El Peruano
Firmado por: Editora Peru
Fecha: 18/01/2023 05:55

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

"AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO"

Miércoles 18 de enero de 2023

REPÚBLICA DEL PERÚ

PODER JUDICIAL

X Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional de la Corte Suprema de Justicia de la República

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

X PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

I. EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ A FAVOR DEL VIUDO VARÓN

1. Planteamiento

Se debe partir de la comprensión del principio de igualdad y no discriminación que, con carácter de *ius cogens*, tal como ha sido calificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en senda Jurisprudencia, así como en opinión consultiva[1], se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano[2]; por tanto, es inescindible de su dignidad ínsita.

Tratándose, por tanto, de un principio-derecho reconocido en el consenso jurídico universal, toda situación que genere una distinción de trato respecto de un determinado grupo resulta contraria al mismo, al considerarlo superior o inferior, otorgando un trato discriminatorio de privilegio o de restricción de derechos en su caso.

Dicho principio ha sido recogido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política; al respecto, existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el cual se ha precisado lo siguiente:

> *"[…] -principio- derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. […] Dicha igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas. […] En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres"*[3].

De este principio-derecho, se desprende, igualmente, la proscripción de todo tipo de discriminación que ocasione o provoque una diferencia de trato injustificada, tal como el propio Tribunal Constitucional ha precisado en otro pronunciamiento:

> "19. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.
> 20. Este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva Nº 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación)."[4]

Bajo tales pautas de interpretación, abordaremos el presente tema: **el otorgamiento de la pensión de viudez a favor del viudo varón,** tomando en consideración las posiciones jurisprudenciales conocidas de la interpretación del artículo 32 del Decreto Ley n.º 20530, el mismo que señala:

> *"La pensión de viudez se reconoce de acuerdo a las normas siguientes:*
> *[…]*
> *c) Se otorgará al* **varón sólo [sic] cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y[5] no esté amparado por algún sistema de seguridad social."** *[Resaltado agregado]*

Asimismo, de la que corresponde al artículo 53 del Decreto Ley n.º 19990, el mismo que señala:

> *"Tiene derecho a la pensión de viudez […] El cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta [sic], siempre que el matrimonio se hubiera celebrado*

---

1 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva n.º OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003. Serie A, n.º 18, caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, n.º 127, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239, entre otras.

2 Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, n.º 4.

3 Fundamento 3.1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n.º 0261-2003-AA/TC.

4 Fundamentos 19 y 20 de la STC n.º 01423-2013-PA/TC.

5 Proceso de inconstitucionalidad acumulado: Nos. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AIITC, 004-2005-PI/TC 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, contra la Ley n.º 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley n.º 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley n.º 20530, en el que se declaró inconstitucional el conector conjuntivo "y", del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley n.º 20530, modificado por la Ley n.º 28449; de ello, debe interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, deben considerarse como criterios de evaluación a ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima, según los fundamentos 147 y 148 de la misma.

por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes que éste [sic] cumpla sesenta años de edad si fuese hombre […] o más de dos años antes del matrimonio del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas."

Al haberse desarrollado tanto en la Casación n.º 24314-2017-Lima, del 21 de enero de 2020, expedida por la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, como en las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) n.º 00617-2017 PA/TC, del 18 de noviembre de 2019, y n.º 238/2022, Expediente n.º 03853-2021-PA/TC-JUNÍN, del 22 de julio de 2022, el cual establece la necesidad de una modificación legislativa respecto de este articulado; se declaró, tanto el estado de cosas inconstitucional como la exhortación a los poderes públicos, a fin de adoptar las medidas adecuadas para asegurar la igualdad entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudez, ante la generación de requisitos mayores e injustificados para el viudo varón, que no son exigibles a las viudas mujeres.

Así, la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación en mención precisó la diferencia de tales requisitos en función al sexo del solicitante viudo, conforme se aprecia en el cuadro inserto en dicha Casación y que transcribimos a continuación:

Cuadro[6]
Requisitos de pensión de viudez, Decreto Ley n.º 20530

Artículo 32	MUJER	VARON
Incisos a) y b) establecen diversos montos	Aplicable a toda mujer	Aplicable a todo varón
Sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y (*) no esté amparado por algún sistema de seguridad social	**NO** se le exige el cumplimiento y acreditación de dichos requisitos; se OTORGA la pensión sólo por el hecho de ser mujer y ser la supérstite.	**SI** se le exige el cumplimiento y acreditación de dichos requisitos adicionales, caso contrario se le DENIEGA la pensión, pese a ser el supérstite.

Para lograr una cabal interpretación de la normativa, el Colegiado Supremo aplicó la **perspectiva o enfoque de género**, teniendo en consideración que esta se constituye en un instrumento:

"[…] cuya finalidad es impregnar de manera transversal en las leyes, instituciones y sistemas organizativos de la sociedad, el ideal de igualdad entre varón y mujer —no solo formal, sino también material-; es decir, la transversalidad de género es la aplicación del principio de igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación, de las políticas públicas entre las personas que conviven en una sociedad, de modo que se garantice el acceso a todos los recursos en igualdad de condiciones, se planifiquen las políticas públicas teniendo en cuenta las desigualdades existentes, así como que se identifiquen y evalúen los resultados e impactos producidos en el avance de la igualdad real, logrando que tanto los hombres como las mujeres se encuentren regulados por las mismas reglas y tengan el mismo trato en todos los ámbitos, salvo diferencias naturales, al encontrarse proscritas en el artículo 2º inciso 2) de la Constitución Política del Perú."[7]

En cuanto al citado numeral del Decreto Ley n.º 20530, se resalta la existencia de una contravención al principio-derecho de igualdad y no discriminación, a la luz de dicha perspectiva de género, dado que debería reconocerse a los cónyuges supérstites varones, así como a los integrantes de la unión convivencial en su caso el derecho a obtener una pensión de viudez al fallecer la cónyuge mujer -causante o integrante de la unión convivencial, sin necesidad de exigirle el cumplimiento de una demostración sobre estado de incapacidad que le impida la subsistencia por sí mismo, o demostrar que carece de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o que, en su caso, no esté amparado por algún sistema de seguridad social, presupuestos legales que no fueron previstos para la viuda mujer, quien, conforme a los artículos 25 y 26 del citado cuerpo legal, solo debe acreditar el vínculo matrimonial o unión convivencial preexistente, así como el deceso del cónyuge o integrante de dicha unión convivencial.

