3.3) del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020, mediante la aplicación de un control difuso, se procederá a validar la reposición al puesto de trabajo (si se aprecia una extinción irregular) y el cual deberá ejecutarse oportunamente y mantener sus efectos en el tiempo, salvo que ambas partes estén de acuerdo en variar la pretensión a uno de indemnización por despido arbitrario..

**CUADRAGESIMO OCTAVO:** Ahora, en lo que respecta a la constitución de un Despido Nulo a consecuencia de la aplicación del inciso c) del artículo 29° de la LPCL, se podrá apreciar que la parte demandante interpuso una demanda de amparo sujeta a la desnaturalización de su régimen laboral con fecha 30 de octubre de 2014 (conforme a la revisión del sistema integrado del Poder Judicial) ante el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 37526-2014-0-1801-JR-CI-05) el cual ha sido reconocido por la propia parte demandada en su contestación de la demanda (a fojas 277); en ese sentido, se advierte que la presentación de la demanda no guarda relación con el cese de la relación laboral producida en el año 2014, por cuanto se podrá apreciar que la presente acción ha caducado, al haber pasado un plazo mayor de 4 años para poder impugnar este tipo de despido nulo.

Además si se tiene que presente que con fecha 17 de setiembre de 2015, en adelante se inició el segundo periodo de una relación laboral, se podrá apreciar la incongruencia de la presente pretensión restitutoria con la continuidad de la relación laboral, pues se advierte que la extinción de la relación laboral ahora se produjo el 28 de febrero de 2018.

Por tales consideraciones, pronunciándose sobre el fondo de la controversia, no se aprecia la constitución de un despido nulo estipulado en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR., por cuanto no se aprecia que si ha existido un acto de represalia por parte del empleador ante la presentación de la demanda de desnaturalización del contrato de locación de servicios y posterior contrato CAS en el año 2014, por cuanto la segunda relación laboral iniciada en el año 2015 se extinguió el 28 de febrero de 2018 (a fojas 246).

Con razón a ello, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo confirmarse el extremo de la sentencia impugnada.

.....

**SOBRE LA ASIGNACIÓN DE CARGO Y LA NIVELACION DE LA CATEGORIA**



**CUADRAGESIMO NOVENO:** El derecho constitucional a la remuneración.- El derecho a la remuneración reconocido en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú reconoce que todo trabajador, sin distinción, tendrá el derecho de percibir una retribución en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, pues, el presente derecho posee una naturaleza alimentaria, al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, la igualdad y la dignidad de la persona humana; al adquirir diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

De esta manera, fluye del principio por el cual nadie se encontrará obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, pues la remuneración como tal constituye una contraprestación por los servicios del trabajador, al ser de libre disposición, y tener un carácter claramente alimentario, en donde su pago tendrá prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, conforme al mandato reconocido en los artículos 23° y el segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución Política del Perú. Con ello, la remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

En efecto, la propia doctrina ha precisado que la remuneración, o salario, podrá ser definida como toda prestación que el empleador deba al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo **en forma permanente**, el cual podrá ser valorada a través de diversos elementos tales como el tiempo, la unidad de producción, su vinculatoriedad directa (bonificaciones o incentivos) o su vinculatoriedad indirecta (vacaciones, gratificaciones, CTS, etc.); en donde su modalidad de prestación se **sujetara a la vigencia de la relación de trabajo o el reconocimiento judicial de la misma**, en donde tal declaración regirá la eficacia del pago de remuneración por el periodo no laborado o abonado en forma diminuta, conforme a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

**QUINCUAGESIMO:** Para ello, el órgano de control de la constitución refiere, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0020-2 012-P1/TC, que el derecho a la remuneración:

*"Fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo (...) En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución".*



Ahora bien, a nivel legislativo, el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR precisa de forma expresa:

*"Constituye como remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituía remuneración computable para efecto del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficios de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo"*

**QUINCUAGESIMO PRIMERO:** Por consiguiente, **constituirá remuneración todo lo que el trabajador perciba como contraprestación por sus servicios, no importando la forma de su otorgamiento ni la denominación que se le dé, siempre y cuando sea de su libre disposición**, para efectos legales deberá ser considerado remuneración; con excepción de aquellos pagos que por ley se encuentran excluidos, tales como los conceptos estipulados en los artículos 19° y 20° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR; así, en la Casación N° 11048-2014-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República refiere:

