



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO

**“VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION
POR DESPIDO ARBITRARIO”**

(CASACION 6225-2016 CAÑETE)

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTORES :

BASILIO MICHAEL CHIRINOS PEREA

PAULA ALEJANDRA TAFUR PEREA

ASESOR :

DR. ARISTO WILBERT MERCADO ARBIETO

San Juan Bautista – Loreto – Maynas – Perú

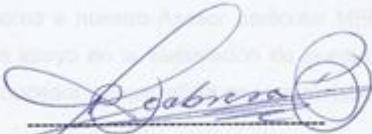
2019

PAGINA DE APROBACIÓN

Este trabajo lo elaboraron y suscribieron los señores **ROTHA NEL ROSARIO**

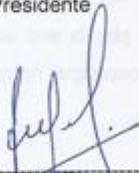
Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público el día **lunes 09 de Diciembre** de 2019, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:

El jurado calificador y dictaminador, integrado por los señores **MERWIN MARCEL MARRIN MARCHIANO** por su gran trabajo en el desarrollo del trabajo de Suficiencia Profesional, por lo que es



DR. Roger Cabrera Paredes

Presidente



Mag. Thamer López Macedo

Miembro



Mag. Luis Enrique Panduro Reyes

Miembro



Mag. Aristo Wilber Mercado Arbieta

Asesor

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedicamos a nuestros señores padres: BERTHA DEL ROSARIO PEREA LEGUIA; MARTIN TAFUR BOULLOSA y JACQUELINE PEREA LEGUIA; WUALTER CHIRINOS LARIOS; por la oportunidad que nos brindaron y por habernos ayudado durante nuestros años de sacrificio para poder culminar nuestra meta trazada y de esta manera culminar la carrera de Derecho y defender las causas en beneficio de los justiciables; así como a nuestro Asesor particular MERVIN MARCEL MARIN MARCHAND por su gran apoyo en la elaboración de nuestro trabajo de Suficiencia Profesional, ya que es conocedor y especialista en materia laboral.

A nuestros abuelitos BERTHA AMALIA LEGUIA ROJAS y PALESTINO PEREA FASABI quienes son nuestros angelitos que desde el cielo nos guían para ir por el buen camino y de esa manera se sientan orgullosos de los logros de sus queridos Nietos.

A nuestra alma MATER LA UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ por todos los conocimientos adquiridos en el transcurrir de nuestra carrera. Al igual que agradecemos a cada uno de nuestros Docentes que con paciencia y dedicación nos pudieron brindar excelentes conocimientos.

Los Autores

AGRADECIMIENTO

Nuestro agradecimiento a DIOS, a nuestros queridos profesores de la Universidad Científica del Perú, y nuestros Padres ya que sin sus apoyos no hubiésemos podido alcanzar este dichoso sueño.

Los Autores

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 283 del 04 de diciembre de 2019, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes Presidente
- Mag. Thamer Lopez Macedo Miembro
- Mag. Luis Enrique Panduro Reyes Miembro

Como Asesor: **Mag. Aristo Wilbert Mercado Arbieto**

En la ciudad de Iquitos, siendo las 10:00 horas del día **Lunes 09 de Diciembre del 2019** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Analisis de Metodo del Caso: **"Variación de la Demanda de Reposición por la Indemnización por Despido Arbitrario. Casación N° 6225-2016-Cañete"** Presentado por los sustentantes:

BASILIO MICHAEL CHIRINOS PEREA
PAULA ALEJANDRA TAFUR PEREA

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: *S. a. T. i. o. f. a. c. t. a. r. i. o.*
El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:
La Sustentación es:

Aprobados por Unanimidad.

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.



Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente



Mag. Thamer Lopez Macedo
Miembro



Mag. Luis Enrique Panduro Reyes
Miembro

CALIFICACIÓN: Aprobado (a) Excelencia : 19 – 20
 Aprobado (a) Unanimidad : 16 – 18
 Aprobado (a) Mayoría : 13 – 15
 Desaprobado (a) : 00 – 12

**CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

El Trabajo de Suficiencia Profesional titulado:

**"VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA INDEMNIZACION
POR DESPIDO ARBITRARIO".**

De los alumnos: **BASILIO MICHAEL CHIRINOS PEREA Y PAULA ALEJANDRA
TAFUR PEREA** pasó satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio,
con un porcentaje de **11% de similitud**.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que
estime conveniente.

San Juan, 2 de diciembre del 2019.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética - UCP

CJRA/lasda
052-2019

Urkund Analysis Result

Analysed Document: UCP_DERECHO_2019_TSP_PAULATAFUR&BASILIOCHIRINOS_V1.pdf
(D60099678)
Submitted: 12/2/2019 3:33:00 PM
Submitted By: revision.antiplagio@ucp.edu.pe
Significance: 11 %

Sources included in the report:

2111810521 -APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE HUATUCO HUATUCO Y SUS REPERCUSIONES EN LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO DEL RÉGIMEN PRIVADO PERUANO.docx (D33461436)
1A_MANCILLA_SIANCAS_VICTOR_OSWALDO_DOCTORADO_2018.doc (D41566795)
<http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/2162>
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>
<https://docplayer.es/127063967-Biblioteca-de-derecho.html>

Instances where selected sources appear:

11

RESUMEN

El actual estudio jurídico, tiene por objeto; analizar y emitir una opinión legal desde el punto de vista de un abogado independiente, teniendo como fuente principal un caso que ha sido resuelto por los integrantes de la Distinguida Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, los cuales, mediante la Casación Laboral N° 6225-2016-CAÑETE, realizando un cuidadoso y minucioso análisis sobre el tema materia de controversia, y que radicada en la casación interpuesta por parte del Gobierno Regional de Lima, que Revocó la sentencia de primera instancia, y Reformándolo declaró Fundada la demanda sobre Reposición, Como **objetivo**, tenemos que analizar si la presente casación materia de investigación y análisis, ha sido expedida con arreglo a ley o ha vulnerado los dispositivos estipulados en la Ley 28175, Ley del Empleado Público, así como, en el artículo 56° de la Ley N° 26636, antigua Ley Procesal del Trabajo, concordante con el artículo 39° de Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo y que tiene su consonancia en el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728. **Material y Métodos**; para este caso en concreto la Sala determino, si es aplicable el apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, utilizando el método descriptivo explicativo, cuyo diseño fue no experimental ex post facto. Entre el **Resultado**, el distinguido colegiado supremo, Declara Fundado el recurso de CASACIÓN interpuesto por el Gobierno Regional de Lima, Ordenando a la parte demandante que reformule su pretensión, está, al no haber ingresado a laborar mediante concurso público de mérito y al no contar con un vínculo laboral vigente en la entidad pública en la fecha de presentación de la demanda, no procede la reposición en su puesto de trabajo, solo pudiendo acceder a una indemnización por despido arbitrario por la parte demandada, apartándose del precedente vinculante citado, por lo que, corresponde constatar y determinar mediante el análisis exhaustivo correspondiente, si la emisión de la Casación ha vulnerado o no los derecho de reposición o la indemnización por despido arbitrario propiamente dicho.

Palabras Claves: Reposición, Despido Arbitrario, Indemnización, Vínculo Laboral.

INDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	VIII
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO II	13
2.1. MARCO REFERENCIAL	13
2.1.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	13
2.1.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA	15
2.2. BASES TEORICAS	18
2.2.1. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE:	18
2.2.2. EL CONTRATO DE TRABAJO:	20
2.2.3. CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO	23
2.2.4. ELEMENTOS ESENCIALES O PROPIOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	24
2.2.4.1. LA PRESTACIÓN PERSONAL DE LOS SERVICIOS	24
2.2.4.2. LA SUBORDINACIÓN	25
2.2.4.3. LA REMUNERACIÓN	25
2.2.5. SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	26
2.2.5.1. TRABAJADOR	26
2.2.5.2. EL EMPRESARIO O EMPLEADO	26
2.2.6. TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO	27
2.2.6.1. CONTRATOS A PLAZO INDETERMINADO	27
2.2.6.2. CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO O A TIEMPO PARCIAL	28
2.2.7. FUNDAMENTOS REFERIDOS A LA CASACIÓN	30
2.2.7.1. LEY N° 28175	30
2.2.7.2. CASACIÓN LABORAL N° 11169-2014, LA LIBERTAD	31
2.2.7.3. CASACIÓN 5057-2013-PA/TC	31
2.2.8. VOTO SINGULAR DEL SEÑOR ARÉVALO VELA	33
2.2.9. BASES LEGALES	36
2.2.10. DEFINICIÓN DE TERMINOS BASICOS	41
2.2.11. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	42
2.2.11.1. PROBLEMA GENERAL	42
2.2.11.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS	42
2.2.12. OBJETIVOS	42
2.2.12.1. OBJETIVO GENERAL	42
2.2.12.2. OBJETIVOS ESPECÌFICOS	42
2.2.13. VARIABLES	42

2.2.13.1. VARIABLE DEPENDIENTE	42
2.2.13.2. VARIABLE INDEPENDIENTE	42
2.2.14. SUPUESTOS	42
2.2.14.1. SUPUESTO GENERAL	42
2.2.14.2. SUPUESTOS ESPECÍFICOS	43
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	44
3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	44
3.2. MUESTRA	44
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	44
3.3.1. TÉCNICAS	44
3.3.2. INSTRUMENTOS	44
3.3.3. ANÁLISIS DOCUMENTAL	44
3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	44
3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO	44
3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA	45
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	46
CAPITULO V: DISCUSIÓN	47
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	51
CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES	52
CAPITULO VIII: REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	53
CAPÍTULO IX: ANEXOS	55
9.1. ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	56
9.2. ANEXO N° 2: CASO EXP. 6225-2016-CAÑETE	57
9.3. ANEXO N° 3: CASO EXP. 05057-2013-PA/TC / JUNÍN - ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO	71
9.4. ANEXO N° 4: DIAPOSITIVAS DEL TRABAJO	88

CAPITULO I: INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como base primordial el análisis y búsqueda de información relevante respecto de lo que aplica el tema de acuerdo a la reposición, así como al despido arbitrario mediante la cual se puede llegar a denotar en este caso en particular la existencia de dos tipos de regímenes laborales, la cual se hace mención y desarrolla en la casación materia de interpretación, pero nos centraremos solo para este caso el siguiente régimen laboral, ya que es el que se desarrolla en la casación materia de investigación:

Régimen Laboral que pertenece al Sector Privado, Decreto Legislativo N° 728.

En la casación N° 6225-2016 Cañete, la Corte Suprema de la República casó un proceso de Reposición de un trabajador a su puesto de Trabajo, por lo que ordeno que el demandante reformule o adecue su demanda a una de indemnización por despido arbitrario, teniendo como hechos relevantes del proceso lo siguiente:

Se tiene de la demanda que, demandante don YAVET DE LA CRUZ GAMBOA; solicitó ante el juez del juzgado mixto permanente la reposición a su centro de labores en el área de mantenimiento de la Unidad Ejecutoria Lima Sur del Gobierno Regional de Lima.

Por lo que, el Juez de primera instancia declaró improcedente la demanda teniendo como principal fundamento que no existía un vínculo laboral vigente entre las partes además se tenía que aplicar el precedente vinculante establecido en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, ya que en tal fundamento señalan que no procede la reposición de aquella persona que no haya ingresado a través de un concurso público.

Sin embargo, en la segunda instancia el Colegiado de la Sala Civil revoca la sentencia apelada reformándola por fundada señalando que, había existido subordinación porque le habían otorgado un horario de trabajo, también tiene sustento en el Reglamento del Gobierno Regional de Lima Provincias, en la que señalan que los obreros forman parte del sector privado, de acuerdo al distinguishing la casación 05057-2013-PA/TC no es aplicable al caso además ordena la reposición del demandante a su puesto de labores.

El Gobierno Regional de Loreto presentó un recurso de Casación en la que le declararon **FUNDADA** dicho recurso confirmando la Sentencia apelada que declaraba

improcedente la demanda (primera instancia), y de manera excepcional, él demandante debe adecuar su demanda ya no por una reposición sino por una indemnización por despido arbitrario.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA en la presente casación, es el cómo se da la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario, emitido en el expediente N° 05057-2013-PA/TC- JUNIN emitido por el Tribunal Constitucional aplicable al caso concreto, en la que señala en su fundamento 18, que no procede la reposición de un trabajador que; 1) no haya ingresado mediante un concurso público de mérito, 2) que la plaza se encuentre presupuestada, y **3)** que, la vacante sea de duración indeterminada, y en el fundamento 22, señala que aquella persona que presente un proceso de amparo y no cumpla con los requisitos antes mencionados, el juez podrá reconducir la demanda a la vía ordinaria para que este pueda solicitar la indemnización por despido arbitrario. Por lo que, en el presente caso, vamos a determinar cómo se determinó la variación de la demanda de reposición por la de una indemnización por despido arbitrario.

Asimismo, se evidencia la **importancia** de la casación laboral N° 6225-2016 Cañete, en la determinación de sus decisiones para los jueces de todo el país, porque permite que puedan emitir una sentencia debidamente fundamentada y sustentada, para que, no vulnere derechos laborales de los trabajadores, ya que en caso de no corresponderle su reposición se les pueda otorgar una indemnización por despido arbitrario de manera excepcional.

Por estas **razones** que motivan el estudio y análisis, es necesario que se pueda determinar si es correcto el apartamiento o no de un precedente vinculante ya que en caso de hacerlo o suceder, el juez deba fundamentar correctamente su decisión.

Por tanto, el **objetivo general** es realizar un análisis de la **Casación N° 6225-2016 Cañete** referente a la reposición.

Mientras que los **objetivos específicos** es identificar cual es la fundamentación y motivo para que se da la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario, y a su vez determinar cuáles son los beneficios de la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario.

