

**Exp. N.º 26210-2018-0-1801-JR-LA-08 (Expediente Electrónico)**

S.S.:

**Yangali Iparraguirre**

Vascones Ruiz

Gonzalez Salcedo

**Vista Juzgado de Origen: 21º Juzgado Especializado de Trabajo Permanente**

**Vista de la Causa: 05/10/2021**

**Sumilla:** *El principio de Primacía de la Realidad es una fuente de integración fundamental dentro del Derecho del Trabajo, pues la misma prescribe a que cada operador privilegie los hechos acontecidos en la práctica sobre las formalidades establecidas o documentos ofrecidos dentro del proceso.*

### **Sentencia de vista**

Lima, cinco de octubre del dos mil veintiuno.-

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

#### **I. Parte expositiva:**

##### **I.1. Objeto de la revisión**

Viene en revisión a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **Red Desconcentrada Almenara del Seguro Social de Salud - ESSALUD**, contra la Sentencia N.º 2021-JNLPT contenida mediante Resolución N.º 06, de fecha 31 de mayo de 2021, en el cual se declaró fundada la demanda, ordenándose:

- a) El reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado desde el 13 de febrero del 2017 hasta el 07 de noviembre del 2018, conforme a la vigencia del régimen laboral de la actividad privada prevista en el Decreto Legislativo N.º 728.
- b) Reponer a la parte demandante su puesto de trabajo o en uno de similar categoría, así como el pago de remuneraciones devengadas; a consecuencia de la constitución de un despido nulo
- c) Abonar los intereses legales y costos procesales, los cuales se determinarán en etapa de ejecución de sentencia. Sin costas procesales.

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

La parte demandante, **Red Desconcentrada Almenara del Seguro Social de Salud - ESSALUD**, en su recurso de apelación refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado los siguientes agravios:

- i. El Juzgado no ha considerado que la desnaturalización del contrato de locación de servicios ha sido subjetivo, por cuanto se deberá tener presente que se han ofrecido medios probatorios dentro del cual se aprecia que la prestación realizada ha sido de carácter civil; agregándose la falta de acreditación de la remuneración. (Agravio N.º 01)
- ii. Existe un error al momento de sostener que la extinción de la relación laboral se ha producido a causa de un despido nulo en base a la presentación de una queja, por cuanto se deberá tener

presente que la parte demandante ha sido despedida (el cual se ha realizado de **manera verbal**) por haber brindado información falsa contra el empleador. Tampoco se ha considerado que la labor realizada por Sunafil ha sido realizada de oficio, por lo que no se puede admitir un supuesto relacionado con la presentación de una queja de parte. (Agravio N.º 02)

iii. Existe un vicio de motivación al momento de establecer una orden de reposición al puesto de trabajo, por cuanto que el precedente vinculante recaído en el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC expedido por el Tribunal Constitucional ha requerido que el mandato de reposición se encuentre condicionado a un concurso público y sujeto a una plaza presupuestada; el cual ha sido reconocido posteriormente por el Decreto de Urgencia N.º 016-2020. (Agravio N.º 03)

## **II. Parte considerativa:**

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

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

.....

## **Consideraciones previas: Garantías constitucionales**

**Segundo: De la motivación de las Resoluciones Judiciales.**- El inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende– con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera<sup>1</sup>. Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado– constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa<sup>2</sup>; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

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

*"(...) La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas "garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (...)El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la*

motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...).

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

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

*a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*

*b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*

*c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*

*d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*

*e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*

*De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las*

*resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...)*”.

En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

### **Consideraciones sobre el conflicto jurídico específico**

**Cuarto: Respecto a la constitución de una relación laboral frente al contrato de locación de servicios.-** El contrato de locación de servicios es una forma de vinculación contractual, regulado por el Código Civil de 1984, mediante el cual el locador de servicios, sin encontrarse subordinado, se obliga al comitente a prestar servicios mediante un plazo determinado, a cambio de una merced conductiva; así, existe un consenso en la doctrina por el cual el contrato de locación de servicios es una herramienta jurídica que permite la contratación de servicios personales en un régimen de autonomía y no de subordinación, lo que implicará que el locador principalmente no se encontrará obligado a concurrir al local del comitente, no estará obligado a observar una jornada así como un horario para la prestación de servicios, etc<sup>3</sup>.

