



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Lima, catorce de diciembre
de dos mil veinte

I.- VISTA la causa en la fecha, por el Colegiado de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrada por los señores Jueces Supremos: Ticona Postigo - Presidente, Pariona Pastrana, Toledo Toribio, Yaya Zumaeta y Bustamante Zegarra; con los fundamentos adicionales del señor Juez Supremo Yaya Zumaeta; con el Expediente judicial electrónico-EJE, se emite la siguiente resolución:

1.- Motivo de la elevación en consulta

Es materia de consulta la sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha diez de marzo de dos mil veinte, obrante a fojas seiscientos cincuenta y dos del Expediente judicial electrónico, expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró inaplicables los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público.

2.- Resolución elevada en consulta

La sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha diez de marzo de dos mil veinte, obrante a fojas seiscientos cincuenta y dos del Expediente judicial electrónico expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró inaplicables los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público y, en mérito a ello, **confirmó** la sentencia, contenida en la resolución número nueve, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, que declaró **fundada en parte** la demanda interpuesta por



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Yovana Juli Santiago Curahua contra la Municipalidad Distrital de Carabayllo; en consecuencia, declaró la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos por la parte demandante y la demandada y se declaró la ineficacia de los contratos administrativos de servicios y condena a la emplazada al pago de costos. Asimismo, **revocó** la recurrida en cuanto precisa como periodo del contrato de locación del diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de abril de dos mil nueve; y, **reformándola**, precisaron que tal desnaturalización se ha producido en los siguientes períodos: primer período: marzo de dos mil seis, segundo período: julio de dos mil seis a septiembre de dos mil seis y tercer período: marzo a mayo de dos mil ocho. También **revocó** la recurrida en cuanto declara la ineficacia de los contratos administrativos de servicios por el periodo comprendido desde el uno de mayo de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, **reformándola** declararon la ineficacia de los contratos administrativos de servicios en los siguientes períodos: el primero de mayo de dos mil nueve a marzo de dos mil diez y del nueve de mayo de dos mil once al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. También **revocó** la recurrida en cuanto reconoce a la demandante como trabajadora obrera sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de la actividad privada a plazo indeterminado, desde el diez de enero de dos mil seis al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, **reformándola** declaran que la demandante tuvo esta condición en los períodos señalados en los puntos resolutivos tres y cuatro de la sentencia de vista. También **modificó** el monto que deberá pagar la emplazada a la demandante por concepto de gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios que hacen un total de catorce mil ciento dos soles con catorce céntimos de sol (S/.14,102.14), más los intereses legales y financieros de la compensación por tiempo de servicios. También **revocó** la recurrida en cuanto dispone el pago de beneficios convencionales derivados del convenio colectivo del año dos mil catorce; y, **reformándola**, declararon **infundada** la demanda en este extremo. Quedan incólumes los extremos no impugnados. Finalmente dispuso la elevación en consulta el Expediente en caso no se interponga casación.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1.- La señora Yovana Juli Santiago Curahua interpuso demanda con fecha catorce de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento setenta y ocho del Expediente judicial electrónico (Expediente N° 6286-16), solicitando como pretensiones principales, se declare la desnaturalización de los contratos de servicios no personales, desde el diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve y la ineficacia e invalidez de los contratos administrativos de servicios, desde el uno de enero de dos mil diez hasta la actualidad; asimismo, se declare la existencia de un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada bajo el régimen privado del Decreto Legislativo N° 728, desde su fecha de ingreso en adelante, sin afectar su nivel remunerativo y cargo laboral alcanzado. También solicita que se cumpla con el pago de sus derechos sociales en la suma de ciento siete mil ochocientos ochenta y siete soles con cuarenta y seis céntimos de sol (S/. 107,887.46), que comprenden los conceptos de gratificaciones según convenios colectivos, compensación por tiempo de servicios y vacaciones no gozadas. Como pretensión accesorio, solicita que en ejecución de sentencia se determine el pago de intereses legales y financieros además de las costas y costos del proceso.

1.2.- Asimismo, la demandante interpuso demanda con fecha quince de febrero de dos mil diecisiete, obrante a fojas quinientos treinta y nueve del Expediente judicial electrónico (Expediente N° 1086-17), solicitando como pretensiones principales, se declare la desnaturalización de los contratos de servicios no personales, desde el diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve y se consideren como contratos de trabajo de duración indeterminada. Se declare la invalidez de los contratos administrativos de servicios (CAS) desde el primero de enero de dos mil diez hasta la actualidad, contratos que fueron suscritos por la demandante y la entidad emplazada. Se declare la existencia de un contrato de naturaleza indeterminada bajo el régimen privado del Decreto Legislativo N° 728 desde su fecha de ingreso del diez de enero de dos mil seis hasta su reincorporación.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Solicitando, además, que se cumpla con reponerle en su puesto de trabajo por haber sido víctima de despido fraudulento, precisando que al darse la existencia de un contrato a plazo indeterminado jurídicamente era imposible despedirla sin imputar una causa justa contemplada en la Ley, solicitando que se deje sin efecto y se disponga su reposición en el mismo puesto de trabajo que tenía antes del despido o similar y con la misma remuneración.

1.3.- A través de la Audiencia de Conciliación de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, obrante a fojas trescientos tres del Expediente judicial electrónico, se dispuso acumular al proceso N° 6289 -2016 el proceso N° 1086-2017.

1.4.- Mediante sentencia, contenida en la resolución número nueve, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, obrante a fojas seiscientos trece del Expediente judicial electrónico, se declaró infundadas las Excepciones de Incompetencia y Falta de Agotamiento de la vía administrativa, se declaró fundada la Excepción de Litispendencia del Expediente N° 1086-2017, se declaró fundada la Excepción de Caducidad del despido fraudulento, se declaró infundada la cuestión probatoria en relación a la tacha e infundadas las oposiciones interpuestas por la demandada; fundada en parte la demanda; en consecuencia, se declaró la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos por la demandante y la demandada, en el periodo del diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de abril de dos mil nueve, y la ineficacia de los contratos administrativos de servicios por el periodo comprendido desde el uno de mayo de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. También se reconoció a la demandante como trabajadora obrera sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de la actividad privada a plazo indeterminado desde el diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. Se ordenó a la emplazada que cumpla con pagar los beneficios económicos a la demandante, por concepto de gratificaciones y vacaciones no gozadas, compensación por tiempo de servicios por convenio colectivo del año dos mil catorce y sus reintegros de gratificaciones y vacaciones que hacen un total de treinta y ocho mil quinientos sesenta y dos soles con ocho céntimos de sol (S/. 38,562.08),



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

más los intereses legales y financieros de la compensación por tiempo de servicios. Por último, se dispuso el pago de costos del proceso que se liquidarán en la etapa de ejecución de sentencia, con la exoneración del pago de costas del proceso.

