

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN EL RÉGIMEN
LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PROPÓSITO DEL
PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-
PA/TC- PRECEDENTE HUATUCO**

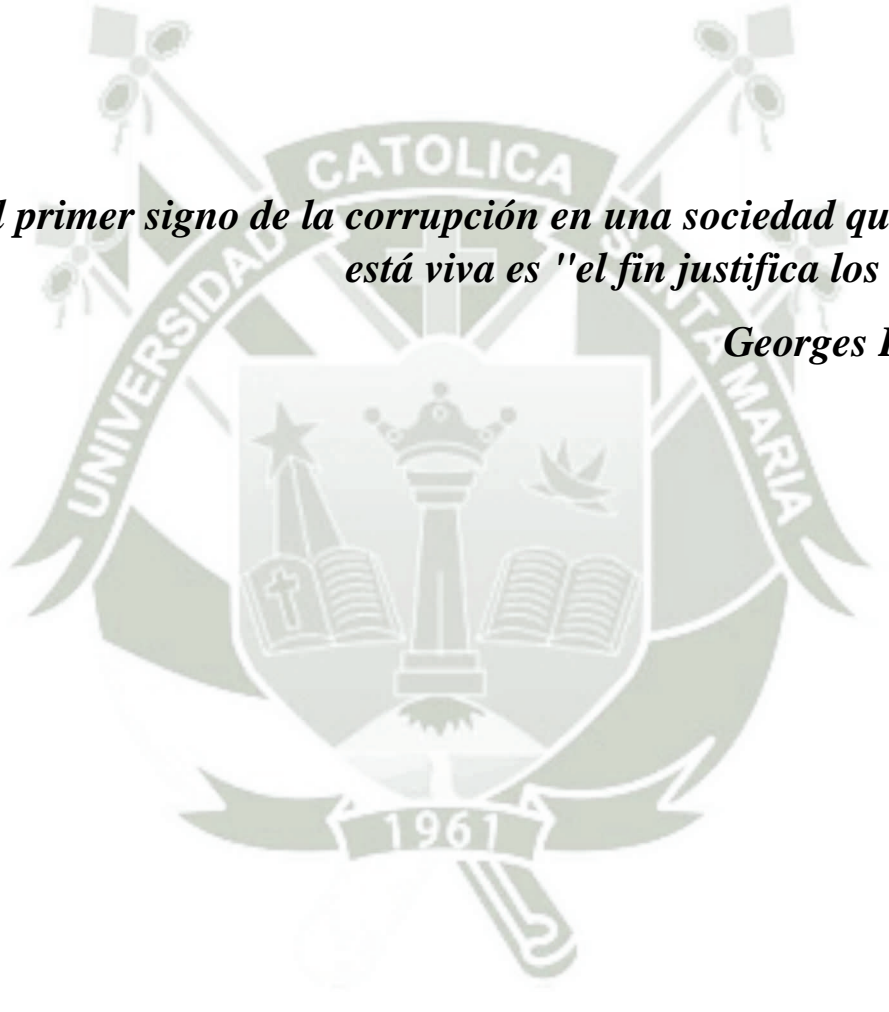
**Tesis presentada por la bachiller:
Lara Huallipe Gabriela Dalia**