Asimismo, en la configuración legal del contrato de locación de servicios, la propia doctrina refiere que tal contrato podrá encuadrarse en cualquier prestación de servicios de carácter autónomo, en cuanto la misma conllevará a la evasión (como consecuencia) de la legislación laboral en cada caso en concreto<sup>4</sup>. Por ello, el artículo 1764 del Código Civil prescribe que:

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

**Quinto:** Sin embargo, en lo que respecta al contrato de trabajo regulado en el Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N.º 003-97-TR<sup>5</sup>, la doctrina laboralista ha definido que la misma es un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes (esto es, el trabajador) se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquél una remuneración por los servicios prestados; en tal sentido, resultará claro colegir que el contrato de trabajo es una relación jurídica específica por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero<sup>6</sup>, o, en otras palabras, un convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental<sup>7</sup>.

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

*“(...) Con relación al contrato de trabajo, este Tribunal considera necesario precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se*

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

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

*"(...) Es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Tribunal ha precisado, (...) que mediante este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (...)”<sup>8</sup>.*

**Sexto: Del principio de Primacía de la Realidad.** - A nivel teórico, nuestro sistema jurídico peruano ha considerado que el Principio de Primacía de la Realidad tiene como finalidad evitar situaciones de fraude y simulación para evadir la aplicación y garantías de las normas propias del derecho del trabajo; por ello, el presente principio es una expresión del carácter tuitivo que irradia a todo el Derecho del Trabajo<sup>9</sup>.

En efecto, la doctrina ha reiterado que la existencia de una relación de trabajo dependerá (en consecuencia) no de los acuerdos, disposiciones normativas que las partes se hubiesen acogido, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que) la aplicación del derecho del trabajo dependerá cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto, de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento

Por ello, mediante el Principio de Primacía de la Realidad, el Juez en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, al constituir el Contrato de Trabajo un Contrato Realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio, con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

**Sétimo:** De esta manera, es de público conocimiento que el Tribunal Constitucional ya ha determinado, desde hace varias décadas (tal como se aprecia de las sentencias recaídas en los Exp. N.º 1944-2002-AA/TC y N.º 833- 2004-AA/TC), que el principio de primacía de la realidad forma parte de nuestro sistema jurídico por antonomasia, por cuanto:

*“(...) En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (...)”*

*“(...) En virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos (...) debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (...)”*

**Octavo: La Presunción de Laboralidad previsto en la Ley N.º 29497.-** Tal como ha señalado la doctrina laboralista, la presunción de laboralidad –o también denominada presunción de la existencia de un contrato de trabajo– no es una herramienta procesal recientemente creada, pues la misma ha sido reconocido en otros sistemas jurídicos, por cuanto la presente figura jurídica requiere que la parte trabajadora acredite solamente la prestación personal de servicios, a fin que –activando una presunción iuris tantum previsto en el numeral 23.2 del artículo de la Ley N.º 29497-NLPT– se concrete la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado, salvo que la parte demandada acredite que no se han configurado los otros dos elementos existentes dentro de una relación laboral, más que todo en la constitución de la subordinación.

Por ello, una de las características de la presunción iuris tantum ha sido admitir la posibilidad de que la parte perjudicada aporte al proceso –específicamente al juez– otros medios probatorios que desvirtúen la conclusión a la que precedentemente concluyó el juzgador al comprobar la existencia del mismo supuesto fáctico dispuesto en la norma. De esta manera, en el caso del empleador, este deberá acreditar que –aun cuando se constate una prestación personal– si estos no se desarrollaron bajo un carácter subordinado, el cual es un elemento característico de la protección del Derecho del Trabajo normado en el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

En consecuencia, al advertirse una prestación personal de servicio, le corresponderá a la parte demandada demostrar:

- i) La existencia de una relación civil.
- ii) La constitución de una relación laboral a plazo indeterminado (modal a plazo fijo).
- iii) La relación es de naturaleza administrativa (contrato administrativo de servicios).
- iv) Prestación brindada tiene un carácter personal.

**Noveno:** En ese sentido, con relación a la valoración conforme a la presunción de laboralidad, si una norma específica u orgánica indica que la contratación del personal se encontrará sujeto a un concurso público y una plaza presupuestada para que el presente tipo de contratación sea válida (tal como se pudiese interpretar de la Disposición Complementaria Transitoria de la Ley de Presupuesto del Sector Público N.º 29951), la vigencia de tal norma no será óbice para que el juzgador pueda evaluar la real constitución de una relación laboral, pues si la parte demandada no logra en forma fehaciente la constitución de una subordinación, existirá consecuentemente una relación laboral a plazo indeterminado.

Tan es cierto lo afirmado, a nivel jurisdiccional, se deberá tener presente que la presunción de laboralidad ya posee un gran arraigo (aunque incompleto) dentro sistema jurídico laboral peruano, dado que la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N.º 11940-2015-Lima, ha establecido que el juzgador de trabajo deberá presumir la concurrencia de los otros elementos (remuneración y subordinación) para la configuración de una relación laboral, en tanto que la carga asignada a la parte demandante solamente ha sido acreditación de una prestación personal.

