CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
OCTAVA SALA LABORAL PERMANENTE
Exp. N° 17929-2016-0-1801-JR-LA-05 (s)

SEÑORES:
VÁSCONES RUIZ
BURGOS ZAVALETA
ALMEIDA CARDENAS

Resolución S/N
Lima, 29 de octubre de 2020

I. VISTOS:
En Audiencias de Vistas, interviniendo como ponente la señora Juez Superior Almeida Cárdenas, con la adhesión de los señores doctores Vascones Ruiz y Burgos Zavaleta; con el voto en discordia del señor Juez Superior Yangali Iparraguirre, se emite la presente resolución conforme a los siguientes fundamentos:

ASUNTO:
Resolución materia de apelación:
La **SENTENCIA N° 041- 2019-NLPT, contenida en la Resolución N° 09**, de fecha ocho de marzo del dos mil diecinueve que **DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD** interpuesta por la parte demandada, Congreso de la República y **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por **FRANCISCO PETRONIO VASQUEZ GORRIO** contra el **CONGRESO DE LA REPUBLICA**, declarándose la Desnaturalización de los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes, sin costas ni costos procesales, e infundadas las pretensiones restantes

EXPRESION DE AGRAVIOS DE LA APELACION :

- **Del demandado**: Expresa como agravios lo siguiente:

1.- La recurrida vulnera el principio a la debida **motivación** de Resoluciones Judiciales, previsto en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del

Estado; siendo que constituye una resolución con deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas e inexistencia de motivación.

2.- La Juzgadora incurre en error al declarar que los **Contratos de Servicio Específico se encontrarían desnaturalizados**; sin existir alguna prueba aportada por la actora que acredite que se ha incurrido en la causal que se demanda de fraude o simulación y que los Contratos de Servicio Específico suscritos con el demandante fueron válidamente suscritos; habiéndose **cumplido con las obligaciones establecidas en el artículo 72° del Decreto Supremo N° 003-97-TR**.

3.- Respecto al **acceso al Empleo Público** y la **improcedencia de la reposición** del demandante, se aprecia que la Juzgadora incurre en error al haber **inaplicado el** precedente vinculante STC **Expediente N° 5057-2013-PA/TC**, caso Huatuco Huatuco; sustentando dicha decisión únicamente en el hecho de que con la Ley N° 30647 se habría excluido a la emplazada de los alcances de la Ley N° 30057-Ley Servir.

4.- La Juzgadora no ha tenido en consideración el **régimen laboral del Congreso** de la República, por lo que se **debió aplicar** el artículo 5) de la **Ley Marco del Empleo Público- Ley 28175 y no haber dispuesto la reposición del actor**, sin que esta haya cumplido con acreditar que ingresó a laborar con el emplazado mediante **concurso público de méritos para una plaza vacante**, previamente presupuestada y de duración indeterminada.

- **Del demandante**: Expresa como agravios lo siguiente:

1.- EL JUEZ INCURRE EN VICIOS EN LA **MOTIVACIÓN** DE LA SENTENCIA.

- La sentencia, **señala que no es posible contratar a un trabajador a plazo indeterminado cuando éste ya cuenta con más de 70 años de edad**, solo se pueden suscribir contratos temporales que tácitamente indican que **la jubilación del trabajador se posterga hasta la fecha de conclusión del contrato** o hasta la fecha de la última renovación del contrato; sin embargo, no apoya este

razonamiento en **ninguna norma que expresamente señale tal afirmación**, así como tampoco señala sobre qué base dogmática o jurisprudencial sustenta el razonamiento vertido en la sentencia.

2.- EXISTE **DESPIDO NULO POR DISCRIMINACIÓN EN ESTE CASO**.

- El A Quo cae en una **contradicción** porque declara la **ilegalidad de la forma de contratación**, pero para efectos de descartar la nulidad utiliza la causal de extinción invocada por el demandante cuando afirma "el demandante fue despedido alegando un término de contrato; sin embargo, **el demandante no ha probado que su despido sea nulo por la causal de discriminación**". En ese sentido, su argumento cae en una motivación aparente que debe ser descartada.
- El Ad Quo en este caso **no ha aplicado el artículo 23.5 de la Nueva Ley Procesal** del Trabajo ha establecido que en caso existan indicios dentro de un proceso laboral, el juez deberá asumirlo por cierto, salvo algunas excepciones.
- Ha presentado una serie de documentos que acreditan, que era una **persona discapacitada** como son el acuerdo de Mesa Directiva N°003-2015-2016/MES-CR el cual indica que no podía ser despedido por la edad sino sólo por baja productividad, el carné del CONADIS y el Informe expedido por el Dr. Grover Izquierdo del Instituto Nacional de Oftalmología y como se aprecia de los certificados de trabajo y **el carácter permanente de mi puesto no habían razones para "no renovarme"**, llevándonos a la conclusión que **la única razón era mi condición de discapacidad** y debió dar por cierto el Ad Quo que **mi despido era nulo**. A lo que debemos sumar que el **Congreso de la República no ha aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad en el cese** del actor.

3.- El AD QUO HA **OMITÍDO EL PRINCIPIO UIRA NOVIT CURIA**.

- El Ad Quo en su sentencia en el **considerando séptimo señala que en el presente caso no se configuraría un despido nulo; sino que por el contrario nos encontraríamos frente a un despido incausado** por que declararon desnaturalizados los contratos modales del actor. Por lo tanto, en aplicación del

principio UIRA NOVIT CURIA **el Ad Quo debió determinar si los hechos denunciados por el demandante enmarcan en el supuesto de despido incausado**.

- Habiendo quedado acreditado que las partes **mantuvieron una relación laboral a plazo Indeterminado, el demandante solamente podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral**. Siendo así, su **despido fue uno incausado**, correspondiendo por ende su reincorporación al empleo a haberse vulnerado su derecho al trabajo y la garantía constitucional contenida en el artículo 27° de la Carta Política del Estado que prevé una adecuada protección contra el despido arbitrario, revocándose este extremo de la recurrida.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Conforme al artículo 370° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral, ante una apelación, la competencia del Superior sólo alcanza a ésta y a su tramitación, por lo que corresponde a éste órgano jurisdiccional revisor, circunscribirse únicamente a los agravios invocados en el recurso de apelación respecto a la resolución impugnada.

DE LA APELACION DE LA DEMANDADA

SEGUNDO.- Respecto al derecho al debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional, expresa que la motivación de las resoluciones judiciales constituye garantía y principio de la función jurisdiccional, conforme así lo dispone el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política. Dicha garantía impone una obligación a los Magistrados de fundamentar sus decisiones, es decir, justificar y explicitar las razones que sirvieron de sustento de la resolución emitida, sea que esta se trate de un auto o una sentencia; exigencia que además cumple una función basilar al interior de un proceso, pues al permitir conocer las razones de una decisión, evita la arbitrariedad en las decisiones y posibilita el ejercicio del derecho de defensa a las partes de un litigio, en el momento de su impugnación. El hecho de que una decisión le sea adversa a una

de las partes o hayan existido errores y omisiones, no implica que necesariamente la resolución no se encuentre debidamente motivada; más aún si estos pueden ser válidamente subsanados en segunda instancia, tal y conforme lo ha señalado de manera reiterada el Tribunal Constitucional.

TERCERO.- En el caso de autos, de la revisión de la sentencia se advierte que el Juez ha motivado y valorado los medios probatorios que corren en autos, exponiendo claramente los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales declara fundada en parte la demanda, **motivo por el cual se debe desestimar el agravio formulado por la parte demandada en este extremo.**

CUARTO.- De otro lado, en cuanto a la **valoración de las pruebas**, si bien el demandado exige un análisis de la Juzgadora más profundo, brindando una mayor relevancia a las pruebas presentadas por las partes del presente proceso; se debe tener en cuenta la existencia y la aplicación supletoria del **artículo 197° del Código Procesal Civil** vigente en el marco del nuevo proceso laboral, que establece: *"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. **Sin embargo**, en la resolución **sólo** serán expresadas las **valoraciones esenciales y determinantes** que sustentan su decisión."* (subrayado y resaltado nuestro).

QUINTO.- En ese contexto, el valor probatorio que le otorgue el Juez a determinado medio de prueba siempre es sensible de ser cuestionado por la parte que se vea perjudicada por este análisis judicial. Este es un extremo muy delicado de la función jurisdiccional, en la cual el ordenamiento jurídico nacional permite al Juez actuar en el marco de su "propia apreciación razonada" a la hora de valorar las pruebas, es decir, valorar las pruebas en base a su propio criterio. Por ende, se debe procurar ser sumamente claro en la exposición de los argumentos a desarrollar para dar a entender a las partes el sentido inequívoco del criterio adoptado sin que ello implique de ningún modo soslayar los argumentos vertidos por alguna de las partes; si no, enfatizar en aquellos elementos que forman la convicción del presente órgano jurisdiccional.

SEXTO.- Sobre los **Contratos Modales (Servicio Específico),** cabe señalar previamente, que el **contrato de trabajo** es el acuerdo de voluntades, en virtud del cual, una de las partes, llamada trabajador, se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, a quien a su vez se le obliga a pagarle una remuneración.

SETIMO.- En cuanto a la desnaturalización de los **Contratos Modales de Servicio Específico,** suscritos entre las partes, es necesario indicar que el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prevé el ***principio de causalidad***, que impone como regla general que los contratos de trabajo son de duración indeterminada y con carácter excepcional, se permite la contratación temporal o de duración determinada, sólo cuando concurra alguna causa objetiva determinante de la contratación temporal que esté prevista expresamente en la ley, como así lo señala el artículo 72° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al establecer los requisitos formales de validez de los contratos sujetos a modalidad, siendo estos los siguientes: 1) Deben constar por escrito y por triplicado; 2) Debe consignarse en forma expresa su duración; 3) **Debe consignarse las causas objetivas determinantes de la contratación temporal** y las demás condiciones de la relación laboral.

OCTAVO.- El artículo 75° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, vigente, dispone expresamente que:

> *"Podrán celebrar contratos de trabajo sujetos a modalidad, las empresas o entidades privadas, así como las empresas del Estado, Instituciones Públicas, cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada observando en este último caso las condiciones o limitaciones que por disposiciones específicas se establezcan."* (sic.).

NOVENO.- Ahora bien, el artículo 63° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece textualmente que:

> *"Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación."* (sic.).

Lo que significa, que para que se pueda suscribir esta clase de contratos en forma válida**, debe existir una obra o un servicio previamente establecido**, el que deberá ser desarrollado por el contratado.

DECIMO.- Asimismo, el inciso d), del artículo 77° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prescribe que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada, cuando el trabajador demuestre la **existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley; es decir, apariencia o defraudación en la utilización de dicha modalidad contractual, cuando no se configura o no se demuestra la concurrencia de la causa objetiva invocada.**

DECIMO PRIMERO.- En el caso en examen, de la revisión del Contrato de Trabajo sujeto a modalidad para Servicio Específico, celebrado entre el demandante y la demandada, Congreso de la República, obrantes en autos, se puede advertir que las partes se vincularon bajo la modalidad de contrato de trabajo para servicios especifico, Decreto Legislativo N° 728, habiéndose fijado los plazos de duración; sin embargo, **no se menciona la causa objetiva que sustentaría la contratación temporal. Además, se aprecia que en los contratos solo se mencionan, los antecedentes, plazos, renovación, monto de la remuneración y ratificación**, tal como se puede apreciar de las siguientes imágenes:

Lpderecho.pe

423128-2017-ESC-JR-LA-20170425_153700.pdf - Adobe Reader

Congreso de la República

"CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD POR SERVICIO ESPECÍFICO Nº 018 -2012
(Personal Administrativo)

Consta por el presente documento, que se extiende por triplicado, el Contrato de Trabajo a plazo fijo bajo la modalidad de Servicio Específico que celebran al amparo del artículo 63º del Texto Único del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97 TR, y normas complementarias, de una parte, el Congreso de la República, con Registro Único del Contribuyente Nº 20161749126, con domicilio en Edificio "Luis Alberto Sánchez Sánchez" ubicado en Jr. Huallaga Nº 364, 2do Piso, Oficina Nº 230, Lima – Cercado, debidamente representado, por la C.P.C. SONIA GLORIA POLINO VALVERDE, identificada con DNI Nº 06056941, en su calidad de Jefe del Departamento de Recursos Humanos, según designación realizada con Acuerdo de Mesa Directiva Nº 019-2012-2013/MESA-CR de fecha 09 de Agosto del 2012, a quien en adelante se denominará "EL CONGRESO"; y de la otra parte doña VASQUEZ GORRIO, FRANCISCO PETRONIO identificada con DNI Nº 07869701, con domicilio en AV VELASCO ASTETE 1659 - 102 distrito de SURCO - LIMA, a quien en adelante se le denominará "EL TRABAJADOR", en los términos y condiciones siguientes.