CAPITULO II:

MARCO TEORICO

2.1 MARCO REFERENCIAL

2.1.1 Antecedentes de Estudio

(ZEVALLOS SOTOMAYOR, 2016) En su tesis titulado “La interpretación y aplicación del precedente vinculante Huatuco en las sentencias del poder judicial en materia laboral, Lima, 2013-2015”. El objetivo general de la presente investigación tiene como propósito general mencionar el objetivo general de investigar la interpretación y aplicación del precedente vinculante Huatuco por los jueces de materia laboral, el cual se basa en las distintas posiciones del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, lo cual causa una no uniformidad jurisprudencial, la contradicción y la confusión en los casos de reposición por despido arbitrario de un trabajador de la Administración pública, ya que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional al igual que el derecho al trabajo estando en discusión si es procedente otorgar la reposición y no solo la indemnización, teniendo en cuenta que el poder judicial utiliza el control difuso para apartarse de la aplicación de este precedente.¹

(BALTODANO GUEVARA, 2018) En su tesis titulada indemnización por despido arbitrario, determina en la actualidad que, el pago indemnizatorio por despido arbitrario se encuentra tipificado en el Artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, este señala que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de labores, con un tope de 12 remuneraciones, el cual corresponde a 8 años de servicios. Este quantum indemnizatorio se da con el propósito de reparar el daño sufrido hacia el trabajador por la pérdida repentina y arbitraria de su trabajo de manera unilateral y sin sustento legal por su empleador, que se encuentra comprendido en este régimen privado, limite que afectaría los derechos laborales para aquellos que tienen una antigüedad superior, los cuales no son considerados en la indemnización, se puede decir, entonces, que esta regulación normativa tiene como consecuencia que el trabajador se sienta desprotegido en la ley, recibiendo una indemnización que no es proporcional a los años de servicio, ya que existe un tope máximo

¹ <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/2162>

establecido, siendo así que el Juez se encuentra en la facultad de hacerla cumplir al margen de que si está es o no igual a los años laborados.²

(HUAMAN, 2012) En su revista notas y apuntes denominado “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo: A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012” nos menciona que, la norma procesal nueva señala, de modo claro, un camino compatible con la elección de tutela jurídica recogida en la Constitución, tutela que deja la opción al trabajador-despedido de elegir entre el retorno a su centro de trabajo, ello, a través de la reposición o, de considerar lo contrario el propio trabajador, decantarse simplemente por la conformidad del acto de despido arbitrario a través de su tarificación, es decir, acogiendo a la pretensión de indemnización por despido arbitrario.³

(Casación Laboral de Reposición, 2016) El voto singular del Juez Supremo ARÉVALO VELA, con respecto a la casación n° 6225-2016- Cañete es necesario precisar que, el sustento de citado Juez, en el que mediante una Ordenanza Regional (no tiene sustento legal que lo respaldan), se puede variar la condición laboral de los trabajadores de las entidades pública o privadas que pertenecen al sector público cuyo Régimen Laboral es el Decreto Legislativo N° 728 (para el caso de los obreros Municipales), argumentos estos que colisionan frontalmente con las normas o Leyes Laborales vigentes en la fecha, que establecen los regímenes laborales, Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1057 y otros, pues éstas, solo pueden ser variadas o derogadas por otra Ley, o por la aplicación de la jurisprudencia vinculante obligatoria, en ese sentido, la inaplicación de las normas legales antes citada por parte del Magistrado Supremo, no tiene sustento legal que lo respalde, en ese sentido, no procederá nunca mediante una ley de menor rango o inadecuada como lo es la Ordenanza Regional.⁴

² <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/9852>

³ HUAMAN, L. Revista notas y apuntes “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo: A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012. Año 2012.

⁴ <https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Cuatro-sentencias-para-resolver-procesos-de-reposici%C3%B3n-de-un-trabajador-sin-v%C3%ADnculo-laboral-vigente-con-el-Estado.pdf>

2.1.2 Evolución Normativa

La protección contra el despido en las Constituciones de 1979 y 1993

(De la Fuente H. , 1976) El derecho a la estabilidad laboral tiene sus raíces en el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. Como señala Horacio de la Fuente, el derecho a la estabilidad laboral consiste en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con la que se protege este derecho y, por ende, su eficacia⁵. **(PASCO, 1987)** por su parte, define a la estabilidad laboral como «la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legalmente justificada para su extinción»⁶. De ahí, pues, que existen distintas vías conforme a las cuales opera la estabilidad en el empleo a lo largo de la relación laboral, identificándose una estabilidad de entrada y otra de salida, cada una, a su vez, con distintos sub esquemas.

Así, la estabilidad laboral de entrada erige una primera barrera de protección destinada a la conservación del empleo con base a la preferencia por la contratación a plazo indefinido, mientras que la contratación temporal será regulada en vía de excepción y limitada a supuestos demostrables objetivamente. Una segunda protección consistirá en la determinación del período adquisitivo del derecho a la estabilidad laboral a través de la regulación tanto del plazo del período de prueba como de los casos de exoneración del mismo.

A ello se agregan limitaciones en la contratación indirecta de personal, conforme a las cuales, en caso de desnaturalización de los supuestos legales aplicables, se reputará que la relación laboral de los trabajadores involucrados debe entenderse con la empresa principal.

(ERMIDA URIARTE, 1983) Por su parte, la estabilidad laboral de salida se configura como una garantía destinada a limitar la capacidad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. La eficacia de la protección prevista por el ordenamiento estará conectada con las consecuencias que se generen en caso que el trabajador sea objeto de un despido ilícito, respecto del cual podrá operar la tutela restitutoria, también denominada estabilidad

⁵ De la Fuente, Horacio. Principios jurídicos del derecho a la estabilidad. Buenos Aires: Víctor López de Zavala, 1976, p. 19

⁶ Pasco Cosmópolis, Mario. «Estabilidad en el empleo y contratación precaria». En Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Puebla: noviembre de 1987, pp. 37-76, p. 39.

absoluta, o la tutela resarcitoria, también denominada estabilidad relativa. Recogiendo el esquema planteado por Ermida, la estabilidad absoluta será aquella que considere nulo el despido sin causa y por ende determine la reincorporación del trabajador⁷. En cambio, la estabilidad relativa concederá eficacia al despido sin justa causa, extinguiendo el vínculo laboral sobre la base del pago de una indemnización. Esta variante es la que cuenta con recepción predominante en el derecho comparado.

La promulgación de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por el Decreto Legislativo 728 del año 1991 (LFE), introdujo una modificación sustancial en el modelo de estabilidad laboral absoluta vigente hasta ese entonces en el Perú.

Dentro de las modificaciones más destacadas, cabe notar la variación del esquema de estabilidad laboral de salida, al otorgar al despido incausado, o injustificado, eficacia extintiva de la relación laboral. De esta forma, la tutela restitutoria resultó limitada a supuestos de despidos discriminatorios vía la calificación de la nulidad del despido por la justicia laboral ordinaria. Así, el legislador optó por la predominancia de la estabilidad relativa, mientras que la estabilidad absoluta quedaba reservada a despidos particularmente odiosos.

(BLANCAS BUSTAMANTE, 2011) Con la promulgación de la Constitución de 1993, el derecho a la protección contra el despido es trasladado del capítulo de Derechos Fundamentales en el que lo ubicaba la Constitución de 1979, al capítulo relativo a los Derechos Sociales y Económicos. Conforme a este esquema, el artículo 22° de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho; para luego señalar en su artículo 27° que «la ley otorgará adecuada protección contra el despido arbitrario». De esta forma, respecto a la protección contra el despido, el constituyente efectúa una reserva de ley y, como bien señala Blancas, «el citado artículo 27° podría catalogarse más bien como un derecho de configuración legal, que es aquella categoría de derechos previstos por las Constituciones en los que la posibilidad del ejercicio de derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo»⁸.

(FERRO, 2012) Cabe destacar que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) asumieron pacíficamente que la adecuada protección prevista por el marco constitucional se encontraba

⁷ Ermida Uriarte, Óscar. La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia? Montevideo: Acace, 1983, p. 31.

⁸ Blancas Bustamante, Carlos. La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 544.

adecuadamente recogida por la LFE, la cual, conforme ya se adelantó, preveía la reposición o tutela restitutoria en los casos de nulidad de despido, esto es, despidos discriminatorios, mientras que la tutela resarcitoria operaba para los demás casos. No obstante, como veremos más adelante, este esquema fue modificado en el año 2002 como resultado de un significativo cambio de criterio por parte del TC⁹.

La protección frente al despido en instrumentos internacionales

El derecho a la estabilidad laboral como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales. Así, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 aprobada por el Perú mediante resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1948, se proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección: «Artículo 23°. 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».

Análogamente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por el Perú mediante el decreto ley 22129, dispone lo siguiente: «Artículo 6°. Los Estados Parte del 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».

(CANESSA MONTEJO, 2009) Sobre este aspecto, Canessa señala que, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever «adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso»¹⁰.

(FERRO, La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2012) En el ámbito regional

⁹ FERRO, Víctor. 2012. «La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Revista de la Facultad de Derecho. Vol. N° 68, pp. 3.

¹⁰ Canessa Montejo, Miguel. «La protección contra el despido en el Derecho Internacional». En: Ojeda Avilés, Antonio & otros. Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI. Lima: ARA Editores, 2009, pp. 291-309, p. 293.

europeo, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea establece lo siguiente:

Artículo 1°. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional.

De lo expuesto surge que tanto el derecho al trabajo como la protección contra el despido cuentan con firme reconocimiento en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que los mismos no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes.¹¹

2.2 Bases Teóricas (Definiciones Conceptuales)

2.2.1 Análisis de la aplicación del precedente vinculante

a) Análisis Del Precedente Vinculante Del Caso Huatuco Exp. 05057-2013-Aa, La Reposición En El Estado A Partir Del Precedente Huatuco, Problemas y consecuencias.

(CARRASCO MOSQUERA, 2015) sostiene que, el precedente Huatuco parece inocuo y ordenador, pero su aplicación ciega e irrestricta podría ocasionar secuelas jurídicas negativas para la sociedad en su conjunto, así como para el Derecho Laboral peruano, es por ello que el presente artículo analiza los principales fundamentos que sustentan el precedente vinculante (ratio decidendi y obiter dicta), evidenciando las omisiones e incongruencias en que incurren estos, a partir de la Constitución y de la aplicación de los principios generales del Derecho del Trabajo, advirtiendo al mismo tiempo algunas de sus principales consecuencias, las que justifican escenarios exceptuados de su aplicación a tener en cuenta por el Poder Judicial y el propio Tribunal Constitucional.

¹¹ FERRO, Víctor. 2012. "La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista de la Facultad de Derecho. Vol. N° 68, pp. 5-6

El mencionado autor también sostiene que queda claro que el precedente Huatuco es inconstitucional y legalista, constituyendo un cambio radical en la uniforme y pacífica jurisprudencia constitucional de los últimos 15 años, que termina afectando principios básicos como la predictibilidad y seguridad jurídica, lo que debería generar la inmediata reacción del propio colegiado y rectificar lo resuelto antes que genere las consecuencias aquí descritas. No sería la primera vez en nuestra historia constitucional. Recordemos los casos de ratificación de magistrados en 2005, procedencia del RAC en 2009 y más recientemente, la anulación de las sentencias Mateo Castañeda e Hinostroza Pariachi. Y que si lo que buscaba el nuevo colegiado del TC era garantizar la idoneidad y capacidad del servidor estatal, en armonía con la máxima legislativa de igualdad de condiciones en el acceso a la función pública - atribución que por cierto tiene naturaleza reglamentaria y ejecutiva, mas no resolutive- bien pudo satisfacerse dicha exigencia, ordenando un concurso meritocrático ex post a la reposición, máxime si ad portas tenemos la implementación de la Ley del Servicio Civil, que regula una próxima y obligatoria evaluación a todos los trabajadores que quieran ingresar a dicho régimen **(ESPINOZA ESCOBAR, 2015)**¹².

b) Análisis del Precedente Vinculante del Caso Huatuco Exp. 05057-2013-Aa, Aplicación del precedente vinculante.

Es necesario analizar el fundamento 13 que señala el ingreso del personal con vínculo laboral en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de concurso público y abierto”.

Asimismo, es necesario analizar los fundamentos 18 y 22 que constituyen precedentes vinculantes.

En el fundamento 18 señala: en los casos que se acredite 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, vacante de duración indeterminada.

¹² ESPINOZA ESCOBAR Javier H. Gaceta Jurídica, “Soluciones Laborales año 8. Número 91. Julio 2015. Pág. 130. El precedente Huatuco y la Regresión en la Protección de los Derechos de los Trabajadores

En el fundamento 22 señala: En un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado, 1) por no haber ingresado por concurso público de méritos, 2) para una plaza presupuestada, 3) vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del decreto Legislativo N° 728.

Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la Ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso ¹³**(Casación Laboral de Reposición, 2016)**.

Por lo que en el presente caso materia de análisis la Casación Laboral N° 6225-2016 Cañete genera controversia sobre si corresponde aplicar el precedente vinculante 05057-2013- PA/TC ya que lo que se encuentra en discusión es si el señor Yavet de la Cruz Gamboa ha ingresado a su puesto de trabajo a través de un concurso público de méritos y ver si en el caso le corresponde declarar Fundada su demanda de Reposición o en todo caso corresponde otorgarle la demanda de indemnización por despido arbitrario. Por lo que entra en debate analizar si se puede dar la variación de la demanda.

2.2.2 El Contrato de Trabajo

Muchos conceptos se han dado sobre el contrato de trabajo por juristas nacionales y extranjeros, entre los cuales podemos mencionar a los siguientes:

(FERRERO R, 1977) afirman: “Podemos definir el contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución. Es innegable que en cuanto “convenio de voluntades que engendra obligaciones”, que es el

¹³ <https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Cuatro-sentencias-para-resolver-procesos-de-reposici%C3%B3n-de-un-trabajador-sin-v%C3%ADnculo-laboral-vigente-con-el-Estado.pdf>

concepto de todo contrato, el contrato de trabajo tiene existencia propia y es perfectamente clasificado”¹⁴.

El maestro **(RENDÓN VASQUEZ, 1985)** en la definición del contrato de trabajo señala: “La expresión contrato de trabajo ofrece a nuestro criterio, dos significaciones:

En primer Lugar, es un acuerdo por el cual el trabajador se compromete a prestar servicios en relación de dependencia para el empleador, y éste, por su parte, se compromete a pagar una remuneración. En este primer sentido, el contrato de trabajo es una determinada clase de acto jurídico y, desde el punto de vista económico, el acto jurídico fundamental sobre el cual reposa gran parte del sistema económico de un país.

En segundo lugar, el contrato de trabajo es un conjunto de relaciones de carácter obligacional, que se cumplen en el transcurso del tiempo. Se dice, así, que un trabajador tiene un contrato de trabajo con un empleador, porque se encuentra ligado con él durante un tiempo determinado o indeterminado, en que le entrega su fuerza de trabajo¹⁵.

(TOYAMA MIYAGUSUKU, 2003)¹⁶, ante la pregunta, ¿qué es un contrato de trabajo?, sostienen: “Es un acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajador, por la cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal y remunerada (el trabajador) y la otra (empleador), que se obliga al pago de la remuneración correspondiente y que, en virtud de un vínculo de subordinación (dependencia), goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados.

(CABANELLAS, 2003) al respecto dice: “En nuestro concepto, el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”¹⁷.

¹⁴ FERRERO R., Raúl y SCUDELLARI, Carlos, Derecho del Trabajo, 15ª ed., 1977, p. 7.

¹⁵ RENDON VASQUEZ, Jorge, Manual de Derecho del Trabajo Individual, ediciones Tarpuy, 1985, pp. 69-70.

