



EXPEDIENTE N° : 00868-2018-0-2001-JR-LA-01
DEMANDANTE : YEPES MONTENEGRO YASMINA SOLEDAD
DEMANDADO : RED ASISTENCIA DEL PIURA DE ESSALUD
SEGURO SOCIAL DE ESSALUD
MATERIA : INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO
Y OTROS

SENTENCIA DE VISTA

Piura, 21 de mayo del 2021

RESOLUCIÓN N° 18

I. MATERIA:

Es materia de resolución el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia contenida en la Resolución N° 12 de fecha 30 de diciembre de 2020¹, que resuelve declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante expresa en su medio impugnatorio de apelación² los fundamentos siguientes:

1. No se ha tenido en cuenta que el Congreso de la República, mediante el Proyecto de Ley N° 5434/2020-CR pretende derogar, e ntre otros, el artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 que erróneamente se a aplicado en autos, en tanto dicho dispositivo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores; lo cual posteriormente se materializó mediante la Ley N° 31115, mediante que deroga los artículos 2,3,4,13 y la cuarta disposición complementaria de dicho dispositivo.

2. La aplicación literal del Decreto de Urgencia N° 01 6-2020 ha originado una injusta e inconstitucional posibilidad de pronunciarse sobre la relación laboral y correspondiente reposición pretendidas en el presente proceso, contraviniendo lo dispuesto en el Inciso 8) del artículo 139° de la C onstitución, así como lo expuesto

¹ Página 219 a 227

² Página 242 a 248



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

por el Propio Tribunal Constitucional, el cual ha reiterado que un magistrado no requiere de una disposición expresa para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral unificada, toda vez que dicha potestad deriva exclusivamente de la función innata de los órganos judiciales que la misma Constitución les reconoce.

3. No se ha considerado que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el Decreto de Urgencia N°016-2020 y el precedente vinculante recaído en el Expediente N°05057-2013-PA/TC es aplicable solo cuando lo que se pretende es el ingreso a la carrera administrativa, el cual no es el caso de la accionante si se tiene en cuenta que su vínculo laboral se ha encontrado bajo los alcances de la actividad privada, postura que incluso vienen siendo asumida por diversos órganos jurisdiccionales como lo es el pronunciamiento emitido por la Cuarta Sala Superior de Lima en el Expediente N°24951-2013-0-1 801-JR-LA-09.

4. Los hechos que generan la presente controversia se configuraron antes de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 016-2020, de ahí que no corresponda su aplicación retroactiva como incorrectamente lo ha efectuado la jueza de primera instancia; máxime si los extremos de dicha norma que han sido aplicados al presente proceso han sido derogados mediante la Ley N°31115.

5. Si bien es cierto el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, ya recogía los criterios contenidos en el Decreto de Urgencia N°016-2020; también lo es que la derogación de este último dispositivo mediante la Ley N° 31115 significa la pérdida de la obligatoriedad de la observancia de dicho precedente, de ahí que tampoco corresponda ser aplicado al caso de autos.

6. No se han considerado los argumentos expuestos en la demandada, como lo es que la accionante fue contratada el 11 de noviembre de 2007 como enfermera mediante contratos sujetos a modalidad de servicio específico, ya que de lo contrario, se habría advertido que dicho contrato fue desnaturalizado al no haberse establecido en el mismo la causa objetiva de contratación. Así, tampoco se ha considerado que el 1 de abril de 2008 fue objeto de un primer despido incausado, lo cual la hizo interponer una demanda contenciosa administrativa signada con el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, en la cual mediante medida cautela, se dispuso su reposición el 29 de agosto de 2009; en cuyo proceso no obstante se emitió sentencia desfavorable de segunda instancia, se le siguió contratando durante los siguientes 6 años y 20 días.

7. Si bien es cierto el día 4 de mayo de 2012 se le notificó a la emplazada cumpla con lo ejecutoriado en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, esto



es, la sentencia de vista antes mencionado, la demandante siguió prestando servicios hasta el 15 de febrero de 2018; por lo que en el supuesto errado que no se declare la desnaturalización del primer contrato modal suscrito con la emplazada, se debe tener en cuenta que después del archivo definitivo del proceso contencioso la accionante continuó laborando y ejerciendo las mismas funciones bajo subordinación a favor de la emplazada; de ahí que a partir de dicha fecha se haya configurado un contrato laboral a tiempo indeterminado, dando lugar a una nueva relación laboral, más aun si dicha circunstancia importa una decisión implícita de su empleadora de continuar con sus servicios una vez archivado el proceso principal.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:

Planteamiento:

8. Corresponde determinar si la sentencia contenida en la Resolución N° 12, que declara infundada la demanda, ha sido emitida conforme a derecho y en mérito de lo actuado.

Pretensión:

9. Conforme al escrito postulatorio de demanda³, la accionante solicita como **primera pretensión principal** se reconozca su record laboral desde el 1 de noviembre de 2007 y en consecuencia, se reconozca la existencia de un vínculo laboral a tiempo indeterminado con ESSALUD por haberse desnaturalizado los contratos por servicio específico con dicha parte, debiendo por lo tanto declararse la nulidad de su despido incausado del que fue objeto del 15 de febrero de 2018 y ordenarse su reposición en el mismo puesto que venía desempeñando dentro de la entidad como lo es el de enfermera o en otro de igual o similar nivel o categoría; asimismo, se le cancele una indemnización por daños y perjuicios correspondientes a los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño punitivo. Como **segunda pretensión principal**, se ordene a la emplazada cumplir con cancelarle la bonificación por especialidad/especialización desde noviembre de 2015 hasta la actualidad, monto que corresponderá se disponga formar parte de su remuneración luego de su reincorporación. De desestimarse su reincorporación, corresponderá ampararse la **pretensión subordinada**, de pago de una indemnización por despido arbitrario y una indemnización por daño moral.

³ Páginas 70 a 100



10. Por otro lado, plantea como **pretensión accesorio**, se disponga el pago de honorarios profesionales del abogado, así como el pago de intereses de todos los conceptos solicitados, costas y costos del proceso.

Análisis:

11. Bajo dicho contexto, y antes de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, resulta pertinente señalar que si bien es cierto en el caso de autos se ha cuestionado la aplicación del Decreto de Urgencia N° 016-2020 efectuado por la jueza de primera instancia, bajo los argumentos expuestos en los fundamentos primero a cuarto de la presente resolución; también lo es que a la fecha de la expedición de la presente sentencia, los extremos aplicados de dicho dispositivo han sido dejados sin efecto mediante la Ley N° 31114, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 23 de enero del presente 2021; ya que estando a ello, se tiene que carecer de objeto analizar la aplicación o no de dicho decreto de respecto al caso concreto; debiendo en consecuencia limitarse el pronunciamiento de este órgano jurisdiccional a los demás agravios expuestos por la parte demandante.