PRIMERO: EL CONGRESO, es el órgano representativo de la Nación, y tiene autonomía normativa, económica administrativa y política, por lo que en uso de la facultad que le confiere el Artículo 94º de la Constitución Política, requiere contratar a doña VASQUEZ GORRIO, FRANCISCO PETRONIO para que realice de manera temporal, los servicios de apoyo LEGISLATIVO, en el cargo de ESPECIALISTA en el Nivel SP-6M en la DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION Y DOCUMENTACION PARLAMENTARIA bajo la modalidad establecida en el Artículo 63º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728.

SEGUNDO: Durante la prestación de sus servicios EL TRABAJADOR se sujetará a las disposiciones contenidas en el TUO del D.L. Nº 728, y demás disposiciones que regulan el régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, se compromete a cumplir las obligaciones laborales establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República y demás normas legales y administrativas vigentes, acatando las instrucciones del funcionario responsable del área en la que se le asigne y las disposiciones de las autoridades competentes de la institución.

La información contenida en los documentos que EL TRABAJADOR elabore o conozca por el desempeño de sus funciones es de propiedad exclusiva de EL CONGRESO, por lo que no podrá ser divulgada ni utilizada, sin autorización, debiendo guardar absoluta reserva respecto al contenido de dicha información. En caso de incumplimiento de esta obligación EL TRABAJADOR será responsable por los daños y perjuicios que se tuviere de dicha conducta, sin perjuicio de las acciones legales y administrativas que adopte EL CONGRESO.

TERCERO: EL CONGRESO abonará al EL TRABAJADOR, como contraprestación por sus servicios, la remuneración mensual total de S/. 8,066.00 Nuevos Soles, así como las gratificaciones y demás beneficios laborales que resulten aplicables a los trabajadores de la institución del mismo cargo y nivel.

CUARTO: El plazo de vigencia de este contrato es desde el 11 de Setiembre del 2012 hasta el 31 de Diciembre del 2012. Este plazo puede ser ampliado las veces que resulten necesarias para la realización del servicio objeto de la contratación, siempre que no exceda el plazo máximo establecido para dicha modalidad, en observancia de lo dispuesto en el artículo 74º in fine del TUO del Decreto Legislativo Nº 728.

EL CONGRESO no está obligado a dar aviso adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción al vencimiento del plazo convenido en la presente cláusula, oportunidad en la cual se abonará a EL TRABAJADOR los beneficios sociales que le corresponda de acuerdo a ley.

QUINTO: Sin perjuicio del plazo de vigencia establecido en la cláusula anterior, EL CONGRESO podrá resolver el presente contrato antes de su vencimiento en los siguientes casos:

a) Por incurrir EL TRABAJADOR en causal de despido justificado, de conformidad con los Artículos 22º, 24º y 25º del TUO del D.L. Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y los artículos 128º y 129º del Reglamento Interno de Trabajo del Congreso de la República.

b) Por sobrevenir cualquiera de las causas objetivas previstas en los incisos a) y b) del artículo 46º del TUO del Decreto Legislativo Nº 728.

c) Por incurrir en causal de Nepotismo.

Los casos de resolución anticipada de contrato antes indicados se regularán justificados para todos los efectos legales, no estando obligado EL CONGRESO al pago de remuneraciones insolutas ni a ningún tipo de indemnización.

En señal de conformidad, ambas partes suscriben el presente contrato por triplicado al 11 de Setiembre del 2012.

423128-2017-ESC-JR-LA-20170425_153700.pdf - Adobe Reader

Congreso de la República

ADENDA DE CONTRATO DE TRABAJO POR SERVICIO ESPECÍFICO Nº 002 - 2013-JRH-OGACR
(Personal Administrativo)

Conste por el presente documento, la adenda del Contrato de Trabajo bajo la modalidad de Servicio Específico que celebran al amparo del artículo 74º del Texto Único del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97 T, y normas complementarias, de una parte el Congreso de la República, con Registro Único del Contribuyente Nº 20161749125, con domicilio en Edificio "Luis Alberto Sánchez Sánchez" ubicado en Jr. Huallaga Nº 354, 1er Piso, Oficina Nº 103, Lima - Cercado, debidamente representado, por don (ita) **RONY LUIZ LAVADO TUCTA**, identificado con DNI N° 10350280, en su calidad de Jefe del Departamento de Recursos Humanos, según designación realizada con Acuerdo de Mesa Directiva Nº 132-2012-2013/MESA-CR, de fecha 27 de Noviembre 2012, a quien en adelante se denominará **"EL CONGRESO"**; y de la otra parte don **VASQUEZ GORRIO, FRANCISCO PETRONIO** identificado con DNI N° 07658701, con domicilio en AV VELASCO ASTETE 1650 - 102 distrito de SANTIAGO DE SURCO, a quien en adelante se le denominará **"EL TRABAJADOR"**, en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO: ANTECEDENTES
Con fecha 11 de Setiembre de 2012 **EL CONGRESO** y **EL TRABAJADOR** suscribieron un Contrato de Trabajo Por Servicio Específico, para efectuar de manera temporal, los servicios de apoyo ADMINISTRATIVO, como ESPECIALISTA en el Nivel SP-Nivel 8 en la unidad orgánica de DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION Y DOCUMENTACION PARLAMENTARIA, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 62º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, siendo renovado hasta el día 31 de Julio del 2013.

SEGUNDO: PLAZO DE RENOVACIÓN
De conformidad con lo establecido en los artículos 63º y 74º del Texto Único del Decreto Legislativo Nº 728, **EL CONGRESO** y **EL TRABAJADOR** acuerdan RENOVAR el plazo de duración del referido Contrato de Trabajo por Servicio Específico, desde el 01 de Agosto del 2013 al 31 de Octubre del 2013, periodo que no excede el plazo máximo fijado por ley para esta modalidad de contrato.

TERCERO: MONTO DE REMUNERACIÓN
EL CONGRESO abonará al **EL TRABAJADOR**, como contraprestación por sus servicios, la remuneración mensual total de S/ 5,856.00 Nuevos Soles, así como las gratificaciones y demás beneficios laborales que resulten aplicables a los trabajadores de la institución de mismo cargo y nivel.

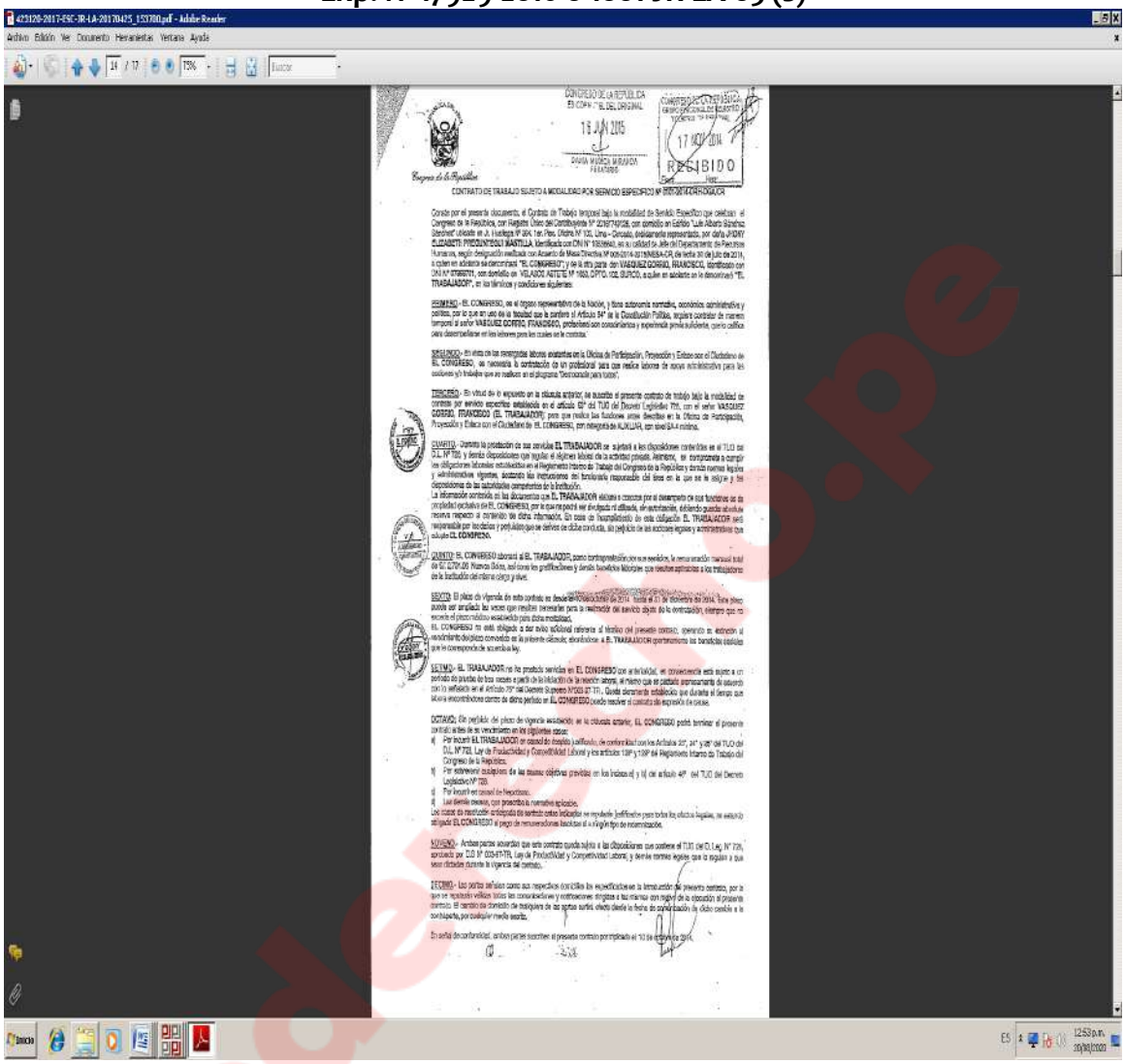
CUARTO: RATIFICACIÓN
Mediante la presente adenda **EL CONGRESO** y **EL TRABAJADOR** RATIFICAN los demás términos y condiciones pactados en el Contrato de Trabajo por Servicio Específico suscrito el 11 de Setiembre del 2012, los cuales mantienen plena vigencia y validez.

En señal de conformidad, ambas partes suscriben la presente Adenda del Contrato de Trabajo por Servicio Específico el 01 de Agosto del 2013.