**Para obtener el título profesional de:
Abogada**

**Asesor de Tesis:
Matos Zegarra Mauricio**

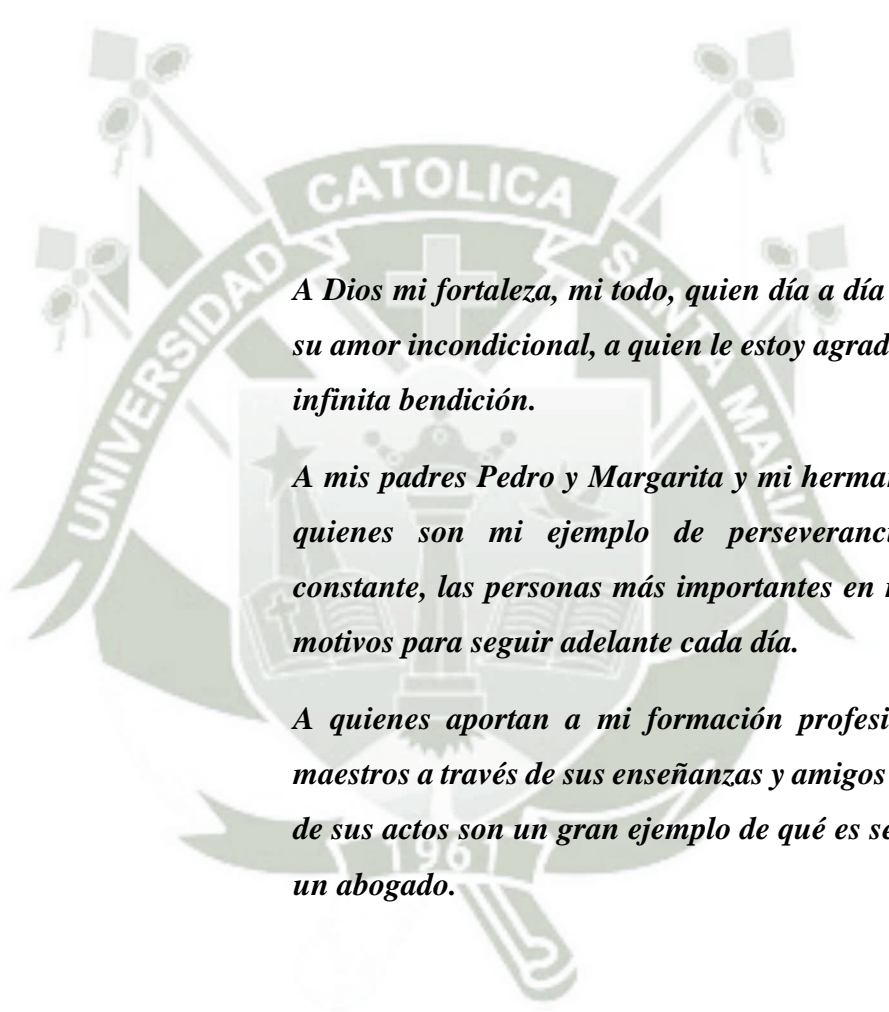
AREQUIPA – PERÚ

2017



*El primer signo de la corrupción en una sociedad que todavía
está viva es "el fin justifica los medios".*

Georges Bernanos



A Dios mi fortaleza, mi todo, quien día a día me muestra su amor incondicional, a quien le estoy agradecida por su infinita bendición.

A mis padres Pedro y Margarita y mi hermana Milagros quienes son mi ejemplo de perseverancia y lucha constante, las personas más importantes en mi vida, mis motivos para seguir adelante cada día.

A quienes aportan a mi formación profesional, a mis maestros a través de sus enseñanzas y amigos que a través de sus actos son un gran ejemplo de qué es ser realmente un abogado.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAS	Contrato Administrativo de Servicios
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comité Interamericano de Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DL	Decreto Ley
DLEG	Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
LFPL	Ley de Formación y Promoción Laboral
LMEP	Ley Marco del Empleo Público
LPCL	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
LSC	Ley del Servicio Civil
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDESC	Pacto Internacional de DESC
SERVIR	Autoridad Nacional del Servicio Civil
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional a través de la sentencia N° 05057-2013-PA/TC ha establecido un nuevo precedente vinculante que modifica la línea jurisprudencial en materia de reposición de trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral de la actividad privada, regulada por el Decreto Legislativo N° 728, así como la protección adecuada protección frente al despido arbitrario. Este precedente vinculante establece esencialmente, que solo procederá la reposición de los trabajadores bajo el régimen laboral privado, cuando se haya verificado que el demandante ha ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y que la misma sea de duración indeterminada.

La inaplicación de los preceptos constitucionales, principios, así como normativa internacional en torno al derecho al trabajo, nos lleva al estudio de las principales características de este derecho humano, ampliamente desarrollado en el ámbito internacional a través de la Sistema de Naciones Unidas, a través de la OIT, así como también en Sistema Interamericano y finalmente nuestro ordenamiento jurídico; a fin de advertir si el criterio adoptado se emitió en respeto y garantía del derecho al trabajo.

El derecho al trabajo es un derecho humano reconocido dentro de la categoría de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, que tiene carácter progresivo, a través del cual los estados partes están obligados a desarrollar políticas en torno a su progresividad a fin de garantizar su plena efectividad, el mismo que supone la no regresividad de los DESC, entendido como la imposibilidad de que se reduzca la protección implementada, desarrollada y amparada por el Estado, este carácter no regresivo no es absoluto, se aplicará la regresividad siempre y cuando exista una razón plenamente justificable para la restricción de un derecho.

El principio de progresividad y no regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, asimismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también de la Constitución Política del Perú, cuyo artículo 23 precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos ni rebajar la dignidad del trabajador, prohibiendo de este modo la regresividad del mismo.

El desarrollo de este trabajo de investigación nos permitirá dar respuesta a las principales interrogantes sobre el nuevo criterio de Tribunal, tales como ¿Cuáles son los alcances del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales? ¿Qué grado de progresividad han alcanzado en la normatividad laboral peruana el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado? ¿A través del precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC, se habrían transgredido el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado lo que significa una regresividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en materia laboral del régimen de la administración pública?

Arequipa, 26 de julio de 2017.



RESUMEN

El contenido esencial de los derechos humanos es la dignidad como un valor inherente a todos los seres humanos. Los DESC buscan el desarrollo de las condiciones básicas de la dignidad humana así como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Las características de universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia existente entre todos los derechos humanos garantiza el respeto de los mismos, haciéndolos exigibles ante los Estados partes.