1.5.- Mediante sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha diez de marzo de dos mil veinte, obrante a fojas seiscientos cincuenta y dos del Expediente judicial electrónico, se confirmó la sentencia, contenida en la resolución número nueve, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Yovana Juli Santiago Curahua contra la Municipalidad Distrital de Carabayllo; en consecuencia, declaró la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos por la parte demandante y la demandada y se declaró la ineficacia de los contratos administrativos de servicios y condena a la emplazada al pago de costos. Asimismo, revocó la recurrida en cuanto precisa como periodo del contrato de locación, del diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de abril de dos mil nueve; y, reformándola, precisaron que tal desnaturalización se ha producido en los siguientes períodos: primer período: marzo de dos mil seis, segundo período: julio de dos mil seis a septiembre de dos mil seis y tercer período: marzo a mayo de dos mil ocho. También revocó la recurrida en cuanto declara la ineficacia de los contratos administrativos de servicios por el periodo comprendido desde el uno de mayo de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, reformándola, declararon la ineficacia de los contratos administrativos de servicios en los siguientes períodos: el primero de mayo de dos mil nueve a marzo de dos mil diez y del nueve de mayo de dos mil once al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. También revocó la recurrida en cuanto reconoce a la demandante como trabajadora obrera sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de la actividad privada a plazo indeterminado, desde el diez de enero de dos mil seis al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, reformándola, declaran que la demandante tuvo esta condición en los períodos señalados en los puntos resolutive tres y cuatro de la sentencia de vista. También modificó el monto que deberá pagar la emplazada a la demandante por concepto de



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios que hacen un total de catorce mil ciento dos soles con catorce céntimos de sol (S/. 14,102.14), más los intereses legales y financieros de la compensación por tiempo de servicios. También revocó la recurrida en cuanto dispone el pago de beneficios convencionales derivados del convenio colectivo del año dos mil catorce; y, reformándola declararon infundada la demanda en este extremo. Quedando incólumes los extremos no impugnados. Finalmente dispuso la elevación en consulta del Expediente en caso no se interponga casación, esto, al haber inaplicado, vía control difuso, los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público.

1.6.- En ese contexto, como podemos observar, es objeto de consulta la inaplicación, vía control difuso, de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, por lo que, en primer término, se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso y luego se verificará si en la sentencia consultada se ha procedido conforme a las mismas, para finalmente determinar si corresponde su aprobación o no.

SEGUNDO: SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

2.1.- La Constitución Política del Perú, en su artículo 138 prescribe: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*, asimismo, en el artículo 51 señala que: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

2.2.- A modo de complemento, corresponde observar el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en cuyo artículo 14 señala que: “[...] *cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. [...]. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. [...]*”.

2.3.- Por su parte, el Tribunal Constitucional en el décimo séptimo fundamento de la sentencia emitida en el Expediente N° 02132-2 008-PA/TC señaló que: “*Este Tribunal tiene dicho que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución [...]. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. [...]*”.

2.4.- En resumen, ante un supuesto en donde exista una confrontación entre una norma legal con una norma de carácter constitucional, es lógico que todos los órganos de justicia están en la obligación de preferir la última en salvaguarda de la supremacía de nuestra Carta Magna y garantizar la estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de dotar al país de seguridad jurídica.

2.5.- Finalmente, es importante tener presente que el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo, celebrado en la ciudad de Lima los días dos y diez de diciembre



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

de dos mil quince, en el Tema N° 02: El ejercicio jurisdiccional del Control Difuso en autos y sentencias, ante la pregunta ¿cabe la elevación en consulta del control difuso ejercido en autos o solo respecto de sentencias? y, en todo caso, ¿cuáles deben ser los criterios a ser observados por los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa?, el Pleno acordó por unanimidad: *“1.- Procede ejercer control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada. 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la república deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad concreta, (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme” (subrayado y resaltado agregado)*, lo cual ha sido ratificado en la consulta del Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, la misma que fue emitida por esta Sala Suprema y que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, consecuentemente, se procederá a efectuar el análisis de la sentencia materia de consulta conforme a los criterios antes mencionados.

TERCERO: SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL CONCRETA

3.1.- Son objeto de control, los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, que señalan lo siguiente: *“Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:[...] 2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.

3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público”.

3.2.- También son materia de examen los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, que prescriben: *“Cuando no sea posible proceder conforme a lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo, se toman en cuenta las siguientes reglas: 1. 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 [...]. 3. El pago de la indemnización establecida equivale a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral al que pertenezca, hasta un tope de doce (12) compensaciones económicas o remuneraciones mensuales. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos. No procede la indemnización en el caso de las servidoras públicas o los servidores públicos de confianza. El otorgamiento de la indemnización excluye la posibilidad de ordenar la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral”.*

3.3.- Finalmente, también será objeto de examen la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, que consagra lo siguiente: *“Lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 del presente Decreto de Urgencia es de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite”.*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

3.4.- El cuestionamiento que ha dado origen a la presente consulta está relacionada a la disposición legal de que los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento del vínculo laboral en entidades públicas, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, solo proceden 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, además que el cambio de régimen laboral únicamente procede mediante nuevo concurso público. A ello, debemos agregar la disposición referida a que 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 equivalente a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral que pertenezca, hasta un tope de doce compensaciones económicas o remuneraciones mensuales, siendo que las fracciones se abonan por dozavos y treintavos. Finalmente, está en discusión la disposición orientada a que las exigencias antes señaladas son de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite.

3.5.- Las disposiciones de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, resumidas en el considerando precedente, deben ser sopesadas teniendo en frente a lo previsto en los artículos 2 inciso 2, 23, 24, 103, 138 y 139 incisos 2, 3, y 13 de la Constitución Política del Perú, a lo consagrado en tratados y convenios internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello, en función lo expresamente



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

previsto en el artículo IV¹ del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria² de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo y de cara a la influencia de los principios del derecho del trabajo, que se derivan del carácter protector de esta disciplina, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Carta Política.

3.6.- Algunas de las normas constitucionales mencionadas anteriormente, vienen a ser el sustento principal de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte para declarar la inaplicación de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, pues a su consideración, al estar en discusión las disposiciones legales resumidas en el considerando 3.4 de la presente resolución, este Tribunal Supremo considera que es indispensable determinar la viabilidad de las restricciones allí contenidas.

CUARTO: SOBRE EL JUICIO DE RELEVANCIA

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, contienen normas que en buena cuenta establecen que los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento del vínculo laboral en entidades públicas, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, solo proceden en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza

¹ **Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral:** Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

² **Décima Disposición Complementaria:** Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada, además que el cambio de régimen laboral únicamente procede mediante nuevo concurso público. A ello, debemos agregar la disposición referida a que 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 equivalente a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral que pertenezca, hasta un tope de doce compensaciones económicas o remuneraciones mensuales, siendo que las fracciones se abonan por dozavos y treintavos. Finalmente, encontramos la disposición orientada a que las exigencias antes señaladas son de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite, por lo que es evidente que las normas bajo análisis guardan mucha relación con el caso de autos, pues, la demandada es una entidad pública, esto es, la Municipalidad Distrital de Carabayllo y una de las pretensiones de la parte demandante es justamente se declare la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado bajo el régimen laboral privado consagrado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

QUINTO: SOBRE EL EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD

5.1.- Nuestra Carta Magna en el artículo 55 expresa lo siguiente: *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* y en su Cuarta Disposición Final y Transitoria prescribe que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

5.2.- Asimismo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, señala que: *“Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República” y la Décima Disposición Complementaria que prescribe: “Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

5.3.- En mérito a lo expuesto en el considerando precedente, corresponde acudir a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que en su artículo 8 señala expresamente lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (subrayado agregado) y en el inciso 1 del artículo 23 estipula: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (subrayado agregado).