EL TRABAJADOR

EL CONGRESO

Lpderecho.pe



Es además, de verse que **solo en el contrato suscrito entre el 10 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, se aprecia en su segunda cláusula**:

*<< **SEGUNDO**: En vista de las recargadas labores existentes en la Oficina de Participación, Proyección y Enlace con el Ciudadano de EL CONGRESO, es necesaria la contratación de Un profesional para que realice labores de apoyo administrativo para las acciones y/o trabajos que se realicen en el programa "Democracia para todos">>.*

Sin embargo, tales menciones como **causas objetivas no resultan admisibles ni válidas, puesto que, si bien la demandada ha señalado que era necesaria la contratación del actor, no existe ningún medio probatorio que acredite y**

sustente de manera fehaciente las causas objetivas señaladas por la recurrente. También lo es que esta resulta ser genérica; no habiéndose detallado o establecido previamente **cuál era el servicio específico que debió realizar el actor**, ni la razón que motivó su contratación; por lo que la sola enunciación breve, genérica e imprecisa de un objetivo no cumple con la exigencia prevista en el artículo 72° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. que expresamente establece que los contratos de trabajo sujetos a modalidad:

> *"... necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral."* (sic.);

DECIMO SEGUNDO.- De esta manera, se ha acreditado la existencia de una simulación de contratos sujetos a modalidad, los cuales estarían desnaturalizados, conforme a lo dispuesto por el literal d) del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

DECIMO TERCERO.- En conclusión, conforme a lo señalado, no habiéndose indicado de modo claro y preciso ni acreditado fehacientemente la ***necesidad de contar con los servicios del actor,*** que determinaron su contratación; tal **omisión conlleva a establecer la ausencia del requisito de validez formal del contrato modal**; circunstancia que **acarrea su desnaturalización** por la presencia de simulación o fraude a la ley; pues resulta evidente que ante la ausencia real de la causa, el contrato modal sólo fue en apariencia; es decir, la causa objetiva deviene en inexistente y simulada convirtiéndose por tanto, en un contrato de trabajo de duración indeterminada, en aplicación de lo previsto por el inciso d), del artículo 77° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y por ende el **contrato de trabajo sujeto a modalidad celebrado entre el demandante y el demandado, se han desnaturalizado y se han convertido en contratos de trabajo de duración indeterminada** desde el 11 de setiembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013 y del 10 de octubre de 2014 al 26 de julio de 2016.

DECIMO CUARTO.- A mayor abundamiento, existe basta jurisprudencia al respecto donde se ha señalado que no es suficiente consignar la causa objetiva sino que esta debe ser acreditada y corroborada de manera fehaciente, tal y como se aprecia de la Casación 12789-2015-Lambayeque, de fecha 14 de junio del 2017- Fundamento Sexto y Octavo, y esencialmente en el Décimo Segundo, que señala:

> **Decimo Segundo**: De lo anotado, se aprecia que si bien en el contrato y su prórroga sujeto a modalidad, se han establecido que la causa objetiva deriva de la optimización de sistemas productivos y administrativos, por estudios de mercado, de manera que se efectúe el lanzamiento de forma masiva de nuevos productos al mercado, también es cierto, que la demandada no ha cumplido con aportar al proceso los medios probatorios relevantes (sustanciales) que permitan establecer que en efecto existió la optimización de los sistemas productivos y administrativos, y por ende que el trabajador preste servicios vinculados a ellos; si bien corre en el expediente las Memorias anuales de la demandada de los períodos dos mil once (2011), dos mil doce (2012) y dos mil trece (2013), que podrían justificar el contrato sujeto a modalidad, se debe tener en cuenta que dichos documentos no prueban de manera indubitable la causa objetiva, toda vez que contienen información general sobre el logro y desempeño empresarial de cada ejercicio anual de la empresa demandada, sin precisar cuál o cuáles eran los productos que habrían incrementado sus actividades como consecuencia de haber sido lanzados al mercado, más aún, en los documentos citados no se advierte la necesidad de contratar nuevo personal en el área que prestó servicios el actor como producto de un supuesto incremento de actividades.
>
> En ese sentido, el contrato de trabajo y su prórroga suscrito entre las partes no cumplen con los requisitos previstos en el artículo 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; razón por la cual, resulta acorde a Ley la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad conforme a los establecido en el inciso d) del artículo 77° de la mencionada norma.

DE LA APELACION DEL DEMANDANTE

DECIMO QUINTO.- El **Despido**, Alonso Olea lo describe como:

> *"(…) la resolución del contrato de trabajo por voluntad del empresario",* sin dejar de mencionar la definición de Alonso García quien se refiere al despido como: *"(…) el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo".*

Concepto que a decir de Carlos Blancas Bustamante[1], destaca por su sentido estricto y rigurosamente técnico, pues el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario exista o no causa justificada.

DECIMO SEXTO.-Respecto del **Despido,** cabe señalar en principio que, la protección adecuada contra el despido, es la que brinda el artículo 27° de la Constitución Política del Perú contra cualquier posibilidad de terminar la relación laboral sin causa justificada prevista en la ley, después de haber superado el período de prueba; cuya regulación está desarrollada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que en sus artículos 16°, 22°, 24° y 25°, aluden a las causas de extinción del contrato de trabajo y al procedimiento formal de despido que debe ser implementado; en tal sentido, para determinar la validez o no de un despido, debe verificarse: **i)** la acreditación del hecho del despido; **ii)** que el despido, se haya ajustado al procedimiento formal previsto; y **iii)** la demostración de la concurrencia de la causa justa de despido, sea en el procedimiento de despido o en el proceso judicial de impugnación del despido.

DECIMO SETIMO.- En el caso en concreto, **si bien se ha determinado que entre las partes existió un contrato de trabajo a plazo indeterminado; por tanto correspondía que el cese del actor se verifique por una de las causales establecidas en la ley** sustantiva, artículo16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

> *a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) La*

[1] **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**. "El Despido en el Derecho Laboral Peruano (1º ed.) Lima: Ara Editores, 2002, p.48

renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) La invalidez absoluta permanente; f) La jubilación; g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley. h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

DECIMO OCTAVO.- Por ende, al haberse cesado el actor el 26 de julio de 2016, alegando el vencimiento del contrato modal que, por desnaturalización se convirtió en un contrato laboral de naturaleza indeterminada, ello habría vulnerado el derecho de la accionante al trabajo, consagrado en el artículo 22° de la Constitución.

DECIMO NOVENO.- **Sobre los alcances del Precedente Vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC y aplicación de la Ley Marco del Empleo Público;** en ese sentido, cabe mencionar respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante N° 5057-2013-PA/TC- caso HUATUCO HUATUCO, en el cual se ha determinado que la reposición de un servidor público **sólo será posible si es que éste ingresó a la administración pública mediante concurso público a una plaza presupuestada y vacante;** sin embargo, se tiene que esta sentencia no sólo se limita a analizar el supuesto de la reposición vía amparo de un trabajador estatal, sino que se emite pronunciamiento respecto del acceso a la carrera pública y determinó cuál era el mecanismo para que este ingreso sea posible, ya que se buscó dilucidar cuál debería ser la interpretación constitucional respecto de la forma cómo se debe ingresar a la administración pública: *"(…) específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito del "ingreso por concurso público"; o ii) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de "ingreso por*

concurso público", tal como lo prevé el artículo 5 de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público"[2].

VIGESIMO.- Es necesario precisar que la **Ley N° 28175 "Ley Marco del Empleo Público** " exige que el acceso a un determinado puesto o cargo público específico sea a través de un proceso de selección, toda vez que la evaluación es necesaria para promover y consolidar una administración pública, moderna y profesional, ya que: *"... la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal de las entidades de la Administración Pública, cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la Administración Pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación, permanencia y ascenso al empleo público, con base exclusiva en el mérito, la capacidad y en las calidades*"[3].

VIGESIMO PRIMERO.- Siendo así, se tiene que **el acceso al empleo público debe generarse a través de un concurso público de méritos,** ya que *"(...) En la carrera administrativa, el concurso de méritos para ingresar constituye un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la Administración Pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el favoritismo y el nepotismo (...)*"[4].

VIGESIMO SEGUNDO.- Si bien es cierto, la **Ley del Servicio Civil – Ley N° 30057,** publicada el 4 de julio de 2013, en su Primera Disposición Complementaria Final señaló que: ***"No están comprendidos en la presente Ley*** *los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, así como los servidores civiles del*

[2]Fundamento Jurídico N° 3 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 16 de Abril del 2015 en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.
[3] Fundamento Jurídico N° 9 de la Sentencia citada.

[4] Fundamentos Jurídicos N° 7 al 9 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 12 de Mayo del 2008 en el Expediente N° 04331-2008-PA/TC.

Banco Central de Reserva del Perú, el ***Congreso de la República****, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República ni los servidores sujetos a carreras especiales. Tampoco se encuentran comprendidos los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales"*; también es cierto que la **referida ley, fue declarada inconstitucional** (26 de abril del 2016); por lo tanto, estas Entidades se encuentran inmersas en la Ley Servir. Además, mediante sentencia recaída en los expedientes acumulados N° 0025- 2013-PI/TC, 0003-20 14-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-I/TC (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 04 de mayo de 2016), el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, por ende los trabajadores de las instituciones antes señaladas **se encuentran comprendidos dentro de la Ley del Servicio Civil.**

VIGESIMO TERCERO.- Ahora bien, pese a que la Entidad demandada no ha realizado ninguna de las acciones correspondientes a la Ley SERVIR, adviértase, que si implica aplicación de dicho régimen a los trabajadores del Congreso de la República por estar comprendidos en la carrera administrativa; sin embargo, en el Sexto Considerando de **la Casación Laboral N° 4336-2015-ICA**, de fecha 17 de marzo del 2016; se establecen criterios de doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a los alcances del **precedente vinculante constitucional N° 5057-2013-PA/TC JUNIN**, precisando en qué casos no se aplica, siendo estos los siguientes:

a) *Cuando el trabajador demandante tenga vínculo laboral vigente, en cuyo caso, si se verifica el fraude en la contratación laboral se debe declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, sin que esto signifique que adquiere la estabilidad laboral absoluta.*

b) *Cuando la pretensión demandada esté referida a la* ***nulidad de despido*** *prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales.*

c) *Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.*

d) *Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.*

e) *Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).*

f) *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.*

g) *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.*

VIGESIMO CUARTO.- Además, la Casación antes acotada (N° 4336-2015-ICA) en su último párrafo del Sexto Fundamento establece: *" Asimismo, esta Sala Suprema coincide con la Sentencia N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN, en el sentido que todos los trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, cuyo vínculo laboral haya concluido sin haber ingresado a laborar por concurso público de méritos, solo podrán demandar el pago de una indemnización por despido, y nunca la reposición aun cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausada o fraudulenta." (la negrita es nuestra).*

VIGESIMO QUINTO.- Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el actor cesó el 26 de julio de 2016, resultan aplicables, dichas resoluciones del Tribunal Constitucional; por lo tanto, al haberse determinado en la sentencia recurrida que el actor se encontraba sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, éste se encuentra comprendido dentro de los alcances del precedente Huatuco, máxime aún si en la Casación N° 14068-2015-LIMA se ha establecido en su Décimo Cuarto fundamento que*: "Habiendo establecido los lineamientos sobre el ingreso al trabajador a la Administración Pública, corresponde previamente señalar que el* ***Congreso de la República****, es una entidad de la Administración Pública, de acuerdo al inciso 2) del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;* ***en consecuencia, se encuentra dentro de los alcances previstos en el precedente vinculante, contenido en la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el expediente N° 05057-2013-PA/TC."*** *(la negrita es nuestra).*

VIGESIMO SEXTO.- Ahora bien, la **Ley N° 30647**, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", con fecha 17 de agosto de 2017, ha precisado en su artículo único que el **Congreso de la República**, el Banco Central de Reserva del Perú y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, "**como organismos autónomos y sus trabajadores, se rigen por el régimen laboral de la actividad privada y no están comprendidos dentro de los alcances de las normas que regulan la gestión de recursos humanos del servicio civil**"; sin embargo, dicha norma no excluye al trabajador de que su ingreso a la administración pública se realice mediante concurso público en una plaza presupuestada, conforme a los alcances del precedente Huatuco Huatuco; por cuanto el **Tribunal Constitucional ha expedido la Sentencia N° 01106-2013-PA/TC, de fecha 28 de noviembre del 2017**, donde el propio Colegiado ha sostenido que -en la vía del amparo- se ha declarado improcedente una demanda de reposición por despido incausado contra el Congreso de la República del Perú, y en donde -a la solicitud de aclaración- se reiteró que:

> 22. En consecuencia, en armonía con el artículo 77, inciso d), del Decreto Supremo 003-97-TR, debe concluirse que los contratos de trabajo sujetos a modalidad en cuestión se han desnaturalizado. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que se sustenta en el artículo 5 de la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público) exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, ii) en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, el demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público.

