

**Señores:**

**CARLOS CASAS**

ESPINOZA MONTOYA

HUERTA RODRÍGUEZ

**Lima, 17 de enero de 2017**

**VISTOS:** En Audiencia Pública de fecha 17 de enero de 2017, e interviniendo como Juez Superior ponente la señora Vilma Carlos Casas;

**ASUNTO:** Es materia de revisión la Resolución N° 03, que contiene la **Sentencia N° 217-2015**, de fecha 22 de octubre de 2015, obrante de fojas 98 a 109, que declara infundada la demanda, en virtud al recurso de apelación interpuesto por el demandante, obrante de fojas 112 a 128.

**Agravios:**

El **demandante** expresa los siguientes agravios:

1. En el proceso se ha acreditado que las labores que realizaba el demandante no eran intelectuales ni de oficina, sino físicas correspondientes a la categoría de obrero.
2. La demandada contrataba al actor mediante contratos administrativos de servicios al amparo de la norma general, D. Leg. 1057, en lugar de aplicar la norma especial, el artículo 37° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
3. Al haberse sometido al actor a un CAS, se omitió otorgar beneficios sociales correspondientes al régimen laboral privado.

4. El demandante ha acreditado que fue cesado incausadamente el 01 de enero de 2015, al haber asumido funciones la nueva administración de la municipalidad.
5. La recurrida resulta errónea dado que al corresponder al actor el régimen privado, del D. Leg. 728, motivo por el cual el cese solo correspondería por alguno de los supuestos de extinción de la relación laboral y no por causal de vencimiento de contrato.
6. En Juez ha errado al no amparar la homologación salarial en relación a los obreros en planillas de la demandada, sin considerar los principios de especialidad, irrenunciabilidad y primacía de la realidad.

#### **CONSIDERANDO:**

**Primero:** De conformidad con el artículo 370°, in fine del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, que –recoge, en parte, el principio contenido en el aforismo latino tantum devolutum quantum appellatum, en la apelación la competencia del Superior solo alcanza a ésta y a su tramitación, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia.

**Segundo:** La presente controversia versa sobre la invalidez de los contratos administrativos de servicios suscritos por las partes desde el 01 de agosto de 2011 y el reconocimiento de una relación laboral del régimen de la actividad privada, como consecuencia, el pago de beneficios sociales. El demandante sostiene que el artículo 37° de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades señala que la condición de obrero municipal

al realizar labores manuales debiera estar sujeto al régimen de la actividad privada condición en la que se encuentra el actor. Por su parte, la demandada, manifiesta que los contratos administrativos de servicios suscritos por el actor se encuentra constitucionalmente reconocidos por sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, resultando válido su celebración.

**Tercero:** La Ley Orgánica de Municipalidades desde su creación ha definido el régimen laboral del personal que labora en su ámbito, acaeciendo en el tiempo modificaciones que en Doctrina se ha denominado sucesión normativa. Así, el artículo 52° de la anterior Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 23853, disponía:

*"Artículo 52.- **Los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las Municipalidades son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública** y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente; (el resaltado es nuestro).*

Dicho artículo fue modificado por la **Ley N° 27469**, quedando redactado del modo siguiente:

*"Artículo 52.- **Los funcionarios y empleados, así como el personal de vigilancia de las municipalidades, son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública** y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente.*

***Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen...**" (el resaltado es nuestro).*

La actual Ley Orgánica de Municipalidades **Ley N° 27972**, que fue publicada el 27 mayo 2003, en su artículo 37° establece:

**"ARTÍCULO 37.- RÉGIMEN LABORAL**

*Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley.*

***Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen."***

**Cuarto:** Cabe la distinción, en consecuencia de un obrero y un servidor público, siendo que el primero realiza labores preponderantemente físicas o manuales y el segundo propiamente intelectuales, y que en el ámbito de las entidades ediles, los obreros pertenecen al régimen privado y los empleados al régimen público, no estando permitido la contratación de un obrero municipal bajo el régimen distinto al que por ley se ha designado.

**Quinto:** No obstante que la Ley Orgánica de Municipalidades ha definido el marco legal de la contratación de los obreros que prestan servicios para las municipalidades, **la demandada optó por contratar al trabajador bajo contratos administrativos de servicios.** Al respecto es menester mencionar que si bien la emplazada tiene derecho a la contratación de sus servidores, **éstas deben realizarse en concordancia con el artículo 2° numeral 14° de la Carta Magna el cual reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.** De este modo, si el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos de modo pleno, o los vacía en su contenido, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud previsto en la norma fundamental se ve vulnerado. En este sentido, queda claro que la suscripción de contratos CAS, de acuerdo al Régimen del Decreto Legislativo N° 1057 y sus modificatorias, desde el 01 de agosto de 2011 por parte del actor, atenta contra lo señalado en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, ya que esta norma especial establece que el Régimen laboral de los obreros es el régimen laboral de la actividad privada. La Ley Orgánica de Municipalidades detenta un carácter de Ley Orgánica, primando, por ende, por sobre cualquier otra ley.