Además, debe tenerse en cuenta la data de la legislación bajo comentario: Decretos Leyes n.º 19990 y n.º 20530, expedidos durante 1973 y l974, respectivamente. Es evidente que el legislador peruano de aquel entonces fundamentaba este tratamiento diferenciado hacia las viudas respecto de viudos no dependientes, basado en las que, se consideraba, eran las necesidades supuestamente mayores para las viudas mujeres; es decir, partía de la presunción de que ellas eran siempre personas dependientes, no así en el caso de los varones.

Nos encontramos, pues, ante la necesidad de aplicar este enfoque de género para establecer que esta asignación cultural de roles, basados en el sexo de la persona, mantenía para el varón el rol de *"proveedor no dependiente"*, así como, en el caso de la mujer, el de *"cuidadora doméstica dependiente"*, radicando en el hecho de limitar las labores y campo de acción de la mujer, la que precisamente no podía acceder en las mismas condiciones que los varones a ser parte de la PEA nacional[8], ante las restricciones que padecía tanto a nivel educativo como laboral, lo que evidencia una discriminación basada en el género que, hasta la fecha, sigue perjudicando al sector femenino; discriminación que nos encontramos tratando de sobrepasar como obstáculo para el desarrollo igualitario, gracias a que contamos con una Agenda al 2030 cifrada en los objetivos de desarrollo sostenible, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, dentro de los cuales, precisamente, el n.º 5 es el de igualdad de género[9], así como a políticas nacionales con igual propósito.[10]

---

6 Fundamento 17 de la Casación n.º 24314-2017-Lima.

7 Fundamento 11 de la Casación n.º 24314-2017-Lima.

8 El ingreso gradual de la mujer al campo laboral ha estado ligado a la reducción de la tasa de fecundidad, tal como demuestran los estudios de GRADE. En: https://n9.cl/iz9sd (visitado el 19.12.2022).
Por su parte, la OIT, en la publicación: "América Latina y Caribe: Políticas de igualdad de género y mercado de trabajo durante la pandemia", que a la fecha la participación regional de las mujeres que rondaba 41% a comienzos de 1990 había subido en forma constante hasta 52,3% en el 2019 (promedio de los primeros tres trimestres). En el 2020, en ese mismo periodo, bajó a 47%, aunque ese año el promedio regional llegó a estar en 43%. En: https://n9.cl/snm23 (visitado el 19.12.2022).

9 Objetivos de desarrollo sostenible. En: https://n9.cl/ecj1 (visitado el 19.12.2022).

10 La Política Nacional de Igualdad de Género se aprobó a través del Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP, del 4 de abril de 2019. En: https://n9.cl/4nj8d (visitado el 19.12.2022).

Tomando en cuenta este contexto temporal a la dación de dicho cuerpo legal, se explica por qué a los viudos varones, en la distribución de los beneficios relacionados con la generación de los aportes al Sistema de Pensiones, que en su momento efectuaron sus causantes, no se les considera factible de ser atendidos dentro de la cobertura del Sistema Previsional, sin exigírseles requisitos mayores. Por ello, se requiere ir a la par de la deconstrucción de tales roles culturalmente asignados por el sexo al nacer, al igual que de los estereotipos negativos, tarea en la cual también se encuentra empeñado el Poder Judicial a partir de la incorporación del enfoque de género como metodología de análisis.[11]

Tal desigualdad de trato, que perjudica, como en este caso a los viudos varones, se ha reproducido en diferentes ámbitos y latitudes; por ello, es necesario recordar la impronta de personajes ilustres en la lucha por la igualdad de género, como la prestigiosa integrante de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica: Ruth Bader Ginsburg, quien, en su momento, puntualizó que la aplicación de la perspectiva de género como instrumento de análisis para la interpretación de toda normativa legal, era indispensable para lograr la igualdad, no solo formal, sino, también material, tal como lo demostró, no solo en su actuación en dicho Alto Tribunal como magistrada integrante, sino, desde sus inicios como defensora, destacando precisamente que esta asignación de roles, atributos y funciones perjudicaba tanto a las mujeres como a los varones, por lo que constituía un desafío para toda la sociedad en su conjunto.

Precisamente, dos de los casos que ella patrocinó como defensora fueron efectivamente a favor de viudos peticionantes de pensión, en los cuales se emitieron pronunciamientos que acusaron la desigualdad de trato injustificado a nivel legislativo: Califano/León Goldfarb Expediente n.º 75-699 (1977), y Sthepen Wienselfeld, 420 U. S. 636, 648 (1975); se logró que la Corte Suprema de su país, bajo los alcances de la Quinta Enmienda Constitucional, estableciera que dicha normativa, entonces vigente (42 USC Sección 402), generaba discriminación en cuanto a la cobertura del Sistema Previsional para el otorgamiento de pensión a los viudos cuando limitaba su solicitud al requisito exigido solo para ellos de acreditar haber estado recibiendo la mitad de la manutención por parte de su esposa, al momento del fallecimiento de esta, requisito que la ley no imponía en ningún caso a las viudas.[12]

Por ello, aplicando la perspectiva de género, y el principio de igualdad y no discriminación, también nuestro Tribunal Constitucional, en las dos sentencias antes mencionadas, ha considerado la declaración del estado de cosas inconstitucional precisamente respecto de esta desigualdad de trato en perjuicio del viudo varón, por lo que exhorta tanto al Poder Legislativo como Ejecutivo a remediar, vía las modificaciones, en su caso legislativas y de políticas, que busquen reflejar esta igualdad de trato a favor precisamente de los viudos varones.

El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"Un tratamiento discriminatorio en función del sexo (solo para hombres) no es conforme con la obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión. […] En este caso es claro que el legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado que no contravenía la igualdad. En consecuencia, el tratamiento diferenciado establecido por el extremo que haya estado a cargo de esta (la causante) previsto por el artículo 53 del Decreto ley 19990, no supera el test de necesidad, de modo que debe ser declarado inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad."*[13]

Por ello, se declaró inaplicable dicho artículo, en cuanto se le exigía al viudo acreditar dependencia económica de su causante para tener derecho a la pensión de viudez, criterio que, igualmente, ha reiterado, respecto del Decreto Ley n.º 20530:

> *"25. En consecuencia, para poner fin a esta discriminación por razón de sexo, se establece que los requisitos para otorgar la pensión de viudedad de los varones serán los mismos, en cuanto a edad y a salud, que los establecidos para las mujeres. […]*
> *29. Habiéndose identificado y puesto de manifiesto una diferenciación legislativa, que constituye una discriminación por razón de sexo en perjuicio de los viudos, respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión de viudez, y que esta ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, y que también existe en otros regímenes previsionales, el Tribunal Constitucional estima que corresponde que los Poderes Legislativo y Ejecutivo adopten las medidas necesarias para corregirla, en el plazo de un año, para restablecer la igualdad entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudez."*[14]

Tales criterios son igualmente aplicables, respecto de la interpretación en el caso de los convivientes sobrevivientes varones que acrediten la existencia de la unión convivencial, conforme a la Ley n.º 30907.