VIGESIMO SETIMO.- En ese sentido, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto se ha reconocido que la parte demandante es un trabajador del Estado sujeto al régimen laboral de la actividad privada, normado por el Decreto Legislativo N° 728, a tiempo indeterminado por la desnaturalización de sus contratos sujetos a modalidad de Servicio Específico, también lo es que su **ingresó no se realizó a través de un concurso público de méritos**, incumpliendo así con lo establecido en el precedente vinculante N° 5057-2013-PA/TC JUNIN y con los criterios previstos

en las Casaciones N°s 11169-2014-LA LIBERTAD, 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA.

VIGESIMO OCTAVO.- Asimismo, debe tenerse en cuenta que el **actor, no solamente no ha ingresado el actor por concurso público de méritos**, incumpliendo así lo establecido en el precedente vinculante N° 5057-2013-PA/TC JUNIN y con los criterios previstos en las Casaciones N°s 11169-2014-LA LIBERTAD, 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA; sino que **tampoco acredita que su cese se dio por las causales de discriminación por la edad o incapacidad**, si vemos que fue contratado cuando ya contaba con 74 años de edad, conforme afirmó esta parte en su demanda

VIGÉSIMO NOVENO: No obstante lo señalado precedentemente, conviene al caso señalar que el cese por estar en edad de jubilación, tampoco implicaría discriminación si tenemos en cuenta que es una causal de extinción del vínculo laboral prevista en la ley; así tenemos que en la **Casación Laboral 12783-2017** Lima de fecha 18 de julio de 2019 se hace referencia a las causas de extinción del contrato de trabajo previsto en el artículo 16° del TUO del Decreto Legislativo 728, precisando el inciso f) la jubilación, la cual de acuerdo al artículo 21° que es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla 70 años de edad; en tal sentido la resolución delimita la controversia en determinar si le corresponde a la demandante la indemnización por despido arbitrario pese a tener más de 70 año, habiendo declarado fundada la Casación interpuesta por el ex empleador revocando la sentencia que declaró fundada la nulidad del despido por discriminación, con base en los fundamentos siguientes:

> **"Sexto**: Conforme a lo expuesto y en atención a lo establecido en el inciso f) del artículo 16° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y considerando que la demandante dejó de laborar pasado los setenta (70) años de edad, es causa de extinción del contrato de trabajo "la jubilación"; y de otro lado, el último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispone la jubilación obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad.
>
> *Por consiguiente,* ***si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los***

setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad*, pues, la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral, favoreciendo su jubilación.”*

En este mismo sentido también desarrolla la **Casación Laboral 4542-2017 Del Santa de fecha 27 de junio de 2018**, en la que también se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la ex empleadora y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia que declaró fundada la indemnización por despido arbitrario, con base en los siguientes fundamentos:

> **“*Noveno:*** *Estando a lo antes glosado, si al demandante se le cursó la carta comunicándole el fin del contrato de trabajo debido a que había excedido los setenta (70) años de edad (fojas ciento veintiuno), es evidente que la demandada no ha incurrido en despido arbitrario, sino que la extinción de la relación laboral obedeció a un motivo contemplado en el ordenamiento legal que le ha dado un carácter de automaticidad y obligatoriedad a la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador al cumplir setenta (70) años de edad.*
> ***Décimo:*** *Al haberse determinado que el cese del que fue objeto el accionante no ha sido arbitrario, el Colegiado Superior ha incurrido en interpretación errónea del artículo 21° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que la causal invocada deviene en* ***fundada.”***

Por último, debemos tener en cuenta las **Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima (NLPT) 2017**, que en el Tema 2 “*La jubilación como causal de la extensión de la relación laboral y su implicancia al cumplimiento de los 70 años y con posterioridad a la misma” ¿El cese unilateral por jubilación se puede aplicar después de cumplido los 70 años, o solo el día que estos se cumplen en forma automática*?, se acordó en mayoría de 18 votos contra 4: “*Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente, es decir se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad…*”

TRIGÉSIMO: Dentro del contexto normativo y consideraciones citadas, siendo que el demandante fue cesado por término de contrato y no ha probado que su despido sea nulo por la causal de discriminación por edad o incapacidad, es que **no procede ser repuesto a su puesto de trabajo, debiéndose confirmarse este extremo de la apelada, por encontrarla arreglado a derecho.**

III.-DECISIÓN:

Por estas consideraciones y de conformidad con el inciso 4) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo - Ley N° 29497, la Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, **ha resuelto**:

CONFIRMARON la **SENTENCIA N° 041- 2019-NLPT, contenida en la Resolución N° 09**, de fecha ocho de marzo del dos mil diecinueve que **DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD** interpuesta por la parte demandada el Congreso de la República y **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por **FRANCISCO PETRONIO VASQUEZ GORRIO** contra el **CONGRESO DE LA REPUBLICA**, declarándose la Desnaturalización de los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes, sin costas ni costos procesales, e **INFUNDADAS** las pretensiones restantes.

En los seguidos por **FRANCISCO PETRONIO VASQUEZ GORRIO** contra **CONGRESO DE LA REPUBLICA** sobre Desnaturalización de Contratos; y los devolvieron al Quinto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente.-

Notifíquese.-

gchn

Lpderecho.pe

Sumilla: *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 Nº 016-2020, si se aprecian regímenes laborales que no forman parte de la carrera administrativa y en donde no se podrá exigir un ingreso mediante un concurso público y a través de una plaza presupuestada*

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR YANGALI IPARRAGUIRRE, ES COMO SIGUE:

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° 041-2019-N LPT contenida mediante Resolución N° 09, de fecha 08 de marzo de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

a) Se declara la desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad suscrito entre las partes desde el 11 de setiembre de 2012 al 26 de julio de 2016.
b) Infundada la pretensión de beneficios sociales (CTS, gratificaciones y vacaciones) correspondiente a la cantidad de S/.230,000.00
c) Infundada la pretensión de reposición a su puesto de trabajo u otro de similar categoría conforme a la constitución de un despido nulo.
d) Infundada la pretensión de intereses legales, costas y costos procesales.
e) Infundada la excepción de caducidad procesal.

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

La parte demandante**, FRANCISCO PETRONIO VASQUEZ GORRIO,** en su apelación alega que la sentencia apelada incurrió en error, al sostener:

i) La sentencia contiene vicios al momento de negar la posibilidad de contratación a plazo indeterminado con posterioridad al cumplimiento de los 70 años de edad, por cuanto no existe una motivación suficiente para poder sostener que la parte demandante solamente ha tenido la opción de ser contratado de manera temporal; por ello, se deberá considerar que, al tener presente la falta de una justificación para no renovar el contrato, se

aprecia la configuración de un Despido Nulo sujeto a un acto de discriminación por condición de su edad. (Agravio N°01)

ii) Existe un error al momento de omitir la aplicación del principio procesal denominado Iura Novit Curia, por cuanto se ha debido derivar la constitución de un despido Nulo a un Despido Incausado. (Agravio N°02)

La parte demandada**, CONGRESO DE LA REPÚBLICA,** en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error de sostener:

i. No se advierte una motivación suficiente al momento de ordenar la invalidez y desnaturalización de los contratos por servicio específico suscrito entre el 11 de setiembre de 2012 al 26 de julio de 2015, por cuanto su causa objetiva se encuentra justificada. Además, la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio para poder admitir alguna Simulación Relativa o fraude a la Ley, pues solamente la parte demandada solo posee la obligación de presentar la inscripción del contrato así como la causa de la contratación. (Agravio N°01)

ii. El Juzgado comete un error al momento de admitir el reconocimiento de una relación laboral, por cuanto la parte demandante no ha accedido a su puesto de trabajo mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada, conforme lo establecido en el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público; por ello, no se podrá admitir la reposición al puesto de trabajo, por cuanto el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC prohíbe la reposición si no se cumple con tales requisitos. (Agravio N°02)

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 apellatum*, 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: De 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[5].

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[6]; 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 colegiado 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

[5] LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.
[6] Ibidem, pág. 532

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 colegiado sostiene que:

"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
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 vengan 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, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

SOBRE LA PROHIBICIÓN DE ACUMULAR PRETENSIONES DENTRO DE UN PROCESO LABORAL

CUARTO: El numeral 2) del inciso 3.3) correspondiente al artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha previsto literalmente qu e no se podrá solicitar en forma conjunta, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de un vinculo 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.

QUINTO: **Sobre la Tutela Jurisdiccional Efectiva y a un Debido Proceso.-** De conformidad con el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú[7], todo ciudadano tiene el derecho y la potestad de acudir a los órganos 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[8]; así, el Tribunal Constitucional, conforme a lo recaído en el Exp. N° 763-2005-PA/TC, ha referido pues que la mis ma:

"(...)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

[7] 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 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.

[8] LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 557.

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 (...)"

SEXTO: 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 o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional[9], 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[10]. 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:

[9] 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.

[10] 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.

"(...) 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."

SETIMO: 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 3° de la Constitución Política),o que sean esenciales para cumplir con su finalidad[11].

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 3º y 43º, 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

[11] Idem, Pág. 514.

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 8º de la Convención Americana[12], para ello, bastará con precisar que en el Caso *López 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.

---

[12] 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 inculpado 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 inculpado de la acusación formulada;
   c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
   d) derecho del inculpado 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 inculpado 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 inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado 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.

OCTAVO: 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 Derecho 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".*

NOVENO: 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) sobe 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[13]; 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[14].

DECIMO: 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:

[13]GAMARRA VILCHEZ LEOPOLDO, *"La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497"*, Revista Derecho y Sociedad N° 37, Pág. 200 a 211.
[14] Ídem, Pág. 204-205

"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 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 PRIMERO: 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[15] ante la posterior acción de reposición al puesto de trabajo.

[15] 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 2005º 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*

Por lo que, si el objeto inmanente 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 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 SEGUNDO: 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

---

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 (...)"

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 PROHIBICION DE LA VARIACION DEL REGIMEN LABORAL

DECIMO TERCERO: 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 vinculo 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[16]; 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.

DECIMO CUARTO: 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[17] 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.

---

[16] 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.

[17] 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.°, 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.°, 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 (...)"*

DECIMO QUINTO: 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 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 (...)"

DECIMO SEXTO: 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 aque lla 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 meritocratico 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".

DECIMO SETIMO: 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[18]- ha determinado diversos criterios

[18] 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 nº 24041.*
c) Cuando se trate de ***obreros municipales*** *sujetos al régimen laboral de la actividad privada.*

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, 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.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil), y ***otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo 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.

DECIMO OCTAVO: 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

---

*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 nº 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".

asegurar la igualdad en la aplicación de la ley: incrementar la seguridad jurídica[19].

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° 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° 12475-2014-Moquegua y la sentencia recaída en el Exp. N° 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 valida 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.

DECIMO NOVENO: 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 200º 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 118º 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.