**Sexto:** Cabe indicar que esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, en el expediente **N.° 02168-2013-PA/TC**, en el cual se discutía si un sereno debía ser considerado como un trabajador obrero, así el Máximo Interprete de la Constitución señaló: "Respecto a la naturaleza de las labores que desarrolló el recurrente, este Colegiado estima que no pueden considerarse eventuales, toda vez que, como lo ha establecido en reiterada y uniforme jurisprudencia, la labor del personal de seguridad ciudadana constituye una prestación de naturaleza permanente en el tiempo, por ser una de las funciones principales de las municipalidades, por lo que no se justifica que se prescinda de la prestación de sus servicios, dado que, como es evidente, no se puede prescindir del servicio de seguridad ciudadana porque, como ya se dijo, este obedece a una necesidad permanente que debe ser satisfecha por todo gobierno local."

**Séptimo:** Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencias recaídas en los Expediente N° 1683-2008-PA/TC, N° 2191-2008-PA/TC, N° 6321-2008-PA/TC, en casos similares a presente materia de controversia; un vigilante, guardián nocturno o sereno de la guardia ciudadana - situación en la que se encuentra el actor-; tienen la condición de obreros y pertenecen al régimen de la actividad privada, dado que desarrollan actividades de naturaleza permanentes.

**Octavo:** Ahora bien, en el presente caso, de la labor realizada por el actor y al cargo que ostentaba, esto es el de sereno, conforme aparece en el fotocheck corriente a fojas 3 y los recibos por honorarios obrantes de fojas 5 a 13, corresponde declarar la invalidez de los contratos administrativos de servicios suscritos desde el 01 de agosto de 2011 y reconocer una relación laboral bajo los alcances del régimen de la actividad privada, en consecuencia se ordena el pago de los beneficios sociales que el D. Leg. 728 establece. En ese sentido el sustento de la demandada, sobre la constitucionalidad de los CAS, emitido la STC N° 00002-2010-PI-TC, no es posible ser invocado en el presente caso, dada

que la condición en la que se encuentra el actor es diferente de la situación del análisis efectuado en dicho precedente. Así mismo, las comunas cuentan con norma propia; esto es la Ley 27972, "Ley Orgánica de Municipalidades", que establece su creación, origen, naturaleza, autonomía, organización, finalidad, tipos, competencias, clasificación y régimen económico, en tanto que la comparación realizada por el A quo, en la recurrida en relación de trabajadores de otras entidades, escapa del objeto de la presente *litis*, siendo esto así corresponde estimar los agravios alegados por el demandante, revocar la sentencia y declarar fundada la demanda de reconocimiento de una relación laboral y pago de beneficios sociales, debiendo la demandada abonar a favor del actor la suma de **S/.12,663.98**, conforme a la siguiente liquidación:

GRATIFICACIONES

MES - AÑO	SUELDO BASICO	N° DE MESES	TOTAL GRATIF.	Pago DDA CAS	REINTEGRO
dic-11	1,160.00	5	966.67		966.67
jul-12	1,120.00	6	1,120.00	300.00	820.00
dic-12	1,200.00	6	1,200.00	300.00	900.00
jul-13	1,160.00	6	1,160.00	300.00	860.00
dic-13	1,120.00	6	1,120.00	300.00	820.00
jul-14	1,160.00	6	1,160.00	300.00	860.00
dic-14	1,200.00	6	1,200.00	300.00	900.00
				<b>TOTAL</b>	<b>6,126.67</b>

BONIFICACION LEY N° 29351

MES - AÑO	GRATIF.	ASIG. EXT. 9%
dic-11	966.67	87.00
jul-12	1,120.00	100.80
dic-12	1,200.00	108.00
jul-13	1,160.00	104.40
dic-13	1,120.00	100.80
jul-14	1,160.00	104.40
dic-14	1,200.00	108.00
<b>TOTAL</b>		<b>713.40</b>

COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS

PERIODOS	SUELDO BASICO	PROM. GRATIF.	REMUN. COMPUTABLE	N° DE MESES	REINTEGRO
oct-11	1,160.00		1,160.00	3	290.00
abr-12	1,120.00	161.11	1,281.11	6	640.56
oct-12	1,120.00	186.67	1,306.67	6	653.34
abr-13	1,160.00	200.00	1,360.00	6	680.00
oct-13	1,120.00	193.33	1,313.33	6	656.67
abr-14	1,160.00	186.67	1,346.67	6	673.34
oct-14	1,200.00	193.33	1,393.33	6	696.67
dic-14	1,200.00	200.00	1,400.00	2	233.33
<b>TOTAL</b>					<b>4,523.91</b>

VACACIONES

PERIODO	REINTEGRO
V.T. 5M	<b>500.00</b>

ESCOLARIDAD

AÑOS	BASE LEGAL	REINTEGRO
2013	DS N° 03-13-EF	400.00
2014	D.S. N° 01-14-EF	400.00
<b>TOTAL</b>		<b>800.00</b>

RESUMEN

CONCEPTOS	IMPORTES
GRATIFICACIONES	6,126.67
BONIFICACION LEY N° 29351	713.40
COMP. TPO. SERVICIOS	4,523.91
VACACIONES	500.00
ESCOLARIDAD	800.00
<b>TOTAL BBSS</b>	<b>12,663.98</b>