Otro argumento que debe incorporarse en la argumentación, al resolver estos casos, es la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia para asegurar el derecho universal de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, instrumento de la Cumbre Iberoamericana al cual se adscribió el Poder Judicial peruano tanto en su versión original: resolución administrativa del Consejo Ejecutivo n.º 266-2010-CE-PJ, del 23 de octubre de 2010, como en el texto actualizado del 2018, mediante la resolución administrativa expedida, del mismo modo, por el Consejo Ejecutivo n.º 000198-2020-CE-PJ, del 30 de julio de 2020, dada la edad vulnerable de los demandantes viudos, máxime si tomamos en cuenta que el Perú ha ratificado la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos de Personas Adultas Mayores[15], precisamente en defensa de sus derechos, dada la vulnerabilidad que, por su edad, les es reconocida.

Asimismo, se debe aplicar el artículo 10, sobre el derecho a la seguridad social, de la Constitución Política del Perú, porque este es un derecho humano fundamental, como lo señala la Organización de Naciones Unidas en el artículo 22[16]

---

11 Acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia n.º 41-2016, Acuerdo Plenario n.º 01-2011, asumiendo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidos en la sentencia del Caso Gonzales vs. México (Campo Algodonero), del 16 de noviembre de 2009 (párr. 502).

12 Casos: Califano vs. Goldfarb, 430 U. S. 199. En: https://www.oyez.org/cases/1976/75-699 (visitado el 19.12.2022), y Weinberger vs. Wiesenfeld, 420 U. S. 636, 648 (1975). En: https://www.oyez.org/cases/1974/73-1892 (visitado el 19.12.2022).

13 Fundamento 34 de la STC contenida en el Expediente n.º 00617-2017-PA/TC.

14 Fundamentos 25 y 29 de la STC n.º 238/2022. Expediente n.º 03853-2021-PA/TC.

15 Ratificada por la República de Perú mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-RE, del 22 de septiembre de 2020, que entró en vigor el 31 de marzo de 2021.

16 Artículo 22. Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el inciso 1) de los artículos 25[17], sobre el derecho a un nivel de vida adecuado; y 28[18], respecto de un mundo libre y justo, de dicha declaración.

Hacer distinciones entre el viudo y viuda para percibir las pensiones de sus causantes es una clara discriminación de igualdad de género, de viudez y de vejez, que también tienen protección en los artículos 6[19], sobre derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, y 17[20], relativo al derecho a la seguridad social de la Convención Interamericana para la Protección de Derechos de Personas Adultas Mayores.

2. Acuerdo

ACUERDO: Para el otorgamiento de la pensión de viudez a favor del viudo varón, que efectúe el trámite bajo el régimen previsional del Decreto Ley n.º 20530 o del Decreto Ley n.º 19990, en tanto no se produzcan las modificaciones legislativas por la declaración de estado de cosas inconstitucional al igual que las exhortaciones expedidas por el Tribunal Constitucional que deben efectuar tanto el Poder Legislativo como Ejecutivo, corresponde el otorgamiento de la pensión al viudo varón o integrante de la unión convivencial debidamente acreditada, sin que le resulte exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso c) del artículo 32 del Decreto Ley n.º 20530 o del artículo 53 del Decreto Ley n.º 19990, por vulneración del derecho a la igualdad de género, conforme al principio constitucional establecido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que establece el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por ningún motivo; y el artículo 10, sobre el derecho a la seguridad social, de la Constitución Política del Perú, porque el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, como lo señala la Organización de Naciones Unidas en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el inciso 1) del artículo 25, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, y el artículo 28, respecto de un mundo libre y justo, de dicha declaración.

Hacer distinciones entre el viudo y viuda para percibir las pensiones de sus causantes es una clara discriminación de igualdad de género, de viudez y de vejez, que también tienen protección en los artículos 6, sobre derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, y 17, relativo al derecho a la seguridad social de la Convención Interamericana para la Protección de Derechos de Personas Adultas Mayores, ratificada por la República de Perú mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-RE, del 22 de septiembre de 2020, el cual entró en vigor el 31 de marzo de 2021, máxime si se trata de personas adultas mayores que, con arreglo a las 100 Reglas de Brasilia, son consideradas dentro del grupo de seres humanos en condición de vulnerabilidad.

II. LA REPOSICIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE UN DESPIDO NULO

1. Planteamiento

1.1. Antecedentes

Diversos instrumentos jurídicos nacionales (como la Constitución Política de 1993, el 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) y supranacionales (como el Convenio n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo) buscan proteger al trabajador ante los diversos casos de despido, sean estos arbitrarios o injustificados, incausados o fraudulentos; también en los casos de despido nulo.

En el ámbito interno, el artículo 27 de la Constitución Política vigente establece lo siguiente: *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*, y en esa línea, el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) establece que: *"si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38"*, mientras que el artículo 38 de la LPCL señala: *"la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones"*.

Por otro lado, la viabilidad de la reposición en los casos de despido nulo, incausado o fraudulento ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, como la STC n.º 00976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003, caso Eusebio Llanos Huasco, la misma que establece lo siguiente:

> *"En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnización (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección de los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente la relación laboral"*[21].

Respecto del despido nulo, la misma normativa de la LPCL antes citada (artículos 34 y 38), prescribe que, en estos casos, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que opte por la indemnización; además, dispone, según el artículo 40 de la LPCL, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más los depósitos de la compensación por tiempo de servicios e intereses, por lo que queda establecido, conforme al artículo 54 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, que: *"el periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido*

---

17 Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

18 Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

19 Artículo 6 Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez
Los Estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

20 Artículo 17. Derecho a la Seguridad Social
Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.
Los Estados parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

21 Fundamento 16 de la STC n.º 00976-2001-AA/TC.

nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional".