[19] 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° 02, Coquimbo, 2011, Pág. N° 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

b) **El control constitucional difuso**, el cual se encuentra regulado en el artículo 138º 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: Respecto a la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad.- En materia laboral, la causa objetiva en la contratación es una garantía fundamental que permite establecer la naturaleza del trabajo realizado, con la finalidad de concretar si la labor desempeñada por el trabajador es de carácter permanente o temporal, o si nos encontramos dentro de los supuestos de Simulación Relativa o Fraude a la Ley.

En efecto, la propia doctrina laboralista[20] sostiene que el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo[21], pues su finalidad siempre ha sido concretar en forma efectiva que el vínculo laboral continué permanentemente, siempre que el trabajador pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones laborales y no se encuentre sujeto a una falta grave que pueda acarrear un despido justificado; así, se reitera pues, de un lado, se deberá priorizar una clara preferencia por los contratos de trabajo por tiempo indefinido sobre los de duración determinada, y (por el otro) se establecerán

[20] ARCE ORTIZ ELMER, *"Estabilidad Laboral y Contratos Temporales"*, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 10.
[21] SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, *"Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada"*, Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.

reglas que protejan al trabajador frente al despido sin causa o acto desproporcionado[22].

Por ello, la preferencia por los contratos por tiempo indefinido en la que se concreta la Estabilidad Laboral se instrumentaliza mediante la adopción de criterios objetivos que permitan vincular el tipo contractual con la naturaleza de las labores a desarrollar[23], los cuales operarán al margen y en sustitución de la voluntad de los contratantes; así, conforme a la presente premisa, lo que determina la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no serán los intereses de las partes, sino la función a desempeñar, es decir, el tipo de necesidad empresarial que a través del contrato ha de atenderse.

De esta forma podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo, caso contrario, los contratos por tiempo indefinido serán la regla primigenia.

VIGESIMO PRIMERO: Asimismo, el artículo 27° de la Constitución Política del Perú impone al legislador la obligación de ofrecer una adecuada protección frente al despido arbitrario, de conformidad con los garantías restitutorias declaradas por el TC a través de los expedientes N° 976-2001-AA/TC, N° 1124-2001-AA/TC y N° 0206-2005-PA/TC; en cuanto la existencia de un régimen de protección contra el despido sin causa, no sería capaz de garantizar ese objetivo si las partes tuviesen la posibilidad de determinar libremente la duración del contrato de trabajo[24], pues dicha protección podría ser eludida por el empleador mediante el sencillo expediente de concertar con el trabajador uno o varios contratos de duración determinada sucesivos.

En materia legislativa, el artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral normado por el D.L. N° 003-97-TR regula:

"Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada (...) Si el trabajador continúa laborando después de... Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley"

[22] SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, *"El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana"*, en la obra colectiva *"Trabajo y Constitución"* coordinado por Javier Neves Mujica (Director), Cultural Cuzco, Lima, 1989, Pág. 90-100.
[23] ARCE ORTIZ ELMER, *"Estabilidad Laboral y Contratos Temporales"*, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 08.
[24] SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, *"Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada"*, Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.

En donde la simulación corresponderá la declaratoria de ineficacia de la temporalidad del contrato impugnado.

VIGESIMO SEGUNDO: Al respecto, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 16005-2015-Lima, ha señalado en forma clara y concreta:

"Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad (...)"

De igual forma, a través de la Casación N° 7277-2016-Moquegua, la Corte Suprema expresa:

"(...) Las características más relevantes de los contratos a plazo fijo en la regulación laboral son las siguientes: a) el contrato a plazo fijo confiere a los trabajadores acceso a todos los derechos y beneficios sociales previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido (derechos individuales como colectivos, aun cuando, en la práctica, haya políticas y convenios colectivos que no excluyen la percepción de ciertas compensaciones o beneficios al personal contratado a plazo fijo); b) sobre estos contratos atípicos hay que indicar que no solamente se debe invocar la causal respectiva de contratación (es el único contrato de trabajo que requiere de una causa de contratación), sino que dicha causa debe haberse configurado para que proceda la contratación temporal, ocupando menos, se debe encontrar ante el supuesto legal para la contratación de personal temporal; c) en cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que ningún caso se exceda de cinco años. Asimismo, es posible renovar los contratos a plazo fijo respetando el plazo máximo aplicable para cada modalidad de contratación (...)"

Asimismo, en cuanto a las formalidades previstas en la Ley, la Corte Suprema de la República, tal como la recaída en la Casación N° 12961-2014-Cusco ha señalado en forma clara y concreta:

"Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad (...)"

VIGESIMO TERCERO: En lo que respecta en estricto al contrato modal por **servicio especifico**, el propio artículo 63° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral normado por el D.L. N° 003-97-TR dispone:

"Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquéllos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación."

En donde la causa del servicio específico será la actividad que tenga por naturaleza una duración determinada, pues su duración será la que resulte necesaria, pues se podrán celebrarse renovaciones que resulten pertinentes para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación[25].

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional siempre ha señalado la posición mediante el cual, conforme a lo descrito en la sentencia recaída en el Exp. Nº 10777-2006-PA/TC, señala:

"(...)Se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable, sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida que las circunstancias así lo ameriten. Lo

[25] ARCE ORTIZ ELMER, *"Estabilidad Laboral y Contratos Temporales"*, Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 14.

contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación 'por obra determinada' o 'servicio específico' sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción (...)".

VIGESIMO CUARTO: El caso en concreto (Agravios N° 01 de la 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, pues el objeto del contrato de trabajo por servicio especifico se ha determinado conforme al periodo laborado del 11 de setiembre de 2012 al 26 de julio de 2015.

Además, la parte demandante no ha ofrecido un medio probatorio para poder admitir alguna Simulación Relativa o fraude a la Ley, pues solamente la parte demandada solo posee la obligación de presentar la inscripción del contrato así como la causa de la contratación, en base a la aplicación de la carga de la prueba.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que se ha incurrido en una causal de desnaturalización de los contratos de trabajo por servicio especifico, pues dentro del objeto del contrato no se aprecia una razón por el cual el presente contrato sea válido, pues sus cargos asumidos (Servidor Profesional SP-9, Auxiliar Nivel SA-4 y Técnico Nivel ST-8) se han desarrollado de manera permanente, tal como ha sucedido en el CAP y el ROF.

VIGESIMO QUINTO: Para tal fin, esta **Vocalía Superior** observa que el objeto de los diversos contratos de trabajo temporal por servicio específico se han sujetado a lo siguiente:

"(...) EL CONGRESO, es el órgano representativo de la Nación, y tiene autonomía normativa, económica administrativa y política, por lo que en uso de la facultad que le confiere el Artículo 94° de la Constitución Política, requiere contratar a doña VASQUEZ GIORGIO FRANCISCO PETRONIO para que realice de manera temporal, los servicios de apoyo Legislativo N°, en el cargo de ESPECIALISTA en el Nivel SP-9M en el DEPARTAMEMTO DE INVESTIGACION Y DOCUMENTACION PARLAMENTARIA bajo la modalidad establecida en el Artículo 53° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (...)"

"(...) EL CONGRESO, es el órgano representativo de la Nación, y tiene autonomía normativa, económica administrativa y política, por lo que en uso de la facultad que le confiere el Artículo 94° de la Constitución Política, requiere contratar a doña VASQUEZ GIORGIO FRANCISCO PETRONIO, profesional con conocimientos y experiencia previa suficiente, que lo califica para

desempeñarse en las labores para los cuales se contrata (...) En virtud de lo expuesto en la clausula anterior, se suscribe el presente contrato de trabajo bajo la modalidad de contrato por servicio específico establecido en el artículo 63° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 (…) para que realice funciones antes descritas en la Oficina de Participación, Proyección y Enlace con el CONGRESO, con la categoría de AUXILIAR, con nivel SA-4 mínimo (…)"

A partir de ello, se advierte objetivamente que la emplazada no ha especificado en forma concreta la causa por el cual el trabajador demandante ha tenido la necesidad de ser contratado en un tipo de labores de naturaleza temporal y no bajo un contrato ordinario de trabajo de naturaleza indeterminada, pues en su objeto no precisa una actividad temporal de un servicio especifico o una justificación no razonable que aduzca una simulación en la contratación.

VIGESIMO SEXTO: Respecto a ello, teniendo en presente que **la duración del contrato de trabajo modal** no solo determina su periodo de vigencia, sino que **permita evaluar su relación con la causa objetiva que habilitó su celebración**, situación que debe considerarse en toda contratación modal; es por ello, que este Colegiado Superior concluye que los contratos de trabajo sujeto a modalidad deben contar con la consignación de la causa objetiva determinante de la contratación temporal, siendo éste un requisito esencial para que se determine su validez.

Por tanto, el cumplimiento de este requisito supone que se consigne de manera clara, detallada y completa las circunstancias por las cuales la necesidad de recursos humanos por parte de la empresa demandada es de carácter temporal y no permanente en el tiempo y, en esa medida, la sola mención a la existencia de una necesidad temporal de recursos humanos no satisface este requisito; situación que no ha sido revertida por el empleador conforme a una causal válida en el presente caso o que su causa objetiva se haya sustentado mediante en argumentos sólidos.

Por lo que, en virtud de lo establecido en el inciso d) del artículo 77° de la T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se determina que los contratos de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico, suscritos entre las partes se han desnaturalizado y por ende declara la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; siendo ello así, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la parte demandada en su recurso impugnatorio.

VIGESIMO SETIMO: Con ello, se podrá apreciar que, conforme a la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada, corresponderá la incorporación de la parte demandante dentro de la planilla correspondiente y sujeto al régimen a plazo indeterminado.

En consecuencia, 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, sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N° 728.

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

.....

RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN EL EXP. N° 5057-2013-PA/TC EXPEDIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VIGESIMO OCTAVO: De conformidad a lo regulado en el precedente vinculante Huatuco Huatuco, expedido mediante sentencia recaída mediante el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, se ha precisado que el ingreso, permanencia y ascenso a la administración pública, se basará mediante la meritocracia y en salvaguarda de la carrera administrativa ante casos de reposición de trabajadores del sector público; 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.

Es por ello que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que solo será 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 NOVENO: Por el contrario, si bien es verdad que un precedente vinculante es un mandato de obligatorio cumplimiento dentro de los procesos

ordinarios, debido a las diversas interpretaciones discordantes en la práctica jurisdiccional, la Corte Suprema de la República -mediante Casación N° 12475-2014-Moquegua[26] determinó como criterio jurisdiccional de obligatorio cumplimiento una lista taxativa de supuestos en los cuales no se aplica el citado precedente, tal como en aquellos casos en donde se aprecie la constitución de un Despido Nulo.

Por lo que, en base a la aplicación de la figura denominada distinguishing (propio del derecho anglosajón), existen reiterados supuestos de inaplicación, pues a través de las mismas se ha precisado que el requisito previo del concurso público y la plaza presupuestada no es condicional cuando se advierta una nulidad de Despido .

EL ROL UNIFICADOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA ANTE LA VALORACION DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y EL DISTINGUISHING

TRIGESIMO: Si se tiene presente que la doctrina constitucional ha establecido constantemente que el Tribunal Constitucional posee un poder uniformizador en la interpretación entre los poderes del Estado en relación con la Constitución Política del Perú[27], pues la legitimidad de sus decisiones ha sido el elemento principal para poder hacer no puedan ser cuestionadas y sean objeto de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, aún en materia de aplicación del Distinguishing dentro de los propios procesos constitucionales.

---

[26] 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 nº 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 nº 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".

[27] LANDA ARROYO CESAR, *"Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional"*, Revista Ius Et Veritas N° 32, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N° 249 a 262. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/12391-49288-1-PB.pdf

Por ello, es lógico concluir que el Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial y los demás poderes del Estado, goce de la competencia de la competencia; es decir, que ningún poder del Estado puede disputarle el ejercicio de tal atribución constitucional.