En efecto, de la revisión de tales decisiones, se podrá apreciar los siguientes elementos jurídicos:

*“(...) En ese sentido, el dispositivo legal, está planteado en términos de presunción laboralidad, en una suerte de aplicación del principio de primacía de la realidad y que permite inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo<sup>[2]</sup>, que son: prestación personal (intuitu personae), remuneración y subordinación; es decir, que permite establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual, privilegiando lo que sucede en el campo de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos. Sobre este último elemento es importante manifestar que es el diferenciador y determinante para concluir que estamos frente a una relación laboral y no frente a una relación de carácter civil. (...)”*

**Decimo:** Ahora bien, a pesar que dentro de las Casaciones N.º 14440-2013- Lima y N.º 608-2017-Lima, la Corte Suprema de la República haya establecido que la parte demandante deberá ofrecer indicios razonables de subordinación al momento de determinar un tipo de aplicación de la presunción de laboralidad, más allá de la prestación personal de servicios, conforme a los siguientes fundamentos:

*“(...) En este contexto, si bien el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, señala que si la parte demandante acredita la existencia de una prestación personal de servicios; en probanza de parte del trabajador demandante, que por lo menos debe aportar indicios racionales de carácter laboral de la relación que invoca (...) En ese sentido y atendiendo a la nueva estructura del proceso judicial laboral prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario que los jueces actúen adecuadamente en la aplicación de la presunción de laboralidad, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle dicha actividad (...)”*

**Pero esta instancia jurisdiccional superior solamente considera que bastará la acreditación de una prestación personal para poder admitir la aplicación de la presunción de laboralidad; por cuanto que nuestra legislación procesal (el numeral 23.2 del artículo 23 de la NLPT) admite una carga de la prueba a la parte empleadora para demostrar un estado contrario a la declaración de una relación laboral.**

**De esta manera, conforme a la finalidad práctica al momento de interpretar el principio de la presunción de laboralidad, consideramos que admitir una interpretación contraria solamente limitaría eficazmente la implementación de la presunción de laboralidad dentro del proceso laboral, por no diferenciarse materialmente de los alcances procesales establecidos en la anterior Ley N.º 26636 y ser absolutamente arbitraria.**

**Decimo Primero:** El caso en concreto (Agravio N.º 01).- De los actuados, la **parte demandada** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al estimar el contrato de locación de servicios impugnado, en cuanto que la parte demandante ha desempeñado actividades autónomas; agregando que se han ofrecido medios probatorios dentro del cual se aprecia que la prestación realizada ha sido de carácter civil, en el cual se aprecia una falta de acreditación de la remuneración

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que se ha acreditado la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado, en cuanto que la parte demandante ha desempeñado funciones en el área de Finanzas - Apoyo de Documentación, mediante el desarrollo de trabajo administrativo; asimismo, precisa que la remuneración se acredita con los pagos mensuales y el cual no estaba condicionado al cumplimiento de metas específicas.

**Decimosegundo:** Para tal fin, este Colegiado **Superior observa** que las labores desempeñadas por la parte recurrente se han sujetado al régimen laboral de la actividad privada de naturaleza permanente previsto en el Decreto Legislativo N.º 728 desde el 13 de febrero del 2017 hasta el

07 de noviembre del 2018, pues la parte demandante ha acreditado una prestación personal de servicios y el cual no ha sido rebatido probatoriamente por la entidad demandada (conforme al desempeño como trabajador en el área de Finanzas - Apoyo de Documentación); en ese sentido, si se aprecia una prestación continua e ininterrumpida en su calidad de trabajador administrativo. Conforme a esto, si se advierte una prestación personal no cuestionada por la entidad demandada, a través de medios probatorios dentro del cual no se advierte una actividad autónoma, entonces se descarta la posibilidad de la constitución de rasgos esenciales por el cual se pueda descartar la aplicación de la presunción de laboralidad regulado en el numeral 2° del artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N.° 29497.

En ese sentido, en base a la prevalencia de la presunción de laboralidad ante la falta de algún elemento de prestación autónoma dentro del periodo demandado, se observa la prevalencia de la declaración de una relación laboral a plazo indeterminado sobre elementos parciales de prestación ante otras instituciones privadas; más aún si se aprecia la permanencia de las labores dentro del periodo demandado.