De lo anterior, se desprende, como regla general, la viabilidad de la reposición en los casos de despido incausado, fraudulento o nulo.

1.2. El precedente vinculante recaído en la STC n.º 05057-2013-PA/TC y la reposición en los casos de despido nulo

Estando a los argumentos expuestos, la reposición en los casos de despido nulo se justifica por la causa ilícita utilizada por el empleador para extinguir el vínculo laboral, con lesión a derechos fundamentales del trabajador.

En estos casos, los despidos nulos carecen de eficacia jurídica; por lo mismo, procede la reposición en el puesto de trabajo, así como el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir. Es la sanción más drástica contra un acto de despido por el actuar al margen del ordenamiento jurídico del empleador.

No obstante, se tiene que el Tribunal Constitucional, a través de la STC n.º 05057-2013-PA/TC, publicada el 5 de junio de 2015, ha dejado establecido como precedente vinculante diversas reglas para los casos de despido en el sector público, con respecto a la reincorporación de sus trabajadores, entre la cuales se encuentra la siguiente: no podrá ordenarse la reincorporación de los trabajadores que no hayan ingresado a laborar mediante un concurso público y para una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada[22], precepto que coincide con el espíritu del artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley n.º 28175, el cual prevé lo siguiente: *"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".*

Según todo lo anterior, en los casos de despido nulo, procede en general la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, aun cuando sea del sector público; el problema surge si, luego del precedente vinculante del caso Huatuco Huatuco, en estos casos, debe o no aplicarse la exigencia del concurso público previo para ser repuesto, como lo requiere el precedente vinculante indicado.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en reiterados fallos, inclusive en Doctrina Jurisprudencial, dada el amparo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha señalado que, en los casos de despido nulo, por las causales del artículo 29 de la LPCL y leyes especiales, el citado precedente vinculante no es de aplicación, esto es, que se repone al trabajador sin la exigencia del previo concurso público. Así aparecen en las Casaciones Laborales n.º 8347-2014-Del Santa, del 15 de diciembre de 2015; n.º 4336-2015-Ica, del 17 de marzo del 2016; y n.º 34268-2019-Cajamarca, del 6 de octubre de 2022.

1.3. La reposición en el sector público como consecuencia de un despido nulo y la STC n.º 02748-2021-PA/TC

Si bien, la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, al igual que muchas cortes superiores del país, en los casos de despido nulo, se orienta a ordenar la reposición en el puesto de trabajo, sea que se traten de trabajadores del sector privado o sector público. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado la STC n.º 254/2022. Expediente n.º 02748-2021-PA/TC, del 22 de julio de 2022, mediante la cual, en un proceso de amparo, concluye que el despido sufrido por la demandante es un despido nulo, al tener como causa su estado de embarazo; por ello, se dispone su reposición en un puesto de similar categoría; sin embargo, la reposición es solo *"hasta que se convoque a concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido",* conforme lo señala textualmente el punto 2 de la parte resolutiva de dicha sentencia.

Para llegar a esa decisión, el Tribunal Constitucional ha considerado que se está ante un despido nulo, frente al cual 1) no amparar demandas en las que se advierte que ha existido un abuso de posición contractual por parte del Estado para lograr la prestación de servicios, recurriendo a modalidades que impiden a los trabajadores gozar de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en materia laboral, significaría un retroceso en la protección de los mencionados derechos y el desconocimiento del principio de la primacía de la realidad; asimismo, 2) las leyes son de obligatorio cumplimiento, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público, se encuentran los de mérito y capacidad, así como el de previsión presupuestaria. Asimismo, los principios del derecho laboral señalados en dicha norma establecen que: *"rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda"*[23].

Así, en estos casos, por un lado, se busca garantizar al trabajador su reposición ante despidos con manifiesta lesión a derechos constitucionales, declarándose la ineficacia jurídica del despido, disponiéndose su reposición, así como el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir; sin embargo, por otro lado, se tienen los parámetros establecidos en el precedente vinculante recaído en el caso Huatuco Huatuco y en la Ley Marco del Empleo Público, que exigen previo concurso público para acceder a un puesto de trabajo. Ante esta colisión de principios que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, como lo ha dejado establecido la STC n.º 02748-2021-PA/TC, en concordancia con el acápite 8 del artículo IV de la Ley Marco del Empleo Público, se deben procurar soluciones de consenso y equilibrio, y la primacía de los derechos.

El precedente vinculante Huatuco Huatuco, salvo algunas excepciones desarrolladas jurisprudencialmente como el caso de los obreros, es aplicable a todo trabajador de la administración pública que no ingresa por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

El Tribunal Constitucional en el precedente vinculante Huatuco Huatuco hace prevalecer el derecho al acceso al empleo en términos de igualdad y al mérito, interpretando que, en la administración pública, solo se tiene derecho a tutela restitutoria frente a la vulneración del derecho al trabajo (despido sin causa), cuando se ha ingresado por concurso

---

22 Dicha regla se desprende de lo señalado en el fundamento 18 de la STC n.º 05057-2013-PA/TC, el mismo que es precedente de observancia obligatoria, y que textualmente señala: *"(…) 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."*

23 Acápite 8 del artículo IV de la Ley Marco del Empleo Público, Ley n.º 28175.

público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; ello, sobre la base del artículo 40 de la Constitución; y del artículo 5 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público. A falta de dicho requisito, el trabajador no puede ser reincorporado, solo accederá a la tutela resarcitoria, conforme al artículo 38 de la LPCL. Es decir, la indemnización como tutela frente al despido es producto de una ponderación de los principios que convergen en el marco del despido de un trabajador del Estado sujeto al régimen privado que no ingresó por concurso público de méritos, los cuales son el principio de primacía de la realidad y el derecho al trabajo, por un lado, y la carrera administrativa; y el principio de acceso en términos de igualdad y del mérito, por otro lado.