5.4.- La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 25 consagra que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

(subrayado agregado), en su artículo 26 prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (subrayado agregado) y en el artículo 29 indica que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

5.5.- De otro lado, tenemos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (en adelante PIDESC) que en el inciso 1 de su artículo 2 estipula lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (subrayado agregado), en el inciso 2 del artículo 5 señala que: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (subrayado agregado) y el inciso 1 de su artículo 6 que expone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (subrayado agregado).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

5.6.- El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, en el inciso 1 de su artículo 6 señala: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada” (subrayado agregado) y en el literal d) de su artículo 7 indica lo siguiente: “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:[...] d. 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” (subrayado agregado).

5.7.- El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo que desarrolla lo referente a la discriminación (empleo y ocupación) y fue ratificado por el Perú el diez de agosto de mil novecientos setenta. En su artículo 2 señala expresamente que: “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (subrayado agregado).

5.8.- De otro lado, tenemos al Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo, que desarrolla todo sobre la política del empleo y fue ratificado por el Perú el veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y siete. En el inciso 1 de su artículo 1 contempla que: “Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido” (subrayado agregado).

5.9.- Por último, si bien el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, que trata sobre la terminación de la relación de trabajo, si bien, no ha sido ratificado por el Perú, consideramos hacer una breve mención del mismo como una cuestión referencial, específicamente de su artículo 10 que consagra lo siguiente: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieron facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada” (subrayado agregado).

5.10.- En el marco jurídico antes citado, es de suma importancia efectuar un examen de constitucionalidad y convencionalidad de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, tomando como base la amplia normativa internacional que ha sido citada en los considerandos precedentes, pues, todo indica que, las normas inaplicadas por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en el caso de autos, contravienen los artículos 8 y 23 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 25, 26 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 2 inciso 1, 5 inciso 2 y 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 6 inciso 1 y 7 literal d) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” así como el Convenio N° 111 y el Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

5.11.- Asimismo, es menester tener presente los pronunciamientos de la justicia supranacional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, emitió la sentencia de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, en cuyos considerandos ciento cuarenta y tres, ciento cuarenta y cuatro, ciento cuarenta y cinco, ciento cuarenta y seis, ciento cuarenta y siete, ciento cuarenta y ocho, ciento cuarenta y nueve y ciento cincuenta y tres ha indicado expresamente lo siguiente:

“143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la económica Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que:

[...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

146. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

terceros”, lo cual incluye **“el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”**.

148. A manera ilustrativa, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, **así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente**. En similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación No. 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores

149. Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; **c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional)**. Por ende, **d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (infra, párrs. 174, 176 y 180)**.

153. En vista de lo anterior, **la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo**”. (Lo resaltado es nuestro).

5.12. Si bien existe una corriente de opinión que considera que, conforme a los tratados citados -especialmente el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, y, el literal d) del artículo 7 del Protocolo Adicional de



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”-, y el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso antes citado, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización, consideramos que frente a dicho argumento resulta de aplicación el principio de **progresividad y no regresividad de los derechos humanos**, contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, pues el estándar de protección frente al despido ilegal alcanzado en nuestro medio, esto es, a través del mandato contenido en el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, la reposición en casos de despido nulo, previsto en el Decreto Legislativo N° 728, y la creación pretoriana por parte del Tribunal Constitucional de los despidos incausado y fraudulento, con derecho de reposición del trabajador (Caso Eusebio Llanos Huasco, contenido en el Expediente N° 976-2001-AA/TC y en el precedente vinculante César Baylón Flores, contenido en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, ratificado por el precedente vinculante Elgo Ríos Núñez contenido en el Expediente N° 02383-2013-PA/TC), no permite la posibilidad de que se regresione a niveles inferiores de protección frente a un despido ilegal. Por otro lado, resulta de aplicación el **principio de integralidad maximizada del sistema de derechos humanos**, contenido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”*. Igualmente, al respecto es menester invocar el **principio de la disposición más favorable a la persona humana**, contenido en el artículo 5.2 del PIDESC que *“No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”* (subrayado agregado)



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

SEXTO: SOBRE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

6.1.- En este punto, resulta pertinente recordar que las normas materia de cuestionamiento (numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final) forman parte del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, que fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el veintitrés de enero de dos mil veinte, esto es, conforme al contexto (interregno parlamentario por la disolución del Congreso de la República decretada el treinta de septiembre de dos mil diecinueve) y el procedimiento previstos en los artículos 109³ y 135⁴ de la Constitución Política del Perú.

6.2.- Ahora bien, el aludido Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, es una norma con rango de ley por lo que la forma idónea para ser cuestionada por una supuesta incompatibilidad con nuestra Carta Magna, es a través del Proceso de Inconstitucionalidad consagrado en el inciso 4⁵ del artículo 200 de la Constitución, lo cual finalmente se dio, habiéndose generado el Expediente N° 0008-2020-PI/TC en el que mediante auto del Tribunal Constitucional, de fecha veintitrés de junio de dos mil veinte, se admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao y se dispuso correr traslado al Poder Ejecutivo para que se apersona al proceso y la conteste dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación.

6.3.- No obstante a lo expuesto en el párrafo precedente, es de observarse que a la fecha el Tribunal Constitucional no ha emitido sentencia en el referido Proceso de Inconstitucionalidad, es más, una vez consultado su portal web⁶, se pudo observar que aún no se ha fijado fecha para la vista de la causa, por lo que ante la incertidumbre sobre las disposiciones legales resumidas en el

³ **Artículo 109.-** La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

⁴ **Artículo 135.-** [...] En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

⁵ **Artículo 200 inciso 4.-** La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

⁶ https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/detalles-consulta?id_exp=471603



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

considerando 3.4 de la presente resolución, respecto a la reposición, reincorporación, reconocimiento de vínculo laboral o cambio de régimen laboral de un trabajador en una entidad pública, es que la justicia ordinaria debe poner especial atención y efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 138 de la Carta Magna, ante la divergencia entre normas con rango de ley y normas con rango constitucional.

SÉPTIMO: Sobre la interpretación conforme

7.1- Acerca del principio – derecho a la igualdad ante la ley

La Constitución Política del Perú, en el inciso 2 del artículo 2 señala que: *“Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*.

La doctrina⁷ considera que la función primordial del Estado es vigilar que sea respetada esta igualdad legal. La igualdad jurídica es un principio según el cual todos los individuos sin distinción alguna tienen el mismo trato ante la ley y que importa principalmente la actitud correspondiente de todos y cada uno de los individuos. Como en el caso de la igualdad procesal en el que sea cual fuere la naturaleza de éste (civil, penal, laboral, etc.) tienen igual posición, merecen idéntico trato y tiene derecho a ejercitar las mismas facultades, porque lo contrario, implicaría parcialidad. La igualdad jurídica tiene dos aspectos o mejor dicho detenta doble condición: igualdad como principio y como derecho. En cuanto principio constituye el enunciado de un contenido material objetivo; en cuanto derecho fundamental constituye el reconocimiento auténtico derecho subjetivo. La igualdad es la armonía, proporción y reciprocidad entre los elementos que conforman un todo, trato paritario, ausencia de privilegios, carencia de preferencia, reciprocidad de derechos antes similares situaciones.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Atala Riffo y Niñas vs Chile emitida el veinticuatro de febrero del dos mil doce, dejó claro que: *“78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a*

⁷ CHANAMÉ ORBE, R.: *Comentarios a la Constitución*. Jurista Editores, Quinta edición, 2009, pp. 112 - 113.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. 80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (subrayado agregado).