**Décimo Tercero:** Asimismo, en base a la valoración del documento denominado “Requerimiento de contratación - Términos de referencia”, adjunta dentro de la Carta N.° 118-OFA-GRDA-ESSALUD- 2017, se aprecian las siguientes obligaciones:

- a) Llevar a cabo la recepción y clasificación de los documentos para su distribución a las áreas internas y externas de la Red Desconcentrada Almenara.
- b) Clasificar y codificar los documentos de acuerdo a los procedimientos técnicos para su custodia, conservación y archivamiento.
- c) Organizar el acervo documentario referido a la gestión administrativa.
- d) Apoyar en la recepción, clasificación y distribución de los documentos, así como la generación de copias y otras labores propias de la oficina.
- e) Velar por la seguridad y mantenimiento de los bienes asignados para el cumplimiento de sus labores.
- f) Realizar el seguimiento de los documentos remitidos según tramite documentario a cada analista de contabilidad, presupuesto, tesorería, facturación y cobranza.
- g) El sistema de tramite documentario debe estar actualizada a fin de no tener documentos pendientes e ingreso y salida.
- h) Redactar correspondencia (cartas, memorándum, cartas circulares, etc.)
- i) Coordinar y mantener permanentemente informe al jefe del área sobre las actividades que desarrolla y cumplir otras funciones afines que se le asigne.

Conforme a esto, también se estiman elementos probatorios suficientes para poder estimar la constitución del elemento de subordinación dentro del presente proceso, el cual se advierte que el desempeño de las labores conforme a los dictámenes e indicaciones ordenadas por el empleador; así como las múltiples obligaciones que no se someten a una sola prestación autónoma de servicios.

**Décimo Cuarto:** En efecto, mediante la aplicación directriz de la presunción de laboralidad sobre los demás elementos de la relación laboral; no se necesitará demostrar (por parte de la accionante) algún rasgo de subordinación o elemento probatorio indiciario (tal como la forma regular de pago conforme a la órdenes de servicios), por cuanto que la presunción de laboralidad solamente necesita la determinación de una prestación personal de servicios y ser una carga de las empresas codemandadas sobre la falta de subordinación; más aún si la remuneración se encuentra agregada dentro de lo señalado y probado en el presente proceso.

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

.....

**Décimo Quinto: Del derecho constitucional a la Función Pública.** - Desde hace varias décadas, el acceso a la función pública mediante igualdad de oportunidades ha constituido uno de los pilares fundamentales dentro del empleo público, por cuanto el presente derecho garantiza que todos los ciudadanos de la República del Perú puedan participar dentro de la administración de la cosa pública; en cuanto que el Estado obliga a los funcionarios públicos que los ciudadanos puedan realizar una carrera administrativa bajo igualdad de condiciones y conforme a un régimen laboral que permita la posibilidad de ascender meritocráticamente.

Para tal condición, no se deberá olvidar que el artículo 40 de la Constitución Política del Perú ha reconocido a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional y tutelar, precisando que por Ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores; por lo tanto, el acceso de la función pública se encuentra constituida como un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.

**Décimo Sexto:** Sobre esto, también existe reiterada jurisprudencia con respecto a la vigencia superior del acceso a la función pública conforme a una igualdad de condiciones; en cuanto que a través del Exp. N.º 0025-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional ha admitido el privilegio del mérito con respecto al acceso a la administración pública, dado que:

*“(...) 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 (...) 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 a acceso a la función pública de las personas (...) Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformatar 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 (...)”*

Conforme a tal mandato, no se deberá olvidar que el presente derecho constitucional reitera al Estado Peruano una obligación a los funcionarios públicos que los ciudadanos puedan realizar una carrera administrativa bajo igualdad de condiciones y conforme a un régimen laboral que permita la posibilidad de ascender meritocráticamente.

**Décimo Séptimo: Respecto a la aplicación del precedente vinculante recaído en el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC expedido por el Tribunal Constitucional.** - De conformidad a lo regulado en el precedente vinculante Huatuco Huatuco, expedido mediante sentencia recaída mediante el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC por parte del Tribunal Constitucional, se ha precisado que el ingreso, permanencia y ascenso a la administración pública, se basará mediante la meritocracia y en salvaguarda de la carrera administrativa ante casos de reposición de trabajadores del sector

público; en donde el accionante que se encuentre solicitando la reincorporación al puesto de trabajo, deberá acreditar la existencia de un concurso público respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

Es por ello que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que solo será aplicable dicho precedente siempre que se presenten los siguientes elementos:

i) cuando el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y, ii) debe pedirse la reposición en una plaza vacante, presupuestada y que forme parte de la carrera administrativa, al cual corresponde acceder por concurso público de méritos; para ello, se ha detallado en forma expresa:

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

**Decimooctavo:** Por el contrario, si bien es verdad que un precedente vinculante es un mandato de obligatorio cumplimiento dentro de los procesos ordinarios, debido a las diversas interpretaciones discordantes en la práctica jurisdiccional, la Corte Suprema de la República mediante Casación N.º 12475- 2014-Moquegua<sup>10</sup> determinó como criterio jurisdiccional de obligatorio cumplimiento una lista no taxativa de supuestos en los cuales no se aplica el citado precedente, tal como en aquellos casos en donde se aprecie la constitución de un contrato administrativo de servicios CAS mediante un régimen puro.