Sin embargo, en los casos de despido nulo, no solo se encuentra en juego el derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad, sino, también, la afectación de otros derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad sindical, entre tantos otros que han merecido especial protección conforme al artículo 29 de la LPCL, por lo que, en dichos casos, de reposición por despido nulo, corresponde reconocer tutela restitutoria frente al despido, empero, sin desconocer el derecho al acceso al empleo público en término de igualdad y del mérito; de ahí que, en estos casos, corresponde reponer al trabajador despedido como uno a plazo indeterminado, en el caso de que la contratación modal o civil se encuentre desnaturalizada, empero, únicamente hasta que la plaza sea convocada a un concurso público de méritos para un contrato de duración indeterminada. Esta es, pues, la *ratio decidendi* de la STC n.º 02748-2021-PA/TC, caso Meléndez. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional reconoce tutela restitutoria a un trabajador al que *prima facie* le era aplicable el precedente Huatuco Huatuco, por tratarse de un empleado que no ingresó por concurso público de méritos, empero, que, en el marco del despido, se vulneraron derechos fundamentales protegidos en los supuestos de despido nulo; sin embargo, condicionó la reposición únicamente hasta que su plaza sea convocada a concurso público de méritos, con lo que se reafirma que, en el Estado, el acceso al empleo público, en el régimen privado, se hace a través de un concurso público de méritos. En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación Laboral n.º 7913-2019-Del Santa y en la Casación Laboral n.º 30535-2019-Lima, entre otras.

2. Acuerdo

ACUERDO: Los trabajadores del Estado que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del precedente vinculante Huatuco (STC n.º 5057-2013-AA/TC) sí tienen derecho a la reposición en los casos de despido nulo, pero de forma temporal o condicionada hasta que el empleador convoque dicha plaza a un concurso público de méritos para un contrato de duración indeterminada. En caso de que el trabajador no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá automáticamente.

III. LAS NORMAS DE REMUNERACIONES MÁXIMAS QUE APRUEBA EL FONAFE COMO FUENTE NORMATIVA DE LA NIVELACIÓN DE REMUNERACIONES

1. Planteamiento

1.1. El derecho fundamental a la remuneración

Es importante tomar en consideración que *"el derecho a la remuneración se encuentra ligado a la tutela de la vida digna de la persona. Mediante la retribución percibida por la labor realizada es que el trabajador logra una subsistencia digna en sociedad"*[24].

El derecho a la remuneración goza de protección **constitucional y supraconstitucional**; es objeto de regulación en tratados internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel regional, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador; y, en los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del Convenio 95, Convenio 100 y Convenio 131.

En nuestra Constitución, el artículo 23 señala lo siguiente: *"Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento"*. Es decir, establece la garantía retributiva del trabajo, proscribiendo el trabajo gratuito.

En ese sentido, el artículo 24 de la Constitución prescribe lo siguiente: *"El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual"*.

Así, se garantiza el derecho del trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente. En cuanto a la equidad, se relaciona con el principio de igualdad salarial, es decir, con la determinación de igual salario por igual trabajo, y así evitar cualquier viso de discriminación salarial. Mientras que el derecho a una remuneración suficiente tiene que ver con el establecimiento de políticas para fijar estándares mínimos de percepción remunerativa, que no solo se restringe a la política que fija el Estado y actualiza en forma periódica, sino, también, a aquellas que puedan ser establecidas por los propios contratantes, o por decisión unilateral del empleador (Expediente n.º 0020-2012-PI/TC), de manera que la remuneración suficiente se cumple cuando la remuneración mínima es regulada por el Estado mediante la remuneración mínima vital o la que ha sido regulada por fuente de origen colectivo o unilateral por el empleador.

El artículo 24 de la Constitución contempla, también, en su segundo párrafo, que *"el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador"*, por lo cual se constituye un conjunto de disposiciones legales, con la finalidad de asegurar prioritariamente el pago de las acreencias laborales.

1.2. Sobre la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe)

Conforme lo señalado la ley: *"El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) es una empresa de derecho público adscrita al sector economía y finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado"*[25], asimismo, Fonafe *"inició sus actividades en 1999, bajo la Ley n.º 27170"*[26].

---

[24] HUACASI VALDIVIA, Fernando. "Remuneración y Estado Constitucional de Derecho: el caso de los jueces en el Perú". En Revista Argumentos. Año 10. n.º 4. Diciembre 2016. Disponible en: http://revistaargumentos.iep.org.pe/ articulos/remuneracion-jueces-peru/ (Visitado el 19.12.2022).

[25] Artículo 1.1 de la Ley n.º 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

[26] Historia de Fonafe. Disponible en: https://www.fonafe.gob.pe/nuestraorganizacion (visitado el 19.12.2022)

De igual manera, *"Su origen responde a políticas de Estado de contar con una institución que lidere el sector empresarial, con unidad de mando y mayor eficiencia, a fin de lograr empresas públicas mejor articuladas, con estrategias y acciones más coherentes"*[27].

Actualmente, Fonafe *"tiene bajo su ámbito 35 empresas públicas y una entidad por encargo, pertenecientes a los rubros de: electricidad, finanzas, saneamiento, hidrocarburos y remediación, transporte e infraestructura, servicios y producción, salud, defensa y otros"*[28].

No debemos olvidar que *"No se encuentran comprendidas dentro del ámbito del Fonafe las empresas municipales ni las empresas y los centros de producción y de prestación de servicios de las universidades públicas"*[29].

1.2.1. Marco normativo del Fonafe

➢ Ley n.º 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. Publicado el 9-9-1999.

➢ Decreto Supremo n.º 072-2000-EF, Reglamento de la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. Publicado el 9-7-2000.

➢ Mediante el Decreto Supremo n.º 043-2002-EF, se establece que el Fonafe aprobará, por acuerdo de su directorio, las políticas remunerativas de las entidades y empresas bajo su ámbito.

➢ El artículo 23.1 de la Ley n.º 27573, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2002, señala que el Fonafe *"regula el proceso presupuestario de las empresas bajo su ámbito y aprueba mediante acuerdo de su directorio el presupuesto consolidado de dichas empresas"*[30].