¹⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis, Guía Laboral. Editorial Gaceta Jurídica, S A., 2003, p. 11.

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo, cit, p. 321

(PÉREZ BOTIJA, 1960) dice: “Podríamos considerar el contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual, una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia a cambio de una retribución”¹⁸.

Los más notables laboristas argentinos han definido el contrato de trabajo con criterios opuestos:

(CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual "Análisis de Ramírez Gronda", 2003) estima que se trata de “una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra persona, en forma continuada, a cambio de una remuneración”; Pozzo considera que es aquel contrato “por el cual una parte se obliga a trabajar en condiciones de subordinación o dependencia para otra, mediante el pago de una remuneración”; finalmente, Krotoschin estima que “es el contrato por el cual una persona (trabajador) entra en relación de dependencia con otra (patrono), poniendo a disposición de ésta su Capacidad de trabajo, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar de que el trabajador no sufra daño a causa de su estado dependencia”¹⁹.

(ANACLETO GUERRERO, 2015) Para los autores, El contrato de trabajo es la existencia de una relación laboral entre dos personas en la cual una adquiere el nombre de trabajador que es aquella que presta servicios a una empresa y así mismo hablamos del segundo que adquiere la calidad de empleador que es aquella persona que a través de una empresa va a remunerar al trabajador por sus servicios laborales otorgados.²⁰

Por lo que uno para poder hablar de la existencia de un contrato de trabajo tenemos en claro que se ha creado la existencia de una relación de trabajo entre dos personas uno adquiere la calidad de trabajador que es el que presta el servicio y el otro tiene la calidad de Empleador que va a ser considerada a la entidad que va a recibir el servicio que este ha solicitado al trabajador y por ende es el que va a cumplir con un pago remunerativo por el servicio.

¹⁸ PÉREZ BOTIJA, Eugenio, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, 1960, p. 81.

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo, cit, p. 321

²⁰ ANACLETO GUERRERO, Víctor. Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Lex & Iuris. Agosto 2015, pp 145-148

2.2.3 CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Podemos mencionar como caracteres del contrato de trabajo:

a) Es un contrato bilateral

Porque necesita obligatoriamente de la participación de dos partes o sujetos, por una parte, el trabajador, y por la otra parte, el empresario o empleador, cabe indicar que cada parte puede estar formada por más de una persona, como es lo referido a los contratos colectivos que es el caso para los trabajadores o cuando los empresarios son representados por grupos económicos.

b) Es un contrato consensual

Porque se perfecciona con el simple consentimiento y desde ese entonces surgen las obligaciones y derechos de cada parte que nacen del contrato.

En nuestro país, los contratos de trabajo en forma indeterminada pueden celebrarse en forma verbal o escrita, y los contratos sujetos a modalidad y de régimen de tiempo parcial obligatoriamente tienen que celebrarse por escrito (artículo 4° y artículo 72° del D.S. 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo 728).

c) Es un contrato oneroso

Porque ambas partes, esto es, el empresario y el trabajador se benefician mutuamente, una de la prestación de servicios y la otra del salario, existiendo una equivalencia de las prestaciones.

d) Es un contrato sinalagmático

Establece obligaciones recíprocas, cada una de las partes se obliga a una contraprestación. El trabajador se obliga a prestar servicio y el empresario a retribuirlo, cabe indicar que el carácter sinalagmático del contrato de trabajo tiene excepciones, ya que existen periodos en los que el trabajador no presta servicios al empresario, pero percibe el salario, por ejemplo, en el periodo que le corresponde sus vacaciones, permisos y licencias por enfermedad, etc. (suspensión imperfecta).

e) Es un contrato personal

Porque no permite la sustitución de la persona, sino que el trabajador tiene que cumplirlo personalmente. Al respecto el artículo 5° del D.S.003-97-TR establece: “Los servicios para ser de naturaleza laboral deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores”.

f) Es un contrato conmutativo

Porque las prestaciones son inmediatamente ciertas y determinadas por las partes: el trabajo a realizar y la retribución a abonar.

g) Es un contrato de tracto sucesivo

El contrato de trabajo es un contrato que tiene Vida dilatada normalmente. El trabajador se compromete a realizar una prestación de forma instantánea, sino durante un periodo indeterminado o previamente determinado.

h) Es un contrato típico y normado

Es un contrato que está tipificado, regulado normativamente.²¹

2.2.4 ELEMENTOS ESENCIALES O PROPIOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Son elementos esenciales o propios del contrato de trabajo: La prestación personal de los servicios, la remuneración y la subordinación.

2.2.4.1 La prestación personal de los servicios

Por el contrato de trabajo, los servicios del trabajador se deben prestar en forma personal, de ahí el carácter personalísimo de la obligación del trabajador.

Los servicios para ser de naturaleza laboral deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que

²¹ ANACLETO GUERRERO, Víctor. MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO. EDITORIAL LEX & IURIS. 2015, p. 148-150.

dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores (artículo 5°, D.S. 003-97-TR).

2.2.4.2 La subordinación

La palabra “subordinación”, etimológicamente, proviene del latín sub-ordine, que quiere decir “estar bajo las Ordenes, mando o dominio de otro”. Por la subordinación, el trabajador se somete a la dirección, control y fiscalización del empleador.

(CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual "Análisis de Ramirez Gronda", 2003) dice: “En lo laboral, la subordinación equivale al estado de limitación de la autonomía del trabajador, sometido a la potestad patronal, por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, por autoridad que ejerce el empresario en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa”.²²

2.2.4.3 La remuneración

Viene a ser el íntegro de lo que el trabajador recibe como contraprestación por sus servicios que otorga, y que se percibe ya sea en dinero en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga. Siempre que sean de su libre disposición.

El artículo 6° del D.S. 003-97-TR sobre la remuneración establece: “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal. Como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa...”.²³

²² CABANELLAS, Guillermo, cit. p. 394.

²³ ANACLETO GUERRERO, Víctor. Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Lex & Iuris. Agosto 2015, pp 158-160

2.2.5 SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.2.5.1 Trabajador

El trabajador viene a ser la persona natural, denominada también servidor, obrero, empleado, que presta sus servicios a un empresario o empleador, en forma personal, bajo dependencia, subordinación, ajenidad, a cambio de recibir como contraprestación una remuneración.

Para Cabanellas: “Trabajador es la persona física que por el contrato se obliga con la otra parte -patrono o empresario a prestar subordinadamente y con cierta continuidad un servicio remunerado”.

Señala Ramírez Gronda que la “palabra trabajadora en sentido técnico estricto, no es cualquier persona que trabaje; pues si así fuera -descartados los ociosos-, todos los habitantes del país serían trabajadores. En el Derecho del Trabajo se alude con esta voz al trabajador subordinado, es decir, aquel que pone su actividad profesional a disposición de otra persona, con lo cual se distingue de aquellos que trabajan en forma autónoma e independiente. Y Krotoschin, estima que “trabajador es la persona (física) que libremente presta trabajo para un patrono mediante una relación de coordinación, pero con carácter dependiente”, y a los efectos del Derecho laboral y como objeto de éste, considera como trabajo “cualquier actividad humana sea manual e intelectual que una persona física hace conscientemente y con miras a un fin determinado”.²⁴

2.2.5.2 El Empresario o Empleador

“El empresario es la persona natural o jurídica parte en el contrato de trabajo que en virtud de éste hace suyo originariamente los frutos del trabajo contractualmente prestado, obligándose a remunerarlos, jurídicamente el empresario es, pues, la parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar y que a su vez asume la obligación de remunerar”²⁵.

²⁴ CABANELLAS, Guillermo, cit, pp. 352-353.

²⁵ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, cit, p. 173. .

Para **(RENDÓN VASQUEZ, 1985)**, “empleador”: “Es a persona natural o jurídica a quien el trabajador entrega su fuerza de trabajo, quien paga la remuneración y quien responde por las demás obligaciones laborales”²⁶.

(SANGUINETTI RAYMOND, 1998), indica: “conocido también como patrono o principal; el empleador es la persona física o jurídica que adquiere el derecho a la prestación de servicios y la potestad de dirigir la actividad laboral del trabajador, que pone a su disposición la propia fuerza de trabajo, obligándose a pagarle una remuneración. Es deudor de la remuneración y acreedor del servicio”²⁷.

Podemos decir que el empresario como sujeto del contrato de trabajo es la persona natural o jurídica, pública o privada que recibe el trabajo que presta el trabajador, y que tiene la obligación de pagar la remuneración por este trabajo, y las obligaciones laborales provenientes del trabajo. Es el acreedor del trabajo y deudor de la remuneración y obligaciones laborales.

2.2.6 TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO

2.2.6.1 Contratos a plazo indeterminado

Viene a ser el contrato típico por tiempo indefinido a voluntad del empleador y por aplicación de la ley, el artículo 4° del DS. 003-97-TR establece la presunción del contrato de trabajo a tiempo indeterminado: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de contrato de trabajo a tiempo indeterminado”.

El profesor **(TOYAMA MIYAGUSUKU J. , 2004)** ²⁸ nos dice: “A partir de lo previsto en el ordenamiento peruano podemos establecer las siguientes Características del contrato de trabajo a plazo indeterminado:

a) Es el típico contrato de trabajo y como tal presenta todos los derechos y beneficios legales previstos en las normas laborales, en la medida en que se cumplan los requisitos especiales previstos en cada norma (por ejemplo, concluir con el periodo de prueba para tener acceso a la estabilidad laboral).

²⁶ RENDON VASQUEZ, Jorge, cit, p. 83.

²⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, cit, p. 122

²⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, 1° ed., Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, pp.100-101.

b) Es el contrato que goza de presunción legal, por ejemplo, en los casos de simulación laboral, la presunción de laboralidad convierte a la prestación de servicios civiles en una laboral de tipo indeterminado.

c) Los supuestos de desnaturalización contractual o de sanción legal conllevan la configuración de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por ejemplo, el exceso del plazo máximo en un contrato a plazo fijo (al respecto pueden verse todos los supuestos de desnaturalización contemplados en el artículo 77 de la LPCL), la ausencia de formalidad en los convenios de prácticas preprofesionales, el exceso de los porcentajes máximos de contratación de jóvenes en formación laboral juvenil, algunos supuestos de sanción previstos en las normas de intermediación laboral. En todos los casos reseñados, existe una conversión de un negocio jurídico a otro por imposición legal, de tal manera que terminamos encontrándonos ante un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

d) No exige formalidad. Este es el único contrato de trabajo que no requiere de formalidad alguna. Pudiéndose celebrarse por escrito o en forma verbal."

2.2.6.2 Contratos a plazo determinado o a tiempo parcial

El Dr. **(GONZALES DEL REY RODRIGUEZ, 1998)**, respecto al concepto legal del trabajo a tiempo parcial, sostiene;²⁹

"El contrato a tiempo parcial se delimita por su jornada parcial en lógica referencia a una jornada total, entera o plena o en otros términos más usuales, máxima, completa, normal, habitual, ordinaria, general, legal, convencional o típica. Pero la misma delimitación de jornada exige una referencia temporal, por cuanto que se realiza durante determinado tiempo de trabajo, cuantificación de la jornada, en determinado periodo de referencia temporal natural. La jornada completa puede medirse en un módulo diario, semanal, mensual, o anual, siendo este el máximo periodo de referencia admitido en nuestro ordenamiento (art. 34 ET). De este modo la jornada parcial podrá tener como jornada completa de referencia realizada en el módulo temporal en cada caso se prevea.

²⁹ GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, Ignacio, El contrato de trabajo a tiempo parcial, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 1998, pp. 63-64.

De esta inicial aproximación, se derivan, al menos, tres elementos temporales de necesaria precisión para enmarcar el objeto que define la modalidad contractual que nos ocupa. El primero es el periodo de referencia o unidad cronológica en la que se desarrolla la prestación del trabajo (día, semana, mes o año), sea esta parcial o completa. En cualquier caso, es claro que la misma no se realiza de manera continuada e ininterrumpida, por cuanto que se ejecutará y alternará con periodos de inactividad y descanso dentro de cada uno de esos módulos o unidades temporales. El segundo de los elementos es la duración de la prestación o jornada desarrollada en los periodos de referencia que acabamos de anotar y que se caracteriza como ya dijimos, como habitual, completa, normal, ordinaria, máxima, general, legal, etc. Es decir, la jornada de trabajo así definida, la cual servirá de comparación para la minoración objeto del contrato a tiempo parcial. Por último, el tiempo de prestación reducido respecto del anterior y que define, en sí, la jornada a tiempo parcial objeto de la modalidad contractual que estudiamos. La cuantificación de la inferior jornada constitutiva de trabajo a tiempo parcial. Se trata, por tanto, del periodo de referencia, la jornada completa de comparación y la jornada parcial.

En una visión gráfica de estos elementos, y por tanto de la incidencia del tiempo en la prestación de trabajo en el contrato a tiempo parcial, podríamos dibujar tres círculos concéntricos. De menor a mayor, el primero sería el del tiempo de trabajo reducido objeto de esta figura contractual. Redondeándolo estaría el tiempo de jornada habitual completa o normal que se toma como parámetro de comparación de aquél. Finalmente, nos concentraríamos con el periodo de referencia o con el módulo temporal o unidad cronológica en la que se desarrolla o se computan y al que se refieren ambas jornadas, habitual y reducida.

Para definir por tanto el contrato a tiempo parcial, habré de delimitarse estos tres elementos temporales. La reducción constitutiva de la jornada parcial, la jornada entera de comparación cuya minoración constituye aquella y los periodos de referencia en los que ambos se pueden desarrollar. Desde esta perspectiva y con esos parámetros vamos a intentar deslindar el concepto legal del contrato a tiempo parcial, completando en el artículo 12.1 ET con el siguiente tenor: "El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al

año, inferior al considerando como habitual en la actividad de que se trate en dichos periodos de tiempo”.

El contrato de trabajo a tiempo parcial es el contrato permanente celebrado entre el trabajador y el empleador y que se caracteriza porque es menor de 150% de la jornada máxima legal, esto es un contrato por menos de 4 horas diarias.

Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor (artículo 110 del D.S. 001-96-TR).

