

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

Sumilla: El trabajador que no ingresa a la administración pública a través de un concurso público de méritos, conforme al artículo 5° de la Ley N° 28175, no tiene derecho a reclamar la reposición en el empleo conforme al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el Precedente Vinculante N° 05057-2013-PA/TC JUNÍN y por la Corte Suprema de Justicia en la Casación Laboral N° 11169-2014-LA LIBERTAD.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTA; la causa número trece mil seiscientos noventa y seis, guion dos mil diecisiete, guion **LIMA** y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, **Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS**, mediante escrito presentado el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, que corre de fojas seiscientos diez a seiscientos treinta y uno, contra la **Sentencia de Vista** del veintiséis de abril de dos mil diecisiete, que corre de fojas seiscientos tres a seiscientos siete, que revocó **la sentencia apelada** del trece de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos treinta y nueve a quinientos cuarenta y cinco, que declaró infundada la demanda y *reformándola* la **declararon fundada**, disponiendo la reposición laboral del actor; en el proceso seguido por el demandante, **Florencio Juan Calixto Guzman**, sobre Reposición laboral y otros.

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha diez de mayo de dos mil diecinueve, que corre en fojas noventa y siete a ciento tres, por las siguientes causales: **i) infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; y ii) Apartamiento del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC**. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Primero: Antecedentes del caso

a) De la pretensión

Se aprecia de la demanda que corre de ochenta y ocho a ciento quince, subsanada mediante escrito obrante de fojas doscientos cuatro a doscientos dieciséis, el actor pretende la reposición en su centro de labores afirmando haber sido objeto de un despido fraudulento, por la causal prevista en el literal c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el reconocimiento de la compensación por tiempo de servicios; asimismo, como pretensión subordinada, pretende que se declare la existencia de un despido incausado y se ordene su reposición, respetando la fecha de ingreso, categoría y nivel remunerativo alcanzado, con el pago de remuneraciones dejadas de percibir y el reconocimiento de la compensación por tiempo de servicios, más intereses legales.

b) Sentencia de primera instancia:

El Juez del Tercer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Lima, mediante sentencia de fecha trece de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos treinta y nueve a quinientos cuarenta y cinco, declaró infundada la demanda, argumentando que si bien existe un proceso judicial ante el Tercer Juzgado Laboral de Lima en el que se reconoce al actor como trabajador a plazo indeterminado desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, también lo es que en autos que no obra documento alguno que acredite la continuidad que alega el demandante en la audiencia de juzgamiento, concluyendo que no hubo continuidad entre el contrato indeterminado reconocido por sentencia judicial y el contrato administrativo de servicios; y siendo que la contratación administrativa de servicios es válida constitucionalmente, no resulta procedente su desnaturalización, por lo que, la reposición laboral solicitada resulta infundada.

c) Sentencia de segunda instancia:

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

El Colegiado de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha veintiséis de abril de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos tres a seiscientos siete, revocó la Sentencia apelada, y reformándola declaró fundada y ordenó la reposición del actor, tras considerar que de acuerdo al artículo 55° del Decreto Supremo N° 001-2011-MIDIS se señaló que el personal que se transfiera al MIDIS mantiene su régimen laboral de origen, es decir, el demandante pasó a ser trabajador del MIDIS, respetándose el régimen laboral que ostentaba, esto es, bajo el régimen laboral de la actividad privada y a plazo indeterminado, lo cual quedó acreditado con la sentencia de fecha veinticinco de septiembre de dos mil ocho, emitida por la Primera Sala Transitoria en lo Laboral de Lima, que corre de fojas ocho a doce, mediante la cual se reconoció al actor un contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. En consecuencia, el Colegiado Superior determina que el cese del actor devino en un despido fraudulento, correspondiendo la reposición a su centro de labores.

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. Sobre 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, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: En el presente caso se ha declarado procedente el recurso interpuesto por la entidad demandada, por la causal de ***infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público***, cuyo artículo señala:

“Artículo 5.- Acceso al empleo público

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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.”

Al respecto, cabe acotar que el acceso al empleo público, indistintamente del régimen al que se vincule el servidor, se realiza necesariamente por concurso público de méritos, en un régimen de igualdad de oportunidades¹. Dicha exigencia se encuentra prevista en el artículo 5° de la Ley N° 28175², Ley Marco del Empleo Público y el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023³.

Por otro lado, las leyes de Presupuesto del sector público han señalado desde hace mucha data que está prohibido el ingreso de personal por nombramiento o servicios personales, salvo las excepciones que dicha norma contempla. 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° d el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

Finalmente, debemos señalar que esta Sala Suprema en la Casación N° 11169-2014-La Libertad, de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, respecto al acceso a la función pública ha expresado 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 y cuya inobservancia constituye una infracción al interés 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*

¹ Salvo en el caso de puestos de confianza conforme a los documentos de gestión interna de la entidad (CAP, MOF o Clasificador de Cargos), en los que no se requiere de dicho concurso, no obstante, la persona designada debe cumplir con el perfil mínimo del puesto.