12. En ese sentido, resulta pertinente señalar que del análisis de autos y de la revisión del Sistema de Expedientes del Poder Judicial, se advierte que antes del presente proceso, la demandante inició un contencioso administrativo signado con el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03⁴, mediante el cual solicitó se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 184-GCRH-OGA-ESSALUD-2008 de fecha 4 de febrero de 2008 que declaraba nulo el concurso público de méritos en el que participó y en virtud del cual -indica- inició su relación laboral con la emplazada en noviembre de 2007, y en consecuencia se le reponga en su puesto de trabajo; en el cual -cabe mencionar- conforme se advierte del Acta de Reposición Provisional de fecha 29 de agosto de 2008⁵, la demandante fue repuesta -vía medida cautelar dictada en dicho proceso- en el puesto de enfermera.

13. Cabe mencionar además, que si bien es cierto el juez de primera instancia del citado proceso emitió sentencia favorable a la demandante, dicho pronunciamiento fue revocado por el superior jerárquico mediante sentencia de vista contenida en la Resolución N° 20⁶, por cuanto -básicamente- la accionante no impugnó la Resolución N° 184-GCRH-OGA-ESSALUD-2008 que indica⁷,

⁴ Página 17 a 20

⁵ Página 205 a 206

⁶ Ídem

⁷ "SEXTO.- El primer agravio contenido en los recursos de apelación, es sostener que la Resolución N° 184-GCRH-OGA-ESSALUD-2008, no es un acto administrativo, sino un acto de administración interna; al respecto, y a fin de decidir lo conveniente, necesariamente debemos remitirnos a las "Normas que rigieron los procesos de Selección de Personal en



SALA LABORAL TRANSITORIA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

aunado a que los contratos de trabajo sujetos a Modalidad de Servicio Específico N° 332-GR-RAPI-ESSALUD-2007 y N° 069-GR-RAPI-ESSALUD-2008 que suscribió posteriormente eran a plazo fijo, esto es hasta el 31 de marzo de 2008, por lo que configurado el mismo, correspondía se concluya el vínculo laboral⁸; cabe mencionar que no obstante contra la referida sentencia de vista la ahora accionante interpuesto recurso de casación, este fue declarado improcedente mediante la Casación N° 4546-2010-PIURA⁹, tal es así que mediante Resolución N° 22 -notificada a la parte demandada el 12 de abril de 2012¹⁰- se le requiere a la emplazada cumpla con lo ejecutoriado en dicho proceso, esto es, la sentencia de vista que desestima la demanda.

14. En ese sentido, ha de señalarse que si bien es cierto, conforme se ha especificado en el considerando noveno de la presente resolución, es pretensión de la accionante *se reconozca la existencia de su vínculo laboral con la demanda desde el 1 de noviembre de 2007*, porque considera que *los contratos por servicio específico suscritos en ese entonces se han desnaturalizado*; también lo es que del análisis de autos, se advierte que en el año 2007 (y 2008), la demandante fue contratada en mérito a los Contratos por Servicio Específico N° 332-GR-RAPI-ESSALUD-2007¹¹ y N° 069-GR-RAPI-ESSALUD-2008¹², hecho relevante si se tiene en cuenta que sobre los mismos, conforme se ha indicado en el considerando anterior, en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03 se concluyó que efectivamente dichos contratos son a plazo fijo, esto es válidos. De ahí que no corresponde a este órgano jurisdiccional analizar la validez de los mismos como pretende la accionante a efectos de reconozca su vínculo laboral a plazo indeterminado desde noviembre de 2007, en tanto existe un pronunciamiento anterior al de autos con calidad de cosa juzgada en donde se determinó su validez.

ESSALUD”, aprobadas mediante Resolución de Gerencia Central N° 07-GCRH-OGA-ESSALUD-2007, que en fotocopia corre de Folios 122 a 133, precisándose textualmente en sus Disposiciones Finales, numeral 10.2) del punto 10, lo siguiente: “Por ser un acto interno y no un acto administrativo, los procesos de selección no están sujetos a las disposiciones de la Ley 27444-Procedimiento Administrativo General en lo que se refiere a recursos impugnativos”, remarcándose también en su numeral 10.3 del mismo punto que, la presente norma se aplica obligatoriamente a partir de la fecha de su aprobación, lo que demuestra plenamente que la citada Resolución constituía un acto de administración interna”.

8 **OCTAVO.-** No es cierto que en el caso de la accionante se haya producido el despido como consecuencia de la expedición de la Resolución N° 184-GCRH-OGA-ESSALUD-2008, porque conforme se demuestra de los contratos de trabajo sujetos a Modalidad de Servicio Específico N° 332-GR-RAPI-ESSALUD-2007 y N° 069-GR-RAPI-ESSALUD-2008 y, prórroga de este último, que obran de Folios 86 a 90, se suscribieron por el término de dos meses, venciendo el último el 31 de marzo del 2008, sin continuidad después de la fecha de vencimiento, advirtiéndose que los mismos fueron sujetos a modalidad y a tiempo determinado, no configurando ello vulneración del derecho de trabajo; siendo así la Resolución que impugna no se encuentra incurso en la causal de nulidad prevista en el inciso 1) del artículo 10° de la Ley 27444, por tratarse de un acto de administración interna dictado en armonía con el citado numeral 10.2) del punto 10, que rigieron el proceso de Selección del Personal para la Red Asistencial de Piura, a que se contrae la Resolución de Gerencia Central N° 07-GCRH-OGA-ESSALUD-2007, y anexo que obra de Folios 122 a 133’.

⁹ Página 21

¹⁰ Revisado en el Sistema de Expedientes del Poder Judicial

¹¹ Página 4 a 5

¹² Página 6 a 7



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

15. Ahora, si bien en cierto la apelante también ha señalado que *no se ha considerado que no obstante en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, en el cual vía medida cautelar se dispuso su reposición el 29 de agosto de 2009, se emitió sentencia desfavorable de segunda instancia, se le siguió contratando durante los siguientes 6 años y 20 días, lo cual demuestra que después del archivo definitivo del proceso contencioso la accionante continuo laborando y ejerciendo las mismas funciones bajo subordinación a favor de la emplazada; de ahí que a partir de dicha fecha se haya configurado un -nuevo- contrato laboral a tiempo indeterminado; no puede pasar desapercibido que de autos tampoco se advierte que la parte demandante haya alcanzado -ni solicitado se requiera a la demandada como exhibicional- los contratos de trabajo suscritos con la emplazada a partir del 12 de abril de 2012 (fecha a partir de la cual se solicitó a la emplazada cumpla con la sentencia desestimatoria emitida en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03) a efectos de verificar si efectivamente se determinó o no conforme a ley la causa objetiva de su contratación o existe voluntad de la demandada de mantener el vínculo laboral con la accionante en los términos que indica, ello no obstante era su finalidad se declare la desnaturalización de los mismos.*

16. En ese sentido, y siendo que contrario a lo antes mencionado, de autos se advierte que la demandante fue cesada -de acuerdo a la Carta N° 405-DRH-OA-RAPI-ESSALUD-2016 del 15 de febrero de 2018¹³- al haberse desestimado su demanda incoada en el citado Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, en el cual cabe mencionar se dispuso su reposición provisional desde el 29 de agosto de 2008¹⁴ y en merito a la cual habría venido prestando servicios, y siendo que no obstante el tiempo transcurrido desde la notificación de dicho pronunciamiento a la demandada (12 de abril de 2012) hasta la fecha en que se ejecuta la sentencia con la mencionada carta notarial (15 de febrero de 2018) ha transcurrido más de 6 años conforme indica la demandante, estos no superan el plazo de prescripción de 10 años que establece el inciso 1) del artículo 2001° del Código Civil¹⁵ a efectos de que la referida sentencia se vuelva inejecutable; y estando a que conforme al artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “*Toda persona y autoridad está obligada a acatar y a 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 responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala*”, se tiene que el cese de la accionante en merito al pronunciamiento desestimatorio emitido en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03 es válido.