El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción (artículo 13° del D.S. 001-96-TR). Pueden celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial sin limitación alguna.³⁰

2.2.7 FUNDAMENTOS REFERIDOS A LA CASACIÓN

2.2.7.1 Ley N° 28175

(LEY N° 28175, 2004) Ley Marco del Empleo Público, establece como principios esenciales el mérito y la capacidad; en cuya virtud el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como, los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública; asimismo, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, y que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Además, la exigencia de un concurso público, deberá ser realizado por la entidad pública, bajo un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, a efectos de que las personas sean evaluadas de acuerdo a los ítems necesarios, circunscritos sobre todo en las capacidades

³⁰ ANACLETO GUERRERO, Víctor. Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Lex & Iuris. Agosto 2015, pp 189-192

académicas, experiencias profesionales y otros lineamientos, dependiendo del cargo, respectivo.³¹

2.2.7.2 Casación Laboral N° 11169-2014

(Casación Laboral "Desnaturalización de Contrato y Pago de Bono por función Jurisdiccional , 2014) de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, respecto al acceso a la función pública, el siguiente criterio:

“El acceso a la función pública de los trabajadores sujetos a cualquier régimen laboral y bajo cualquier modalidad debe realizarse mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades cuya inobservancia constituye una infracción a normas de orden público que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que lo contravenga, y que acarrea responsabilidades administrativas, civiles o penales a quien lo promueve, ordena o permita”.³²

2.2.7.3 Casación 05057-2013-PA/TC sobre los precedentes vinculantes aplicables al caso:

(Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013) En el fundamento 13 establece que para que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado en la Administración pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de concurso público y abierto en **los fundamentos 18 y 22:**

FUNDAMENTO 18:

Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° 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

³¹ http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_per_26_ley_28175.pdf

³² https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/600c26004fa991ea8eb0bf3c2e1079b4/Resolucion_11169-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=600c26004fa991ea8eb0bf3c2e1079b4

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.

FUNDAMENTO 22:

En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° Del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.³³

Con respecto al análisis de los fundamentos del expediente 05057-2013-PA/TC, materia de comentario y análisis, se tiene que el precedente décimo octavo nos precisa que, no solo basta probar o demostrar la existencia de una desnaturalización de contrato, en la que, por el simple hecho de acreditarse la existencia de una subordinación, el juzgador necesariamente no tiene que ordenar al empleador proceder de manera inmediata a reincorporar a su puesto de trabajo al trabajador demandante, pues aplicando el fundamento en explicación, el magistrado debe valorar copulativamente ciertos requisitos que deben tener en cuenta para que pueda existir la reposición, como punto esencial se toma entre otros supuestos, el haber ingresado mediante concurso público de méritos del personal que pertenecen o prestan servicios al estado mediante contratos laborales pertenecientes al Decreto Legislativo N° 728, el cual obligatorio cumplimiento para los magistrados del país.

³³ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

Así mismo en el fundamento segundo señalado en el precedente vigésimo segundo, desarrollo puntos esenciales a tener en cuenta. En primer lugar en caso de la parte demandante haya presentado un proceso de amparo de reposición antes de la vigencia del precedente Huatuco Huatuco, en la cual no era requisito obligatorio acreditar el ingreso por concurso público méritos, el Juez debe aplicar este fundamento a fin de garantizar el derecho del trabajador a tener el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y a reconducir su pretensión, al determinar de que no procede la reincorporación, en aplicación del precedente citado, en ese sentido, el magistrado debe reconducir el proceso, al de la vía ordinaria laboral, y ordenar al demandante varíe su pretensión principal, puesto que ya no es aplicable la reposición al no cumplir con un requisito del precedente citado, al no ingresar mediante concurso público de méritos, siendo el único beneficio a peticionar, que le correspondería es la indemnización por despido arbitrario, por tanto, el juez le otorgara un plazo para que el accionante pueda disponer de tal derecho, a fin de que no sea invocada la caducidad de su derecho, en caso de hacerlo el juez procederá al archivo del presente caso.

2.2.8 VOTO SINGULAR DEL SEÑOR ARÉVALO VELA

Es conveniente analizar este voto singular porque desarrolla más a fondo la presente casación:

Sexto. - Este Supremo Tribunal en la Casación N° 4336-2015 ICA de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, fijó principios jurisprudenciales referidos a los alcances del citado precedente vinculante constitucional, estableciendo lo siguiente:

“(…) En consecuencia, esta Suprema Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria reafirma sus criterios establecidos en las casaciones antes mencionadas, no debiendo aplicarse la Sentencia N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN en los siguientes casos:

a) Cuando el trabajador demandante tenga vínculo laboral vigente, en cuyo caso, si se verifica el fraude en la contratación laboral se debe declarar la

b) existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, sin que esto signifique que adquiere la estabilidad laboral absoluta.

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

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

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

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

g) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

h) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, esta Sala Suprema coincide con la Sentencia N° 5057- 2013-PA/TC JUNÍN, en el sentido que todos los trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, cuyo vínculo laboral haya concluido sin haber ingresado a laborar por concurso público de méritos, solo podrán demandar el pago de una indemnización por despido, y nunca la reposición aun cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausado o fraudulenta.

(...)" (El sombreado es nuestro)

Séptimo. - Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 6681-2013-PA/TC, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, ha realizado algunas presiones respecto a la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, estableciendo lo siguiente:

“(…)

15. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

16. En consecuencia, y al no ser aplicable el "precedente Huatuco", este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario. (...).”

Se puede apreciar que el Tribunal Constitucional comparte el mismo criterio que esta Sala Suprema en el sentido de que no resulta aplicable el precedente Huatuco Huatuco al obrero municipal.

Octavo. - De lo expuesto precedentemente, se determina que solo los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales están excluidos de la aplicación del anotado precedente vinculante; y que por tanto no se les puede exigir que acrediten haber ingresado por concurso público de méritos, en una plaza vacante y presupuestada.

Noveno. - En el presente caso, ha quedado establecido que el demandante tiene la condición de obrero, y que laboró para la Unidad Ejecutora de Lima-Sur, lo que se verifica de las actas de conformidad que corren de fojas treinta a cuarenta y ocho y demás medios probatorios que corren en autos.

Cabe anotar que conforme al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la citada Unidad Ejecutora, aprobado mediante Ordenanza Regional N° 004-2011-CR-RL de fecha 12 de mayo de 2011, ésta es un órgano desconcentrado del Gobierno Regional de Lima y su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Asimismo, se debe tener en cuenta que conforme el numeral 4) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, las normas regionales de carácter general tienen rango de ley.

2.2.9 BASES LEGALES

El Dr. (TOYAMA MIGAYUSUKU, 2019) señala las normas por las cuales se debe regir el tema materia de análisis:

Constitución política del Perú de 1993

Artículo 27°.- protección contra el despido arbitrario

La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario.

➤ TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR)

Artículo 16°.- Causas de Extinción del Contrato de Trabajo

Son causas de extinción del contrato de trabajo:

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

Artículo 22°.- Despido justificado

Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

Artículo 23°.- Causas justas del despido

Con causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Artículo 24°.- Causas justas de despido relacionadas con la conducta del servidor.

Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

Artículo 25°.- falta grave

Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

- a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las ordenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

- b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;
- c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;
- d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;
- e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;
- f) Los actos de violencia, grave indisciplinaria, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;
- g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta;
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de treinta días calendario o más de quince días en un periodo de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se haya aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo. (...)

Artículo 29.- Despido nulo

Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador antes las autoridades competentes, salvo que configure falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- d) La discriminación por sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Artículo 30.- Despido indirecto: hostilidad

Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción de la categoría y la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.
- c) Es traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
- h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia.

Artículo 34°. Despido arbitrario o injustificado

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 está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 381 como única reparación por el daño sufrido. Podré 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°.

Artículo 38°. Indemnización por despido arbitrario (contrato indeterminado)

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de

doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba. [...]

Artículo 76° Indemnización por despido en contratos bajo modalidad

Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.³⁴

2.2.10 Definición de Términos Básicos

- 1. Reposición:** Es la acción jurídica con sustento legal, que procura resarcir el daño realizado al trabajador por un cese indebido o incorrecto, es decir reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo por un despido arbitrario realizado por el empleador.
- 2. Despido Arbitrario:** Es la acción abusiva unilateral e ilegal realizada por empleador de poner fin a la relación laboral entre las partes, es decir el empleador de manera unilateral toma la decisión de dar por extinguido o cesar el vínculo laboral sin existir causa justa que lo sustente.
- 3. Indemnización:** consiste en un pago económico por el daño ocasionado al momento del despido, mediante la cual se trata resarcir el daño ocasionado con la decisión del empleador por la pérdida repentina de su trabajo.
- 4. Vínculo Laboral:** Es la existencia de una relación laboral procesal perfecta entre dos sujetos, en la que uno adquiere la calidad de empleador y el otro la de trabajador, y que reúnen los tres requisitos para su existencia; 1) contraprestación, 2) remuneración, y 3) subordinación.
- 5. Precedente vinculante:** Son aquellas sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional de la República, así como por la Corte Suprema de Justicia de la República, que indica que tiene aplicarse de manera obligatoria en los demás casos que sean similares.
- 6. Estabilidad Laboral:** Es el derecho que tiene todo trabajador de estar protegido y conservar su trabajo contra el despido arbitrario.
- 7. Reparación en Tema Laboral:** Consiste en la compensación por el daño ocasionado por un despido arbitrario.

³⁴ TOYAMA MIGAYUSUKU, Jorge. Compendium Laboral, Editorial Gaceta Jurídica, 2019, pp 359-363

2.2.11 FORMULACION DEL PROBLEMA

2.2.11.1 PROBLEMA GENERAL

- ¿Cómo se da la variación de la demanda de Reposición por la de indemnización por despido arbitrario?

2.2.11.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

- ¿Cuál es la fundamentación y motivo de la variación de la demanda de reposición a una de indemnización por despido arbitrario?
- ¿Cuáles son los beneficios de la variación de la demanda de reposición por la indemnización por despido arbitrario?

2.2.12 OBJETIVOS

2.2.12.1 GENERAL

- Analizar la casación N° 6225-2016-Cañete como se da la variación de la demanda de reposición por la indemnización por despido arbitrario.

2.2.12.2 ESPECIFICOS

- Identificar cual es la fundamentación y motivo del porque se debe variar la demanda de reposición por la indemnización por despido arbitrario.
- Determinar cuáles son los beneficios de la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario.

2.2.13 VARIABLES

2.2.13.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

- DESPIDO ARBITRARIO

2.2.13.2 VARIABLE DEPENDIENTE

- REPOSICIÓN O INDEMNIZACIÓN

2.2.13 SUPUESTOS

2.2.13.1 GENERAL

- Procede la variación de la demanda de reposición por la indemnización por despido arbitrario.

2.2.13.2 ESPECIFICOS

- La fundamentación y motivo entre otros supuestos es haber ingresado por concurso público de méritos para poder solicitar la reposición y en caso de no haberlo hecho solicita la indemnización.
- Los beneficios, son que su derecho a demandar no caduca, y que exista o proceda una indemnización.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Método de Investigación

- La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación **DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA** de tipo Socio Jurídica.

3.2 Muestra

- La muestra de estudio está constituida por la Sentencia N° 6225-2016-Cañete, en el caso seguido por Yavet de la Cruz Gamboa contra el Gobierno Regional de Lima sobre reposición por despido arbitrario.

3.3 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.

3.3.1 Técnicas

La información se recabará mediante Análisis Documental

3.3.2 Instrumentos

Ficha de recolección de datos

3.3.3 Análisis documental

- El expediente N° 6225-2016-Cañete
- Constitución Política del Perú
- Ley N° 28175
- Casación Laboral N° 11169-2014-La Libertad

3.4 Procedimiento de Recolección de Datos

- Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:
 - Se analizó la Casación Laboral 6225-2016-Cañete-Precedente Huatuco, sobre reposición por despido arbitrario.
 - Se empezó a extraer los fundamentos de los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales que conocieron y resolvieron este caso.
 - Se comparó el fallo de la sentencia con los fundamentos del precedente Huatuco.

- El análisis de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política del Perú (1993), la ley 28175, la casación laboral 11169-2014-La Libertad, el precedente Huatuco 5057-2013-PA/TC y la casación laboral n° 6225-2016- Cañete.

3.5 Validez y Confiabilidad del Estudio

- El instrumento utilizado no fue sometido a validez, puesto que se trata de una Ficha de Recolección de Datos tratándose de una investigación descriptiva y explicativa de tipo socio jurídico, asimismo con respecto al análisis de una sola sentencia. Dicho estudio es confiable porque la información ha sido tomada de una sentencia que ha sido expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

3.6 Plan de Análisis, Rigor y Ética

- En el análisis de la información extraída del caso investigado, se siguió el procedimiento antes indicado, ciñéndose estrictamente a revisar no solo la Casación tomada de muestra, sino la jurisprudencia constitucional que cuando procede la reposición y en qué casos corresponde la indemnización por despido arbitrario. Durante toda la recolección de la información se tomaron en cuenta los principios éticos y valores aplicables a la investigación.

CAPITULO IV

RESULTADOS

1. La resolución N° 6225-2016-Cañete analizada, sobre cómo se da la variación de la demanda de reposición por la indemnización por despido arbitrario, se va a dar siempre y cuando se aplique el precedente vinculante Huatuco Huatuco, ya que en dicha sentencia señala los requisitos que se debe tener para proceda la reposición y en caso de no cumplir con los requisitos establecidos, el juez puede reconducir la demanda a la vía ordinaria laboral.
2. La fundamentación y motivo de la demanda de variación para proceda la reposición se necesita tener 3 requisitos básicos o supuestos: 1) Haber ingresado por concurso público de méritos, 2) Plaza presupuestada, 3) Vacante de duración indeterminada ya que en caso de no haber ingresado por concurso público a tu puesto de trabajo así cumplas con los demás requisitos antes mencionados en aplicación del precedente vinculante 05057-2013-PA/TC según su fundamento 18 no va a proceder la reposición así se acredite una desnaturalización de contrato por lo que se va a dar la variación de la demanda como lo señala en el precedente 0557-2013-PA/TC en su fundamento 22 que aquel trabajador que no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público el juez va a reconducir su demanda a la vía ordinaria laboral para que el accionante adecue su demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario.
3. Los beneficios de la variación de la demanda de reposición por una de indemnización por despido arbitrario, aplicando el precedente vinculante analizado, es proteger al trabajador para que no pierda su derecho de poder solicitar una reparación o indemnización contra una sentencia infundada además no incurra en caducidad.

CAPITULO V

DISCUSIÓN

ZEVALLOS G. (2016) En su tesis titulado “La interpretación y aplicación del precedente vinculante Huatuco en las sentencias del poder judicial en materia laboral, Lima, 2013-2015”. El objetivo general de la presente investigación tiene como propósito general indicar los alcances del presente, al investigar la interpretación y aplicación del precedente vinculante Huatuco por los jueces de materia laboral, el cual se basa en las distintas posiciones del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, lo cual causa una no uniformidad jurisprudencial, la contradicción y la confusión en los casos de reposición por despido arbitrario de un trabajador de la Administración pública, ya que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional al igual que el derecho al trabajo estando en discusión si es procedente otorgar la reposición y no solo la indemnización, teniendo en cuenta que el poder judicial utiliza el control difuso para apartarse de la aplicación de este precedente. La presente investigación es cualitativa. La población estudiada es en Lima, que comprende a especialistas en Derecho Constitucional y Derecho Laboral. Para ello, los datos fueron recogidos a través de las técnicas de entrevista y análisis jurisprudencial. En tal sentido, los resultados que se obtuvieron fueron corroborativos con los supuestos planteados en la investigación, a razón que se demuestra que en cada instancia se utiliza un instrumento distinto para inaplicar e interpretar el precedente Huatuco.³⁵, cabe resaltar que con el actual precedente se deja sin amparo a aquellos trabajadores que ingresaron a una plaza presupuestada, sin haber pasado antes una prueba de conocimientos, esto es por concurso público, además, dejando a criterio de los jueces a que es responsabilidad de los trabajadores a que tendrían la responsabilidad de cumplir con las respectivas normas presupuestarias del puesto de trabajo por si mismo.