El principio-derecho de igualdad que se encuentra reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, según el cual: “*Toda persona tiene derecho a: [...] 2. La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”

En diversas oportunidades el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica. En la sentencia recaída en el Expediente N° 00045-2004-AI/TC, se ha señalado que la igualdad: “*detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes” [F.J. N° 20].”

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha recordado, en la sentencia recaída en el Expediente N. 0035-2010-PI/TC, fundamento vigésimo octavo, que: *“...este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio. La cuestión de cuál sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC. Allí dejamos entrever que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando ésta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad [F.J. 31 in fine]. Desde esta perspectiva, pues, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que éste no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad.” (sic).*

En esta orientación cabe citar el Convenio N° 111 de la Organización Internacional de Trabajo, que forma parte del Derecho Nacional por haber sido aprobado mediante Decreto Ley N° 17687 del seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve y ratificado el diez de agosto de mil novecientos setenta, el cual señala que el término “discriminación” comprende: *“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basadas en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro previa consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de trabajadores, cuando*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y (ocupación) incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también la condición de trabajo”.

El Convenio N° 111, Convenio Fundamental de la Organización Internacional del Trabajo, prescribe en el artículo 2 que *“Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.* En cuanto a esta norma, en el Informe de la Comisión de Encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la queja respecto de la observancia por Rumania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) se señala: *En los casos en que la igualdad se haya visto alterada en lo que respecta a uno de los criterios objeto del Convenio, la situación de la persona o las personas en cuyo detrimento redunde dicha alteración deberá restablecerse o repararse en aras de la igualdad de oportunidades. El artículo 2 del Convenio prevé la combinación de estos dos aspectos de una misma política de igualdad de oportunidades y de trato. Más allá de la forma que revistan las medidas de aplicación (inclusión en el texto de la Constitución, adopción de leyes especiales, declaraciones de política general, etc.), el criterio de la aplicación del Convenio deberá ser el de los resultados obtenidos sin equívoco en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, sin discriminaciones ilícitas.”*⁸

7.2.- Acerca de la tutela jurisdiccional efectiva

La Constitución Política del Perú, en el inciso 3 del artículo 139 prescribe lo siguiente: *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona*

⁸ OIT, *“Derecho internacional de trabajo, derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Dir. Xavier Beaudonnet, Turín, Italia, 2da, edición 2010. Pág. 153*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (subrayado agregado), norma que debe ser contrastada con lo dispuesto en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos citados en los considerandos 5.3 y 5.4 de la presente resolución.

El artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, taxativamente dispone: *“En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito” (subrayado agregado)* y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala: *“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso” (subrayado agregado).*

La doctrina por su parte, considera que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de proceso dotado de garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución⁹. De otro lado, considera que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se da le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido¹⁰.

⁹ PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. Ius et veritas, p. 280

¹⁰ MARTEL CHANG, Rolando. *Acercas de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el Proceso Civil*. TESIS UNMSM. p. 2.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

El Tribunal Constitucional, sobre la tutela jurisdiccional efectiva, en el sexto fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 763-2005-PA/TC, ha señalado que: “[...] la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia” (subrayado agregado).

Por otro lado, sobre el derecho a la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional en los fundamentos décimo quinto, décimo sexto y vigésimo segundo de la sentencia emitida en el Expediente N° 4080-2004-AC/TC ha señalado lo siguiente: “15. Como lo ha precisado este Colegiado, “[...] el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139º, cuando se menciona que ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución”. (Sentencia emitida en el Expediente N.º 0015-2001-AI/TC, FJ 8). 16. El derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales resulta de especial relevancia no solo por su manifestación de derecho de tutela judicial, sino porque constituye una garantía sine qua non para que pueda evidenciarse, en la práctica, el principio de independencia judicial, que conforme lo ha declarado este Tribunal no es sólo uno de los elementos “[...] que, conforme al artículo



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

43.º de la Constitución, nos configuran como una República Democrática”, sino que, además, resulta “[...] necesaria (o) para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales” (Expediente N.º 0004-2004-CC/TC, fj. 33). Si las sentencias de los jueces no se cumplen, simplemente no podría hablarse de un Poder Judicial independiente que es capaz de hacer valer su jurisdicción con plena eficacia respecto de lo que decide, y de este modo, los ciudadanos no tendrían un garante real para la protección de sus derechos. 22. El Tribunal no comparte tal apreciación, puesto que no estamos aquí ante el incumplimiento de un acto administrativo puro y simple, sino, como ya se ha señalado, ante un mandato judicial que sólo puede considerarse cumplido a plenitud cuando el favorecido con dichos actos haya materializado a su satisfacción el contenido ordenado en las mencionadas resoluciones; es decir, para el caso de autos, ello recién ocurrirá cuando los montos recalculados hayan sido plenamente cancelados en su totalidad al recurrente, lo que no ha ocurrido aún, pese al tiempo transcurrido. Es necesario enfatizar, en todo caso, que los procesos judiciales no constituyen instancias para lograr declaraciones epistolares sin ningún contenido material. El cumplimiento de las sentencias solo es pleno cuando en la realidad se produce el cambio de una situación jurídica o fáctica solicitada mediante la actuación de la jurisdicción” (subrayado agregado).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el tercer considerando de la Casación N° 3775-2010-San Martín, ha señalado que: “Es así que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos también como principios de la función jurisdiccional en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de los decididos en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder – deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales” (subrayado agregado).

7.3- Acerca de la independencia judicial y la garantía constitucional de la cosa juzgada

La Constitución Política del Perú, en el artículo 138 señala que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. [...]” (subrayado agregado) y en los incisos 2 y 13 del artículo 139 prescribe lo siguiente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. [...] Tampoco 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. [...]. 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada” (subrayado agregado).

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en su artículo 1 señala: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes” (subrayado agregado), en su artículo 2 prescribe: “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley” (subrayado agregado) y en el artículo 4 dispone que: “Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. [...]” (subrayado agregado).

El Tribunal Constitucional, sobre la garantía constitucional de la cosa juzgada, en el trigésimo octavo fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC, ha señalado que: *“En 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”.*

La doctrina¹¹ citando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹², considera que pese a ser considerada un principio y derecho de la función jurisdiccional, conviene precisar que la cosa juzgada constituye además un derecho fundamental, que en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos forma parte del debido proceso. En cambio, para nuestro Tribunal Constitucional, además de un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no pueden ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de los procesos penales.