*"El concepto de remuneración comprende no solo la remuneración ordinaria, sino todo otro pago que se otorgue cualquiera sea su forma o denominación que se le dé salvo que por norma expresa se le niegue tal calidad (...) La remuneración (...) refleja una concepción totalizadora de la remuneración y que se encuentra establecida en la Constitución Política del Perú".*

**QUINCUAGESIMO SEGUNDO: Sobre el derecho a la Igualdad y no Discriminación desde la óptica constitucional.-** El Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú) aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes; asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del empleador, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la



En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual; por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables, en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha concluido pues:

*“(…)La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(…) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (...)Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable(...) Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.*

**QUINCUAGESIMO TERCERO:** De la determinación de las Remuneraciones desde una percepción del Derecho Internacional del Trabajo.- En materia propiamente laboral, el artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el cual el Estado Peruano forma parte a través de su aprobación mediante Decreto Ley N° 17687 publicado el 07 de junio de 1969 y ratificado el 10 de agosto de 1970, ha prescrito que:

*"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*

---

técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.



- a. *Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b. *Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".*

Por lo que, la propia Organización Internacional del Trabajo - OIT ha establecido en forma conveniente una definición amplia de discriminación, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; exceptuando de aquellas, las medidas especiales que se dicten para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

**QUINCUAGESIMO CUARTO:** Para ello, se deberá tener presente que la OIT ha expedido el Convenio sobre la Discriminación N° 111 (empleo y ocupación) mediante el cual:

*"(...) El término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...) Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)"*

En donde el referido Convenio y la Recomendación (número 111), de 1958, definen a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en una de las causas que enumeran) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación<sup>37</sup> (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión. Por tal razón, la definición dada en los

<sup>37</sup> ROSSILLION CLAUDE, "La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo", Organización Internacional del Trabajo - OIT, la cual se podrá revisar en el siguiente enlace:  
file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaOITYLaEliminacionDeLaDiscriminacionEnElEmpleo-5460996.pdf

instrumentos de la OIT en 1958<sup>38</sup> tiene en cuenta el hecho de que la igualdad de oportunidades o de trato se puede ver afectada no sólo por actitudes negativas, que son las más aparentes, sino también por "preferencias" que, a menudo, son más difíciles de descubrir, pues tales distinciones, exclusiones o preferencias, provendrán de la legislación como a las que se manifiestan en la práctica, incluso en las prácticas privadas en donde la política nacional también debe tender a eliminar la discriminación.

Para ello, este organismo ha considerado que incluirá la discriminación indirecta, la cual puede resultar de medidas o prácticas que no hacen referencia a un criterio discriminatorio pero que, en las circunstancias en que se aplican, conducen a una desigualdad de oportunidades o de trato<sup>39</sup>.

**QUINCAGESIMO QUINTO:** Ahora bien, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N°008-2005-PI/TC y N°04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa, por cuanto:

*"(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución", en donde, "(...) La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad; y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores." Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)".*

<sup>38</sup> En el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT se ha designado en virtud del artículo 26° de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha permitido examinar el cumplimiento de diversos países latinoamericanos, (como por ejemplo Chile) en base a la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), OIT, 1975 (especialmente los párrafos 174 y 175).

<sup>39</sup> Para ello, se podrán revisar el texto " La igualdad en materia de empleo en las legislaciones y otras normas nacionales" , OIT, 1967, Pág. 7 , así como el trabajo denominado "Cómo combatir la discriminación en el empleo", Guía práctica; OIT, 1981.



Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N°20121-2016-Lima, por el cual:

*"(...)Este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (...)De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello".*

**QUINCUAGESIMO SEXTO: Del caso en concreto (Agravio N°03 de la parte demandada).**- De lo actuado, la **parte demandante** sostiene que se ha vulnerado el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, por cuanto la actora ha asumido el cargo de abogada y el cual se encuentra reconocida en el artículo 82° del Decreto Supremo N°005-90-PCM; en ese sentido, a pesar de no existir un nombramiento formal de tal cargo, si procedería la asignación de su Categoría de Profesional A, pues su cargo ocupacional ha sido de abogada y en donde no se ha analizado una comparación remunerativa adecuada equiparable a su categoría profesional.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que las actividades desempeñadas no podrán ser causa adecuada de un reintegro de remuneraciones, por cuanto su actividad no se ha circunscrito en la calidad de su cargo de abogada sujeto a la Categoría de Profesional A.