BALTODANO P. (2018). En su tesis titulada indemnización por despido arbitrario En la actualidad el pago indemnizatorio por despido arbitrario se encuentra tipificado en el Artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, la misma que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de labores, con un tope de 12 remuneraciones, el cual corresponde a

³⁵ <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/2162>

8 años de servicios. Este quantum indemnizatorio se da con el propósito de reparar el daño sufrido hacia el trabajador que se encuentra en este régimen privado, limite que afectaría los derechos laborales para aquellos que tienen una antigüedad superior, los cuales no son considerados en la indemnización, se puede decir, entonces, que esta regulación normativa tiene como consecuencia que el trabajador se sienta desprotegido en la ley, recibiendo una indemnización que no es proporcional a los años de servicio, ya que existe un tope máximo establecido, siendo así que el Juez se encuentra en la facultad de hacerla cumplir al margen de que si está es o no igual a los años laborados.³⁶

Huamán, A. (2012) En su revista notas y apuntes denominado “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo: A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012” nos menciona que, la norma procesal nueva señala, de modo claro, un camino compatible con la elección de tutela jurídica recogida en la Constitución, tutela que deja la opción al trabajador-despedido de elegir entre el retorno a su centro de trabajo, ello, a través de la reposición o, de considerar lo contrario el propio trabajador, decantarse simplemente por la conformidad del acto de despido arbitrario a través de su tarificación, es decir, acogiendo a la pretensión de indemnización por despido arbitrario.³⁷

(Casación Laboral de Reposición, 2016) El voto singular del Juez Supremo ARÉVALO VELA, con respecto a la casación n° 6225-2016- Cañete es necesario precisar que, el sustento de citado Juez, en el que mediante una Ordenanza Regional (no tiene sustento legal que lo respaldan), se puede variar la condición laboral de los trabajadores de las entidades pública o privadas que pertenecen al sector público cuyo Régimen Laboral es el Decreto Legislativo N° 728 (para el caso de los obreros Municipales), argumentos estos que colisionan frontalmente con las normas o Leyes Laborales vigentes en la fecha, que establecen los regímenes laborales, Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1057 y otros, pues éstas, solo pueden ser variadas o derogadas por otra Ley, o por la aplicación de la jurisprudencia vinculante obligatoria, en ese sentido, la inaplicación de las normas legales antes citada por parte del Magistrado Supremo, no tiene

³⁶ <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/9852>

³⁷ HUAMAN, L. Revista notas y apuntes “Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Tratamiento de su declaratoria de nulidad, no circunscrita a la figura del despido nulo: A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012. Año 2012.

sustento legal que lo respalde, en ese sentido, no procederá nunca mediante una ley de menor rango o inadecuada como lo es la Ordenanza Regional.³⁸

Con respecto al análisis de la variación de la demanda de reposición por la de despido arbitrario, en conjunto con diversos comentarios sobre la materia en cuestión es preciso respaldar que debido a que el trabajador que fue despedido sin causa justa o determinada en juicio, en la medida que esta se presentó antes de la vigencia del precedente jurisprudencial materia de análisis, que el demandante no había previsto dicho resultado que, define la improcedencia de su demanda, es por eso que, en la presente casación lo que busca el Magistrado como medida alternativa en salvaguarda de los derechos irrenunciables e imprescriptibles del trabajador protegido en nuestra Carta Magna y otra normas legales Nacional e internacionales, aplicables al caso concreto, es la de la variación de la pretensión del trabajador afectado, esto es, que, que en salvaguarda de la tutela jurisdiccional efectiva el magistrado aplicando la jurisprudencia citada debe adecuar y reconducir el proceso solicitando la adecuación d l demanda de reposición a una de indemnización por despido arbitrario, con la finalidad de que su derecho no caduque, en ese sentido, nuestra posición adoptada, es en respaldo de la mayoría que decidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Asimismo, es necesario tener presente respecto al análisis del voto singular del magistrado Arévalo respecto a la contradicción sobre el argumento octavo y noveno de su voto singular de la sentencia, puesto este señalaba que al ser considerado como obrero municipal (considerando octavo), respaldándose con el sustento legal sobre su decisión al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) aprobado mediante Ordenanza Regional N° 004-2011-CR-RL da conformidad (considerando noveno), argumentando que es posible que mediante una ordenanza se puede establecer el régimen laboral de los trabajadores perteneciente al estado, lo cual No es correcto su aplicación y sustento, ya que como aplicadores y estudiosos del derecho, concluimos, que una Ordenanza Regional no puede estar por encima de una ley de mayor rango como son el Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 1057, y otros, que regulan el régimen laboral de los servidores públicos y privados que prestan servicios al estado. Es decir que las

³⁸ <https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Cuatro-sentencias-para-resolver-procesos-de-reposici%C3%B3n-de-un-trabajador-sin-v%C3%ADnculo-laboral-vigente-con-el-Estado.pdf>

ordenanzas son de menor rango, en ese sentido, lo afirmado por el Magistrado Supremo no tiene sustento legal que respalde su decisión por lo que, NO compartimos sus conclusiones respecto de la inaplicación de las normas laborales aplicables al caso concreto, materia de análisis. A diferencia de los demás magistrados que señala que, si corresponde la aplicación del precedente vinculante materia de controversia, que establece entre otros supuestos, que para que proceda la reposición de un trabajador, es necesario que este, haya ingresado a su puesto de trabajo mediante concurso público de méritos, decisión está adoptada por la Mayoría de los Magistrados Supremos en la presente casación que es materia de análisis en el presente trabajo, que compartimos.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

1. La resolución N° 6225-2016-Cañete, en la que se señala que, si se puede dar la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario, siempre y cuando se tome en cuenta el precedente vinculante 05057-2013-PA/TC en los fundamentos más resaltantes que sirven para determinar que en caso de la negación de la reposición el juez le reconducirá su demanda a la vía ordinaria laboral para que el accionante adecue su pretensión.
2. La variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario tiene como fundamento y motivo de que se debe cumplir con el principal requisito de haber ingresado a su puesto de trabajo mediante un concurso público de méritos puesto que se debe aplicar el precedente vinculante al presente caso ya que los hechos resultan similares por ende al no cumplir con este requisito mínimo se declarara improcedente la demanda de reposición pero si tendrá el derecho de poder adecuar su demanda en la vía ordinaria laboral a fin de que le puedan indemnizar por el daño ocasionado al habersele quitado su estabilidad laboral que tenía cuando este prestaba sus servicios a su empleadora.
3. Los beneficios de que se pueda dar la variación de la demanda de reposición por la de indemnización por despido arbitrario es como punto principal hacer que el derecho del trabajador no se vea afectado y por otro lado que, No se venza el plazo de los 30 días para proceder con la caducidad de su derecho, y que el trabajador pueda acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, con la reconducción del juez de ordenar la adecuación de la demanda a fin de por de poder exigir un pago indemnizatorio por un despido arbitrario, en consecuencia lo que los Magistrados supremos buscaron con este precedente es cautelar los derechos irrenunciables del trabajador ante un despido arbitrio.
4. No procede ordenar la reposición de aquellos trabajadores que no hayan ingresado mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y una vacante de duración indeterminada, haciendo aplicación del precedente vinculante 5057-2013-PA/TC.

CAPITULO VII

RECOMENDACIONES

1. Al momento de aplicarse un precedente vinculante se debe verificar que los hechos materia de conflicto sean similares ya que en caso de no tener relación los órganos jurisdiccionales pueden apartarse de su aplicación.
2. Las instituciones al momento de realizar un contrato deben cumplir con señalarle al trabajador sus funciones para que este pueda cumplir su trabajo de manera exitosa y no pueda incurrir en ninguna causal de despido.
3. El órgano jurisdiccional al momento de aplicar un precedente vinculante debe determinar si dichos fundamentos también se pueden emplear al caso concreto puesto que muchos precedentes son para determinados regímenes laborales es decir pueden ser para el sector público o privado, se debe verificar si ha existido un vínculo laboral, si ha existido desnaturalización de contrato. Por lo que si el mismo precedente señala otros hechos se puede inaplicar a tal caso por decisión del órgano jurisdiccional.
4. Así mismo es necesario que el empleador tiene que tener en cuenta que al momento de contratar a su personal debe evaluar la capacidad que tiene para poder rendir sus exámenes y debiendo aplicar el periodo de prueba en caso de que los trabajadores una vez ingresado al puesto que querían ya no trabajan con la misma intensidad, poder separarlos sin violentar sus derechos, a fin de evitar procesos judiciales largos y costosos por incapacidad del trabajador.

CAPITULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ANACLETO GUERRERO, V. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo* . Lima : LEX & IURIS.
- BALTODANO GUEVARA, P. (23 de 11 de 2018). *Universidad San Pedro Repositorio Institucional* . Obtenido de Universidad San Pedro Repositorio Institucional: <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/9852>
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2011). *La clausula de Estado social en la Constitucion: Analisis de los derechos Fundamentales Laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Perú.
- CABANELLAS, G. (2003). *Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual*. Argentina : Heliasta S.R.L.
- CABANELLAS, G. (2003). *Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual "Analisis de Ramirez Gronda"*. Heliasta S.R.L.
- CANESSA MONTEJO, M. (2009). *La protección contra el despido en el Derecho Internacional* . Lima : ARA Editores.
- CARRASCO MOSQUERA, J. (2015). *Soluciones Laborales*.
- Casación Laboral "Desnaturalizacion de Contrato y Pago de Bono por función Jurisdiccional , 11169-2014- La Libertad (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la Republica 2014).
- Casación Laboral de Reposición, 6225-2016 Cañete (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 2016).
- De la Fuente, H. (1976). *Principio Juridicos del Derecho a la Estabilidad*. Buenos Aires
- ERMIDA URIARTE, O. (1983). *La estabilidad del Trabajador en la empresa ¿proteccion real o ficticia?* Montevideo.
- ESPINOZA ESCOBAR, J. H. (2015). *Soluciones Laborales. Analisis de Espinoza*.
- FERRERO R, R. y. (1977). *Derecho del Trabajo* .
- FERRO, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho* , 5-6.
- FERRO, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional . *Revista de la Facultad de Derecho* , 3.
- GONZALES DEL REY RODRIGUEZ, I. (1998). *El Contrato de Trabajo a tiempo Parcial*. Navarra: Aranzadi S.
- HUAMAN, L. (2012). Reposición y despido incausado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Tratamiento de su declaración de nulidad, no circunscrita a la figura

del despido nulo: a proposito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012. *Notas y Apuntes*, 138.

LEY N° 28175. (2004). *Ley de Marco de Empleo Público*. Lima.

PASCO, C. M. (1987). *Estabilidad en el empleo y contratación precaria*. Puebla .

PÉREZ BOTIJA, E. (1960). *Derecho del Trabajo*. TECNOS.

RENDÓN VASQUEZ, J. (1985). *Manual de Derecho del Trabajo Individual*. Ediciones Tarpuy.

SANGUINETTI RAYMOND, W. (1998). *El contrato de Locación de Servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco .

Sentencia del Tribunal Constitucional , Expediente 05057-2013-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2013).

TOYAMA MIGAYUSUKU, J. (2019). *Compendium Laboral*. Lima : Gaceta Juridica .

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2004). *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. y. (2003). *Guia Laboral*. Gaceta Juridica S.A.

ZEVALLS SOTOMAYOR, G. (2016). *Universidad Cesar Vallejo Repositorio Digital Institucional*. Obtenido de Universidad Cesar Vallejo Repositorio Digital Institucional: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/216>.

ANEXOS

ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

METODO DE CASO: “LA VARIACIÓN DE LA DEMANDA DE REPOSICIÓN POR LA INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO” CASACION 6225-2016-CAÑETE

AUTORES: BASILIO MICHAEL CHIRINOS PEREA

PAULA ALEJANDRA TAFUR PEREA

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p>GENERAL</p> <p>¿COMO SE DA LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO?</p> <p>ESPECIFICO</p> <p>¿CUAL ES LA FUNDAMENTACION Y MOTIVO PARA LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO?</p> <p>¿CUALES SON LAS BENEFICIOS DE LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO?</p>	<p>GENERAL:</p> <p>¿ANALIZAR LA CASACION N° 6225-2016-CAÑETE COMO SE DA LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO?</p> <p>ESPECIFICO:</p> <ul style="list-style-type: none"> IDENTIFICAR CUAL ES LA FUNDAMENTACIÓN Y EL MOTIVO PARA QUE SE DE LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO. DETERMINAR CUALES SON LAS BENEFICIOS DE LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO 	<p>GENERAL:</p> <p>PROCEDE LA VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO.</p> <p>ESPECIFICO:</p> <ul style="list-style-type: none"> LA FUNDAMENTACION Y MOTIVO ES HABER INGRESADO POR CONCURSO PUBLICO DE MERITOS PARA PODER SOLICITAR LA REPOSICION Y EN CASO DE NO HABERLO HECHO SOLICITA LA INDEMNIZACIÓN. LOS BENEFICIOS SON QUE SU DERECHO DE DEMANDAR NO CADUCAN. 	<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> REPOSICION INDEMNIZACION. O <p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> DESPIDO ARBITRARIO 	<ul style="list-style-type: none"> REINCORPORAR AL PUESTO DE TRABAJO PAGO ECONÓMICO 	<ul style="list-style-type: none"> ESTABILIDAD LABORAL REPARACIÓN 	<p>TIPO DE INVESTIGACION</p> <p>DESCRIPTIVA</p> <p>EXPLICATIVA</p> <p>1. DISEÑO</p> <p>NO EXPERIMENTAL</p> <p>2. MUESTRA</p> <p>FALLO DE LOS MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA</p> <p>3. TECNICA</p> <p>ANALISIS DOCUMENTAL</p> <p>4. INSTRUMENTOS</p> <p>SENTENCIA CASATORIA N° 6225-2016- CAÑETE de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica</p>

ANEXO N° 2

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 6225-2016

CAÑETE

Reposición

PROCESO ABREVIADO – NLPT

SUMILLA: Cuando los procesos versen sobre reposición de un trabajador sin vínculo laboral vigente en una entidad de la administración pública, se deberá resolver el caso sobre los criterios establecidos en el Precedente Constitucional N° 5057-2013-PA/TC y las Casaciones Laborales Nos. 11169- 2014-LA LIBERTAD, 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA.