7.4.- Acerca del trabajo y los derechos del trabajador

La Constitución Política del Perú, en el artículo 23 señala que: *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual*

¹¹ CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica, Lima, Tomo II – 2005. pp. 566 a 567.

¹² sentencia del Expediente N° 818-00-AA/TC.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento” (subrayado agregado) y en el artículo 24 prescribe: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores” (subrayado agregado),

Ahora bien, consideramos pertinente recordar que las normas constitucionales mencionadas deben ser interpretadas de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del artículo 6 inciso 1 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” así como del Convenio N° 111 y el Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumentos normativos citados en los considerandos 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7 y 5.8 de la presente resolución.

7.5.- Principio protector

El trabajador es sobre todo una persona, centro de derechos y obligaciones, su defensa y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en términos del artículo 1 de la Constitución Política del Perú, en consecuencia todo el amalgama de normas tanto nacional e internacional deben confluir para el progresivo bienestar de este y de su familiar, tanto es así, que al hablar de bienestar de la persona humana, no tiene la misma proyección en las diferentes legislaciones latinoamericanas y europeas, por lo que se debe tomar en cuenta la mejor situación y por ende la regulación



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

normativa más favorables, lo que conocemos por el principio Protector, en su variante, la condición más beneficiosa.

El principio protector tiene su fundamento en la situación de asimetría que se encuentra el trabajador respecto del empleador, por lo que el sistema jurídico reconoce al trabajador una serie de prerrogativas o ventajas que se convierten en una suerte de desequilibrio compensatorio del desequilibrio intrínseco existente entre las partes de la relación laboral. El principio protector se encuentra recogido en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado, y, más específicamente en la última parte del mismo, cuando señala que ninguna relación laboral podrá limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

7.6.- El principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad que es una de las herramientas más relevantes del Derecho de Trabajo que en el caso peruano no solamente tiene un arraigo en la jurisprudencia, sino que incluso se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento legal, de tal manera que nuestra legislación laboral ya contiene la doctrina más recibida y actual del Derecho del Trabajo. Américo Plá Rodríguez señala que *“el principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*¹³.

Este principio se ha plasmado también en instrumentos internacionales y en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales no solo de la judicatura laboral sino incluso del Tribunal Fiscal y del Indecopi. Siendo que incluso el **Pleno Jurisdiccional Laboral** realizado en la ciudad de Tarapoto en el año dos mil ha acordado que *“si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan”*.

¹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo”, Depalma Bs. As. 1998, págs. 215 y 223).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha hecho uso del principio de primacía de la realidad cuya aplicación tiene como consecuencia que “[...] *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”.¹⁴

La Organización Internacional del Trabajo en la Recomendación N°198, sobre la relación de trabajo, adoptado en Ginebra, 95° re unión CIT el quince de junio de dos mil seis, en el artículo 9, señala que: “[...] *la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes*” (sic.). En ese mismo sentido, en el artículo 13 de la misma Recomendación, señala que: “*Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de*

¹⁴ STC N.° 1944-2002-AA/TC, fundamento 3.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador” (sic.)

Este reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial ya había sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo N° 26636 y reiterado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497, bajo la denominación del principio de veracidad que no es sino el correlato del mismo, aunque como tal, esto es, como principio de primacía de la realidad ha sido contemplado en el artículo 5 inciso f) del Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección de Trabajo y de Defensa del Trabajador, publicado en el diario oficial *El Peruano* el diecisiete de marzo de dos mil uno (recogido en similares términos en el artículo 2.2. de la Ley N° 28806), y en el artículo 40 de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809 -E.P. 8.8.02).

Finalmente, resulta fundamental mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado que el *principio de la primacía de la realidad*¹⁵, es un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución

7.7.- El principio de progresividad y no regresividad

Por otro lado, es menester hacer referencia al **principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos de naturaleza laboral**, principio laboral de segunda generación, que tiene sustento en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el inciso 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citados líneas arriba. Al respecto, de las normas internacionales antes citadas se puede colegir que, en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la

¹⁵ STC. 01388-2011- PA/TC



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, y que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales¹⁶ y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad¹⁷.

7.8.- Principio de continuidad laboral

En términos de Américo Plá Rodríguez: *“Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga.”* (sic); en cuanto al alcances de este principio señala que : *“...prolongación de contrato en caso de sustitución del empleado recorriendo y resumiendo este conjunto de proyecciones, podemos decir que la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución”* (sic).¹⁸

El profesor Américo Plá atribuye al principio de continuidad diversas proyecciones y alcances y por lo tanto resulta de aplicación entre otras a la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. En ese sentido señala: *“El hecho de que el contrato de trabajo sea intuito personae con respecto al trabajador deriva del carácter personalísimo de la prestación del trabajador, que lo convierte a este en infungible es decir que no es sustituible por otro...El hecho de que el contrato de trabajo no sea intuito personae respecto del empleador, se explica por la circunstancia de que al trabajador lo que le interesa, sobre todo, es que se le suministre una oportunidad de poner sus energías a disposición de alguien mediante el pago de un salario determinado. El hecho de que la empresa pertenezca a una persona física o moral, no importa en absoluto al trabajador. Por el mismo motivo, no le preocupa al trabajador que la persona moral modifique su forma jurídica o que los poseedores de las acciones o de las partes sociales vayan*

¹⁶ Equipo Federal de Trabajo. Edición N° 37, Buenos Aires. En: http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931&eid=37&NombreSección=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20unive%20rsitaria&Acción=

¹⁷ Idem.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Depalma Bs. As. 1998, págs. 215 y 223).



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

cambiando. De igual manera debe reconocerse que no le interesa al trabajador si la persona física que posee la empresa es Juan, Pedro o Diego” (sic.)¹⁹

7.9- Acerca de la irretroactividad de las normas.

La Constitución Política del Perú, en el artículo 103 consagra que: “[...]. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho” (subrayado agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el fundamento once de la sentencia emitida en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC, señaló que: “Conforme a la normativa expuesta, es posible inferir que, como regla, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resulta bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación podrían generarse ciertos conflictos [...]. A fin de resolver este problema, la doctrina plantea dos posibles soluciones radicalmente diferentes: la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos (denominadas también teoría del efecto inmediato y teoría de la ultraactividad o de la supervivencia de la ley antigua²⁰, respectivamente). Diez-Picazo, refiriéndose a la primera teoría, sostiene que ‘en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad. [...].’ Y, respecto a la segunda teoría, explica: [...] la eficacia normal de la ley se despliega únicamente pro futuro, es decir, con respecto a las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigor. La ley nueva, por consiguiente, no es de aplicación -salvo que se prevea su propia retroactividad- a las situaciones todavía no extinguidas nacidas al amparo de la ley antigua²¹” (subrayado agregado).

¹⁹ “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Depalma Bs. As. 1998, págs. 269 y 270.

²⁰ DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Derogación de las Leyes*. Editorial Civitas S.A., Madrid 1990, p. 206.

²¹ *Op. Cit.* p. 207.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

La Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, estipula que: *“Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales por principio de ejecución y los procesos que hubieran empezado”* (subrayado agregado).