1.2.2. Funciones del Directorio de Fonafe

De conformidad con el artículo 3 de la Ley n.º 27170, Ley del Fonafe, las principales funciones del Directorio de Fonafe son las siguientes:

> *"Son funciones del Directorio del Fonafe:*
> *a) Aprobar el presupuesto consolidado de las empresas, en las que su participación accionaria es mayoritaria, en el marco de las normas presupuestales correspondientes;*
> *b) Aprobar las normas de gestión de las empresas a las que se refiere el literal anterior;*
> *c) Ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas, creadas o por crearse, en las que participa el Estado y administrar los recursos derivados de dicha titularidad;*
> *d) Designar a los representantes ante la junta de accionistas de las empresas en las que tiene participación accionaria;*
> *e) Aprobar las transferencias a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley;*
> *f) Aprobar el presupuesto de operación de la Dirección Ejecutiva del Fonafe; y,*
> *g) Otras que se establezcan en el Reglamento".*

1.2.3. Objetivos del Fonafe

Conforme al artículo 3 del Decreto Supremo n.º 072-2000-EF, Reglamento del Fonafe, este tiene siguientes objetivos:

> *"Los principales objetivos de Fonafe son:*
> *a) Normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.*
> *b) Administrar los recursos derivados de la titularidad de las acciones del Estado.*
> *c) Llevar un registro y custodiar los títulos representativos del capital de las empresas del Estado.*
> *d) Dirigir el proceso presupuestario y la gestión de las empresas bajo su ámbito, de conformidad con las normas, directivas y acuerdos que se emitan para esos efectos".*

1.3. Criterios que emergen de las regulaciones normativas citadas

Se deben tomar en cuenta los siguientes criterios:

1. Como una primera regla, podemos señalar que: *"la política remunerativa de las empresas en las que el Estado es accionista mayoritario y de las entidades bajo el ámbito del Fonafe, tiene que determinarse de conformidad con la normativa presupuestaria y considerando las particularidades de cada empresa y entidad"*[31].

2. Fonafe *"establecerá los procedimientos y lineamientos necesarios para la aprobación e implementación de las políticas remunerativas de las empresas y entidades bajo su ámbito"*[32].

3. De las regulaciones normativas citadas, se advierte que *"el Fonafe no tiene como función establecer los cuadros de categorías o escalas salariales (que comprenden a las categorías, niveles, cargos, remuneraciones básicas, entre otros) de los trabajadores de las empresas del Estado, sino de aprobarlos a partir de las propuestas que haga cada empresa del Estado"*[33]. Debe precisarse que tal función forma parte de la autonomía[34] que cada una de

---

27 Historia de Fonafe. Disponible en: https://www.fonafe.gob.pe/nuestraorganizacion (visitado el 19.12.2022)
28 Presentación de Fonafe. Disponible en: https://www.fonafe.gob.pe/nuestraorganizacion (visitado el 19.12.2022).
29 Disponible en: https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101711&lang=es-ES&view=article&id=2457 (visitado el 19.12.2022)
30 Artículo 23.1 de la Ley n.º 27573, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2002.
31 Parte Considerativa del Decreto Supremo n.º 043-2022-EF, Establecen disposiciones relativas a la aprobación e implementación de políticas remunerativas de las empresas y entidades bajo el ámbito del Fonafe.
32 Artículo 2 del Decreto Supremo n.º 043-2022-EF, Establecen disposiciones relativas a la aprobación e implementación de políticas remunerativas de las empresas y entidades bajo el ámbito del Fonafe.
33 Fundamento 9.3 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
34 Fundamento 9.3 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

ellas tiene en virtud a los artículos 59 de la Constitución Política[35], y 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[36], pues, en su condición de empleadores y de parte integrante de la relación laboral, tienen facultades para normar reglamentariamente las labores y la ejecución de las mismas, así como determinar las aptitudes, conocimientos y cualidades que debe poseer el trabajador en las obligaciones que se le asignen.

4. Por consiguiente, los acuerdos de directorio que emite Fonafe no constituyen una escala salarial, dado que no aprueban la propuesta de estratificación de cargos, niveles y remuneraciones que corresponde a las facultades propias del empleador[37], sino a *"una política remunerativa que el Fonafe ha expedido para delimitar la facultad de clasificación profesional que tienen las empresas del Estado, estableciendo que ninguna categoría (ya sea funcionario, profesional, técnico, oficinistas, entre otros) pueda tener una remuneración básica que supere los topes fijados en el citado acuerdo; ello, en tanto el rol de Fonafe es establecer lineamientos (…)"*[38] y políticas presupuestales de las empresas del Estado.

5. Una interpretación adecuada de la Ley n.º 27170 y el Decreto Supremo n.º 043-2002-EF, es que las empresas que constituyen el Fonafe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y el artículo 59 de la Constitución Política, se encuentran habilitadas para establecer las remuneraciones básicas de los cargos, categorías y niveles que comprendan su estructura organizativa, para lo cual deben observar los topes máximos que prevé el Fonafe, por lo que no se pueden fijar remuneraciones básicas que excedan de los montos previstos en los acuerdos de directorio que emita el Fonafe[39].

6. Corresponderá, entonces, a cada empleador fijar los cuadros de categorías o escalas salariales; para cuyo efecto, se tendrán en cuenta, para una mejor clasificación profesional del trabajador, aspectos como la experiencia laboral, capacitación laboral, años de servicios; todo ello, con la finalidad de establecer los niveles, escalas y franjas salariales, que deberán ser observadas al momento de clasificar la labor de cada trabajador y asignarle la remuneración correspondiente[40].

Ello ha quedado establecido en la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. En esa misma línea jurisprudencial, se ha pronunciado la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación n.º 6931- 2016-Lima.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente n.º 4458-2014-PA/TC, dejó establecido que el acuerdo de directorio del Fonafe no *"generaba una obligación del recurrente para nivelar las escalas remunerativas a los montos establecidos en la tabla de remuneraciones expuestas en el artículo 2 del acuerdo en mención, cuando este solo establece montos máximos que pueden percibir los trabajadores, lo que no establece una obligación de llegar a dichos montos, sino una política remunerativa de la empresa pública, que tendrá como límites máximos la escala remunerativa establecida en el acuerdo"*[41] de directorio respectivo.

2. Acuerdo

ACUERDO: Las normas del Fonafe que regulan remuneraciones máximas no constituyen un cuadro de categorías remunerativas que prevén las remuneraciones básicas de los trabajadores del Estado, sino directivas del Fonafe, cuyo objeto es ordenar las políticas remunerativas internas que adopten cada una de las empresas del Estado, de tal manera que las remuneraciones de sus trabajadores no excedan los límites impuestos por dicha entidad.

IV. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PARA SANCIONES DISTINTAS AL DESPIDO

1. Planteamiento

1.1. Posiciones a favor

Nuestra legislación laboral no regula un procedimiento específico, previo a la sanción que no sea el despido del trabajador, toda vez que solo regula uno para su despido y, por el cual se le otorga un plazo de hasta seis días naturales, con o sin goce de remuneración, para que se defienda de los cargos atribuidos.