Lima, diecisiete de octubre de dos mil diecisiete

VISTA; la causa número seis mil doscientos veinticinco, guion dos mil dieciséis, guion **CAÑETE**, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente, el señor juez supremo **Rodas Ramírez**, con la adhesión de los señores jueces supremos: Yrivarren Fallaque, De La Rosa Bedriñana y Malca Guaylupo; y el **voto singular** del señor juez supremo **Arévalo Vela**; y luego de producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada **Gobierno Regional de Lima**, mediante escrito de fecha veintinueve de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos sesenta y dos a doscientos sesenta y seis,

contra la **Sentencia de Vista** de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco a doscientos cuarenta, que **revocó** la **Sentencia** apelada de fecha diez de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a doscientos uno, que declaró **improcedente** la demanda, y reformándola declararon fundada; en el proceso abreviado laboral seguido por **Yavet De La Cruz Gamboa**, sobre reposición.

CAUSAL DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete, que corre en fojas sesenta y ocho a setenta y uno del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por la parte demandada, por la siguiente causal: **apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05057-2 013-PA/TC**, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Pretensión del demandante y pronunciamientos de las instancias de mérito.

a) Demanda: De la revisión de los actuados, se verifica que de fojas setenta a setenta y cuatro, corre la demanda interpuesta por el demandante, Yavet De La Cruz Gamboa contra el Gobierno Regional de Lima; en la que postuló como pretensión que se ordene su reposición en su puesto de trabajo de personal de mantenimiento en la Unidad Ejecutoria Lima Sur del Gobierno Regional de Lima Provincias.

b) Sentencia de primera instancia: El Juez del Juzgado Mixto Permanente de San Vicente de Cañete de la Corte Superior de Justicia de Cañete, declaró improcedente la demanda; al sostener que si bien se ha acreditado la existencia de un vínculo laboral entre las partes procesales; no obstante ello, al caso en concreto corresponde la aplicación del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, determinando que al no haberse acreditado que el actor haya ingresado por concurso público, no procede la reposición, disponiendo que el accionante adecue su pretensión en el plazo de 05 días.

c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado Superior de la Sala Civil de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco, procedió a revocar la sentencia apelada reformándola declararon fundada, al señalar que el demandante ha prestado servicios para la demandada desde el uno de febrero de dos

mil once hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, advirtiendo respecto de la subordinación que en fojas sesenta y ocho a sesenta y nueve que la entidad demandada fijó un horario de trabajo. Adicionalmente, sostienen que “según el artículo 67° del Reglamento del Gobierno Regional de Lima Provincias” los obreros se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que en aplicación distinguishing no resulta aplicable al caso de autos la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC; por lo que corresponde ordenar su reposición.

Segundo: Infracción normativa.

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636 en su artículo 56°, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, aunque la Ley N° 29497 incluye además a las normas de carácter adjetivo.

Tercero: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme a la causal de casación declarada procedente en el auto calificadorio; la presente resolución debe circunscribirse a delimitar en primer término, si se ha incurrido en el **apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 05057- 2013-PA/TC**. De advertirse el apartamiento, corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación propuesto; de conformidad con el artículo 39° de la Ley N° 29497³⁹, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en sentido contrario, el recurso devendrá en infundado.

Cuarto: Sobre la causal precedente, esto es, sobre el **apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de fecha dieciséis de abril de dos mil quince, recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC**, corresponde citar los siguientes fundamentos:

³⁹ Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado

Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen. En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

En el **fundamento 13** se establece: “De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto”, y en los **fundamentos 18 y 22**, que constituyen **precedentes vinculantes**⁴⁰, prescriben: “18. (...) en los casos 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 (...) 22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la Ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso”. (Negritas son nuestras).

Quinto: Para efectos de analizar la causal declarada procedente, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional dispuso que la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente N° 05057- 2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco con el Poder Judicial) debe ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano⁴¹, incluso en los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

Sexto: Sobre el particular, se debe precisar que los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional tienen efectos de una Ley, es decir, una regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para

⁴⁰ Artículo III del Código Procesal Constitucional Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

⁴¹ La fecha de Publicación en el diario oficial El Peruano, es el uno de junio de dos mil quince.

todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares⁴².

Sétimo: Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece como principios esenciales el mérito y la capacidad; en cuya virtud el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como, los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública; asimismo, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, y que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Además, la exigencia de un concurso público, deberá ser realizado por la entidad pública, bajo un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, a efectos de que las personas sean evaluadas de acuerdo a los ítems necesarios, circunscritos sobre todo en las capacidades académicas, experiencias profesionales y otros lineamientos, dependiendo del cargo, respectivo.

Aunado a ello, la importancia de la meritocracia para el ingreso a la administración pública ha sido recogida por el legislador en la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, que lo ha conceptualizado como un principio necesario para el acceso a la función pública, el mismo que encuentra desarrollo en los artículos 161° y 165° del Decreto Supremo N° 040-20 14-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

Octavo: Esta Sala Suprema, en cumplimiento a su finalidad de unificar la jurisprudencia laboral, ha establecido en la Casación Laboral N° 11169-2014- LA LIBERTAD de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, respecto al acceso a la función pública, el siguiente criterio:

“El acceso a la función pública de los trabajadores sujetos a cualquier régimen laboral y bajo cualquier modalidad debe realizarse mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades cuya inobservancia constituye una infracción a

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el catorce de noviembre de dos mil cinco, en el proceso recaído en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

normas de orden público que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que lo contravenga, y que acarrea responsabilidades administrativas, civiles o penales a quien lo promueve, ordena o permita”.

Cabe indicar, que esta Sala Suprema también se ha pronunciado sobre los alcances del precedente vinculante, recaído en el Expediente N° 5057-2013- PA/TC, en las Casaciones Nos. 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA.

Noveno: Habiendo establecido los lineamientos sobre el ingreso de un trabajador a la Administración Pública, corresponde previamente señalar que la demandada, Unidad Ejecutora de Lima Sur del Gobierno Regional de Lima es una entidad de la Administración Pública, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la misma que fue creada mediante la Ley 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009; en consecuencia, se encuentra dentro de los alcances previstos en el precedente vinculante, contenido en la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

Décimo: Resulta pertinente referir que el artículo 51° de la Constitución Política del Perú consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, en tanto que dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. En ese sentido, el inciso 4) del artículo 200° del mismo cuerpo normativo, establece cuáles son las normas que tienen rango de ley, señalando expresamente que las normas regionales de carácter general y las ordenanzas tienen carácter de ley.

Décimo Primero: Solución al caso en concreto Se advierte que en el presente proceso no se ha sometido a materia de discusión el régimen laboral que ostenta el trabajador, que es el de la actividad privada bajo los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728; lo que puede ser corroborado con las alegaciones formuladas por el procurador público de la entidad recurrente quien manifestó, ante este Supremo Tribunal en la audiencia de vista de la causa, que el régimen laboral de quienes prestan servicios para el Gobierno Regional de Lima se encuentran comprendidos dentro del Decreto Legislativo N° 276 (régimen público), Decreto Legislativo N° 728 (régimen privado) y Contratos Administrativos de Servicios (CAS); máxime si de conformidad con la Ordenanza Regional N° 004-2011-CR-RL, de fecha doce de mayo de dos mil once, la misma que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la Gerencia Subregional Lima Sur; ha establecido en la

Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final que el régimen laboral del personal de la Gerencia Sub Regional Lima Sur, se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

En tal sentido, el demandante al haberse desempeñado como personal obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada; al haber pretendido su reposición, sin haber acreditado su ingreso a través de un concurso público y abierto (concurso de méritos) para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, requisito indispensable para el ingreso, de acuerdo a los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades, consagrados en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, e n concordancia con el artículo 5° de la acotada norma, genera que la pretensión sea improcedente.

Décimo Segundo: En mérito a lo expuesto, se concluye que el Colegiado Superior se aparta del precedente vinculante, contenido en la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente N° 05057- 2013-PA/TC; en consecuencia, corresponde amparar el recurso de casación, correspondiéndole al Juez, aplicar lo previsto en el fundamento veintidós del citado precedente vinculante, a fin que el Juez reconduzca el proceso para que la actora solicite la indemnización que corresponda; razón por la cual, la causal denunciada deviene en **fundada**. Por estas consideraciones:

FALLO: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada **Gobierno Regional de Lima**, mediante escrito de fecha veintinueve de diciembre de dos mi quince, que corre en fojas doscientos sesenta y dos a doscientos sesenta y seis; en consecuencia, **CASARON** la **Sentencia de Vista** de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco a doscientos cuarenta; y **actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la **Sentencia apelada** de fecha diez de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a doscientos uno, que declaró **improcedente** la demanda; y **DISPUSIERON** que el accionante adecue su demanda a una de indemnización por despido arbitrario; con lo demás que contiene; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso abreviado laboral seguido por **Yavet De La Cruz Gamboa**, sobre reposición; y los devolvieron.

S.S. ARÉVALO VELA

YRIVARREN FALLAQUE

RODAS RAMÍREZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

DMRC / LGRB

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO ARÉVALO VELA, ES COMO SIGUE:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, **Gobierno Regional de Lima**, mediante escrito de fecha veintinueve de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos sesenta y dos, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco, que revocó la **Sentencia apelada** contenida en la resolución de fecha diez de setiembre de dos mil quince que corre en fojas ciento noventa y cuatro, que declaró improcedente la demanda y dispuso que el accionante adecúe su demanda a una de indemnización por despido arbitrario bajo apercibimiento de archivar el proceso, reformándola declaró fundada la demanda y ordenó la reposición del actor; en el proceso seguido por **Yavet De la Cruz Gamboa**, sobre reposición.

CAUSAL DEL RECURSO: Por resolución de fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete, que corre en fojas sesenta y ocho del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la siguiente causal: **apartamento del precedente vinculante dictado por el Tribunal Constitucional: Expediente N° 5057-2013-PA/TC-JUNÍN**; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

CONSIDERANDO:

Primero.- Vía judicial

El actor interpuso la demanda de fecha treinta de enero de dos mil quince, que corre en fojas setenta, solicitando que se le reponga en el cargo de personal de mantenimiento en la Unidad Ejecutora Lima Sur perteneciente al Gobierno Regional de Lima o en otro de similar jerarquía. Con la resolución de fecha diez de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento noventa y cuatro, el Juzgado Mixto Permanente de San Vicente de Cañete de la Corte Superior de Justicia de Cañete declaró improcedente la demanda y dispuso que el demandante adecúe su pretensión

de reposición al de indemnización por despido arbitrario bajo apercibimiento de archivarse el proceso; y mediante Sentencia de Vista de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco, la Sala Civil de la mencionada Corte Superior revocó la sentencia apelada, reformándola declaró fundada la demanda y ordenó la reposición del actor por considerar entre otros argumentos que al tener el demandante la categoría de obrero no le es aplicable el precedente vinculante contenido en el Expediente N° 5057- 2013-PA/TC (caso Huatuco Huatuco).

Segundo.- La infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas, como son las de carácter adjetivo.

Tercero.- En el presente caso está acreditado que el actor laboró del uno de abril de dos mil trece hasta el cinco de enero de dos mil quince, habiendo ocupado el cargo de vigilante y personal de mantenimiento, lo que se corrobora con las actas de conformidad que corren de fojas treinta a cuarenta y ocho, y demás medios probatorios que corren en autos.

Lo que corresponde determinar en el caso sub examine, es si el cargo del recurrente corresponde al de un obrero o al de un empleado; y si le es aplicable el precedente vinculante Huatuco Huatuco.

En cuanto a la naturaleza del cargo, la doctrina señala entre otras clasificaciones, que son empleados aquellas personas que realizan labores donde predomina el trabajo intelectual, tales como los que realizan labores de administración, control, planeamiento, entre otros; y que son obreros aquellas personas que realizan labores en las que predomina el esfuerzo físico, el contacto con las materias primas y con los instrumentos de producción.

Se puede apreciar de los medios probatorios que corren en autos, que la función del impugnante fue el de personal de vigilancia y mantenimiento; en tal sentido, la función

desarrollada por el recurrente corresponde a la de un obrero, pues, prima la actividad física sobre el intelectual.

Cuarto.- Precedente vinculante Constitucional

Podemos definirlo como aquel pronunciamiento que goza de relevancia jurídica emitido por el Tribunal Constitucional poniendo fin a una controversia en un caso concreto, en el cual en atención a la existencia de un vacío normativo o a una sistemática vulneración de un derecho fundamental, establece reglas generales que tienen carácter erga omnes; es decir, resultan oponibles ante todos los poderes públicos y ante los particulares, pues, tiene efectos similares a los producidos por una ley; ello con el objeto de regular la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. Cualquier ciudadano puede invocar un precedente constitucional vinculante ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales.

En conclusión, un pronunciamiento por parte del máximo intérprete de la Constitución que tenga la calidad de precedente vinculante, establece parámetros normativos generales que deben ser observados por los jueces de todas las instancias judiciales; así como funcionarios de todos los poderes públicos e incluso por los particulares, dada su naturaleza erga omnes.

Quinto.- En cuanto al **apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional contenido en el Expediente N° 5057- 2013-PA/TC-JUNÍN**, debemos decir que el mismo establece lo siguiente:

“(...)

§8. Reglas procedimentales aplicables en materia de reposición como trabajadores de duración indeterminada en la Administración Pública

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse

Presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

(...)"

Sexto.- Este Supremo Tribunal en la Casación N° 4336-2015 ICA de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, fijó principios jurisprudenciales referidos a los alcances del citado precedente vinculante constitucional, estableciendo lo siguiente:

"(...)

En consecuencia, esta Suprema Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria reafirma sus criterios establecidos en las casaciones antes mencionadas, no debiendo aplicarse la Sentencia N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN en los siguientes casos:

a) Cuando el trabajador demandante tenga vínculo laboral vigente, en cuyo caso, si se verifica el fraude en la contratación laboral se debe declarar la

b) existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, sin que esto signifique que adquiere la estabilidad laboral absoluta.

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

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

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

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

g) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

h) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, esta Sala Suprema coincide con la Sentencia N° 5057- 2013-PA/TC JUNÍN, en el sentido que todos los trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, cuyo vínculo laboral haya concluido sin haber ingresado a laborar por concurso público de méritos, solo podrán demandar el pago de una indemnización por despido, y nunca la reposición aun cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausada o fraudulenta.