**QUINCUAGESIMO SETIMO:** Por el contrario, de las actuaciones administrativas y los medios probatorios ofrecidos en el presente proceso, este **Colegiado Superior** aprecia que no existe controversia sobre las funciones asumidas correspondiente a la labor desempeñada como Consejera Legal dependiente de la Unidad Gerencial de Protección Integral (a fojas 38) del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF.

En ese sentido, la controversia jurídica se ha suscitado sobre el ejercicio de una encargatura o el desempeño real de una categoría profesional, en el presente caso la Categoría de Profesional A, el cual podría obligar a la parte demandada a reintegrar las remuneraciones asignadas y no percibidas por cada categoría ocupacional, pues existe posiciones discordantes entre el derecho de percibir remuneraciones conforme al trabajo realizado y el acceso a tal categoría mediante un concurso público.



**QUINCAGESIMO OCTAVO:** Ahora bien, conforme a los fundamentos constitucionales y ordinarios en materia laboral anteriormente citados, se podrá apreciar que la remuneración se deberá sujetar funcionalmente a las obligaciones que el empleador determine en cada caso concreto y una designación especial a la misma por parte del empleador, por cuanto toda remuneración deberá encontrarse acorde a las características de la función y la responsabilidad que emana de la misma.

En ese sentido, la sola distinción (por referencia) de las responsabilidades en cada categoría ocupacional no podrá ser el único o más importante elemento o criterio (conforme a la razonabilidad) para poder determinar la asignación del cargo ejercido y la categoría ocupacional pretendida en la demanda, al existir otros valores jurídicos que se deberán de considerar y los cuales se encuentran en plena concordancia con el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación establecido en la Constitución Política del Estado, tales como el desempeño total de las funciones asignadas y la designación íntegra del cargo.

En ese sentido, a pesar de haberse acreditado que la parte demandante ha ejercido diversas funciones mediante la función de Consejera Legal, pero este Colegiado Superior estima que tales situaciones fácticas no serán suficientes para poder otorgar un reintegro de remuneraciones y la nivelación de la Categoría Profesional A ; por cuanto se necesitará una designación oficial o constituyente mediante un acto administrativo o un concurso público que pueda oficializar tal designación de remuneraciones, así como el cumplimiento de los requisitos administrativos y el perfil profesional correspondiente.

En consecuencia, al ser una causal de exclusión válida la falta de acceso a tales categorías ocupacionales mediante un concurso público y falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por cada categoría profesional, la sentencia impugnada se deberá confirmar, al advertirse una adecuada motivación de sus considerandos y no apreciarse un derecho constitucional al reintegro de remuneraciones.

En tal situación, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

.....

## **REFERENTE A LOS COSTOS PROCESALES**

**QUINCAGESIMO NOVENO:** **Sobre los costos y costas procesales por parte del Estado.-** La fijación de costos y costas procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales.



En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido<sup>40</sup>, adicionando el acceso de la justicia.

**SEXAGESIMO: Del Caso Concreto (Agravio N° 04 de la demandada).** - Al respecto, **la parte demandada** refiere que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el Código Procesal Civil, que refiere que los Poderes del Estado se encuentran exonerados del pago de costos procesales, más aún, si no se advierte mala fe de esta parte.

Al respecto, esta **Instancia Superior** considera que si bien el artículo 413° del Código Procesal Civil dispone 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”*

Pero también es parte de ese desarrollo legislativo la Séptima Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo en tanto que estipula *“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”*.

En consecuencia, el artículo 413° del Código Procesal Civil debe ser aplicado de acuerdo a su desarrollo legislativo. En esa medida, en materia laboral el Estado, todos los Poderes del Estado así como la administración pública podrán ser condenados al pago de costos.