Asimismo, a través de la expedición de diversos fallos realizados por la Corte Suprema de la República, la máxima instancia jurisdiccional ordinaria también ejerce un efectivo un control de la interpretación y una **unificación de la jurisprudencia a nivel ordinario laboral**, pues (a través de sus diversas ejecutorias o consultas de interpretación) se ha garantizado la prevalencia del derecho constitucional a la igualdad y la aplicación del derecho a la seguridad jurídica sobre las diversas controversias originadas a causa de una dispar interpretación realizado en los órganos jurisdiccionales inferiores, o, a través de **la delimitación de los supuestos de inaplicación de ciertos precedentes vinculantes en materia constitucional** (conforme a la aplicación del propio método del distinguishing).

En se sentido, a través del Recurso Extraordinario de Casación, la Corte Suprema garantiza la predictibilidad de los fallos dentro del sistema de justicia ordinario, conforme al cumplimiento de una función nomofiláctica y el delineamiento de la interpretación de la Ley[28], en donde su cumplimiento deberá ser acatado por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía.

TRIGESIMO PRIMERO: 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[29].

---

[28] Para el autor VELASCO GALLO FRANCISCO, en su obra *"La Casación Civil"* publicada en la Revista Derecho 48/1994, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N° 51 a 56, ha sostenido que el recurso se ha establecido también para lograr la unidad de la jurisprudencia, porque no menos importante que velar por la aplicación de la norma jurídica es la necesidad de la unificación de su interpretación. Como acertadamente lo asevera la doctrina, la tutela de la ley y la unificación de la jurisprudencia no constituyen dos fines distintos y separados del recurso de casación; corresponden más bien y en rigor jurídico a dos aspectos de una función única que se compenetran y combinan, dado que mediante la unidad jurisdiccional se consigue igualmente la recta aplicación de la ley, pues se evitan interpretaciones que sean contrarias a su verdadero sentido y alcance.
El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaCasacionCivil-5084565.pdf

[29] 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° 02, Coquimbo, 2011, Pág. N° 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

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° 5057-2013-PA/TC, podrá ser inaplicado en supuestos específicos o concretos; por lo que **este Colegiado Superior considera expresamente que se deberá reconocer estrictamente aquellos supuestos de inaplicación establecidos en la Casación N° 12475-2014-Moquegua y la sentencia recaída en el Exp. N° 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.

TRIGESIMO SEGUNDO: El caso en concreto (Agravios N° 02 de la 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, por cuanto la parte demandante no ha accedido a su puesto de trabajo mediante un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada, conforme lo establecido en el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público; por ello, no se podrá admitir la reposición al puesto de trabajo, por cuanto el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC prohíbe la reposición si no se cumple con tales requisitos.

Sobre el presente extremo, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que se ha incurrido en una causal de desnaturalización de los contratos de trabajo por servicio específico.

TRIGESIMO TERCERO: Para tal fin, esta **Vocalía Superior** no comparte íntegramente los fundamentos desarrollados por la vocal ponente, por cuanto en la sentencia se pretende aplicar al precedente vinculante recaído en el Exp. N° 6067-2013-PA/TC, expedido por el Tribunal Constitucional, por la sola condición dogmática que la entidad demandada es el Congreso de la República; pero sin considerar que, dentro de la Casación N° 12475-2014 -Moquegua, la Corte Suprema de la República ya ha precisado que la misma no podrá aplicarse si se advierte la impugnación de un Despido Nulo establecido en el artículo 29° de la LPCL.

Por consiguiente, al existir una causal clara de inaplicación del citado precedente en el presente caso en concreto y en concordancia de los criterios ya establecidos por la Corte Suprema de la República, se deberá evaluar la constatación de un Despido Nulo dentro del presente extremo, así como la posibilidad que la parte demandante pueda acceder a la medida constitucional reparadora de la reposición al puesto de trabajo.

.....

SOBRE EL CONDICIONAMIENTO DE LA REPOSICIÖN EN VIA JURISDICCIONAL A UNA PLAZA PRESUPUESTADA DE NATURALEZA INDETERMINADA

TRIGESIMO CUARTO: 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 (...)"

TRIGESIMO QUINTO: 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.

Así, 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 SEXTO: 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 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 SETIMO: 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 P olítica 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 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador (...) Cuando el artículo 27º 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 inadmisible (...) 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, si no 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 OCTAVO: 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 27º 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 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º 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 inadmisible.

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 inadmisible. 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 e n la LPCL.

TRIGESIMO NOVENO: 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[30].

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 se ñaló en forma expresa:

"(...) La Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, 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(...)"*

[30] 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

CUADRAGESIMO: 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 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.

CUADRAGESIMO PRIMERO: 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 3º y 43º 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[31].

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[32]; pero se deberá tener presente que el requisito de razonabilidad deberá excluir necesariamente la arbitrariedad, pues

---

[31] LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

[32] 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 aquélla 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 aquélla en donde el 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 aquélla 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(...)"

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.

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

CUADRAGESIMO SEGUNDO: 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[33].

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 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo.

[33] LANDA ARROYO CESAR, "*La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú*", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

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 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 (...)".

<u>CUADRAGESIMO TERCERO:</u> 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(...)"

<u>CUADRAGESIMO CUARTO:</u> 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"*[34], se

[34] 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

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[35]; 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) h abría 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 QUINTO: En ese sentido, si reiteramos que dentro de los procesos tramitados en los expedientes N° 4718-201 6-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), se podrá apreciar que los mismos solamente podrán ser requerido en aquellos casos en donde se aprecie una actividad dentro de la propia carrera administrativa.

En razón a ello, si se advierten actividades 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.) o que han sido excluidos del precedente vinculante Huatuco Huatuco (tal como los trabajadores CAS o aquellos que han sido cesados a través de un Despido Nulo); no les resultará aplicable consecuente tal requisito, por cuanto que resulta lógico advertir que los mismos no podrán acreditar una condición constitutiva previa que no poseen en la realidad.

[35] 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 "interpretacción errada" o una "interpretación auténtica"[36] 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 SEXTO: ¿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).

[36] Ibidem, pág. 12

Por lo que, si actualmente existen supuestos específicos en el cual se aprecian régimen laborales que se encuentran excluidos de la administración pública o del precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5057-20 13-PA/TC, 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 requisito indispensables, sujeto a nulidad o responsabilidad 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 SETIMO: Con esto, al existir la necesidad de valorar previamente el régimen laboral aplicable o los supuestos jurisdiccionales 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 la misma 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 OCTAVO: 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 en su integridad.

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.

.....

RESPECTO A LA CAUSAL DE REPOSICIÓN POR DESPIDO NULO SUJETO A ACTOS DISCRIMINATORIOS

CUADRAGESIMO NOVENO: Sobre el Despido Nulo por causal de actos de discriminación.- El inciso e) 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 lo siguiente:

"(…) Es nulo el despido que tenga por motivo (…) d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (…)"

Por lo que, en materia propiamente laboral, el Despido Nulo por razones de discriminación se sujetará al grado de vinculación constitucional con el derecho a la igualdad y no discriminación que tengan motivos relacionados con el sexo, la religión, raza y otros motivos relacionados; en donde también se podrá incluir la causa de protección por razones de edad ante actos vejatorios por parte del empleador por tal condición fáctica.

Para ello, no se puede dejar de tener presente que 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, dado que no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**[37].

QUINCUAGESIMO: En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual conforme a ciertas condiciones objetivas, por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases concretas razonables, en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos similares o 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 que este principio constitucional de igualdad y no discriminación se sujetará conforme a las siguientes consideraciones:

"(...) La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2º 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

[37] 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 técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad".

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 (…)" (Exp. N°2537-2002-AA/TC)

"(…) 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 proscribe 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 (…)". (Exp. N°02861-2010-PA/TC)

QUINCUAGESIMO PRIMERO: Más allá a lo precisado en nuestra legislación y jurisprudencia nacional, a nivel internacional existe un marco de protección general contra la discriminación en el acceso al empleo a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores que ya poseen una mayoría de edad; por cuanto se aprecia que la discriminación también puede manifestarse a través de la forma de la extinción de la relación laboral.

En ese sentido, si se tiene presente que, a través del Convenio N° 111 relacionado con la discriminación, empleo y ocupación de 1958, la OIT prohibió la discriminación (entre otros factores) con motivo de la edad en el empleo y la ocupación, se aprecia una limitación a la discriminación en todos los escenarios del desarrollo de una relación laboral, al sostenerse:

"(…) A los efectos de este Convenio, 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 (…)"

A partir de tales términos, si se aprecia que en la Conferencia Internacional del Trabajo – CIT, con relación a un régimen de igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores en el empleo del año 1985[38], se fijaron diversos elementos de carácter general relacionadas a la discriminación, al precisarse en el artículo 6° la siguiente base interpretativa:

"(…) No se practicará discriminación alguna en el empleo o en la ocupación por razón de sexo, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y de la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 Cnúm. 111) (…)"

Con lo que, nuevamente se aprecia que la edad es uno de los factores resaltantes para poder evaluar una actitud discriminadora a nivel de acceso al empleo, pues tal situación biológica será un elemento para evaluar alguna discriminación que pueda ser considerado dentro de la categoría de un despido nulo[39].

QUINCUAGESIMO SEGUNDO: Ahora, conforme a lo señalado en el Convenio N° 169 de la OIT, en relación a los pueblos indígenas y tribales, esta organización internacional dispuso la obligación de los gobiernos para adoptar las medidas para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas (a nivel general, sean jóvenes, adultos o adultos mayores) y los demás trabajadores, en particular para garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades (en todos sus aspectos), trato para hombres y mujeres en el empleo.

Finalmente, a través del artículo 19° de la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162, la misma OIT ha requerido que los Estados miembros realicen esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad, con el objeto de obtener

[38] CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *"Resolución sobe la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras del empleo"*, 71° Reunión, OIT, Ginebra, 1985. Enlace: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1985/85B09_348_span.pdf

[39] A través del trabajo denominado *"Los trabajadores de mayor edad: Empleo y Desprendimiento Laboral"* , la autora MARIA JULIETA ODDONE, Documento de Trabajo N°38, Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 1994, sostiene que la situación de los trabajadores de edad en lo que se refiere al empleo es seria en la mayoría de los países desde hace algunos años; pues se hace cada vez cada vez más difícil. Muchos trabajadores de edad tienen dificultad para mantener el empleo, y si lo pierden, para volver a encontrar trabajo.
Sin embargo el empleo de los trabajadores de mayor edad, en un contexto que indica: un menor ritmo del crecimiento económico, desempleo y subempleo, transformaciones rápidas del aparato productivo, modificaciones del nivel de instrucción y calificación de la población activa, encuentran dificultades sobre todo en los últimos años de su vida profesional.

trabajo después de una inactividad profesional debido a sus responsabilidades profesionales, pues el nivel de protección parte de la siguiente premisa:

"(…) La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (…) Adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos ochenta, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980: (…) En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (…)"

QUINCUAGESIMO TERCERO: A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el inciso 1) del artículo 1° de la Convención Americana, vigente desde 1978, dispuso que los Estados suscritos deben erradicar todo tipo de discriminación con relación a la raza, sexo, edad, idioma o de cualquier otra índole, al disponerse:

"Se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En donde el inciso 1) del artículo 5° sienta un principio de carácter fundamental, es decir, el respeto a la dignidad integral de todo ciudadano, pues:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Ahora, a través del preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), la Organización de Estados Americanos ha considerado la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación por motivos de edad, al resaltar categóricamente que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, conforme a la aplicación del derecho a la igualdad; en ese sentido, si en el referida convención se precisa y se norma lo siguiente:

"(…) Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano (…)"

"(…) Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el

reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (….)"