² “Artículo 5.- Acceso al empleo público

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”.

³ “Artículo IV.- El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito”.

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

responsabilidades administrativas, civiles o penales a quien lo promueve, ordena o permita”.

Cuarto: De otro lado se ha declarado procedente la siguiente causal:
Apartamiento del precedente vinculante del Tribunal Constitucional, Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

En los fundamentos 18 y 22, del expediente citado se fija como precedente vinculante⁴:

“18. [...] 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 [...]” .

Asimismo, dispuso que la Sentencia es de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”⁵, incluso en los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

⁴ 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.

⁵ La fecha de Publicación en el diario oficial El Peruano, es el uno de junio de dos mil quince.

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Quinto: En este sentido, esta Sala Suprema concuerda con la Sentencia N° 05057-2013-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 no la reposición**, incluso cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausada o fraudulenta.

Sexto: Pronunciamiento sobre el caso concreto.

De autos se advierte que, la instancia de mérito ordena la reposición del demandante tras considerar que se ha configurado un despido fraudulento, al haberse aplicado para el cese la causal contenida en el inciso c) del artículo 46° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, causal referida a la disolución y liquidación de una empresa y la quiebra, puesto que el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) no se encontró en liquidación ni en quiebra.

Al respecto, corresponde señalar que el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), es una entidad de la Administración Pública, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; 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.

Sétimo: Siendo así, se advierte que el demandante pretende la reposición por despido fraudulento, 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; en concordancia con el artículo 5° de la acotada norma, y en atención a lo establecido en el precedente vinculante, citado en párrafo precedente; lo que genera que la pretensión de reposición sea

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

improcedente, razón por lo que corresponde declarar **fundado** el recurso de casación interpuesto.

Octavo: Sin embargo, sí resulta válido ordenar la indemnización por despido arbitrario, ya que para esta clase de proceso, la reposición se encuentra restringida por haberlo así determinado el Tribunal Constitucional en el precedente en cuestión.

Noveno: Al respecto, es de precisar que en la audiencia llevada a cabo en la fecha de esta sala suprema, el abogado de la parte demandada (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS), ha precisado que se encuentra conforme con otorgar a la demandante la indemnización por despido arbitrario en el presente proceso, de ahí que ante lo expuesto por el recurrente resultaría dilatorio ordenar un nuevo proceso para proceder al cobro de la misma, debiéndose enmarcar la dilucidación de la controversia bajo el principio de celeridad y economía procesal⁶, y ***proceder a ordenar la indemnización correspondiente, la que deberá ser calculada en ejecución de sentencia.***

Décimo: Finalmente, cabe precisar que en anteriores pronunciamientos los señores Jueces Supremos Ubillus Fortini y Yaya Zumaeta se han adherido a resoluciones en donde se ha ordenado que el Juez de primera instancia reconduzca el proceso para que el actor solicite la indemnización que corresponda; pues bien, en el caso concreto y dada las particularidades del mismo, conforme a las atribuciones que confiere el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se varía el criterio para el presente caso, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el considerando precedente.

⁶ Se debe tener en cuenta, que en la **Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo**, se privilegió a la igualdad material y procesal entre las partes, del fondo sobre la forma, el cumplimiento de los principios de oralidad, intermediación, concentración, celeridad, economía procesal, veracidad, socialización, razonabilidad, congruencia, dirección del proceso, entre otros, pero principalmente el espíritu de dicha norma legal fue una real modernización del proceso laboral, privilegiando la igualdad procesal, la efectividad en la resolución de controversias laborales y la oralidad.

En ese objetivo, los jueces laborales deben romper el paradigma de los procesos ineficaces, de excesiva formalidad, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva, apostando por la nueva dinámica contenida en la Nueva Ley Procesal Laboral, en resguardo de la protección de los derechos fundamentales de los justiciables, de conformidad con la Casación Nro. 4791- 2011- MOQUEGUA de fecha uno de junio de dos mil doce, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

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

CASACIÓN LABORAL N° 13696-2017

LIMA

**Reposición laboral y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Por las consideraciones expuestas:

DECISIÓN

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, **Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS**, mediante escrito presentado el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, que corre de fojas seiscientos diez a seiscientos treinta y uno; en consecuencia **NULA** la **Sentencia de Vista** del veintiséis de abril de dos mil diecisiete, que corre de fojas seiscientos tres a seiscientos siete, **y actuando en sede de instancia: REVOCARON** la **Sentencia apelada** de fecha trece de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos treinta y nueve a quinientos cuarenta y cinco, que declaró infundada la demanda; y **REFORMÁNDOLA** declararon: **IMPROCEDENTE** la demanda; **ORDENARON** el pago de la indemnización por despido arbitrario, la misma que se liquidará en ejecución de sentencia; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Florencio Juan Calixto Guzman**, sobre Reposición laboral y otros, interviniendo como **ponente** la señora jueza suprema **Ubillus Fortini**; y los devolvieron.

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

UBILLUS FORTINI

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

ATO ALVARADO

fsm/kabp