(...)" (El sombreado es nuestro)

Sétimo.- Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 6681-2013-PA/TC, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, ha realizado algunas presiones respecto a la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, estableciendo lo siguiente:

"(...)

15. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

16. En consecuencia, y al no ser aplicable el "precedente Huatuco", este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

(...)"

Se puede apreciar que el Tribunal Constitucional comparte el mismo criterio que esta Sala Suprema en el sentido de que no resulta aplicable el precedente Huatuco Huatuco al obrero municipal.

Octavo.- De lo expuesto precedentemente, se determina que solo los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales están excluidos de la aplicación del anotado precedente vinculante; y que por tanto no se les puede exigir que acrediten

haber ingresado por concurso público de méritos, en una plaza vacante y presupuestada.

Noveno.- En el presente caso, ha quedado establecido que el demandante tiene la condición de obrero, y que laboró para la Unidad Ejecutora de Lima-Sur, lo que se verifica de las actas de conformidad que corren de fojas treinta a cuarenta y ocho y demás medios probatorios que corren en autos.

Cabe anotar que conforme al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la citada Unidad Ejecutora, aprobado mediante Ordenanza Regional N° 004-2011-CR-RL de fecha 12 de mayo de 2011, ésta es un órgano desconcentrado del Gobierno Regional de Lima y su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Asimismo, se debe tener en cuenta que conforme el numeral 4) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, las normas regionales de carácter general tienen rango de ley.

Décimo.- Analizado los autos y aplicando los criterios que contiene el Quinto y Sexto considerando de la presente resolución se concluye lo siguiente: primero, que la entidad recurrente al ser una entidad del Estado sujeta al régimen laboral de la actividad privada, le es aplicable el anotado precedente vinculante; y segundo, que el actor no podía ser repuesto, ya que al haber concluido el vínculo laboral con la demandada sin haber probado que ingresó por concurso público solo le correspondía el pago de una indemnización; por lo expuesto esta causal deviene en **fundada**. Por estas consideraciones, y no los del magistrado ponente, en aplicación del artículo 143° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

MI VOTO es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, **Gobierno Regional de Lima**, mediante escrito de fecha veintinueve de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos sesenta y dos; en consecuencia: **SE CASE** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos treinta y cinco; **y actuando en sede de instancia: SE CONFIRME** la sentencia apelada de fecha diez de setiembre de dos mil quince que corre en fojas ciento noventa y cuatro; **SE DISPONGA** que el Juez de la causa proceda conforme a las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 del precedente vinculante, contenido en la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, con la finalidad de cautelar el derecho del actor a la percepción de la indemnización que corresponda; y **SE ORDENE** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial Peruano” conforme a ley; en el proceso abreviado

laboral seguido por **Yavet De La Cruz Gamboa**, sobre reposición; y se devuelvan. **S.**
S.

ARÉVALO VELA

L. Ch

ANEXO N° 3

EXP. 05057-2013-PA/TC JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ

HUATUCO HUATUCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentenciaron los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra la sentencia de fojas 123, su fecha 20 de mayo de 2013, expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró Infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de diciembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin de que se deje sin efecto su despido incausado; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial, más el pago de los costos del proceso. Manifiesta que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; que, sin embargo, al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se han desnaturalizado y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y argumenta que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. Agrega que, "la demandante pretende que se declare el

derecho (...) esto es de ser trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo 728, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó indefectiblemente el día de la publicación de los resultados del proceso de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728". Asimismo, manifiesta que "de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el Sector Público en materia de contratación de personal, el ingreso de éste se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujetos a los documentos de gestión respectivos".

El presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín deduce la excepción de incompetencia por razón de territorio, y contesta la demanda alegando, entre otros argumentos que "la demandante solicita su reposición y/o restitución al puesto laboral que , venía ocupando cuando se produjo la culminación de su contrato de trabajo, por vencimiento del plazo de vigencia del mismo, tal pedido no es sino, en buena cuenta, un requerimiento de miento en este Poder del Estado por cuanto ambos tienen los mismos derechos y se un vínculo laboral permanente con esta Corte Superior de Justicia de Junín. Dicho ido no puede ser atendido por cuanto sólo se ingresa a una relación laboral de carácter permanente a esta Corte Superior (...) vía concurso público de méritos, algo que no ha ocurrido en el presente caso y por lo que no puede accederse a lo peticionado. Y es que la ley N.º 28175 es concluyente al determinar 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' (...) el vínculo laboral indeterminado solo se consigue ganando una plaza en concurso interno o externo". Finalmente, arguye que no se desnaturaliza el vínculo laboral cuando los contratos laborales indican la causa objetiva de la contratación, y que en el caso de la accionante el término de su contrato, el 16 de noviembre de 2011, obedeció a la extinción de la causa objetiva de la contratación.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 28 de mayo de 2012, declaró infundada la excepción y, con fecha 14 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios adjuntados al proceso se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales

no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda por estimar que en el presente caso no existe fraude o simulación a las normas de contratación, y que la accionante inició y finalizó labores en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo, por lo que no puede alegarse fraude en su contratación.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que desempeñaba. Afirma que fue contratada por la Corte Superior de Justicia de Junín para trabajar como secretaria judicial, desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011. Refiere que suscribió contratos sujetos a modalidad y en un "que es ocupado de naturaleza permanente" (sic), de modo que al no haber sido despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, se ha desnaturalizado el respectivo contrato, por lo que tiene la condición de "personal permanente" (sic), vulnerándose así sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

2. §2. Sobre la justificación para el dictado de un precedente vinculante

En las sentencias de los Expedientes N.º 00024-2003-AUTC y 03741-2004, el Tribunal Constitucional estableció determinados supuestos que deben verificarse para la emisión de un precedente vinculante. Uno de ellos establece lo siguiente: "a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional".

3. En el presente caso, más allá de los argumentos de defensa de los emplazados (quienes alegan que el ingreso a la Administración Pública exige necesariamente un concurso público), se aprecia que tanto en la comunidad jurídica como en órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso en el

Tribunal Constitucional, existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 —cuyo ámbito de aplicación comprende a las empresas y trabajadores de la actividad privada— respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de "ingreso por concurso público"; o ii) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de "ingreso por concurso público", tal como lo prevé el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público.

4. Teniendo en cuenta la relevancia de dicha interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la "carrera administrativa" (expresión constitucional general cuyo análisis en esta sentencia no se circunscribe al desarrollo legislativo del Decreto Legislativo N.º 276, de bases de la carrera administrativa, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado), es necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones con la finalidad de fijar un precedente vinculante que resuelva las divergencias generadas, dejándose constancia de que sobre este asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada —expedida en mayoría— que sigue el primero de los criterios mencionados en el párrafo anterior.

§3. Posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado

5. Analizando la jurisprudencia constitucional, se verifica que en casos de extrabajadores con contratos temporales o civiles en entidades públicas que contratan personal bajo el régimen laboral privado, se han estimado las respectivas demandas de amparo y ordenado su reposición en dichas entidades como trabajadores a plazo indeterminado. Al adoptar dicha posición es evidente que se ha optado por una interpretación literal y aislada de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, a la que se llegó utilizando, en general, el siguiente razonamiento, a modo de ejemplo: i) premisa normativa: el aludido artículo 77.º establece que "los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (Decreto Legislativo N.º 728)", y el artículo 4.º prevé que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"; ii) premisa fáctica: en el caso concreto del extrabajador X, se ha demostrado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicha ley o que por aplicación del principio de primacía de la realidad se haya desnaturalizado la contratación civil; y iii) en conclusión, corresponde reincorporar al trabajador X mediante un contrato de duración indeterminada.
6. Por otra parte, se han identificado otras posiciones en las que se consideraba que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida que el artículo 5º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.
 7. De la revisión de tales posiciones, el Tribunal Constitucional estima que a efectos de fijar una posición interpretativa sobre el particular es indispensable analizar previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.

§4. Disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos

8. En el capítulo IV "De la función pública" de la Constitución (artículos 39.º a 42.º) se regulan determinadas disposiciones respecto de los funcionarios y servidores públicos. De la interpretación de dichas disposiciones y otras que resulten relevantes en función de lo discutido en el presente caso, se desprenden los siguientes contenidos de relevancia constitucional:
 - a) La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los

servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (Expediente N.º 00025-2005-PUTC y otro, FJ 52). El concepto "función pública" en el derecho de acceso a la función pública comprende dos tipos de función que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa —a la que se designa específicamente como "cargo"- ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31º, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de Presidente de la República, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración estatal regional o municipal, y, desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible.

Conforme a lo expuesto, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

b) La carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional. Al respecto, el artículo 40.º de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador. (Exp. N.º 00008-2005-PI/TC FJ 44).

c) Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa. El artículo 40º de la Constitución establece que "La ley regula el ingreso a la carrera

administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos". Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley. La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30. ° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el cual "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

En diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda el principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal. Dicha reserva legal debía entenderse como una de "acto legislativo", y que la misma no era omnicomprensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley — como puede ser el caso de una ordenanza municipal por ejemplo—, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad.

Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que "(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica" (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la "(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado" (párrafo 27). Sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no "(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la

potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafo 36).

d) Prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos. De una interpretación literal del capítulo IV de la Constitución, sobre la "función pública", es evidente la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, estableciendo sus objetivos principales ("que están al servicio de la Nación"); que existe una carrera administrativa y que el ingreso a ésta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante ley; quiénes no están comprendidos en dicha carrera administrativa; determinadas obligaciones de los funcionarios y servidores públicos; la exigencia de que por ley se establezcan las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles éstos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros asuntos.

Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes.

e) Acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte.

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en

la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (FJ 50).

§5. Fijación de posición interpretativa: la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"

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.
10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56).

11. No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: "Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles". Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67.º de la referida ley.
12. Asimismo, según lo previsto en la Ley N.º 30057, se busca garantizar que el principio del mérito esté presente tanto en el ingreso como en la permanencia del personal, por lo que el acceso a los puestos del referido régimen laboral se dará mediante concursos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso también estará regido por concursos de méritos. Del mismo modo, en el Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley General del Servicio Civil, se regula el acceso al servicio civil mediante concurso público de méritos (artículos 161.º, 165.º y siguientes).
13. De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto. Esto unificará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.
14. Los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no sólo deberán evaluar en los participantes : i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza.

15. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 supra, cabe establecer que cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
16. En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de confianza, a quienes no les corresponde la reposición.
17. En esa perspectiva, este Tribunal, en su jurisprudencia, ha establecido que en los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para que un ex trabajador sea reincorporado, cuando se interponga y admita una demanda debe registrarse como una posible contingencia económica que es necesario prever en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimatoria (SSTC 3470-2012-PA/TC, 00404-2013-PA/TC, 04763-201 LPA/TC, 01214-2012-PA/TC, 00276-2013-PA/TC, 04225-2012-PA/TC, entre otros), siempre y cuando se verifique que el demandante ha ingresado mediante concurso público de méritos y abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

§6. Otro supuesto: cuando el demandante no ha ingresado a la Administración Pública mediante "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.

§7. Responsabilidad funcional en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal (laboral o civil) en la Administración Pública

19. Debe enfatizarse que las disposiciones constitucionales que regulan el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, así como el respeto de los derechos de los trabajadores, deben ser escrupulosamente observados y cumplidos por los respectivos funcionarios y servidores que están encargados y son responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado, pues de lo contrario deberá imponérseles las sanciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 243.º de la Ley N.º 27444.
20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a

cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50. ° de la mencionada Ley N.° 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11. ° Y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurrir en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

§8. Reglas procedimentales aplicables en materia de reposición como trabajadores de duración indeterminada en la Administración Pública

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante

solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38. ° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.

§9. Precedente vinculante

24. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)".
25. Teniendo como punto de partida la naturaleza del caso concreto y con la finalidad de ordenar las diferentes posiciones interpretativas que operan en la jurisprudencia constitucional, resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la desnaturalización de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. En consecuencia, es indispensable, para ordenar la reposición en los términos que exige la parte demandante, que el juzgador analice y verifique que se cumplan determinadas reglas establecidas en la presente sentencia.
26. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 supra, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo

indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado.

27. El precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

§10. Análisis del caso concreto

Argumentos de la demandante

28. Afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso, por cuanto los contratos de trabajo para servicio específico suscritos con la entidad demandada se han desnaturalizado y, por tanto, y se han convertido en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, motivo por el cual debe ser reincorporada en el cargo que ocupaba.

Argumentos de la parte demandada.

29. Sostiene que celebró con la actora contratos de trabajo sujetos a modalidad, en los cuales se pactó su plazo de vigencia y se especificó que su permanencia estaba condicionada a que la plaza ocupada sea cubierta por el ganador de un concurso público, por lo que la recurrente era consciente de la temporalidad de su contrato desde el momento de su suscripción, no pudiendo pretender en el proceso de amparo, cuya naturaleza es restitutiva de derechos, que se declare el derecho reclamado, máxime si tiene una vía específica para ventilar su pretensión. **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

30. El artículo 63. ° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728 establece expresamente que "los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada". Asimismo, el artículo 72. ° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728 establece que "los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral".

31. En el caso de autos, la demandante afirma haber sido objeto de un despido incensado en noviembre de 2011; por tanto, a fin de verificar si éste se produjo o no, se procederá a analizar el periodo contractual en el que habría ocurrido el supuesto despido. Para ello, es necesario determinar si los contratos modales suscritos entre la trabajadora y la parte demandada se desnaturalizaron, debiendo ser considerado este como un contrato de plazo indeterminado, en

cuyo caso la parte demandante sólo podía ser despedida por causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justifique.

32. En la cláusula primera del contrato de trabajo para servicio específico, que obra a fojas 10 y en las cláusulas segunda y tercera del mismo, se ha cumplido con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal. Asimismo, se ha acreditado que la actora realizó las mismas funciones para las que fue contratada y que no trabajó luego del vencimiento del último contrato. En consecuencia, no se han desnaturalizado los g contratos modales suscritos entre las partes.
33. Conforme al artículo 16, inciso c) del TUO del Decreto Legislativo 728, son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. En este caso se puede afirmar que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado. Siendo así, no tienen asidero las expresiones de la parte demandante en el sentido que habría sido despedida sin causa alguna. Por tanto, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos constitucionales relativos al trabajo, la demanda deber ser desestimada. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia.
3. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.
4. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, las nuevas demandas de amparo cuya

pretensión no cumpla con el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada", deben ser declaradas improcedentes.

5. Declarar que las reglas que constituyen precedente son de obligatorio cumplimiento por todos, especialmente los órganos jurisdiccionales constitucionales y sólo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, no siendo de aplicación en el régimen de contratación para el sector privado.