**Noveno:** En cuanto a la pretensión del actor de reposición a su centro de trabajo, por haber sido objeto de un despido incausado, se aprecia a

fojas 16, la Constatación Policial de fecha 01 de enero de 2015, en la cual se refiere que a los trabajadores que se desempeñaban como serenazgo no se les permitía el ingreso a la Municipalidad de Lima, lo cual ha sido aceptado por la demandada quien alega que el actor fue cesado el 31 de diciembre de 2014, conforme a los contratos suscritos por aquel, con lo cual queda acreditado que la demandada no ha cumplido con expresar causal alguna para separar al actor de su centro de labores, limitándose a manifestar que su contrato administrativo de servicios a vencido, configurándose de esta manera un despido incausado, motivo por el que corresponde declarar fundada la pretensión del actor, y ordenar su reposición a su centro de labores.

**Décimo:** En cuanto al pedido de homologación del actor con el personal obrero de la Municipalidad, debe indicarse que la Ley N° 29497, Ley Procesal del Trabajo, señala respecto a las reglas especiales de la carga de la prueba lo siguiente:

**23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.** (...) 23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal. (...) 23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad (...).

**Undécimo:** El Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N° 2510-2002-AA/TC, que: *"Si bien es cierto que los demandantes alegan que se ha violado el derecho constitucional a la igualdad, es necesario señalar, como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato".*

**Duodécimo:** La Corte Suprema de la República en la CAS.LAB. N° 1790-2012-La Libertad, ha señalado que: *"La sentencia de vista expresa un diminuto discernimiento respecto al contenido del derecho a la igualdad y sobre la discriminación en materia laboral (...) asimismo, la sentencia recurrida adolece de congruencia, pues no disgrega de manera clara y precisa, si durante el periodo objeto de reclamo, el accionante ha desempeñado funciones similares, pues no resulta suficiente considerar que por el solo hecho de tener el actor con la supuesta homóloga el cargo de registrador, le asistiría la homologación de la remuneración, sino requiere un mayor análisis comparativo, toda vez que la demandada, alega que han desarrollado trabajos distintos; además, la decisión judicial materia de casación no se sustenta en un razonamiento lógico derivado de los hechos probados que sustentan las diferencia remunerativas, como son el mayor tiempo de servicios; por otro lado, la Sala debe partir su análisis por conceptuar qué implica el cargo y qué la categoría, la formación profesional, entre otros, pues no puede homologarse a dos trabajadores simplemente porque tienen una misma denominación de cargo.*

*Finalmente, la valoración de los medios de prueba debe ser producto del análisis conjunto y razonado de las mismas.”*

**Decimotercero:** Es preciso señalar que de la Casación N° 208-2005-Pasco, la Corte Suprema de la República ha establecido criterios mínimos que deben ser considerados para la procedencia de la homologación pretendida por un trabajador y por ende la existencia de discriminación salarial entre éste y otro trabajador homólogo, tales aspectos son: *“a) la procedencia del homólogo con el cual se realiza las comparaciones; b) la categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y el demandante; c) la antigüedad laboral en la empresa, las labores realizadas de ser el caso, diferenciar de forma diferenciada los conceptos remunerativos que se perciban en ambos casos, entre otros que se consideren necesarios”*. Se puede aunar a los criterios antes descritos el perfil o la formación profesional requeridos; y que por ende la diferenciación tenga como base la violación al derecho a la igualdad.

**Decimocuarto:** En el presente caso, del estudio de autos, no se aprecia que el actor haya presentado medio de prueba para realizar el análisis correspondiente a fin de verificar si la remuneración percibida por aquél, resulta inferior a la percibido por un obrero municipal y que el motivo de esta situación sea un trato discriminatorio que se base en criterios subjetivos establecidos de manera discrecional por la demandada.

Por estas consideraciones antes expuestas, administrando Justicia en nombre de la Nación, de conformidad con los artículos II y IV de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelve:

**REVOCAR** la Resolución N° 03, que contiene la **Sentencia N° 217-2015**, de fecha 22 de octubre de 2015, obrante de fojas 98 a 109, que declara infundada la demanda, **REFORMANDOLA** se declara fundada, en consecuencia se ordena el reconocimiento de una relación laboral y el

pago de beneficios sociales por en la suma de **S/.12,663.98 (doce mil seiscientos sesenta y tres mil con 98/100 soles)**, por concepto de beneficios sociales.

**REVOCAR** la Sentencia, en el extremo que declara infundado la reposición del actor a su puesto de trabajo, por haber sufrido un despido incausado, **REFORMANDOLO** se declara fundado, en consecuencia se ordena se reponga al actor en sus labores habituales.

**CONFIRMAR** la Sentencia, que deniega el pedido de homologación del actor.

**CONFIRMAR** en lo demás que contiene.

En los seguidos por **EDWARD KLEIBER CADENA ARRASCO** contra la **MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA**, reconocimiento de vinculo laboral y pago de beneficios sociales; y lo devolvieron al 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.

Notifíquese.-