Por tanto, las preguntas que surgen son las siguientes: ¿debe regularse un procedimiento específico, no obstante que el vínculo laboral se sigue manteniendo? ¿Se afecta el derecho de defensa del trabajador? ¿Resulta ilegal exigir que el empleador cumpla con un procedimiento si este no se encuentra previsto? ¿Nos encontramos ante un vacío legal? ¿Es factible, en todo caso, dejar en libertad al empleador de regular un procedimiento en su Reglamento Interno de Trabajo o que se regule vía negociación colectiva?

El poder disciplinario del empleador es el que tiene para corregir los actos que considera de inconducta cometidos por el trabajador, con motivo u ocasión de su prestación de servicios y, por el cual pueden ser afectados los intereses de la empresa. Es propio de cualquier estructura empresarial y constituye el correlato de su poder de dirección.

---

35 Artículo 59.- Rol Económico del Estado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas [*sic*]. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

36 Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

37 Fundamento 9.3 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

38 Fundamento 9.6 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

39 Fundamento 10 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

40 Fundamento 9.5 de la Casación n.º 2761-2019-Lima, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

41 Fundamento 20 de la STC emitida en el Expediente n.º 4458-2014-PA/TC.

Así, la facultad disciplinaria del empleador tiene como sustento jurídico el elemento de subordinación y el correspondiente deber de obediencia por parte del trabajador.

Es importante señalar que la terminación de un contrato de trabajo y la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias distintas al despido obedecen a propósitos diferentes. Así, cuando el empleador considera que se ha producido una causa que imposibilita la continuación de la relación laboral, termina la relación laboral a través del despido; pero, cuando considera que la falta no conlleva a una imposibilidad de continuar la relación laboral, toma otras medidas disciplinarias como las suspensiones o amonestaciones, entre otras.

De igual forma, es importante señalar que los principios del derecho del trabajo son transversales, independientemente de los procedimientos. Así, la aplicación del debido proceso presupone la existencia de un procedimiento, sea este judicial o administrativo, pero, también las garantías se aplican en el ámbito de las relaciones laborales particulares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos no solo son aplicables en estricto a los recursos judiciales, sino, también al conjunto de *"las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto que pueda afectar sus derechos"*[42].

Por ello, es preciso e indispensable que al trabajador se le formulen con total claridad los cargos, la obligación de proporcionar la información de los documentos y pruebas que la sustentan; de esta manera, se da la oportunidad de presentar descargos y la actuación de las pruebas que pretenda para desvirtuar las imputaciones en su contra.

1.2. Posiciones en contra

Sin embargo, las posiciones en contra de lo antes señalado indican que la legislación vigente no establece que, para la aplicación de sanciones distintas al despido, el empleador deba iniciar un procedimiento previo. Es más, no se hace referencia alguna y debemos tomar en cuenta que, si un funcionario público actúa más allá de la ley, colisiona con el principio de legalidad.

De igual forma, el Convenio 158 de la OIT establece solo el procedimiento previo para los casos de terminación del vínculo de trabajo.

Así, que no se lleve a cabo un procedimiento en el que se soliciten los descargos al trabajador no significa que se afecte su derecho de defensa; se estaría afectando el mismo si el empleador le niega al derecho a impugnar su decisión, previa o posteriormente.

Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que deben ser compatibilizados y armonizados con otros; debe existir concertación de los mismos y no prevalencia de unos sobre los otros. Por ello, sería un exceso afirmar que se vulnera el derecho de defensa por no llevar a cabo un procedimiento que no ha sido regulado.

1.3. La Casación Laboral n.º 4494-2019-Lima

En dicha casación, la empresa demandada interpuso recurso de casación, el cual fue declarado procedente por la causal infracción normativa por interpretación errónea del artículo 9 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

El Colegiado de la Sala Superior confirmó la apelada (fundada) afirmando que se vulneró el debido proceso, ya que se sancionó a la trabajadora, sin darle oportunidad a que presente sus descargos. Se sostuvo que la empresa basó su teoría del caso en el hecho que se interpretó erróneamente el artículo 9 mencionado, puesto que dicha norma establece la facultad del empleador para aplicar sanciones o medidas disciplinarias, mas no establece un procedimiento para la aplicación de una medida disciplinaria. La Sala Suprema concluyó que no hubo interpretación errónea, pues dicha norma establece la facultad de dirección de la empresa; sin embargo, ella no debe ser ejercida de manera indiscriminada o irrazonable. En consecuencia, se debe seguir un debido procedimiento, ya que, si bien, no está establecido taxativamente, debe equipararse al fijado para el despido, ya que se estaría vulnerando el derecho a la comunicación previa de la infracción, el cual forma parte del derecho de defensa del trabajador dentro de un procedimiento disciplinario[43].

1.4. Conclusiones

1. Los argumentos desplegados a favor de la existencia de un procedimiento preestablecido para sanciones distintas al despido no crean un tema pacífico. Por ello, afirmar que la ausencia de un procedimiento preestablecido implicaría la ausencia de garantías no es plenamente válido, pues los principios laborales obligan que se respeten los derechos del trabajador ante cualquier tipo de sanción.

2. Disponer como obligación del empleador que establezca un procedimiento ¿no es legislar?, habida cuenta que se parte del presupuesto de que no hay proceso expreso sobre el particular, y que, en todo caso, el mismo debe equipararse al procedimiento de despido (cargos-descargos, plazos prudenciales, entre otros), no se estaría interpretando una disposición normativa.

3. ¿Se trata de establecer un procedimiento general, aplicable a todos los empleadores o que cada empleador establezca (de acuerdo a sus particularidades) tal procedimiento? La segunda opción, eventualmente, sería caótica por cuanto habría miles de trámites.

4. Consideramos que no se debe establecer procedimiento previo alguno y menos como obligación, sino solo precisar y enfatizar que el empleador, antes de aplicar una sanción distinta al despido, debe respetar el debido proceso, como, por ejemplo: precisar las faltas atribuidas, el sustento probatorio correspondiente, el plazo prudencial para absolver los mismos, entre otros; todo ello, en un contexto de respeto al derecho de defensa del trabajador.

---

42 Caso Tribunal Constitucional del Perú vs Perú, párrafo 69 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 12 de la STC del Expediente n.º 2050-2002-AA/TC.

43 Casación Laboral n.º 4494-2019-Lima, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

2. Acuerdo

ACUERDO: Cuando el empleador considere que corresponde imponer una medida disciplinaria distinta al despido, deberá garantizar, desde el inicio, el derecho de defensa del trabajador, en un contexto de respeto al debido proceso.