¹³ Página 46

¹⁴ Página 205 a 206

¹⁵ Plazos de prescripción

Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico (...)



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

17. Estado a lo antes expuesto, se advierte que la demandante no ha acreditado haber mantenido con la emplazada un vínculo laboral a tiempo indeterminado y como tal, que su despido sea incausado como alega a efecto de amparar su pretensión -principal- de reincorporación y pago de indemnización por daños y perjuicios sea amparada, debiendo en consecuencia confirmarse este extremo de la sentencia; más aun si se tiene en cuenta que si bien es cierto, conforme se ha indicado precedentemente, el artículo 3° (y otros extremos) del Decreto de Urgencia N° 016-2020 han sido dejados sin ningún efecto legal, no puede pasar desapercibido que sobre la reincorporación de trabajadores a las entidades del Estado como lo es la parte demandada ESSALUD, el Tribunal Constitucional ha indicado mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC de fecha 16 de abril de 2015¹⁶, el cual cabe mencionar constituye precedente vinculante de observancia obligatoria y que en ningún momento ha sido dejado sin efecto expresa o tácitamente como erróneamente señala la parte impugnante, solo podrán ser repuestos aquellos trabajadores que hayan ingresado a prestar servicios a la entidad mediante concurso público de méritos, para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; *contrario sensu*, se tiene que el trabajador que no acredite la concurrencia de dichos requisitos no tendrá derecho a ser reincorporado; ya que estando a lo antes señalado, podemos concluir que resultar perfectamente exigible a la demandante, a efectos de analizar si corresponde o no ordenar su reposición, que la misma -previamente- acredite cumplir con los requisitos que exige el citado precedente vinculante, es decir acreditar haber ingresado a prestar sus servicios para ESSALUD mediante **concurso público de méritos, para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.**

18. Así, en cuanto al primer requisito como lo es **haber ingresado mediante concurso público de méritos**, resulta pertinente señalar que si bien es cierto,

¹⁶ "9. *Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada*" (...)

"18. *Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado*".



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

conforme se advierte del escrito de demanda¹⁷, la accionante ha señalado: *“PRIMERO.- Con fecha 1 de noviembre de 2007 ingrese a laborar como enfermera de la Red Asistencial de Piura de ESSALUD, **ingresando mediante concurso público de méritos** y suscribiendo contrato sujeto a modalidad para servicio específico el cual como lo acreditamos posteriormente, se encontraba desnaturalizado (...);* también lo es que, conforme se ha precisado en el considerando décimo segundo y siguiente de la presente resolución, dicho concurso fue declarado nulo a través de la Resolución N° 184-GCRH-OGA-ESSALUD-2008 de fecha 4 de febrero de 2008, motivo por el cual se resolvió prescindir de los servicios que brindaba la accionante en mérito al mismo y pasó a ser contratada mediante contratos por servicio específico; ya que de ello se tiene que dicho concursó perdido todos los efectos jurídicos que podría haber originado, como lo sería considerarlo para establecer que la demandada cumple con el primero de los requisitos legales para que se reconozca su derecho a la reincorporación conforme ha solicitado.

19. En ese orden de ideas, se tiene que la apelante no ha cumplido con acreditar el primero de los requisitos que establece el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC como lo es haber ingresado mediante concurso público de méritos, resultando por lo tanto inoficioso analizar si acredita la configuración de los demás elementos como son la existencia de plaza presupuestada y de duración indeterminada a la que se hace referencia líneas arriba, por cuanto para que estos surtan sus efectos es necesaria la concurrencia conjunta de los mismos.

20. Sin perjuicio de lo antes expuesto, se debe tener en cuenta que si bien es cierto -conforme se ha indicado en el considerando noveno de la presente resolución- es pretensión subordinada de la demandante *el pago de una indemnización por despido arbitrario y una indemnización por daño moral*, la cual conforme al artículo 87° del Código Procesal Civil¹⁸, es la pretensión que queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; también lo es que del análisis del escrito de demanda, se advierte que esta pretensión también se sustenta en los fundamentos sobre el reconocimiento de vínculo laboral a tiempo indeterminado y la configuración de un supuesto despido incausado, esto es, los mismos fundamentos en los que se sustenta la pretensión principal de reincorporación y pago de indemnización por daño moral a las que se hace referencia líneas arriba.

¹⁷ Página 73

¹⁸ Artículo 87.- *La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás (...).*



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

21. Bajo dicho contexto, y siendo que conforme se ha indicado en los anteriores considerandos, las pretensiones principales antes mencionadas ha sido desestimada en tanto la demandante no ha acreditado la existencia de un vínculo laboral a tiempo indeterminado con la emplazada y en consecuencia que su cese sea injustificado, se tiene que la pretensión subordinada también deviene en infundada por los mismos argumentos.

22. Finalmente, a efectos de evitar inconvenientes en la ejecución del presente proceso, se debe tener en cuenta que si bien es cierto la jueza de primera instancia también ha desestimado el pago de la bonificación por especialidad a la que se hace referencia en el petitorio de demanda descrito líneas arriba, por cuanto considera que esta es una pretensión accesorio¹⁹ y no otra pretensión principal conforme lo ha indicado la accionante en su petitorio de demanda al que se hace referencia en el considerando noveno de la presente resolución; también lo es que del análisis del recurso de apelación presentado por dicha parte, no se advierte que la demandante haya expuesto argumento alguno a efectos de cuestionar dicho extremo de la sentencia. De ahí que en mérito del aforismo *tantum appellatum, quantum devolutum*, según el cual el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios propuestos y que afectan al impugnante²⁰, no corresponda pronunciarnos sobre dicho extremo.

23. Por los anteriores fundamentos este órgano jurisdiccional ha arribado a la conclusión de que la sentencia apelada merece ser confirmada, por cuanto no le corresponde a la demandante se le reconozcan las pretensiones principales ni subordinadas a las que se hace referencia líneas arriba, siguiendo la misma suerte las pretensiones accesorias a las que se hace referencia en el fundamento décimo de la presente resolución, más aun si se tiene en cuenta que la presente controversia viene siendo tramitada bajo los alcances de la Ley N° 26636 y no de la Ley N° 29497 que indica la demandante a efectos de que se reconozca a su abogado sus honorarios en los términos expuestos en la demanda; debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia apelada pero por los argumentos expuestos en la presente sentencia de vista.