Asimismo, a través de la emisión del Exp. N.º 06681-2 013-PA/TC, el propio Tribunal Constitucional ha señalado oportunamente que tampoco procederá la aplicación del citado precedente vinculante cuando se advierte que la labor de la parte demandante no se encuentra dentro de la carrera administrativa o no se ha determinado probatoriamente tal acceso meritocrático; por lo que, en base a la aplicación de la figura denominada *distinguishing* (propio del derecho anglosajón), se aprecia la existencia de reiterados supuestos de inaplicación en donde se omite el requisito previo del concurso público y la plaza presupuestada con el objeto de evaluar la nulidad de Despido.

**Décimo Noveno: El rol unificador del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República ante la valoración de los precedentes vinculantes y el *distinguishing*.**- Si se tiene presente que la doctrina constitucional ha establecido constantemente que el Tribunal Constitucional posee un poder uniformizador en la interpretación entre los poderes del Estado en relación con la Constitución Política del Perú<sup>11</sup>, pues la legitimidad de sus decisiones ha sido el elemento principal para poder hacer no puedan ser cuestionadas y sean objeto de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, aún en materia de aplicación del *Distinguishing* dentro de los propios procesos constitucionales.

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

Asimismo, a través de la expedición de diversos fallos realizados por la Corte Suprema de la República, la máxima instancia jurisdiccional ordinaria también ejerce un efectivo un control de la interpretación y una **unificación de la jurisprudencia a nivel ordinario laboral**, pues (a través de sus diversas ejecutorias o consultas de interpretación) se ha garantizado la prevalencia del

derecho constitucional a la igualdad y la aplicación del derecho a la seguridad jurídica sobre las diversas controversias originadas a causa de una dispar interpretación realizado en los órganos jurisdiccionales inferiores, o, a través de **la delimitación de los supuestos de inaplicación de ciertos precedentes vinculantes en materia constitucional** (conforme a la aplicación del propio método del distinguishing).

En se sentido, a través del Recurso Extraordinario de Casación, la Corte Suprema garantiza la predictibilidad de los fallos dentro del sistema de justicia ordinario, conforme al cumplimiento de una función nomofiláctica y el delineamiento de la interpretación de la Ley<sup>12</sup>, en donde su cumplimiento deberá ser acatado por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía.

**Vigésimo:** Tan es cierto lo afirmado, que la propia doctrina civil y constitucional ha reafirmado que, mediante la aplicación de la casación, se podrá unificar la jurisprudencia, es decir, mediante el trato igual de casos iguales, el recurso extraordinario podrá generar un beneficio tan relevante como el de asegurar la igualdad en la aplicación de la ley: incrementar la seguridad jurídica<sup>13</sup>.

Por lo que, al tener presente que la Corte Suprema de la República y el propio Tribunal Constitucional han establecido jurisprudencialmente que el precedente vinculante, recaído en el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC podrá ser inaplicado en supuestos específicos o concretos; por lo que, considerando los supuestos fácticos dentro de cada caso, este **Colegiado Superior** también considera expresamente que se deberá reconocer estrictamente aquellos supuestos de inaplicación establecidos en la sentencia recaída en el Exp. N.º 06681-2013- PA/TC, pues se deberá partir por el rol que no todos los trabajadores pueden exigirse un concurso público y una plaza presupuestada, si no se demuestra un concurso público o una modalidad meritocrática de ascenso.

**Vigésimo Primero: El caso en concreto (Agravios N.º 03).** - La **parte demandada** reitera que órgano jurisdiccional de primera instancia incurre en error al momento de admitir una reposición al puesto de trabajo por la constitución de un despido; por cuanto la parte demandante no ha demostrado un acceso a la función pública conforme a concurso público y sujeto a una plaza presupuestada.

Así, en base a la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado, se podrá apreciar que el cese de la relación laboral se ha producido mediante un despido incausado.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** no realiza un pronunciamiento correspondiente a la aplicación del Exp. N.º 5057-2013-PA/TC dentro del presente caso.

**Vigésimo Segundo:** Para tal fin, este **Colegiado Superior** no comparte íntegramente los agravios formulados por la parte demandada, en cuanto se podrá apreciar que los requisitos establecidos por el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC solamente podrán ser aplicados para aquellas actividades que han formado parte de la carrera administrativa o dentro los cuales si se ha podido demostrar probatoriamente aquella posibilidad meritocrática.