Sobre los actos procesales por principio de ejecución, algunos apuntes doctrinarios²² consideran que están referidos, entre otros, a aquellas actuaciones del juzgador que deben ser ejecutados por mandato expreso de la ley, por ejemplo, medidas cautelares, sentencias con autoridad de cosa juzgada o cuya impugnación carezca de efecto suspensivo.

7.10.- Acerca de las normas inaplicadas

En relación a los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 del artículo 3, numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020 (En adelante DU)

El DU, en términos concretos, es la positivización, en su versión original, de la sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, (precedente Huatuco que modificó el nivel de protección ante un despido arbitrario de un trabajador público sujeto al régimen laboral privado); y, en su oportunidad, a través de la figura del *distinguish* fue inaplicado por la judicatura laboral en aquellos casos en los que no se presenta el supuesto de hecho que ha servido para la expedición del precedente, como es el caso, a manera de ejemplo, de los obreros municipales²³ y los trabajadores de las empresas del Estado²⁴, posición que luego fue asumida por la Corte Suprema²⁵, lo cual incluso ha convencido al propio Tribunal Constitucional quien ha flexibilizado su aplicación a través de la sentencia del Expediente N° 06681-2013-PA/TC, según el cual no se aplica el precedente Huatuco a los obreros municipales, y mediante diversos pronunciamientos

²² JIMÉNEZ ALEMÁN, José Alonso. *Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho administrativo*. Revista Derecho & Sociedad N° 54 (I), Junio 2020. p. 395.

²³ Expediente. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia del 14/7/2015, 4ta. Sala Laboral de Lima.

²⁴ Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 sentencia del 15/7/2015. 4ta. Sala Laboral de Lima.

²⁵ Casación Laboral N° 11169-2014-LA LIBERTAD; Casación Laboral N° 12475-2014-MOQUEGUA; Casación Laboral N° 18032-2015-CALLAO.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

según los cuáles no resulta de aplicación dicho precedente en aquellos casos en que no hay progresión en la carrera, Expediente N° 00210-2015-PA/TC, a los trabajadores de las empresas del Estado, Expediente N° 05542-2015-PA/TC, y, recientemente, mediante la sentencia del Expediente N° 01204-2017, cuando se trata de la reposición de un trabajador con familia ensamblada, esto es, cuando se encuentra de por medio la protección de un derecho constitucional, como es el derecho a la familia.

1.- Principio-derecho a la igualdad ante la ley.

Ahora bien, resulta pertinente examinar si lo contenido en el Decreto de Urgencia N° 016-2020 contraviene el principio-derecho a la igualdad, por lo que consideramos necesario aplicar el principio de proporcionalidad, en atención a lo vertido por el Tribunal Constitucional en el fundamento treinta y uno de la sentencia emitida en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, en el que se señala lo siguiente: *“El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad”*.

Por otro lado, el fundamento setenta y tres de la sentencia emitida en el Expediente N° 00027-2006-PI/TC, se ha expuesto que: *“Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), indicando que “El test de razonabilidad o proporcionalidad [...] es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. [...]

Asimismo, del fundamento treinta y ocho al fundamento cuarenta y uno de la sentencia contenida en el Expediente N° 00045-2004- AI/TC, se observa que lo siguiente:

*“38. **Examen de idoneidad.** La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.*

*39. **Examen de necesidad.** Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE

razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

40. Proporcionalidad en sentido estricto. *La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwagung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".*

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado –la “afectación de la igualdad” - es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Proyectada la ley de ponderación al análisis de



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos: "Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional.

41. Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación" (subrayado y resaltado agregado).

Entre las normas en discusión encontramos a los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, que en buena cuenta establecen que los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento del vínculo laboral en entidades públicas, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, solo proceden en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada, además que el cambio de régimen laboral únicamente procede mediante nuevo concurso público. A ello, debemos agregar la disposición referida a que 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 equivalente a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral que pertenezca, hasta un tope de doce compensaciones económicas o remuneraciones mensuales, siendo que las fracciones se abonan por dozavos y treintavos.

Siendo así, consideramos pertinente aplicar el *Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)* en relación a las normas inaplicadas por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y que han generado la presente consulta:

➤ **Examen de idoneidad.**

Entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 016-2020, se halla la referencia al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que reconoce la igualdad ante la ley, y el artículo 40 de la Carta Política, que establece que la Ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de las servidoras públicas y los servidores públicos. Asimismo, se señala que el Decreto Legislativo N° 1442, Decreto Legislativo de la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos en el Sector Público, tiene por objeto establecer disposiciones sobre la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos en el Sector Público, como mecanismo para fortalecer y modernizar el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y que, en virtud al Principio de Exclusividad de la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Sector Público, previsto en el inciso 2 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1442, la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas tiene competencia exclusiva y excluyente en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

del Sector Público, así como para desarrollar normas sobre dicha materia, en lo que corresponda.

Finalmente, podemos extraer de dicha parte considerativa, que la norma, materia de control constitucional en este proceso, se emite en concordancia con el principio de equilibrio presupuestario establecido en el artículo 78 de la Constitución Política del Perú, en el Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

De la fundamentación que sustenta la emisión del Decreto de Urgencia N° 016-2020 podemos concluir que los fines constitucionales que se pretende con la emisión del mismo es asegurar el ingreso al servicio del Estado bajo criterios de igualdad y en base a la meritocracia, así como garantizar el equilibrio presupuestario, conforme a lo establecido en la Constitución Política del Estado.

Debemos entender que con dicha finalidad se ha establecido normas que condicionan la ejecución de un mandato judicial que ordene la reposición, reincorporación, reconocimiento de vínculo laboral o cambio de régimen laboral de un trabajador en una entidad pública y que haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente, vacante y de duración indeterminada, además de imponer una indemnización pese a que no fue objeto de pretensión.

Desde la perspectiva de lo expuesto en la parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 016-2020, resulta evidente que la norma así concebida resulta idónea para la consecución de la finalidad constitucional propuesta. Siendo así, las normas, materia de control constitucional concreto superan el primer subprincipio materia de análisis.

➤ **Examen de Necesidad.**

En relación al examen de necesidad corresponde señalar que para conseguir los objetivos propuestos en la norma, existían medios alternativos igualmente idóneos pero que no intervienen en la prohibición de discriminación, como es el establecimiento de un mecanismo de acceso a la función pública basado en la igualdad de oportunidades y la meritocracia, sin excepción alguna en las entidades del sector público, forma de ingreso que



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

debería implementarse de manera generalizada a partir incluso de la expedición del Precedente Constitucional emitido en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC (publicado el cinco de junio de dos mil quince). Sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde la emisión del citado precedente no se ha implementado dicha forma de acceso al servicio público y, por el contrario, existen nuevas formas de contratación en el ámbito público, como es la llamada “servicios por terceros”, una modalidad de contratación que no reconoce derechos laborales, cuyo uso se ha evidenciado en las circunstancias actuales, sobre todo, en el sector salud, en que los médicos, que han estado en la primera línea de atención frente a la pandemia, que aún estamos atravesando, habían sido contratados bajo dicha modalidad que no viene a ser sino el retorno al contrato por servicios no personales (SNP), que se supone había desaparecido definitivamente en el sector público, lo cual precariza, sin lugar a dudas, las relaciones laborales en el ámbito público.