¹⁹ "8.11 Asimismo, habiéndose declarado infundada la pretensión principal referida a la impugnación de despido y reposición en su centro laboral; también debe declararse infundada la pretensión accesorio referida a el pago de su bonificación por especialidad/especialización y que deberá seguirse pagando una vez ordenado su reposición, además, se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios en el concepto de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daños punitivos en la suma de S/58,534.62 soles; ello teniendo en cuenta la máxima jurídica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

²⁰ Casación N° 626-2001-AREQUIPA, publicada en Diario Oficial El Peruano el 31 de julio de 2001; pág. 7905



IV. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas resolvieron, **COFIRMAR LA SENTENCIA** contenida en la Resolución N° 12 de fecha 30 de diciembre de 2020, que resuelve declarar **INFUNDADA LA DEMANDA** en todos sus extremos. En los seguidos por Yasmina Soledad Yepes Montenegro contra Red Asistencia de Piura - ESSALUD sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros. Suscribiéndose a la fecha la presente resolución por el término de las vacaciones del Juez Superior Ponente Señor *Juez Fidencio Francisco Cunya Celi.*

SS.

CUNYA CELI

REYES PUMA

ULLOA PARAGULLA

**VOTO EN DISCORDIA DE SENTENCIA DE VISTA DEL
JUEZ SUPERIOR PEDRO CHIRA TELLO**

I.- ASUNTO:

1. Puestos los autos en Despacho para resolver los Recursos de apelación interpuestos por la parte demandante **YAMINA SOLEDAD YEPES MONTENEGRO** contra la **SENTENCIA** de fecha 30 de diciembre del 2020 que obra de folios 219 a 227, expedida por el Primer Juzgado Transitorio de Trabajo de Piura, que declara **INFUNDADA** la demanda sobre **REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y OTROS** en los seguidos contra **RED ASISTENCIA DE SALUD DE PIURA - ESSALUD.**

OBJETO DE DISCORDIA:

Con el debido respeto discrepo con mi Colegas de la Sala Transitoria Laboral de Piura, respecto a confirmas en todos sus extremos la sentencia apelada; por lo que en **MI OPINIÓN** de se debe **REVOCAR** la sentencia y se debe declarar **FUNDADA** respecto a la **desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad; declarar fundada la demanda respecto a la indemnización por despido arbitrario y bonificación por especialidad;** y **CONFIRMAR LA SENTENCIA** en cuanto declara infundados los extremos de reposición por despido incausado e indemnización por daños y perjuicios consistente en daño por lucro



cesante, daño emergente y daño moral; por los siguientes argumentos que paso a exponer

II.- AGRAVIOS EXPRESADOS EN EL RECURSO DE APELACIÓN:

1. Mediante escrito de apelación de folios 242 a 248, la demandante señala como agravios que: No se ha tenido en cuenta que el Congreso de la República, mediante el Proyecto de Ley N° 5434/2020-CR pretende derogar, entre otros, el artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 016-2020 que erróneamente sea aplicado en autos, en tanto dicho dispositivo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores; lo cual posteriormente se materializó mediante la Ley N° 31115, mediante que deroga los artículos 2,3,4,13 y la cuarta disposición complementaria de dicho dispositivo.
2. La aplicación literal del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha originado una injusta e inconstitucional posibilidad de pronunciarse sobre la relación laboral y correspondiente reposición pretendidas en el presente proceso, contraviniendo lo dispuesto en el Inciso 8) del artículo 139° de la Constitución, así como lo expuesto por el Propio Tribunal Constitucional, el cual ha reiterado que un magistrado no requiere de una disposición expresa para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral unificada, toda vez que dicha potestad deriva exclusivamente de la función innata de los órganos judiciales que la misma Constitución les reconoce.
3. No se ha considerado que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el Decreto de Urgencia N° 016-2020 y el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC es aplicable solo cuando lo que se pretende es el ingreso a la carrera administrativa, el cual no es el caso de la accionante si se tiene en cuenta que su vínculo laboral se ha encontrado bajo los alcances de la actividad privada, postura que incluso vienen siendo asumida por diversos órganos jurisdiccionales como lo es el pronunciamiento emitido por la Cuarta Sala Superior de Lima en el Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09.
4. Los hechos que generan la presente controversia se configuraron antes de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 016-2020, de ahí que no corresponda su aplicación retroactiva como incorrectamente lo ha efectuado la jueza de primera instancia; máxime si los extremos de dicha norma que han sido aplicados al presente proceso han sido derogados mediante la Ley N° 31115.
5. Si bien es cierto el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, ya recogía los criterios contenidos en el Decreto de Urgencia N° 016-2020; también lo es que la derogación de este último dispositivo mediante la Ley N° 31115 significa la pérdida de la obligatoriedad de la observancia de dicho precedente, de ahí que tampoco corresponda ser aplicado al caso de autos.
6. No se han considerado los argumentos expuestos en la demandada, como lo es que la accionante fue contratada el 11 de noviembre de 2007 como enfermera mediante contratos sujetos a modalidad de servicio



específico, ya que de lo contrario, se habría advertido que dicho contrato fue desnaturalizado al no haberse establecido en el mismo la causa objetiva de contratación. Así, tampoco se ha considerado que el 1 de abril de 2008 fue objeto de un primer despido incausado, lo cual la hizo interponer una demanda contenciosa administrativa signada con el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, en la cual mediante medida cautela, se dispuso su reposición el 29 de agosto de 2009; en cuyo proceso no obstante se emitió sentencia desfavorable de segunda instancia, se le siguió contratando durante los siguientes 6 años y 20 días.

7. Si bien es cierto el día 4 de mayo de 2012 se le notificó a la emplazada cumpla con lo ejecutoriado en el Expediente N° 01731-2008-0-2001-CI-03, esto es, la sentencia de vista antes mencionado, la demandante siguió prestando servicios hasta el 15 de febrero de 2018; por lo que en el supuesto errado que no se declare la desnaturalización del primer contrato modal suscrito con la emplazada, se debe tener en cuenta que después del archivo definitivo del proceso contencioso la accionante continuo laborando y ejerciendo las mismas funciones bajo subordinación a favor de la emplazada; de ahí que a partir de dicha fecha se haya configurado un contrato laboral a tiempo indeterminado, dando lugar a una nueva relación laboral, más aun si dicha circunstancia importa una decisión implícita de su empleadora de continuar con sus servicios una vez archivado el proceso principal.

III.- CUESTIONES SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN:

1. La Constitución Peruana de 1993, recoge a la doble instancia como una garantía de la administración de justicia, o como un principio y derecho de la función jurisdiccional: “Así pues, se cree que el derecho a la doble instancia o pluralidad de instancias se convierte en una de las garantías o derechos mínimos exigibles con los que cuenta toda persona para poder gozar, ya sea de un debido proceso, como del derecho a recibir una adecuada tutela jurisdiccional efectiva”¹.