Publíquese y notifíquese

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANA

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

ANEXO N° 04

DIPOSITIVAS DEL TRABAJO



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

METODO DE CASO JURIDICO

“VARIACION DE LA DEMANDA DE REPOSICION POR LA DE INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO” CASACION N° 6225-2016-CAÑETE

AUTORES:

- BASILIO MICHAEL CHIRINOS PEREA
- PAULA ALEJANDRA TAFUR PEREA

RESUMEN

La presente Casación materia de sustentación, tiene como origen en la presentación de la demanda interpuesta por don Yavet de la Cruz contra el Gobierno Regional de Lima, teniendo como pretensión principal la Reposición del demandante a su puesto habitual de trabajo esto es al área de mantenimiento de la Unidad Ejecutoria de Lima.

El Juez del Juzgado Mixto Permanente (primera Instancia), Declaro Improcedente la demanda, teniendo en como sustento el Precedente vinculante recaído en el expediente 05057-2013-PA/TC. Huatuco Huatuco.

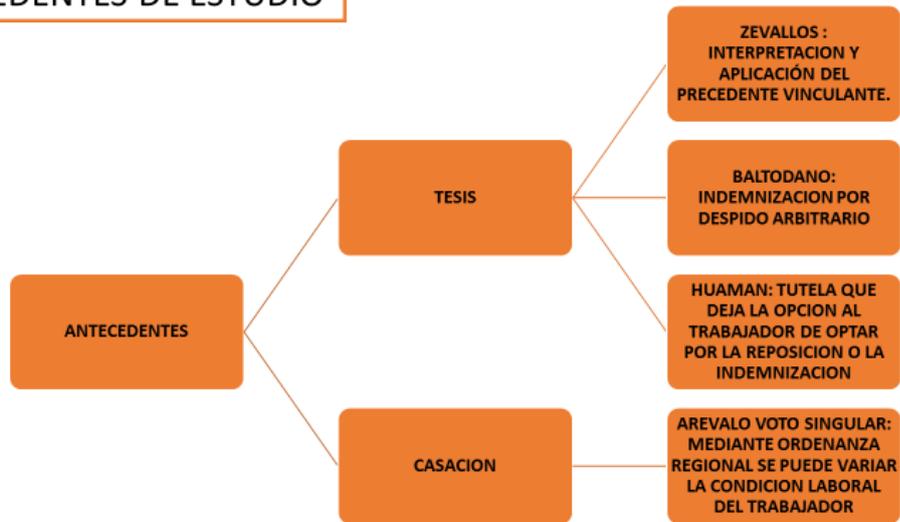
Sentencia que fue apelada por el demandante don Yavet contra la sentencia de primera instancia, por no encontraba conforme con lo resuelto.

La Sala Civil, Revoco la sentencia de primera instancia, Reformándola, la Declaro Fundada, teniendo como sustento que, el demandante, ingreso a laborar el 01 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2014, así mismo se tenía en cuenta que había existido subordinación por cuanto se le había otorgado un horario de trabajo, de acuerdo al artículo 67° de Reglamento de Gobierno Regional de Lima Provincia, que, señala "los obreros se encuentran sujetos en el Régimen Laboral de la actividad Privada, por lo que, en aplicación del distinguishing, no corresponde aplicar el precedente del expediente 05057-2013-PA/TC., antes citado.

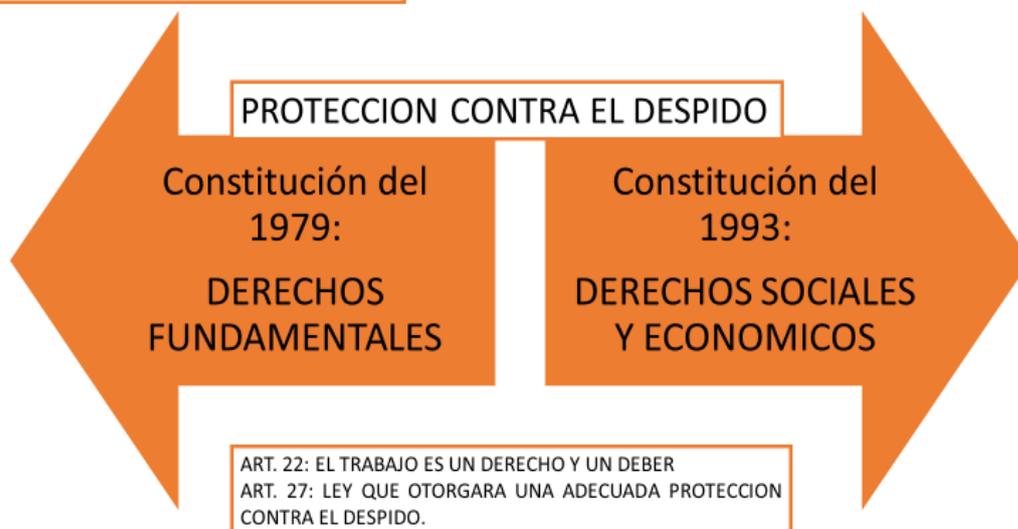
El Gobierno Regional de Lima presento el Recurso de Casación, con el argumento que corresponde la aplicación del precedente vinculante citado y declarar improcedente la demanda.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, resolvieron, Casaron la sentencia de Vista, y actuando en sede de instancia, Confirmaron la Sentencia Apelada, que, declaró Improcedente la demanda, asimismo Dispusieron que el accionante adecue su demanda a una de Indemnización por Despido Arbitrario.

ANTECEDENTES DE ESTUDIO



EVOLUCION NORMATIVA

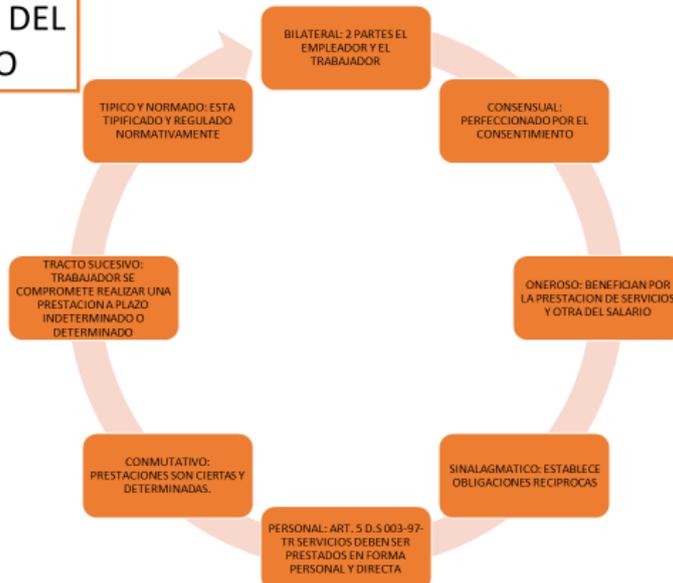


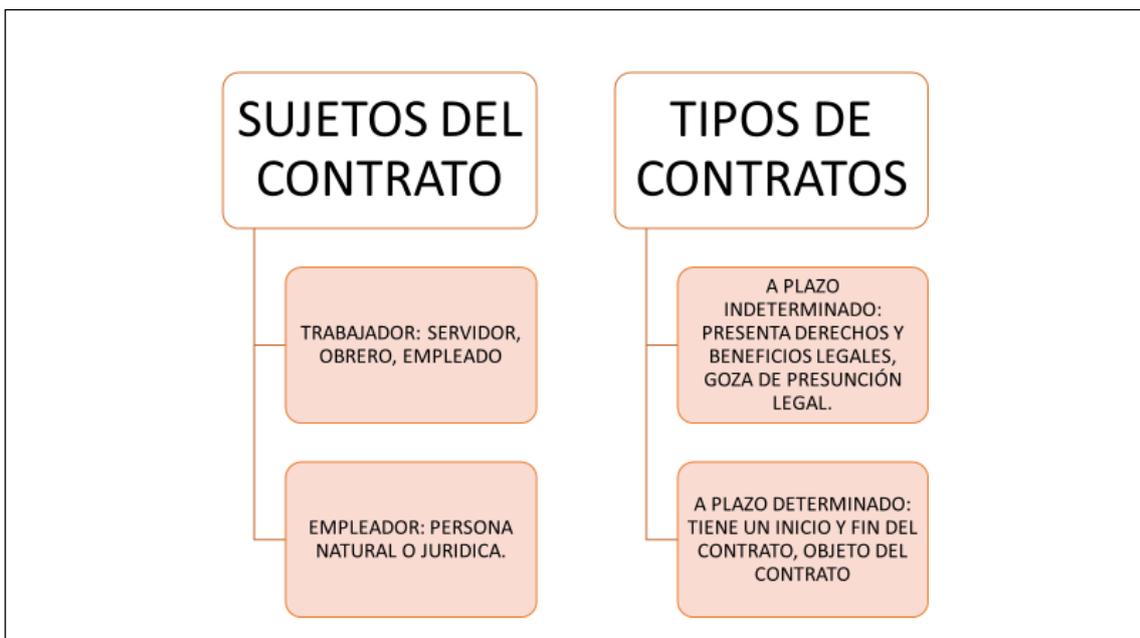
BASES TEORICAS

CONTRATO DE TRABAJO

PEREZ: Es un acuerdo expreso o tácito, en virtud que una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia a cambio de una retribución.

CARACTERES DEL CONTRATO





FUNDAMENTOS REFERIDOS Y APLICADOS EN LA CASACION

LEY 28175- LEY MARCO DE EMPLEO PUBLICO

ESTA RELACIONADA QUE PARA LOS ASCENSOS EN EL EMPLEO PUBLICO DEBEN ESTAR FUDAMENTADOS DE ACUERDO AL MERITO Y LA CAPACIDAD

CASACION LABORAL N° 11169-2014

Desnaturalización del contrato y pago de bono por función jurisdiccional: el acceso a la función pública será mediante concurso público, de no ser así contraviene el orden jurídico y acarrea responsabilidad administrativa.

CASACION N° 05057-2013-PA/TC

Sobre los precedentes vinculantes aplicables al caso: fundamento 13: ingreso mediante concurso público; 18: si no ingreso mediante concurso público no se tendrá el cuenta la desnaturalización del contrato; 22: en proceso de amparo se adecuará a una demanda de indemnización.

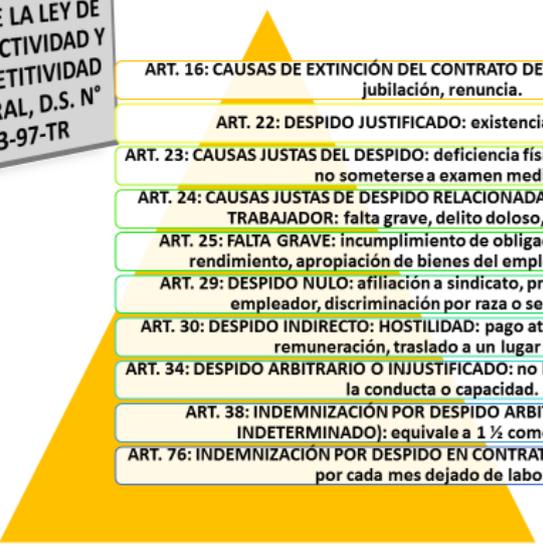
BASES LEGALES

CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ
DE 1993

ART. 27:
PROTECCIÓN
CONTRA EL DESPIDO
ARBITRARIO

TUO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, D.S. N° 003-97-TR

- ART. 16: CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: fallecimiento, jubilación, renuncia.
- ART. 22: DESPIDO JUSTIFICADO: existencia de causa justa.
- ART. 23: CAUSAS JUSTAS DEL DESPIDO: deficiencia física, rendimiento deficiente, no someterse a examen medico.
- ART. 24: CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO RELACIONADAS CON LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR: falta grave, delito doloso, inhabilitación
- ART. 25: FALTA GRAVE: incumplimiento de obligaciones, disminución del rendimiento, apropiación de bienes del empleador, embriaguez.
- ART. 29: DESPIDO NULO: afiliación a sindicato, presentar queja contra el empleador, discriminación por raza o sexo, embarazo.
- ART. 30: DESPIDO INDIRECTO: HOSTILIDAD: pago atrasado, disminución de la remuneración, traslado a un lugar distinto.
- ART. 34: DESPIDO ARBITRARIO O INJUSTIFICADO: no hay indemnización si es por la conducta o capacidad.
- ART. 38: INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO (CONTRATO INDETERMINADO): equivale a 1 ½ como máximo 12.
- ART. 76: INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN CONTRATOS BAJO MODALIDAD: 1 ½ por cada mes dejado de laborar.



DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS



DISCUSIÓN

- En base a lo expuesto por el magistrado Arévalo Vela, en el sentido que, consideraba al demandante como obrero municipal, respaldando su afirmación con el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), las cuales si puede variar la condición el régimen laboral de los trabajadores del estado, es entonces que, NO compartimos su afirmación puesto que va en contra de los D.S. establecidos como el 728 y 276 y demás, ya que las Ordenanzas Regionales tienen un carácter inferior al de una ley, es por eso, que SI estamos de acuerdo con los demás juristas respecto a la aplicación del precedente vinculante, que para que proceda la reposición, es necesario que haya ingresado al puesto mediante un concurso público de méritos.

CONCLUSIONES

- Concluimos el presente trabajo en que si se podría dar la variación de la demanda, mediante la aplicación del precedente vinculante 5057-2013, ya que en caso de negación de la reposición, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral, para la adecuación de la demanda.
- Tenemos como fundamentos que se deben de cumplir con los requisitos establecidos: 1) haber ingresado mediante concurso público de méritos, ya que en el caso de no cumplir con este requisito principal el Juez declarara Improcedente la demanda de Reposición.
- Los beneficios son que a través de la variación de la demanda, el trabajador no se verá afectado, por cuanto, no caducará el derecho que a demandar por un beneficio que le corresponde, teniendo un plazo de 30 días para que proceda a cambiar su pretensión.

RECOMENDACIONES

- Verificar que los hechos materia de conflicto sean similares con los del precedente vinculantes que se pretende aplicar o en caso de que no concuerden apartarse del mismo.
- Se deberá señalar por parte de la entidad contratante las funciones que realizará el trabajador dentro de la misma.
- El Órgano Jurisdiccional deberá tener en cuenta la tipo de régimen laboral para la aplicación de un determinado precedente vinculante, así como también, si existió un vínculo laboral o la desnaturalización del contrato.
- Que toda entidad al momento de contratar a su personal debe evaluar la capacidad de los mismos de manera equitativa, para retirar a aquellos que no trabajan y evitar así procesos judiciales largos y costosos.

**“SIEMPRE QUE TE PREGUNTEN SI PUEDES
HACER UN TRABAJO, CONTESTA QUE SI Y
PONTE ENSEGUIDA A APRENDER COMO SE
HACE”**

FRANKLIN D. ROOSEVELT