Por consiguiente, al tener presente que la parte demandante realizaba la labor de apoyo a la documentación dentro del área de Finanzas – Apoyo de Documentación, se podrá apreciar concretamente que el citado precedente vinculante no podrá ser aplicado bajo las presentes circunstancias; por cuanto no se aprecian elementos materiales dentro del cual se pueda apreciar que el trabajador demandante se encontraba dentro de la carrera administrativa o si mínimamente la parte demandada ESSALUD haya podido ofrecer medios probatorios para poder apreciar que la parte demandante ha estado en las condiciones materiales para poder postular a los concursos públicos.

**Vigésimo Tercero:** En efecto, se ha considerado que la parte demandante se ha encontrado excluida de los presupuestos requeridos dentro del Exp. N.º 5057-2013-PA/TC expedido por el

Tribunal Constitucional, pues este propio órgano de control de la constitución estableció posteriormente, dentro del Exp. N.º 06681-2013-PA/TC, que tal requisito procesal solamente se aplicaría dentro de aquellos supuestos que formarían dentro de la carrera administrativa o se fijaran elementos procesales para poder observar un tipo de acenso meritocrático, por cuanto:

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

En consecuencia, al existir una causal clara de inaplicación del citado precedente en el presente caso en concreto y en concordancia de los criterios ya establecido por el Tribunal Constitucional dentro del Exp. N.º 06681-2013- PA/TC; se deberá evaluar la constatación de un Despido Nulo dentro del presente extremo, así como la posibilidad que la parte demandante pueda acceder a la medida constitucional reparadora de la reposición al puesto de trabajo. Agregando consecuentemente las causales de inaplicación específicas establecidas dentro de la Casación N.º 12475-2014-Mo quegua por parte de la Corte Suprema de la República, dentro del cual se ha establecido expresamente que no procederá aquel requisito normativo si se advierte una pretensión de nulidad de despido (tal como se podrá apreciar dentro del presente caso).

Conforme a los presentes fundamentos, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse la sentencia dentro del presente extremo.

.....

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

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

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

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

En efecto, tal como lo desarrollado en el Exp. N.º 1 124-2001-AA/TC y N.º 976- 2001-AA/TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que la reposición al puesto

de trabajo es una forma válida y constitucional de reparación al derecho vulnerado y el cual posee un efecto erga omnes, por cuanto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ello, la doctrina refiere que todo trabajador que fuese despedido luego de interponer alguna queja o reclamo en contra de su empleador y considere que el motivo de su desvinculación se ha sujetado en el interés de búsqueda hacia una tutela efectiva, podrá cuestionar judicialmente la nulidad de su despido, debiendo acreditar (en este caso) que el despido se realizó a causa del reclamo efectuado<sup>14</sup>; asimismo, la propia teoría jurídica precisa que cuando se defina la causal concerniente a una queja o reclamo contra el empleador, se referirá a una disconformidad con respecto a alguna situación o tema en particular, cuya acción no tendrá que ser planteado ante

un mismo empleador, sino ante órganos especializados de resolver la controversia, según corresponda<sup>15</sup>.

**Vigésimo Octavo:** Ahora, si bien es verdad que la doctrina nacional y la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) siempre han señalado que esta causal solamente se configurará ante la presentación de una queja ante órganos administrativos, conciliatorios o judiciales que no sea el empleador (con relación al Convenio N.º 158 de la OIT<sup>16</sup>); pero, a nivel internacional y jurisprudencial, actualmente esta instancia superior también se encuentra tutelando la protección dentro de la etapa de ejecución de sentencia, pues ahora no es necesario que la causal de despido nulo por queja se encuentre encasillada a la presentación de una queja ante las autoridades judiciales y administrativas correspondientes, pues actualmente se admite la posibilidad que la referida queja sea presentada ante el propio empleador o que el acto judicial se encuentre en ejecución de sentencia.

De esta manera, a través de la Casación N.º 12914-20 14-Junín y N.º 8984- 2016-Lima expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se detalla lo siguiente:

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

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

**Vigésimo Noveno:** El caso en concreto (Agravio N.º 02). - De los actuados, la **parte demandada** reitera que el órgano jurisdiccional de primera instancia comete un error al momento de considerar que la extinción de la relación laboral se ha producido a causa de un despido nulo en base a la presentación de una queja, por cuanto se deberá tener presente que la parte demandante ha sido despedida (el cual se ha realizado de manera verbal) por haber brindado información falsa contra el empleador.