2. En este sentido el derecho de impugnación puede ser definido como aquel derecho abstracto con el que cuenta en un proceso toda parte de este para impugnar (entiéndase contradecir o refutar) una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causa un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto que se revoque o anule la decisión jurisdiccional

3. Así la Ley 26636 establece en forma expresa en su artículo 52 que:
“Constituye requisito de procedencia del recurso de apelación su debida fundamentación, la cual debe precisar el error de hecho o de derecho presente en la resolución y el sustento de la pretensión impugnativa...”

4. En el mismo sentido el artículo 366 del Código Procesal Civil en el mismo sentido sostiene que:

“El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o derecho incurrido en la resolución,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA LABORAL TRANSITORIA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria”

5. De los artículos citados se desprende sin duda alguna que el agravio, es el fundamento y base de la impugnación y constituye una carga del justiciable, a fin de que establezca en el recurso de apelación qué parte de la resolución que impugna le genera un perjuicio; por lo que la sustentación del vicio o error de la resolución apelada, es en el fondo parte consustancial de este requisito; por ende **quien alega el agravio debe describir con exactitud, precisión y profundidad, en qué falló el juez de primera instancia, y cómo ello le genera un perjuicio; pues indicación exhaustiva y clara que haga el recurrente, es el sustento para el análisis que efectuará el juez o tribunal de segunda instancia.**

6. Para resolver la presente controversia es preciso recordar que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 364° del Código Procesal Civil, *el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente;* ello en consideración a lo adoptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, la cual ha señalado al respecto: **“Debe tenerse en cuenta que la apelación es una petición que se hace al Superior Jerárquico para que repare los defectos, vicios y errores de una resolución dictada por el inferior”**²(...) **“El Juez superior tiene la facultad de poder revisar y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el juez inferior, sin embargo cabe precisar que la extensión de los poderes de la instancia de alzada está presidida por un postulado que limita su conocimiento, recogido por el aforismo *tantum appellatum, quantum devolutum*, en virtud del cual el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios que afectan al impugnante”**³.

IV. ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS:

- **Respecto al récord de servicios de la demandante:**

1. Es un hecho pacífico que la demandante doña Yasmina Soledad Yepes Montenegro ingresó a trabajar para la entidad demandada como Enfermera I, Nivel P2⁴ de la Red Asistencial de Essalud de Piura el 01 de noviembre del 2007 bajo contratos de trabajo a plazo fijo por servicio específico hasta el 30 de marzo del 2008; pues el 01 de abril del 2008 fue despedida⁵.

2. También es un hecho admitido que doña Yasmina Soledad Yepes Montenegro fue reincorporada en su trabajo mediante una medida cautelar recaída en el proceso judicial N°01731-2008-0-2001-JR-CI-03, sobre nulidad de resolución administrativa; y que dicha medida se ejecutó el 29 de agosto del 2008, en que la demandante fue repuesta en el cargo de Enfermera en el Hospital III “Cayetano Heredia” en el ámbito de la Red



Asistencial de Piura, celebrando para tal fin un contrato de trabajo por servicio específico⁶.

3. También es un hecho pacífico, que el proceso sobre nulidad de resolución administrativa N°01731-2008-0-2001-JR-CI-03, culmina declarándose infundada la demanda y por tanto improcedente el pedido de reposición formulado por la hoy demandante; y que mediante resolución de fecha 27 de enero del 2012 se le notifica a la entidad demandada la culminación del proceso judicial por haber adquirido calidad de cosa juzgada lo decidido en el ámbito jurisdiccional⁷.

4. Pero a pesar de esto, la demandante continuó laborando hasta el 15 de febrero del 2018, fecha en la cual le comunican mediante carta N° 405-DRH-OA-RAPI-ESSALUD-2018 la culminación de su contrato por mandato judicial; esto es luego de 6 años y 18 días aproximadamente de haber culminado el proceso judicial de nulidad de resolución administrativa.

5. Entonces tenemos los siguientes periodos:

- a. Del 01/11/2007 al 30/03/2008 por concurso público
- b. Del 29/08/2008 al 15 de febrero del 2018 por medida cautelar.

• **Respecto a la desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo y el despido incausado:**

6. En sentencia de primera instancia impugnada respecto a la desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad, se indica lo siguiente, en su fundamento 8.3 que obra a folios 223 se indica expresamente que:

“8.3. Si bien es cierto, tal como se puede advertir del escrito de demanda la accionante ha solicitado como pretensión la desnaturalización de sus contratos modales, y como consecuencia de ello pretende que se ordene su reposición previo reconocimiento de su vínculo laboral a plazo indeterminado, **es por ello, corresponde determinar si entre las partes existe un contrato a plazo indeterminado por desnaturalización de los contratos modales** celebrados entre las partes, y de ser el así establecer si en el presente caso configura un supuesto de despido incausado que alega la demandante y, el cual habría ocurrido el día 15 de agosto del 2018, que conlleve a ordenar la reposición de la actora a su centro de trabajo” (Subrayado nuestro)

7. Pero, a pesar de esto en la sentencia materia de apelación la Señora Jueza erróneamente señala que como la desnaturalización la pide para su reposición y no procediendo esta se debe declarar infundada la demanda, así lo indica en el fundamento 8.10:

“8.10. En conclusión entonces, para este despacho en aplicación al caso concreto, se tiene que la pretensión de la parte accionante es la reposición a su centro de labores por haberse desnaturalizados sus contratos modales, y que por lo tanto al haberse desnaturalizado los citados contratos ella gozaba de un contrato a plazo indeterminado



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA LABORAL TRANSITORIA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

que la protegía del despido incausado o cualquier tipo de despido que ha sufrido según refiere; sin embargo, según los términos del Decreto de Urgencia N° 016-2020, y teniendo en consideración que la entidad demandada Red Asistencial de Piura- ESSALUD, es una entidad comprendida en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1442, **el reconocimiento de su vínculo laboral y la reposición solo será posible si su ingreso se hubiera producido cumpliendo las reglas previstas en su artículo 3 tal como se prevé**, en consecuencia dicha pretensión deviene en infundada.”
(Subrayado nuestro)

8. Pero no se tiene en cuenta en primer lugar, que la relación laboral cuya desnaturalización se solicita se origina el 01 de noviembre del 2008 hasta el 15 de febrero del 2018; mientras que el D.U. 016-2020 tiene como fecha de publicación el 23 de diciembre del 2020; por tanto su vigencia recién se inicia al día siguiente de su publicación, no teniendo efectos retroactivos; por lo que no se puede analizar una situación de hecho anterior a través de una norma legal cuya vigencia es posterior tanto al inicio como a la extinción del vínculo laboral tal como lo señala el artículo de 109 de nuestra Constitución Política.

9. Por lo que se procede a analizar si los contratos de trabajo sujetos a modalidad están desnaturalizados; así independientemente del ingreso de la demandante por concurso público o no la Señora Jueza de primera instancia debió emitir pronunciamiento respecto a las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad que se sostienen en el escrito de demanda;

10. Así en el literal B de su demanda a folios 75 a 76 la demandante sostiene que no se cumplió con expresar la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad; que se le contrató para labores de naturaleza permanente, además que el inició sus labores el 01/11/2007 pero recién firma contrato el 27/11/2007; y que continuó laborando sin contrato y que recién el 11 de febrero del 2011 se suscribió la prórroga.