"(…) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (…) Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales (…) El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades (…)"

QUINCUAGESIMO CUARTO: Con relación a la vigencia del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador"[40] en la presente materia, el artículo 7° de esta norma precisa que los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deberán garantizar que todo ciudadano tenga derecho a la estabilidad en el empleo, en donde -en caso de despido injustificado- la parte trabajadora tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo; sobre esto, si se tiene el siguiente apartado normativo:

"(…) Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (…) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (…)"

Así, se aprecia que a nivel internacional no se podrá restringir o menoscabar (artículo 7°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, tal como el derecho del trabajador mayor de edad a su puesto de trabajo, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.

QUINCUAGESIMO QUINTO: En consecuencia, al tener presente que los apartados internacionales de la OIT y la OEA han prescrito que los derechos

[40] El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias dentro del orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.

laborales de las personas mayores de edad (entre ellos los jubilados) son similares en todos los sentidos al ejercicio de los derechos de los trabajadores jóvenes o adultas, por tener las mismas oportunidades en el acceso en el trabajo; resultará claro concluir que estos tipos de trabajadores (personas mayores y jubilados) también se encontrarán sujetos a una protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de nuestra Constitución Política del Perú, en caso mantengan una continuidad de la relación laboral luego de la jubilación voluntaria u obligatoria, al ser propensos de mayores perjuicios económicos y ser el mayor factor de ingreso al sector informal[41].

En ese sentido, si se reitera que el acceso de un nivel de protección de naturaleza restitutoria estará garantizado a través del derecho a la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de la relación laboral, la vigencia de los derechos sobre el acceso al empleo, así como una protección contra el Despido, conforme a los siguientes lineamientos de carácter internacional:

"(…) Todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (…)" (Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 16 2 - OIT)

"(…) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (…) (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores - OEA)

"(…) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (…)" (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - OEA)

Se podrá admitir la posibilidad que, en aquellos casos en donde se admita la continuidad de la relación laboral luego de estas dos modalidades de extinción

[41] Dentro del trabajo denominado *"Envejecimiento, Empleo y Protección Social en América Latina"*, la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Coordinador Fabio M. Bertranou), Oficina Internacional del Trabajo, 2006, ISBN 978-92-2-320076-3, Pag. N° 31 a 35; precisa que la continuidad de la relación laboral del trabajador adulto mayor es una constante en América Latina y en específico dentro de la propia realidad peruana, pues en numerosos hogares con adultos mayores, los ingresos laborales de los adultos mayores constituyen un único o importante complemento de los ingresos familiares, el cual aumenta con el limitado alcance de la cobertura de prestaciones de salud o por el precario, casi nulo, niveles de atención previsional. Así la tendencia en la actividad laboral de los adultos mayores (60 años a más) está sujeto al estancamiento de la tendencia al retiro temprano de la fuerza laboral, el cual se viene condicionado con los problemas económicos y sociales que acompaña el proceso de envejecimiento población; por ello, se sugiere un mayor foco de atención a la situación laboral de los adultos mayores, pues también se aprecia que este grupo poblacional ahora busca un puesto de trabajo dentro del sector informal.

(jubilación voluntaria u obligatoria), un órgano jurisdiccional pueda admitir la reposición al puesto de trabajo o el pago de una indemnización por despido arbitrario, tal como lo solicite la parte demandante; por cuales tales efectos restitutorios se encuentran sujetos a las garantías establecidas en los apartados internacionales anteriormente prescritos[42].

QUINCUAGESIMO SEXTO: La continuidad de la labor de un trabajador jubilado como causal de un Despido Nulo.- Con relación al nivel de protección de los trabajadores jubilados que continúan brindando su fuerza de trabajo al empleador, se deberá tener presente que tal situación fáctica ha oscilado inestablemente entre diversas modalidades de calificación jurídica; por cuanto de una inicial negativa de este tipo de trabajadores a un tipo de estabilidad laboral y una breve posibilidad protección contra el despido arbitrario en base a la suscripción de un contrato de continuidad laboral, se ha pasado a una actual imposibilidad que los trabajadores jubilados puedan acceder a una indemnización por despido arbitrario o una reposición al puesto de trabajo, conforme a la libre posibilidad del empleador de limitar la vigencia de la sola relación laboral a la sola vigencia del plazo contratado.

En efecto, a través de la sentencia N° 3572-2005-PA /TC y la Casación N° 2501-2009-Ica, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República sostuvieron primigeniamente que la protección adecuada contra el despido arbitrario (sea indemnización o reposición al puesto de trabajo) no resultaba aplicable en aquellas labores donde se haya superado los 70 años edad (a pesar que se hayan suscrito pactos de permanencia) al solamente admitirse la causal de jubilación automática, en base a los siguientes argumentos:

"(…) Este Colegiado entiende que entre la universidad emplazada y el demandante se celebró un pacto en contrario, dado que, de conformidad con el

[42] La presente afirmación guarda relación con lo estipulado en la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 de la OIT, pues a través de la misma se promueve una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación. En base a tal afirmación, aquella organización internacional reitera que los Estados miembros deben realizar esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que buscan trabajo después de una actividad profesional.
Así, para la autora MARIA JULIETA ODDONE *"Los trabajadores de mayor edad: Empleo y Desprendimiento Laboral",* Documento de Trabajo N° 38, Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 1994, el desempleo afecta a todas las categorías de edades, pero por regla general, afecta en mayor medida a los más jóvenes, las mujeres y los hombres adultos que a los trabajadores de mayor edad. Sin embargo, la duración del desempleo de los trabajadores de edad es bastante mayor que el caso de los otros grupos de edades, el cual suele enmascararse con el retiro anticipado del mercado de trabajo.

Documento Nacional de Identidad del recurrente, a la fecha de celebración del contrato de trabajo por cinco años, esto es, el 25 de enero de 1999, tenía 67 años de edad; vale decir, que se acordó implícitamente que el demandante prestara servicios aun después de cumplida la edad de jubilación automática y obligatoria. Por tanto, el pacto en contrario antes mencionado solo surtió efectos desde que el demandante cumplió 70 años de edad (21 de diciembre de 2001) hasta el vencimiento de su contrato de trabajo, el 25 de enero de 2004 (…) Cabe señalar que, no obstante que el contrato de trabajo del demandante venció el 25 de enero de 2004, este continuó prestando servicios hasta el 24 de setiembre de 2004; es decir, 8 meses más del plazo pactado, produciéndose, de esta manera, la desnaturalización del contrato, de conformidad con el artículo 77º, inciso 1), del Decreto Supremo 003-97-TR, y su conversión en un contrato indeterminado (…) Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo del demandante se convirtió en indeterminado, este solo podía extinguirse por cualquiera de las causales de extinción estipuladas en el artículo 16º del Decreto Supremo 003-97-TR, entre las cuales se encuentra la jubilación al cumplir 70 años de edad, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia, no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno. (…)" (Exp. N° 3572-2005-PA/TC)

"(…) Cabe indicar que, si bien es cierto que el citado artículo 21° parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le cursó la carta notarial (…) por el cual se comunica su decisión de aplicar de extinción de contrato de trabajo por la causal de jubilación obligatoria y automática; conforme lo señala el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria al caso de autos, lo contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente (…)" (Casación N° 2501-2009-Ica)

QUINCUAGESIMO SETIMO: Pero, con el traspaso de los años, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema variaron su interpretación sobre el nivel constitucional de la protección constitucional contra el despido arbitrario y admitieron la posibilidad que estos tipos de trabajadores puedan ser protegidos mediante un cese sujeto a una causa justa y debidamente comprobada, pues mediante el Exp. N° 06050-2014-PA/TC se admitió la posibilidad del pago de una indemnización por despido arbitrario o que (tal como lo resuelto en las casaciones N° 1533-2012-Callao, N° 532-2014-Callao y N° 2704-2016-Lima) la extensión de la relación laboral no puede ser resuelto por el empleador de manera discrecional mediante la sola alegación de una jubilación automática, iniciando la posibilidad que la misma pueda ser evaluado conforme el artículo 27 de nuestra Constitución Política del Perú, si se advierte una exoneración de la jubilación automática con la continuidad de la prestación.

En ese sentido, si se tiene presente que en las referidas sentencias, se sustentaron los siguientes argumentos:

"(…) La jubilación constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo, y es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo pacto en contrario, conforme se desprende el último párrafo del artículo 21° de la citada norma (…) Se concluye que la alegada afectación de su derecho al trabajo se ha tornado irreparable con posterioridad a la interposición de la demanda (…) Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera necesario habilitar un plazo, de manera excepcional, para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar (…) la indemnización correspondiente por el despido arbitrario que denuncia (…)" (Exp. N° 06050-2014-PA/TC)

"(…) Si luego de cumplido los setenta años de edad, de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese momento, se entenderá que existe un pacto en contrario tácito para la continuación de los servicios, por lo que toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del trabajador en este periodo se entenderá arbitraria si es que no se basa en la comprobación objetiva de la comisión de falta grave o incapacidad para la realización de la labor. Si al trabajador no se le comunica la extinción del vínculo, debe entenderse que ha existido un pacto o convenio tácito entre el trabajador y su empleador, por el cual han decidido mantener la relación laboral mientras no exista una causa justa de despido conforme a la ley, o en todo caso mientras el trabajador no renuncie (…)" (Casación N° 1533-2012-Callao)

"(…) Si bien es cierto que el cumplimiento de setenta años en el transcurso del proceso, hace inviable e inejecutable su reincorporación efectiva por causal sobreviniente; también lo es que se estaría generando una total desprotección al trabajador, razón por la cual esta Sala Suprema no puede dejar de impartir justicia ante un vacío de la propia norma, debiendo este Tribunal resolver en justicia teniendo en cuenta los fines de la casación (…)ante la evidente imposibilidad de ejecutar la reincorporación y con el fin de proteger sus derechos reconocidos, se debe resarcir tal situación y para ello este Colegiado -en base al principio de la interpretación más favorable al trabajador- opta por una compensación económica razonable equivalente a un monto igual al tope de la indemnización por despido arbitrario, regulada en el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 , Ley de Pr oductividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, de doce remuneraciones, considerando la última remuneración percibida por el actor, de acuerdo con los medios probatorios aportados en autos, debiendo efectuarse este cálculo en ejecución de sentencia (…)" (Casación N° 2704-2012-Ancash)

<u>QUINCUAGESIMO OCTAVO</u>: A pesar de la posibilidad de admitir un nivel razonable de protección adecuada contra el Despido Arbitrario a este tipo de trabajadores adultos mayores, nuevamente la Corte Suprema de la República vario sustancialmente su nivel de interpretación a uno regresivo y sujeto otra vez a una libre voluntad del empleador, pues a través de las casaciones N° 1634-

2016-Lima y N° 9155-2015-Lima, otra vez se otorgó al empleador de extinguir libremente la relación laboral mediante la modalidad del cumplimiento del pacto contratado, en base a que actualmente la jubilación automática anularía todo tipo de causa justa al momento de extinguir la relación laboral y permitir la suscripción de contratos de continuidad de la relación laboral.