Tampoco se ha considerado que la labor realizada por Sunafil ha sido realizada de oficio, por lo que no se puede admitir un supuesto relacionado con la presentación de una queja de parte.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que el cese de la relación laboral se produjo a consecuencia de un Despido Nulo contemplado en el inciso c) del artículo 29 de la LPCL, por cuanto que la parte demandante ha sido cesada a causa de haber colaborado dentro del procedimiento de inspección, a través del traslado de información a la inspectora Rocío Aranda Crisologo respecto a la situación de los trabajadores del Centro de Atención Primaria Alfredo Piazza.

**Trigésimo:** Para tal fin, este **Colegiado Superior** observa que, con respecto a la constitución de un Despido Nulo a consecuencia de la aplicación del inciso c) del artículo 29 de la LPCL, se

podrá apreciar que la parte demandante colaboró dentro del procedimiento de inspección administrativa N.º 20007-2018-Sunafil/ILM, mediante el traslado de información requerida a la inspectora de trabajo; el cual posteriormente fue considerado por la empleadora como falta grave y objeto de un despido sin estar sujeto a un procedimiento de despido.

En ese sentido, si se advierte que la parte demandante estaba trasladando los problemas laborales de los trabajadores del Centro de Atención Primaria Alfredo Piazza, ubicado en la Calle Las Lilas N.º 223 - 225, Lince - Lima; se podrá apreciar que el cese de la relación laboral se ha producido a causa de la formulación de una queja contra el empleador, en tanto que la parte demandante ha sido cesada a causa de trasladar documentación dentro del cual se acreditaba el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de ESSALUD, el cual se agrava por considerar tal conducta como un acto de mala fe contemplada en el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, así como el despido inmediato y carente de razonabilidad - legalidad (el cual ha sido reconocido por la entidad demandada dentro de su recurso de apelación).

Por tales consideraciones, pronunciándose sobre el fondo de la controversia, si se aprecia la constitución de un Despido Nulo estipulado en el inciso c) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR., por cuanto que la inmediata ejecución del despido ha tenido como finalidad evitar que la parte demandante pueda seguir colaborando con el rol inspectivo ordenado a través de la inspección administrativa N.º 20007-2018-Sunafil/ILM; el cual tampoco ha sido cuestionado por la parte demandada.

Con razón a ello, **tampoco corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiéndose confirmar la sentencia dentro del presente extremo.

.....

**Trigésimo Primero: Respecto a finalidad de tutela de los derechos fundamentales.**-Al respecto, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicable de manera supletoria al presente proceso, ha previsto que los procesos constitucionales (tales como los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, cumplimiento, etc.) tendrán por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo al estado anterior la violación o amenaza de violación de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Para ello, la doctrina nacional actualmente ha referido que la tutela restitutoria de los procesos constitucionales, el cual podrá aplicarse a los procesos ordinarios, se concentrarán en la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza<sup>17</sup>; en donde esta reposición al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental se concentrará en restituir al accionante el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenida, conforme al reconocimiento judicial o derecho pre existente<sup>18</sup> al momento de haberse constituido la vulneración; garantizándose de esta manera el ejercicio del derecho vulnerado que ha dado origen al procedimiento judicial, es decir, cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos<sup>19</sup>.

De la misma forma, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha sostenido progresivamente que la reparación constitucional del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye **el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo**<sup>20</sup>, más el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales; por lo que, en su propia jurisprudencia, la referida Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que

comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la restitución íntegra, la indemnización, satisfacción, o de garantías de no repetición.

**Trigésimo Segundo:** En tal dirección, a través de reiterada jurisprudencia, tal como lo desarrollado en los expedientes N.º 0976-2001-AA/TC, N.º 0253-2003-AA/TC y N.º 03052-2009-PA/TC, el TC ha dejado expresa constancia de la presente garantía a nivel de restituciones (en el presente caso reposiciones laborales) de los derechos fundamentales señalados, al momento de precisar:

*“(…)Teniendo en cuenta la propia finalidad del amparo, que es la de “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N.º 28237, debe concluirse, que **verificado que sea la existencia de una lesión de derechos fundamentales**(…)carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos (…).”*

**Trigésimo Tercero: El caso en concreto.** - De los actuados, en el presente proceso, este **Colegiado Superior** considera que, al haberse declarado fundada la demanda, será válida la restitución de sus derechos vulnerados y el reconocimiento de las remuneraciones devengadas; por cuanto la misma ha guardado relación con la eficacia de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; por consiguiente, el cálculo de los devengados se realizará en la etapa de ejecución de sentencia.

.....