11. En segundo lugar, respecto, la desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo se origina cuando concurren algunas de las causales establecidas en el artículo 77 del D.S. 003-97-TR; en el presente caso la demandante señala en primer lugar que el contrato que dio inicio a su relación laboral no tiene causa objetiva expresa; sobre este punto debe indicarse que, la causa objetiva es aquel motivo determinante que justifica que el contrato sea a plazo fijo a plazo indeterminado, la que muchas veces, aunque no siempre, está en función de la durabilidad de la fuente generadora del servicio, por lo que si esta es temporal el contrato será temporal;

12. En el presente caso, si bien a la demandante se le contrata como Enfermera 2 de nivel P-2, cargo que podría considerarse permanente puesto que la entidad pública demandada es una prestadora de servicios de salud, pero también es verdad que dicha plaza asignada a la demandante estaba reservada para los ex trabajadores beneficiarios de la



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

Ley 27803 conforme se indica en la segunda cláusula del contrato de folios 4 y 5 de fecha 27 de noviembre del 2007.

13. Ahora si bien esta “reserva” de plaza para los ex trabajadores beneficiarios de la Ley 27803 establecida como causa objetiva podría ser válida o no y facultar al empleador contratar bajo esta modalidad a la demandante, lo que no ha sido materia de cuestionamiento en el presente proceso; también es verdad que **el contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico con el que la demandante inició sus desde el 01 de noviembre de 2007, fue celebrado y firmado el 27 de noviembre del 2007, esto es 27 días después de iniciadas las labores,** tal como se aprecia del Contrato de Trabajo Sujeto a modalidad de servicio específico N° 332-GR-RAPI-EsSalud-2007 de folios 4 a 5. Con mayor razón si el contrato de trabajo por servicio específico de folios 6 a 7 por el periodo 01/01/2008 al 28/02/2008, fue firmado el 11 de enero del 2008, es decir fuera de plazo de inicio de labores, lo que implica que la demandante también estuvo sin contrato escrito

14. Que **el artículo 72 del D.S. 003-97-TR establece expresamente como requisito de validez** de los contratos de trabajo sujeto a modalidad que estos **consten por escrito**, formalidad que es un requisito de validez de este tipo de contratos, cuyo incumplimiento genera su ineficacia; por tanto se aprecia que la demandante inició sus labores sin contrato escrito por lo que no se puede validar la firma posterior de un contrato de trabajo sujeto a modalidad para justificar labores anteriores a sus suscripción, pues la escrituralidad (o forma escrita) de estos contrato de trabajo sujetos a modalidad es consustancial a sus existencia y validez; por lo que al haberse infringido la norma legal de orden público, el contrato de trabajo que origina la relación laboral deviene en ineficaz y como consecuencia de ello inválidos todos los contratos de trabajo sucesivamente celebrados con la demandante; debiendo concluirse sin duda alguna que la demandante desde su fecha de ingreso, esto es, desde el 01 de noviembre del 2007 estuvo bajo un contrato de trabajo sujeto a plazo indeterminado.

• ***Respecto al periodo laborado bajo medida cautelar:***

15. Es un hecho pacífico también que la demandante fue cesada por nulidad de concurso el 30 de marzo del 2008, pero también es un hecho admitido que doña Yasmina Soledad Yepes Montenegro **fue reincorporada en su trabajo mediante una medida cautelar recaída en el proceso judicial N°01731-2008-0-2001-JR-CI-03, sobre nulidad de resolución administrativa; y que dicha medida se ejecutó el 29 de agosto del 2008, en que la demandante fue repuesta en el cargo de Enfermera en el Hospital III “Cayetano Heredia”; y que mediante resolución de fecha 27 de enero del 2012 se le notifica a la entidad demandada la culminación del proceso judicial por haber adquirido calidad de cosa juzgada lo decidido en el ámbito jurisdiccional**

16. Ahora bien, no hay duda que desde el inicio de la relación laboral de la demandante el 01 de noviembre del 2007, estuvo bajo un contrato de



trabajo a plazo indeterminado, al haber iniciado su prestación de servicios sin contrato escrito sujeto a modalidad; por lo que se debe concluir que la demandante ha estado bajo un contrato a plazo indeterminado desde el 01/11/2007

17. También es verdad que al ser repuesta por mandato judicial – medida cautelar- esta se concede de acuerdo al petitorio de la demanda y siendo esta la nulidad de la resolución administrativa y reposición, es obvio que cuando se le concede dicha medida cautelar se reactivó el vínculo laboral que la unía a la entidad pública demandada y al ser este de naturaleza indeterminada se le debió reincorporar a la demandante bajo la misma modalidad contractual, más aun si el contrato que originó la relación laboral era inválido al contravenir un requisito de validez de los contratos de trabajo sujetos a modalidad; **por lo que debe entenderse que la demandante nunca estuvo vinculada bajo un contrato de trabajo sujeta a plazo fijo o modalidad; sino siempre lo ha estado bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el inicio de la relación laboral.**

18. Más aun y para mayor abundamiento, se debe señalar que si bien la demandante fue repuesta por medida cautelar, en el supuesto negado que este mandato judicial sea considerado como causa objetiva de la recontractación de la demandante, se debe indicar que toda medida cautelar es accesoria y provisional, esto es sigue la suerte de lo principal, tanto en su nacimiento como extinción; en el presente caso está acreditado que el proceso judicial de nulidad de resolución administrativa y reposición culminó mediante sentencia de casación que declaró improcedente la demanda y la misma fue notificada a la entidad pública el 27 de enero del 2012; por tanto extinguido el proceso principal se extingue la medida cautelar que es accesoria; pero la entidad demandada no dio por culminada el vínculo laboral de la demandante sino que la siguió contratando hasta el 15 de febrero del 2018, esto es luego hasta 6 años posterior a la extinción de la medida cautelar.

19. Entonces en el hipotético caso que se considera a la medida cautelar como causa objetiva válida de la contratación de la demandante bajo un contrato de trabajo sujeto a plazo fijo, a pesar que como ya se ha indicado la demandante desde el inicio estuvo bajo un verdadero contrato a plazo indeterminado, esta supuesta causa objetivo dejó de tener vigencia o validez con la extinción o culminación del proceso judicial principal; por lo que mantener a la demandante bajo un contrato de trabajo a plazo fijo basado en una medida cautelar extinguida o sin efecto legal alguno, resulta inválido; por lo que se debe concluir también que la demandante ha estado bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado, hasta la culminación de su vínculo mediante carta de folios 46.

• ***Respecto al despido incausado y reposición:***

20. Es un hecho acreditado que después de 6 años de concluido el proceso judicial iniciado en el Expediente N°01731-2008-0-2001-JR-CI-



SALA LABORAL TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

03; se le cesó a la demandante con fecha 15 de febrero del 2018 mediante carta N° 405-DRH-OA-RAPI-ESSALUD-2018 de folios 46, en la que se indica que al haberse declarado improcedente el recurso de casación y resolverse en forma definitiva el proceso judicial queda sin efecto la medida cautelar que mantenía su relación laboral.