**SEXAGESIMO PRIMERO:** En efecto, ¿A qué obedece el hecho de si se condena o no al pago de costas y costos al Estado? La respuesta hay que buscarla vía interpretación finalista del dispositivo: *“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”*.

Así, este Colegiado considera que la intención perseguida con dicho dispositivo es:

- (i) Que el Estado como empleador se vincule y actúe respetando las normas que rigen el trabajo dependiente con el objeto de reducir la judicialización de los conflictos jurídicos derivados de ello.
- (ii) En los casos en que el conflicto jurídico ya se generó y está judicializado a que antes de defender a ultranza el actuar de la institución se efectúe una valoración concienzuda del caso materia de litigio a efectos de reconocer los extremos que de modo objetivo resulten acorde a la justicia; pues, la defensa

---

<sup>40</sup> La premisa de fijación de costos procesales establecida por los artículos 56° del Código Procesal Constitucional y 412° del Código Procesal Civil, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido. Para ello, se podrá revisar el Exp. N° 06586-2008 expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.



jurídica del estado tampoco puede significar litigar por el sólo hecho de no dejar en indefensión al Estado sino litigar con base a probabilidades de éxito.

De lo contrario el Estado desde sus propios órganos estaría amparando una judicialización improductiva y que, por el contrario, genera una saturación en la atención de las causas por los órganos jurisdiccionales, afectando de ese modo la administración de justicia laboral para la sociedad. Por tanto, el Estado debe ser condenado al pago de costos únicamente si es que no se ha efectuado una defensa jurídica realista y con probabilidades de éxito, esto es, si ha tenido suficientes motivos razonables para litigar por los extremos en que haya sostenido el conflicto jurídico.

**SEXAGESIMO SEGUNDO:** Por tal razón, en procura de un correcto comportamiento de las partes en general y especialmente de las Procuradurías Públicas a cargo de las defensas judiciales del Estado, este Colegiado estima que en este caso, la parte demandada sí debe ser condenado al pago de costos procesales y, en tal medida, procede a confirmar este extremo de la sentencia impugnada, desestimándose el agravio formulada por la demandada.

Con esto, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

.....

### **III. PARTE RESOLUTIVA:**

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.

#### **HA RESUELTO:**

**1.- CONFIRMAR** la Sentencia N° 535-2019-4ºJETP expedida mediante Resolución N° 04, de fecha 29 de octubre de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando:

- a) Se declara infundada la excepción de litispendencia.
- b) Se declara la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N° 728 desde el 23 de marzo de 2007 al 30 de setiembre de 2014. Ante ello, la entidad deberá registrar al demandante en planilla de trabajadores correspondiente al régimen laboral privado desde su fecha de ingreso, así como en las boletas de pago; conforme a la desnaturalización del contrato de locación de servicios e invalidez del contrato administrativo de servicios - CAS.



b) Abonar a la parte demandante S/.93,742.22 por concepto de beneficios sociales correspondiente a CTS, vacaciones, gratificaciones y escolaridad; mas intereses legales, financieros y costas procesales.

c) Se declara infundada el extremo referido al reconocimiento del cargo de abogada con categoría remunerativa "Profesional A" así como el exceso del monto demandado.

**2.- REVOCAR** la Sentencia N° 535-2019-4°JETP expedida mediante Resolución N° 04, de fecha 29 de octubre de 2019, en el cual se declaró fundada la excepción de incompetencia correspondiente al periodo del 17 de setiembre del 2015 en adelante; por lo que, reformándola, se declara la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral privado, correspondiente al segundo periodo laboral comprendido del 17 de setiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018.

**3.- RECOVAR** la Sentencia N° 535-2019-4°JETP expedida mediante Resolución N° 04, de fecha 29 de octubre de 2019, en el cual se declaró Improcedentes las pretensiones de reposición al puesto de trabajo por nulidad de despido así como las remuneraciones devengadas; por lo que, reformándola, se declara infundada los presentes extremos.

En los seguidos por **SILVIA ALBINA MENDEZ LUCAS** contra el **PROGRAMA INTEGRAL NACIONAL PARA EL BIENESTAR FAMILIAR - INABIF**, sobre desnaturalización de contrato y otros; y los devolvieron al juzgado de origen.-

*LJBB*