### **III. Parte resolutive:**

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

#### **Ha resuelto:**

**1.- Confirmar** la Sentencia N.º 2021-JNLPT contenida mediante Resolución N.º 06, de fecha 31 de mayo de 2021, en el cual se declaró fundada la demanda, ordenándose:

- a) El reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado desde el 13 de febrero del 2017 hasta el 07 de noviembre del 2018, conforme a la vigencia del régimen laboral de la actividad privada prevista en el Decreto Legislativo N.º 728.
- b) Reponer a la parte demandante su puesto de trabajo o en uno de similar categoría, así como el pago de remuneraciones devengadas; a consecuencia de la constitución de un despido nulo.
- c) Abonar los intereses legales y costos procesales, los cuales se determinarán en etapa de ejecución de sentencia. Sin costas procesales.

En los seguidos por **Elizabteh Baylon Leonardo contra la Red Desconcentrada Almenara del Seguro Social de Salud - ESSALUD**, sobre desnaturalización de contrato y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese. -

---

1 Landa Arroyo Cesar, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. Palestra, Lima, 2018, Pág. N.º 532.

2 Ibidem, pág. 532

3 Cornejo Vargas Carlos, “Algunas consideraciones sobre la contratación laboral”, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, N.º 37, Pág. N.º 138 - 150.

4 Sanguinetti Raymond Wilfredo, "Locación de Servicios y Contrato de Trabajo: Balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil", publicado como estudio introductorio a la segunda edición del libro "El contrato de locación de servicios", Lima, Gaceta Jurídica, 2000, Pág. N.º 13-31.

5 El artículo 4º del Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N.º 003-97-TR prevé en forma expresa que "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".

6 De Ferrari Francisco, "Derecho del Trabajo", Segunda Edición, Volumen II, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1969, Pág. 73.

7 Gomes Valdez Francisco, "El Contrato de Trabajo", Parte General, Tomo I, Edit. San Marcos, Pág. N.º 109.

8 Criterios desarrollados en forma clara y expresa por el Tribunal Constitucional a través de los expedientes N.º 833-2004-AA/TC y N.º 1944-2002-AA/TC.

9 Arbulu Alva Luis, "La consideración y aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección de Trabajo", Revista Derecho y Sociedad N.º 24, Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Pág. N.º 230 a 239. Para ello, el presente trabajo se podrá revisar en el siguiente enlace: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16972/17273>

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

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

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

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

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

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

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

11 Landa Arroyo Cesar, "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional", Revista Ius Et Veritas N.º 32, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N.º 249 a 262. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/12391-49288-1-PB.pdf>

12 Para el autor Velasco Gallo Francisco, en su obra "La Casación Civil" publicada en la Revista Derecho 48/1994, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Pág. N.º 51 a 56, ha sostenido que el recurso se ha establecido también para lograr la unidad de la jurisprudencia, porque no menos importante que velar por la aplicación de la norma jurídica es la necesidad de la unificación de su interpretación. Como acertadamente lo asevera la doctrina, la tutela de la ley y la unificación de la jurisprudencia no constituyen dos fines distintos y separados del recurso de casación; corresponden más bien y en rigor jurídico a dos aspectos de una función única que se compenetran y combinan, dado que mediante la unidad jurisdiccional se consigue igualmente la recta aplicación de la ley, pues se evitan interpretaciones que sean contrarias a su verdadero sentido y alcance.

El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaCasacionCivil-5084565.pdf>

13 Delgado Castro Jordy y Diaz Garcia Ivan, “*La unificación de la jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario. Ventajas y Problemas*”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 18, N.º 02, Coquimbo, 2011, Pág. N.º 275 a 304. El presente trabajo lo podrá realizar en el siguiente link: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532011000200010](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200010)

14 Toyama Miyagusuku Jorge, “*Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo*”, Revista lus et Veritas, N.º 52, Julio, 2016, Pág. N.º 232-257

15 Ídem, Pág. 236

16 El artículo 5º del Convenio N.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que, ente estos motivos, no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo:

(a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

(b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

**(c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.**

(d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

(e) La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

17 Eguren Praeli Francisco Jose, “*La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias*”, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N.º 25, Pág. N.º 144 a 149.

18 Tal como lo señalado por el autor Nestor Sagués Pedro en su libro “*Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo*”, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1988, Pág. 433; la ley de amparo posibilita una variada gama de conductas que pueden imponerse al accionado, en donde la demanda de amparo tendrá efectos restitutorios, pues tienden a impedir que se consuma la lesión si el acto no ha tenido principio de cumplimiento, lo suspende si ha comenzado a cumplirse y en cuanto a lo ya cumplido retrotrae las cosas al estado anterior, si es posible.

19 Eguren Praeli Francisco Jose, “*La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias*”, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N.º 25, Pág. N.º 144 a 149.

20 Faundez Ledesma Hector, “*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*”, citado por Eguren Praeli Francisco Jose en su obra “*La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias*”.

Documento publicado en la página web del Poder Judicial.