21. Al respecto, y como ha quedado acreditado, toda medida cautelar por naturaleza es accesoria y sigue la suerte de lo principal, tanto en su nacimiento como extinción; lo que implica que su otorgamiento y vigencia va a estar supeditada a que se mantenga la verosimilitud del derecho que la sustenta; en el presente caso el Juez de primera instancia luego de realizar un prejuzgamiento concluyó la preexistencia de la verosimilitud del derecho alegado y concedió la medida cautelar, tanto así que declaró fundada la demanda en primera instancia; pero ya en segunda instancia la Segunda Sala Civil de Piura mediante sentencia de fecha 21 de julio del 2012 declaró infundada la demanda en todos sus extremos;

22. Por tanto, con la emisión de la sentencia de segunda instancia al declarar infundada la demanda, la verosimilitud del derecho que sustentaba la medida cautelar otorgada a la demandante desapareció; facultando a la parte demandada a dejar sin efecto dicha medida cautelar o en todo caso solicitarlo al juez de la demanda; pedido que no efectuó oportunamente y es más cuando la Corte Suprema resuelve el recurso de casación lo decidido adquiere calidad de cosa juzgada y por ende al declararse infundada la pretensión principal y archivar el proceso judicial la medida cautelar al ser accesoria también de pleno derecho dejó de estar vigente; por lo que la parte demandada no puede después de seis años aproximadamente basarse en dicho proceso judicial para extinguir el vínculo laboral de la parte demandante; por lo que el despido de la demandante deviene en incausado.

• **Respecto a la reposición:**

23. Este Colegiado, coincide con el pronunciamiento de la señora Jueza respecto a este extremo de declarar improcedente la reposición; pues si bien la demandante ingresó por concurso público este fue declarado nulo mediante sentencia con calidad de cosa juzgada;

24. Y el cargo desempeñado de Enfermera está supeditado a una carrera administrativa y por ende le es aplicable el precedente vinculante Huatuco contenido en el Expediente STC N° 5057-2013-PA/TC; que exige para el ingreso a una plaza que forme parte de la carrera administrativa en una entidad pública debe hacerse mediante concurso público de méritos en concordancia con el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público; por lo que el pedido de reposición deviene en infundado.

• **Respeto a la pretensión accesoria de indemnización por despido arbitrario:**

25. Está probador que el despido del demandante fue arbitrario por lo que le corresponde la indemnización prevista en el artículo 38 del D.S.



003-97-TR la misma que se calcula en base a la última remuneración esto es la del mes de febrero del 2018; pero debe dejarse establecido que el periodo a tener en cuenta para el cálculo de esta indemnización es dele el 29 de agosto del 2008, pues si bien el periodo anterior también ha estado bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado, también es verdad que hubo corte del mismo con el primer despido producido el 30 de marzo del 2008;

26. Por lo que se procede a su liquidación de un sueldo y medio por año hasta un máximo de 12 remuneraciones; en el presente caso la demandada en su escrito de demanda sostiene que el promedio de su última remuneración asciende a S/5,221 mensual (ver folios 92) la misma que no ha sido materia de cuestionamiento por la parte demandada en contestación de demanda; en consecuencia con base a esta remuneración se procede a liquidar la indemnización por despido arbitrario; correspondiéndole el máximo o tope legal establecido de 12 remuneraciones: **S/62,652**, puesto que de multiplicar por el record de servicios supera el monto legal que le corresponde por indemnización despido arbitrario.

- **Respecto a la bonificación por Especialidad**

27. La demandante solicita su reconocimiento desde noviembre del 2015 hasta su cese por la suma total de S/10,920; alega que fue aprobado mediante Acuerdo de Concejo Directivo N° 4-4E-ESSALUD-2014 y reglamentado por Resolución de Gerencia Central N° 1819-GCGP-ESSALUD-2014 en la que se señala que se otorga a personal asistencial, enfermeras, psicólogos trabajador social, entro otros.

28. Que para su otorgamiento solo se requiere, contar con título de especialista, contar con registro de especialista y estar habilitado para el desempeño de la profesión.

29. De folios 162 a 171 obra la contestación de demanda de la Red Asistencial de ESSALUD, se aprecia que en ningún extremo de la misma contradice los argumentos sostenidos por la demandante para el otorgamiento de dicha bonificación.

30. Que el inciso 2 del artículo 442 del Código Procesal Civil señala expresamente que “*el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de la verdad de los hechos alegados*”

31. Que de folios 54 a 58 obra la Resolución de Gerencia Central N° 1819-GCGP-ESSALUD-2014 de fecha 12 de diciembre del 2014 que aprueba “El Procedimiento que regula el Otorgamiento del Bono por Especialidad para los profesionales asistenciales Enfermeras, Psicólogos, Trabajador Social, Tecnólogo Médico, Obstetrix y Nutricionista del Seguro Social de Salud- ESSALUD”; y el punto 4 ámbito de aplicación se indica que es para los trabajadores tanto del D.Leg. 276 como del D.Leg. 728 y señalando como requisitos contar con título de especialista, contar con



registro de especialista y estar habilitado para el desempeño de la profesión;

32. Por tanto, el silencio o no contradicción de los argumentos vertidos por la parte demandante para tener derecho a esta bonificación no han sido cuestionados por la demandada; por lo que a juicio de este Colegiado la demandante se encuentra dentro de los supuestos de hecho para ser beneficiada del bono por especialidad desde noviembre del 2015 conforme lo solicita por el monto de S/390 mensual; por lo que le corresponde desde noviembre del 2015 hasta febrero del 2018 la suma total de 26 meses y 105 días = **S/10,140**

• **Respecto al lucro cesante y daño emergente y daño punitivos:**

33. La entidad pública demandada cuestiona en su recurso de apelación que se le hayan concedido estos extremos alegando que no le corresponde por no haber habido despido arbitrario.

34. Por lo que empecemos por analizar la viabilidad de otorgar lucro cesante cuando se le ha otorgado al demandante una indemnización por despido arbitrario.

35. Sobre la procedencia de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil derivados de un despido que ha sido calificado de arbitrario, la Corte Suprema de Justicia estableció en forma expresa en la **CASACIÓN N° 699-2015- Lima**, de fecha 26 de noviembre del 2015, lo siguiente:

Octavo: *El artículo 27 de la Constitución Política del Perú, prevé que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. En ese sentido, el Decreto Supremo N° 003-97-TR señala en su artículo 34 que: “El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, **el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38 como única reparación por el daño sufrido.** Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”. (Subrayado nuestro)*

Y en su décimo fundamento concluye que:

Decimo: *Habiendo el demandante optado por la indemnización, como se aprecia del proceso laboral, cuyo monto se encuentra sustentado debidamente conforme el citado Decreto Supremo, **no resulta viable establecer un monto indemnizatorio por los conceptos de lucro cesante ni***



daño emergente, de lo contrario, se generaría un enriquecimiento o pago indebido, contrario a nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, tales conceptos demandados deben ser infundados.(Subrayado nuestro)

36. Como se puede apreciar de lo expuesto en la citada sentencia de casación, la Corte Suprema de Justicia ha establecido, que frente a un despido arbitrario el demandante tiene como única reparación por el daño sufrido la indemnización legal tasada establecida por el artículo 38 del D.S. 003-97-TR; por tanto, si el trabajador decide impugnar el despido vía despido arbitrario y en virtud del cual se le concede la indemnización calculada bajo los parámetros del artículo 38 del decreto supremo citado, esto es, en base a la última remuneración percibida hasta un máximo de doce remuneraciones; ya no podrá demandar la indemnización por daños y perjuicios por supuesto daño emergente y lucro cesante; pues se endiente de la citada casación que ambos pretensiones son excluyentes.