De esta manera, no era necesario afectar el principio-derecho de igualdad de los trabajadores del sector público, comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728, que ya habían adquirido, en virtud del principio de primacía de la realidad, el carácter de trabajadores a tiempo indeterminado, siendo que, incluso, algunos ya cuentan con sentencias consentidas o ejecutoriadas que así lo establecen, restringiéndose además la posibilidad de ser repuestos en su centro laboral, posibilidad que sí tienen todos los demás trabajadores de la actividad privada. Siendo así, las citadas normas sometidas a control constitucional concreto, en el presente caso, no superan el subprincipio de necesidad, por lo que resultan inconstitucionales, por afectar el principio-derecho de igualdad ante la ley, pues, prestar servicios al Estado no los convierte en ciudadanos de segunda categoría.

En mérito a lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el fundamento cuarenta y uno de la sentencia recaída en el Expediente N° 00045-2004-AI/TC, y no habiéndose superado el subprincipio de necesidad, consideramos que ya no resulta necesario examinar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Estando a lo antes señalado, queda claro que los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, colisionan con el principio-derecho de la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pues, resulta evidente la desprotección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público que se encuentran sujetos a contratos civiles y/o modales regulados éstos últimos por el Decreto Legislativo N° 728, en contraposición de los trabajadores del sector privado a quienes no recae la aplicación de los requisitos establecidos en el Decreto de Urgencia N° 016-2020 para obtener la reposición en su centro de trabajo. Se advierte de este modo, una diferenciación no razonable, proscrita por el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, norma internacional que protege al trabajador de los tratos discriminatorios y promueve el trato igualitario de oportunidades en el empleo.

2.- Principio de primacía de la realidad.

El DU colisiona con el principio de primacía de la realidad pues establece condicionamientos adicionales para la aplicación de este principio, lo cual desvirtúa la esencia de este principio.

3.- Principio de continuidad laboral

Con el Decreto de Urgencia N° 016-2020 se afecta la vigencia del principio de continuidad laboral para aquellos trabajadores de la administración pública que vienen siendo sometidos a contratos que su empleador impone, además se vulnera el principio de la condición más beneficiosa, pues establece nuevas condiciones que perjudican al trabajador y se violenta el principio de primacía de la realidad, pues se resquebraja su naturaleza al establecer condiciones adicionales para la aplicación del mismo.

Definitivamente, con el DU se está afectando el principio protector por cuanto limita el ejercicio de derechos constitucionales y principios garantizados en la carta política.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

4.- La independencia de las decisiones judiciales, la garantía constitucional de la cosa juzgada, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y la irretroactividad de las normas.

El artículo 138 de la Constitución Política del Estado establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Igualmente, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente Ley”.

En efecto el DU establece “3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:

[...]2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada”.

Definitivamente se está afectando **el principio de separación de poderes y la independencia judicial** cuando, no obstante, exista un mandato judicial firme que ordena la reposición del trabajador, se condiciona el mismo a que exista 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. Esto resulta particularmente grave si tenemos en cuenta que la Cuarta Disposición Final del DU establece que es de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite,



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

aspecto este último, que debe ser materia de análisis en función **al artículo 103 de la Constitución Política del Estado según la cual la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos.**

Por otro lado, la disposición contenida en el numeral 3.1.2 afecta el **derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** y la **garantía constitucional de la cosa juzgada**, prevista en el inciso 13 del artículo 139 de la Carta Política, pues no resulta jurídicamente posible que, luego de haber quedado la orden de reposición con autoridad de cosa juzgada, se pretenda modificar, por DU, un mandato judicial investido de dicha característica. Refuerza esta conclusión lo previsto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que categóricamente determina que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. **No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.** (El resaltado es nuestro)

5.- La doctrina de los actos propios.

Resulta pertinente hacer referencia a la Teoría de los actos propios. Al respecto, Adolfo Gelsi Bidart, señala que *“...La doctrina del acto propio sustenta la incoherencia o incongruencia de la conducta de un sujeto respecto a anteriores comportamientos verificándose incompatibilidad por contradicción entre las mismas. El autor postula la aplicación del principio en el supuesto en que un sujeto de derecho intenta verse favorecido en un proceso judicial asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, por cuanto la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, debiendo*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

descalificarse la contradicción con la conducta propia y previa. La teoría del acto propio aplica el valor justicia por cuanto realiza determinada conducta que lleva al convencimiento de los demás de que será permanente, no corresponde de manera abrupta introducir un cambio en aquella en perjuicios del sujeto que, sobre tales bases, se ha relacionado con el sujeto activo” (sic)²⁶.

Asimismo, respecto a esta teoría la sentencia N° 94.923 emitida el treinta de septiembre de dos mil diez por la Sala IV de la cámara de apelaciones de la ciudad de Buenos Aires de la República de Argentina, en la causa N°11.506/2010, seguida por Esperanza Elsa Noemí con Nación Seguros de Retiro Sociedad Anónima, señala lo siguiente: *“Resulta aplicable entonces el conocido principio según el cual el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, pues nadie puede oponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, Fallos: 310:2117;311:1880; 312: 245, 1371 y 1706, 320:1985, entre muchos otros)”* (sic.).

El Estado no podría contradecir sus propios actos, puesto que, por un lado durante muchos años viene contratando personal bajo contratos civiles, contratos modales regulados en el Decreto Legislativo N° 728 y Contratos Administrativos de Servicios, sin convocar a concurso público para ocupar plazas de naturaleza permanente, situación que es de entera responsabilidad de las entidades de la administración pública que utilizan esta política de contratación, generando una situación desigual entre los mismos servidores del Estado al utilizar en forma fraudulenta contratos civiles y modales cuando, en el plano de la realidad, por la naturaleza de las labores que realizan, corresponde un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y por otro lado, ahora se pretende implementar la exigencia de concurso público con el fin de desvirtuar los efectos jurídicos de la invalidez de la contratación civil o modal indebidamente utilizada. Esta conducta, contradice la teoría que ha sido resumida en el brocardo jurídico que reza **“Nemo propriam turpitudinem**

²⁶ Citado por Alejandro Castello en "Vigencia y Alcance del Principio de Irrenunciabilidad": Revista Derecho & Sociedad. Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Año XIX, N° 30-2008. Página 57.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

allegans auditor”, esto es, de que nadie puede beneficiarse con sus propios errores.

El artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, el cual se hallan inmersos todos los servidores públicos con independencia del régimen laboral, señala que: *“El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”*, siendo que su inobservancia constituye una vulneración al interés general que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueve, ordena o permita.

Dicho dispositivo legal tiene como finalidad que las entidades de la administración pública cumplan con organizar dichos concursos públicos a fin de proveerse de personal, no siendo su objetivo exonerar al Estado como empleador, de sus responsabilidades legales ante una situación de simulación o fraude a la contratación laboral. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, esto no ocurre en el ámbito laboral peruano, pues si lo que se pretende es la debida observancia de la Ley Marco del empleo público, lo que debe hacerse es cubrir todo requerimiento de personal bajo estas condiciones, es decir, mediante concurso público, con plena observancia de los requisitos exigidos por la legislación laboral de la actividad privada para la validez de las formas contractuales por tiempo determinado, pero de ninguna manera puede utilizarse dicha normativa para justificar la ineficacia de los diversas modalidades contractuales que se celebró sin haberse realizado concurso público alguna situación que evidentemente vulnera los derechos laborales de todo trabajador.