SS.

ARÉVALO VELA

TELLO GILARDI

CASTILLO LEÓN

TORRES VEGA

ARAUJO SÁNCHEZ

CABELLO MATAMALA

VERA LAZO

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

GÓMEZ CARBAJAL

UBILLUS FORTINI

AMPUDIA HERRERA

TEJEDA ZAVALA

MALCA GUAYLUPO

PINARES SILVA DE TORRE

ATO ALVARADO

LÉVANO VERGARA

MAMANI COAQUIRA

ÁLVAREZ OLAZABAL

CARLOS CASAS

LINARES SAN ROMÁN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

X PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

En la ciudad de Lima, el 19 de diciembre de 2022, se reunieron los jueces supremos integrantes de la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Salas de Derecho Constitucional y Social Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República para la realización de la audiencia del X Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. La sesión se llevó a cabo en forma virtual a través de la plataforma de Google Meet del Poder Judicial, con la participación de los siguientes magistrados supremos: Javier Arévalo Vela, Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi, Víctor Antonio Castillo León, Isabel Cristina Torres Vega, Eliana Elder Araujo Sánchez, Carmen Julia Cabello Matamala, María Sofía Vera Lazo, Diana Lily Rodríguez Chávez, Alicia Margarita Gómez Carbajal, Rosa María Ubillus Fortini, Dora Zoila Ampudia Herrera, Alicia Iris Tejeda Zavala, Víctor Raúl Malca Guaylupo, Miriam Helly Pinares Silva de Torre, Martín Eduardo Ato Alvarado, Luis Alejandro Lévano Vergara, Oswaldo Mamani Coaquira, Elvira María Álvarez Olazabal y Elisa Vilma Carlos Casas. Se deja constancia que el señor juez supremo Juan José Linares San Román no asistió por encontrarse de licencia, por motivos de salud, por lo que, en forma previa dejó constancia de su voto.

El señor coordinador del Pleno, juez supremo Javier Arévalo Vela, luego de constatar la asistencia de los magistrados convocados, declaró instalada la sesión del X Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional; asimismo, como mecanismo de trabajo, se señaló lo siguiente: 1) presentación de los temas sometidos al Pleno, 2) formulación de los puntos de discusión, 3) debate, 4) votación y 5) acuerdo. Luego de proceder con la votación, se tomaron los siguientes acuerdos:

I. EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ A FAVOR DEL VIUDO VARÓN

El Pleno, por unanimidad, acordó lo siguiente:

ACUERDO: Para el otorgamiento de la pensión de viudez a favor del viudo varón, que efectúe el trámite bajo el régimen previsional del Decreto Ley n.º 20530 o del Decreto Ley n.º 19990, en tanto no se produzcan las modificaciones legislativas por la declaración de estado de cosas inconstitucional al igual que las exhortaciones expedidas por el Tribunal Constitucional que deben efectuar tanto el Poder Legislativo como Ejecutivo, corresponde el otorgamiento de la pensión al viudo varón o integrante de la unión convivencial debidamente acreditada, sin que le resulte exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso c) del artículo 32 del Decreto Ley n.º 20530 o del artículo 53 del Decreto Ley n.º 19990, por vulneración del derecho a la igualdad de género, conforme al

principio constitucional establecido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que establece el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por ningún motivo; y el artículo 10, sobre el derecho a la seguridad social, de la Constitución Política del Perú, porque el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, como lo señala la Organización de Naciones Unidas en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el inciso 1) del artículo 25, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, y el artículo 28, respecto de un mundo libre y justo, de dicha declaración.

Hacer distinciones entre el viudo y viuda para percibir las pensiones de sus causantes es una clara discriminación de igualdad de género, de viudez y de vejez, que también tienen protección en los artículos 6, sobre derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, y 17, relativo al derecho a la seguridad social de la Convención Interamericana para la Protección de Derechos de Personas Adultas Mayores, ratificada por la República de Perú mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-RE, del 22 de septiembre de 2020, el cual entró en vigor el 31 de marzo de 2021, máxime si se trata de personas adultas mayores que, con arreglo a las 100 Reglas de Brasilia, son consideradas dentro del grupo de seres humanos en condición de vulnerabilidad.

II. LA REPOSICIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE UN DESPIDO NULO

El Pleno, por unanimidad, acordó lo siguiente:

ACUERDO: Los trabajadores del Estado que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del precedente vinculante Huatuco (STC n.º 5057-2013-AA/TC) sí tienen derecho a la reposición en los casos de despido nulo, pero de forma temporal o condicionada hasta que el empleador convoque dicha plaza a un concurso público de méritos para un contrato de duración indeterminada. En caso de que el trabajador no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá automáticamente.

III. LAS NORMAS DE REMUNERACIONES MÁXIMAS QUE APRUEBA EL FONAFE COMO FUENTE NORMATIVA DE LA NIVELACIÓN DE REMUNERACIONES

El Pleno, por unanimidad, acordó lo siguiente:

ACUERDO: Las normas del Fonafe que regulan remuneraciones máximas no constituyen un cuadro de categorías remunerativas que prevén las remuneraciones básicas de los trabajadores del Estado, sino directivas del Fonafe, cuyo objeto es ordenar las políticas remunerativas internas que adopten cada una de las empresas del Estado, de tal manera que las remuneraciones de sus trabajadores no excedan los límites impuestos por dicha entidad.

IV. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PARA SANCIONES DISTINTAS AL DESPIDO

El Pleno, por unanimidad, acordó lo siguiente:

ACUERDO: Cuando el empleador considere que corresponde imponer una medida disciplinaria distinta al despido, deberá garantizar, desde el inicio, el derecho de defensa del trabajador, en un contexto de respeto al debido proceso.

SS.

ARÉVALO VELA

TELLO GILARDI

CASTILLO LEÓN

TORRES VEGA

ARAUJO SÁNCHEZ

CABELLO MATAMALA

VERA LAZO

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

GÓMEZ CARBAJAL

UBILLUS FORTINI

AMPUDIA HERRERA

TEJEDA ZAVALA

MALCA GUAYLUPO

PINARES SILVA DE TORRE

ATO ALVARADO

LÉVANO VERGARA

MAMANI COAQUIRA

ÁLVAREZ OLAZABAL

CARLOS CASAS

LINARES SAN ROMÁN

2143855-1