37. Criterio que es compartido por este Colegiado, en tanto que efectivamente el artículo 34 del D.S. 003-97-TR establece en forma expresa que:

“(…)

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, **el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización** establecida en el Artículo 38, **como única reparación por el daño sufrido**. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente” (Subrayado nuestro)

38. Como se puede apreciar en la norma legal citada se limita la indemnización por el despido arbitrario a ser la “única reparación por el daño sufrido”; en consecuencia la sentencia debe ser revocada en este extremo y declarar improcedente la demanda por indemnización por lucro cesante

39. Respecto al daño punitivos corre la misma suerte que el daño por lucro cesante al estar incorporado dentro de la indemnización establecida por la ley por despido arbitrario; por lo que se debe revocar la sentencia en este extremo y declararlos infundados .

- **Respeto a la indemnización por daño moral:**

40. La parte demandante sostiene que el despido le ha causado un grave estado de angustia, depresión e incertidumbre al verse impedida de laborar desde que se produjo su cese siendo que este estado se mantendrá durante todo el tiempo que dure este proceso

41. El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y procesal laboral realizado en Tacna los días 23 y 24 de mayo del 2019; expresamente se indicó que:

Sub Tema 2: Otorgamiento y cálculo del daño moral en el caso de despido



¿Cuándo debe otorgarse el daño moral en caso de despido y cómo deben calcularse?

El Pleno acordó por MAYORÍA: “En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o **arbitrario** declarados judicialmente como tales; el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, **en cuyo caso deberá presumirse el daño moral**; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudirse a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil”

42. Ahora bien independiente que se esté o no de acuerdo con la conclusión arribada en dicho pleno jurisdiccional; su aplicación no debe ser automática como lo ha efectuado la Jueza en la sentencia impugnada, sino que debe previamente verificarse la concurrencia de cualquiera de los dos supuestos:

- a. En la sola vulneración del derecho al trabajo, no cabe presumir el daño sino que, quien lo alega debe probarlo;
- b. En caso que se haya vulnerado, además del derecho al trabajo, otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en este caso cabe presumir la existencia del daño moral.

43. Además, para aplicar la consecuencia jurídica de cualquier presunción debe previamente acreditarse el supuesto de hecho que le sirve de base; a saber, en el presente caso el daño moral se presumirá (consecuencia jurídica) cuando, se haya vulnerado, además del derecho al trabajo, otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad (supuesto de hecho que se debe acreditar).

44. Y ha quien le corresponde la carga de la prueba de acreditar este supuesto de hecho configurado por la vulneración no solo del derecho al trabajo sino de cualquier otro derecho fundamental como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad; es obviamente a quién beneficia dicha presunción en este caso al demandante.

45. Establecido lo anterior, se tiene del escrito de demanda en el punto referido al daño moral, específicamente en la parte final del folio 91, se alega que le ha causado un grave estado de angustia, depresión e incertidumbre al verse impedida de laborar desde que se produjo su cese



siendo que este estado se mantendrá durante todo el tiempo que dure este proceso.

46. De lo transcrito se infiere que la demandante no ha acreditado, ni con prueba directa o indirecta, indicios o sucedáneos, que el despido arbitrario que sufrió no solo afectado el derecho al trabajo sino otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad

47. En consecuencia, y como se ha dejado establecido si bien es verdad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y procesal laboral realizado en Tacna los días 23 y 24 de mayo del 2019 se presume el daño moral cuando se afecten además del derecho al trabajo otros derecho fundamentales; también es verdad que en el presente caso si bien se acredita la afectación del derecho al trabajo, por despido arbitrario, no se acredita la vulneración de otros derechos fundamentales al no haberse acreditado con medio de prueba directo o indirecto lo alega en su escrito de demanda y recurso de apelación; y esto va en la línea jurisprudencia plasmada por la Corte Suprema de Justicia que respecto al daño moral, en la sentencia de **Casación Laboral N° 5423-2014- LIMA**, se estableció en forma expresa que en la **CAS. Lab. N° 4385-2015, Huancavelica**¹⁰; ha dejado expresamente establecido que:

DÉCIMO SÉTIMO.- (...) si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, este no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues como se ha venido desarrollando en la presente resolución, tal situación **solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el Artículo 23° de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales -como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador como la imputación injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador.** Asimismo, se dejó establecido que el daño moral, no se produce por cualquier variación menor o natural de las condiciones de existencia, sino que esta se acredita con la alteración anormal y negativa de las mismas, jurídicamente relevante en materia de responsabilidad civil y por la gravedad y, lo evidentemente extraordinario...” (Subrayado nuestro)

48. En ese sentido, tenemos que el daño moral no se efectiviza con la simple solicitud, sino que debe acreditar para su otorgamiento, adjuntando los medios probatorios correspondientes, para poder efectuar una valoración en función a la gravedad objetiva del menoscabo generado; por lo que se



debe confirmar la sentencia en este extremo y declarar infundada la demanda respecto al daño moral.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO:**

1. **CONFIRMAR EN PARTE** la **SENTENCIA** de fecha de fecha 30 de diciembre del 2020 que obra de folios 219 a 227, expedida por el Primer Juzgado Transitorio de Trabajo de Piura, que declara **INFUNDADA** la demanda sobre reposición por despido incausado e indemnización por daños y perjuicios como lucro cesante, daño emergente y **daño moral**.
2. **REVOCAR LA SENTENCIA** en el extremo que declara **INFUNDADA** la demanda sobre indemnización por despido arbitrario y pago de bono por especialidad monto ordenado a pagar por despido arbitrario; y **REFORMÁNDOLA** se **DECLARA FUNDADA en parte LA DEMANDA** respecto a los extremos de **indemnización por despido arbitrario y bonificación por especialidad**; En consecuencia **SE ORDENA** a la entidad pública demandada pague a favor de la demandante la suma de **SETENTIDÓS MIL SETECIENTOS NOVENTIDÓS SOLES (S/72,792)** por los siguientes conceptos: indemnización por despido arbitrario S/62,652 y por bonificación por especialidad: S/10,140; más interese legales y costos procesales que se liquidarán en ejecución de sentencia.
3. **NOTIFIQUESE** y devuélvase a su juzgado de origen en su oportunidad.

Pedro Rubén Chira Tello
Juez Superior
Sala Laboral Transitoria