7.11.- Sobre el caso concreto

Una de las pretensiones planteadas por Yovana Juli Santiago Curahua es que se declare la desnaturalización de los contratos de servicios no personales, desde el diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve y la ineficacia e invalidez de los contratos administrativos de servicios, desde el uno de enero de dos mil diez hasta la actualidad, asimismo,



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada bajo el régimen privado del Decreto Legislativo N° 728, desde su fecha de ingreso en adelante, sin afectar su nivel remunerativo y cargo laboral alcanzado.

En la sentencia, contenida en la resolución número nueve, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, se declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, se declaró la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos por la demandante y la demandada en el periodo del diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de abril de dos mil nueve y la ineficacia de los contratos administrativos de servicios por el periodo comprendido desde el uno de mayo de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. También se reconoció a la demandante como trabajadora obrera sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de la actividad privada a plazo indeterminado desde el diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis.

Mediante sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha diez de marzo de dos mil veinte, se confirmó la sentencia, contenida en la resolución número nueve, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, que entre otras cosas, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Yovana Juli Santiago Curahua contra la Municipalidad Distrital de Carabayllo; en consecuencia, declaró la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos por la parte demandante y la demandada y se declaró la ineficacia de los contratos administrativos de servicios. Asimismo, revocó la recurrida en cuanto precisa como periodo del contrato de locación del diez de enero de dos mil seis hasta el treinta y uno de abril de dos mil nueve; y, reformándola, precisaron que tal desnaturalización se ha producido en los siguientes períodos: primer período: marzo de dos mil seis, segundo período: julio de dos mil seis a septiembre de dos mil seis y tercer período: marzo a mayo de dos mil ocho. También revocó la recurrida en cuanto declaró la ineficacia de los contratos administrativos de servicios por el periodo comprendido desde el uno de mayo de dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, reformándola declararon la ineficacia de los



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

contratos administrativos de servicios en los siguientes períodos: el primero de mayo de dos mil nueve a marzo de dos mil diez y del nueve de mayo de dos mil once al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis. También revocó la recurrida en cuanto reconoce a la demandante como trabajadora obrera sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 de la actividad privada a plazo indeterminado desde el diez de enero de dos mil seis al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis; y, reformándola, declararon que la demandante tuvo esta condición en los períodos señalados en los puntos resolutivos tres y cuatro de la sentencia de vista.

En consecuencia, atendiendo a todo lo antes expuesto, podemos concluir que, los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público, referidos a la reposición, reincorporación, reconocimiento de vínculo laboral (como es el presente caso) o cambio de régimen laboral de un trabajador en una entidad pública y su aplicación inmediata, están impidiendo que se puedan reconocer y/o ejecutar tales derechos en procedimientos y procesos en trámite e incluso en aquellos casos que gozan de una decisión judicial con la autoridad de cosa juzgada, los mismos que no pueden ser entendidos o interpretados que van acorde a lo preceptuado en la Constitución Política del Perú y en los tratados y convenios internacionales anteriormente detallados, ya que afectan principios constitucionales como el derecho a la igualdad, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la cosa juzgada, la potestad de administrar justicia, la separación de poderes, entre otros, así como los principios del derecho del trabajo antes precisados.

Finalmente, corresponde señalar que el Tribunal Constitucional ha emitido la sentencia recaída en el Expediente N° 02102-2019-PA/TC en la que se ordenó reponer al señor José Alfredo Quilca Vila como trabajador a plazo indeterminado en el Gobierno Regional del Cusco, es decir, al margen de las limitaciones de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 del artículo 3 del Decreto de



*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

Urgencia N° 016-2020, ya vigentes al momento de la emisión de este fallo del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, corresponde **aprobar** la sentencia de vista elevada en consulta por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **APROBARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha diez de marzo de dos mil veinte, obrante a fojas seiscientos cincuenta y dos del Expediente judicial electrónico, expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, declaró inaplicables los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público; en los seguidos por Yovana Juli Santiago Curahua contra la Municipalidad Distrital de Carabayllo, sobre desnaturalización de contrato y otros. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Toledo Toribio.-**

S.S.

TICONA POSTIGO

PARIONA PASTRANA

TOLEDO TORIBIO

YAYA ZUMAETA

BUSTAMANTE ZEGARRA

Bjism/ahv

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO YAYA ZUMAETA, SON COMO SIGUEN: -----

Comparto el sentido resolutorio de la ponencia del señor Juez Supremo Toledo Toribio, que aprueba la sentencia consultada. No obstante, considero pertinente efectuar las siguientes precisiones en relación a los argumentos que



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

desarrolla para establecer la colisión de las disposiciones inaplicadas del Decreto de Urgencia N° 016-2020 con el principio de recho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Estado.

PRIMERO.- No es posible entender que un trato desigual entre trabajadores pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada, frente a otros trabajadores del mismo régimen privado pero que pertenecen al sector público, genera discriminación, pues la Constitución Política del Estado contempla la existencia de regímenes diferenciados entre el sector público y el sector privado²⁷, en cuyo primer caso han de intervenir criterios y principios que necesariamente deben ser observados, tales como el equilibrio presupuestal a que se refiere el artículo 77° de la Constitución Nacional, las limitaciones presupuestales que tiene el Estado por la sostenibilidad de la administración pública y, en su caso, el principio de mérito, que entran a tallar directamente en la contratación que hace el Estado y que deben ser garantizados necesariamente. Tales principios no se exigen al sector privado, por lo que la relación laboral en el ámbito público tiene particularidades que la diferencian acentuadamente a las del sector privado y, en ese escenario, el régimen laboral estrictamente privado (fuera del sector público) no resulta ser un estándar de comparación válido.

SEGUNDO.- Así las cosas, las exigencias referidas a la existencia de concurso público, plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada para el sector público, en comparación con los trabajadores del sector privado, no implica la afectación del derecho a la igualdad y no discriminación, desde que se advierte que el tratamiento legal diferenciado -justificado- no deviene en discriminatorio, ya que las exigencias para acceder a la carrera pública encuentran desde la óptica descrita razones suficientes.

²⁷ Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política

“En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario”.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9788-2020
LIMA NORTE**

TERCERO.- Sin embargo, la afectación del principio-derecho a la igualdad sí se genera cuando el estándar de comparación que sustente el trato diferenciado se presente entre trabajadores pertenecientes al mismo sector público, unos sujetos al régimen público por formar parte de la carrera administrativa, y otros sujetos al régimen de la actividad privada, pero que han ingresado al sector público sin que hayan estado sujetos u obligados por ley al cumplimiento de concurso público y meritocracia, y que sometiendo a juicio la desnaturalización de sus contratos y obtenido sentencia favorable, ahora se condicione la ejecución de los fallos al cumplimiento de ingreso por concurso público, cuando la ley aplicable y las sentencias emitidas establezcan que no corresponde.

S.S

YAYA ZUMAETA

Uyz/lcb

Lpderecho.pe