Para ello, si se tiene presente los presentes considerandos:

"(…)Si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave, pues sostener lo contrario significaría que el trabajador preste servicios en forma indefinida, lo que contraviene lo estipulado en el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria (…) El último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispo ne la jubilación obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, por consiguiente si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral, favoreciendo su jubilación (…)" (Casación N° 1634-2016-Lima)

"(…)En cuanto a la existencia del 'pacto en contrario' tácito al existir unidad de criterio entre lo sostenido por el recurrente cuanto en lo considerado por la Sala Superior en la sentencia de vista impugnada, en el sentido que la posibilidad del 'pacto en contrario' admite el que dicho pacto pueda ser expreso o tácito, pero que en el caso de autos fue tácito, dado que no se ha invocado, menos probado, que hubiere sido expreso, lo que corresponde analizar es la facultad del empleador de dar por concluido la relación laboral y las consecuencias del ejercicio de la misma (…) Si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón {argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador, de lo que se desprende la autorización al empleador a poner fin a la relación laboral por razón de la edad sin que medie causa justa ni obligación de indemnización (…) En relación a lo alegado, cabe indicar que si bien es cierto el citado artículo 21° parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibili dad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le curso la carta de fecha

veinticuatro de marzo de dos mil catorce, por el que comunica su decisión de "aplicar la causal de extinción de contrato por la causal de jubilación obligatoria y automática"; lo contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente (…)"(Casación N°9155-2015-Lima)

QUINCUAGESIMO NOVENO: En base a ello, si esta **Vocalía Superior** considera válido el argumento esgrimido de la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República sobre la limitación de la protección adecuada contra el despido arbitrario en beneficio de la jubilación obligatoria, significaría que la siguiente reflexión:

"(…) *Si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón {argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador (…)"*

Garantizaría un claro trato discriminatorio jurisdiccional sobre la sola presunta primacía de la jubilación obligatoria a los 70 años, pues claramente significaría que los trabajadores mayores a los 70 años no estarían en similar condiciones jurídicas para poder acceder a sus derechos constitucionales e internacionales que otros trabajadores jóvenes o adultos, al extender los efectos de la jubilación automática antecesora (el cual solamente se configura a los 70 años) sobre la continuidad de la relación laboral admitida por la parte empleadora.

En efecto, si se reitera que los apartados internacionales de la OIT y la OEA han prescrito que los derechos laborales de las personas mayores de edad (entre ellos los jubilados) son similares en todos los sentidos al ejercicio de los derechos de los trabajadores jóvenes o adultas, por tener las mismas oportunidades en el acceso en el trabajo; no se advierte cierto grado de coherencia al razonamiento en el que se prima la sola jubilación precedente para poder limitar una protección adecuada contra el Despido Arbitrario consagrado en nuestra Constitución Política del Perú, pues si la extinción automática de la relación laboral se produce a los setenta años, tales efectos inmediatos se encontrarían limitados o anulados si el propio trabajador inicia nuevamente sus labores en base a un mutuo acuerdo con la parte empleador, en post de la vigencia de la misma relación laboral así como una adecuada nivelación de todos los derechos laborales de los adultos mayores con los trabajadores de menor edad.

Entonces, si se aprecia que el ejercicio de los derechos restitutorios o resarcitorios, sobre la impugnación de un despido inconstitucional, forman parte de la gama de todo trabajador y el cual no se puede limitar por una interpretación

infra legal, se advierte otra vez que la inserción de actos discrecionales permitidos por el empleador sobre la sola promoción de una jubilación precedente solamente garantizará la continuidad de medidas arbitrarias y ampliamente inconstitucionales[43], al no considerar mínimamente las presentes garantías de carácter internacional:

"(…) Todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (…)" (Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N°162 - OIT)

"(…) La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad (…) (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores - OEA)

"(…) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (…)" (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - OEA)

SEXAGESIMO: Si se admite la vigencia de derechos laborales mínimos en base a la vigencia de los derechos constitucionales e internaciones de la igualdad y no discriminación, se podrá apreciar que el acto de continuidad de la relación laboral por parte del empleador (sea tácito o expreso) permitirá que el empleador tenga la obligación de justificar en forma objetiva la constitución de alguna falta grave que amerite la constitución de un despido válido o alguna modalidad que

[43] Para el autor LUIS RICARDO VALDERRAMA VALDERRAMA, en un artículo de opinión publicado en el portal LA LEY, Editorial Gaceta Jurídica, refiere que la limitación de la reposición o la indemnización por despido arbitrario a la sola prevalencia de la jubilación obligatoria es una medida ilegal, pues no solo se viola la Ley, sino los más esenciales principios del Derecho del Trabajo; para ello reitera que no se ha tomado en cuenta la existencia de un pacto tácito entre las partes, toda vez que el trabajador siguió prestando sus servicios con normalidad luego de cumplir 70 años de edad; y, en segundo lugar, se generaría una zona de desprotección laboral en perjuicio de los trabajadores mayores de edad (70 años o más), requiriéndose únicamente la decisión unilateral del empleador para extinguir el contrato de trabajo.
A sus propios términos, considera necesario la rectificación por parte del Poder Judicial de la presente posición, el cual considera ilegal e inconstitucional.
En similar opinión, el autor JORGE ADUARDO CUENCA LOPEZ en su trabajo denominado *"La jubilación como causa de extinción de la relación laboral en la jurisprudencia peruana*", Revista Soluciones Laborales, Edit. Gaceta Jurídica, N°100 , Lima, Abril , 2016, Pág. N°39 a 46; refiere que los fundamentos esbozados en la Casación N° 1533-2012-Callao son correctos, pues el límite de edad como extinción de la relación laboral sujeta a la jubilación no puede ser entendida como una oportunidad inmotivada para poder desligarse del trabajador, pues el mismo generaría un abuso de derecho y no observar la disminución de las capacidades físicas o intelectuales del propio trabajador.

ya no se encuentre sujeta a la modalidad de jubilación obligatoria, si desea extinguir nuevamente la relación laboral; pues el artículo 27° de la Constitución Política del Perú garantiza que la aplicación de un acto unilateral se deberá sujetar a una causa justificada, determinada previamente en la norma y debidamente comprobada, pues ahora tales faltas graves se deberán relacionar con el detrimento de actitudes físicas o intelectuales del trabajador jubilado, pero nuevamente contratado.

Con ello, si se aprecia que el cese de una relación laboral se sujeta a un acto de discriminación sujetada a la edad, se podrá advertir que tal conducta podrá encontrarse circunscrita a la causal de Despido Nulo sujeto a actos de discriminación, conforme a lo contemplado en el inciso e) 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 estar acorde a las garantías constitucionales e internacionales determinados en la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 – OIT, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores así como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, a pesar que en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima se haya establecido mayoritariamente que los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente sin estar sujetos a una causa justa, al sostener:

"(…) Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente; es decir, se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad. En ese caso en concreto, nos referimos específicamente a la aplicación de la jubilación obligatoria a los 70 años de edad del trabajador como causal de extinción de la relación laboral (…)"

Esta **Vocalía Superior** considera que el nivel de protección de estos trabajadores adultos mayores deberán sujetarse a la protección nacional e internacional sujetas a la igualdad y no discriminación, pues se reitera que el acto de continuidad de la relación laboral por parte del empleador permitirá que el órgano jurisdiccional laboral correspondiente pueda obligar jurídicamente al empleador a justificar en forma objetiva la constitución de alguna falta grave que amerite la constitución de un despido válido o alguna causa legal ya no se encuentre sujeta a la modalidad de jubilación obligatoria.

SEXAGESIMO PRIMERO: El caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandante).- De los actuados, la **parte demandante** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al negar la posibilidad de contratación a plazo indeterminado con posterioridad al cumplimiento de los 70 años de edad, por cuanto no existe una motivación suficiente para poder

sostener que la parte demandante solamente ha tenido la opción de ser contratado de manera temporal; por ello, estima que se deberá considerar, al no existir una justificación para no renovar el contrato, la configuración de un Despido Nulo sujeto a un acto de discriminación por condición de su edad.

Asimismo, advierte la existencia de un error al momento de omitir la aplicación del principio procesal denominado Iura Novit Curia, por cuanto se ha debido derivar la constitución de un despido Nulo a un Despido Incausado.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que no se advierte la constitución de un despido nulo por actividades discriminatorias o por una modalidad incausada; pues la parte empleadora ha tenido la posibilidad de continuar celebrando contratos temporales, sin la necesidad de advertir una causa objetiva de contratación con posterioridad a la jubilación automática.

SEXAGESIMO SEGUNDO: Con relación al presente extremo, esta **Vocalía Superior** ya ha dejado establecido que la constitución de una jubilación automática precedente no podrá condicionar un tratamiento discriminatorio con relación a la protección contra el despido arbitrario que gozan los demás trabajadores jóvenes y adultos, sobre la continuidad (expresa o tácita) de la relación laboral; por cuanto se insiste que la primacía de la sola causal de jubilación anterior solamente limitaría indebidamente una protección adecuada contra el Despido Arbitrario consagrado en nuestra Constitución Política del Perú, en cuanto si la extinción automática de la relación laboral se produce a los setenta años, tales efectos inmediatos se encontrarían limitados o anulados si el propio trabajador inicia nuevamente sus labores en base a un mutuo acuerdo con la parte empleador, en post de la vigencia esta relación laboral así como una adecuada nivelación de todos los derechos laborales de los adultos mayores con los trabajadores de menor edad.

Entonces, si se tiene presente que la parte demandante suscribió diversos contratos de continuidad de la relación laboral desde el … hasta …, se aprecia objetivamente que el cese de una relación laboral se ha sujetado a un acto de discriminación conforme a la sola edad, pues si solamente se ha vejado al trabajador por su condición de mayor de 70 años, se aprecia que tal cese si podrá circunscribirse a la causal de Despido Nulo sujeto a actos de discriminación, conforme a lo contemplado en el inciso e) 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, en cuanto solamente se ha sujetado a la no renovación del contrato y sin observar el reiterado trato discriminatorio (por la edad) que la parte demandante ha venido siendo objeto.

SEXAGESIMO TERCERO: En consecuencia, se podrá admitir la reposición de la parte demandante a su puesto de trabajo, así como el pago de las

remuneraciones devengadas; en tanto que nuevamente se advierte la constitución de un Despido Nulo y los cuales se han sujetado a las condiciones normativas constitucionales e internacionales determinados en la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad N° 162 – OIT, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores así como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En caso se tenga duda de lo afirmado, tampoco se podrá considerar que la jubilación como tal es causa permanente de alguna temporalidad de alguna contratación laboral posterior, en base a la sola incapacidad física que el trabajador demandante pudiera presentar, pues a través del Exp. N° 1485-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha prescrito razonablemente que:

"(…) Habiéndose acreditado en autos la decisión de cesar al demandante, se han vulnerado sus derechos constitucionales relativos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, ya que por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores académicas, de funciones administrativas o de alta dirección, que por ley le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades (…)"

De esta manera, al haberse declarado inconstitucional el numeral 2) del inciso 3.1) del Decreto de Urgencia N° 016-2020, mediante la aplicación de un control difuso, se garantizará la reposición al puesto de trabajo o en uno de similar categoría. Descartándose en este extremo la calificación de un despido incausado, pues ya existe la constatación de un despido nulo en base a los elementos anteriormente citados.

Con razón a ello, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo ordenarse la reposición al puesto de trabajo o uno de similar categoría. Asimismo, se rechazará el agravio formulado con respecto a la variación de un despido incausado.

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, esta Vocalía Superior, 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° 041-2019-NLPT contenida mediante Resolución N° 09, de fecha 08 de marzo de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando lo siguiente:

a) Se declara la desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad suscrito entre las partes desde el 11 de setiembre de 2012 al 26 de julio de 2016.
b) Infundada la pretensión de beneficios sociales (CTS, gratificaciones y vacaciones) correspondiente a la cantidad de S/.230,000.00
c) Infundada la pretensión de reposición a su puesto de trabajo u otro de similar categoría conforme a la constitución de un despido incausado.
d) Infundada la pretensión de intereses legales, costas y costos procesales.
e) Infundada la excepción de caducidad procesal.

2.- REVOCAR la Sentencia N° 041-2019-NLPT contenida mediante Resolución N° 09, de fecha 08 de marzo de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda; en tal sentido, reformándola, se declara:

a) La Nulidad de Despido conforme a lo regulado en el inciso e) del artículo 29° de la Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.
b) Se ordena la reposición al puesto de trabajo o uno de similar categoría.
c) Abonar las remuneraciones devengadas correspondientes.

En los seguidos por **FRANCISCO PETRONIO VASQUEZ GORRIO** contra el **CONGRESO DE LA REPUBLICA,** sobre desnaturalización de contrato y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese.-
LJBB

Lpderecho.pe