Estos derechos tienen un carácter progresivo que a su vez supone la no regresividad. En relación al derecho al trabajo, las normas internacionales han determinado que las medidas regresivas deben implementarse bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados. No siendo permisibles medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo que supongan la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, aprobación de leyes o de políticas incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico, así como en una larga línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional se han desarrollado los conceptos básicos del derecho al trabajo, en relación al precedente vinculante, se ha precisado que uno de los aspectos de este derecho constituye la existencia de una causa justa de despido, por lo que la Constitución establece que la ley debe otorgar una adecuada protección frente al despido arbitrario, siendo que esta adecuada protección no vulnere el contenido esencial del derecho constitucional y debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, en relación a este precepto se desarrollan una serie de principios tales como el de la igualdad ante la ley, principio de la primacía de la realidad, principio pro operario, entre otros.

El régimen laboral de la administración pública se rige mediante la carrera administrativa regulada por el Decreto Legislativo N° 276, en los años noventa frente a la crisis por la que pasaba el país una de las medidas por las que optó el gobierno, fue el cierre de la carrera administrativa y la administración optó por emplear otros medios de contratación como el del régimen privado (Decreto Legislativo N° 728), SNP que en la actualidad se rige por el CAS, incrementando así una serie de formas de modalidades de contratación.

Pero la gestión de los recursos humanos del Estado, no ha logrado posicionarse con índices considerables en cuanto a capacidad funcional, calificación profesional de los servidores, la gestión del rendimiento, entre otros, en relación a los demás países de Latinoamericanos. Ante tal problemática a partir del 2008 el Estado ha impulsado la nueva reforma del Servicio Civil, la misma que busca organizar el régimen laboral público en un solo régimen del Servicio Civil, bajo el principio de mérito.

Ante tales supuestos el Tribunal Constitucional ha emitido la sentencia N° 05057-2013-PA/TC, estableciendo que cuando se demande la reposición de un trabajador que haya sido contratado bajo el régimen laboral privado (DLEG 728), procederá su reposición únicamente si se comprueba que ha ingresado mediante un concurso público a una plaza presupuestada de duración determinada. Esto con el fin, de generar nuevos criterios acorde a la nueva reforma del Servicio Civil la cual tiene como propósito reorganizar los recursos humanos en solo el régimen civil y que a través del principio de mérito se logre la eficiencia y efectividad de los servicios que brinda la administración, siendo que el concepto de meritocracia se evidencia en el acceso y la permanencia, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente de los postulantes y servidores civiles.

El criterio adoptado por el Tribunal ha generado regresividad en el derecho al trabajo, al establecer que por sobre este derecho debe primar el principio de meritocracia, criterio que es incompatible con obligaciones jurídicas internacionales y preceptos constitucionales relacionados con el derecho al trabajo. Pues no se ha tomado en consideración todas las alternativas posibles en cuanto a hacer prevalecer el principio de mérito y se elija la menos lesiva para el derecho al trabajo, más aún cuando no se garantiza la meritocracia únicamente en el ingreso, sino más bien en la permanencia del trabajador, la alternativa pudo ser que proceda la reposición y someterlos a este otro aspecto de la meritocracia, si lo que se busca es garantizar la eficiencia en la administración pública. Y así mantener la larga línea de criterios e interpretaciones del Tribunal Constitucional que ha demostrado un espíritu garantista y respetuoso de los derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Progresividad, regresividad, trabajo, meritocracia.

ABSTRACT

The essential content of human rights is dignity as an inherent value to all human beings. ESCR seeks the development of the basic conditions of human dignity as well as the possibility of having an adequate standard of living. The characteristics of universality, indivisibility, interrelation and interdependence existing between all human rights guarantees respect for them, making them enforceable before the States parties.

These rights have a progressive character which in turn implies non-regressivity. In relation to the right to work, international standards have determined that regressive measures must be implemented under the most careful consideration of all possible alternatives, and that the chosen one be the least damaging to the rights involved. Not being regressive measures permissible in relation to the right to work involving the suspension of the legislation necessary for the exercise of the right to work, approval of laws or policies incompatible with international legal obligations related to the right to work.

In our legal system, as well as in a long line of jurisprudence of the Constitutional Court have developed the basic concepts of the right to work, in relation to the binding precedent, it has been pointed out that one of the aspects of this right constitutes the existence of a just cause the Constitution provides that the law must provide adequate protection against arbitrary dismissal, provided that this adequate protection does not violate the essential content of constitutional law and must satisfy a minimum criterion of proportionality, in relation to this provision they develop a series of principles such as equality before the law, principle of the primacy of reality, pro operative principle, among others.

The labor regime of the public administration is governed by the administrative career regulated by Legislative Decree No. 276, in the 1990s in the face of the crisis through which the country passed one of the measures by which the government opted, was the closing of the administrative career and the administration opted to use other means of contracting such as the private regime (Legislative Decree No. 728), SNP that currently is governed by the CAS, increasing a series of forms of contracting modalities. But the management of the human resources of the State has not managed to position itself with

considerable indices in terms of functional capacity, professional qualification of the servers, performance management, among others, in relation to the other Latin American countries. Faced with such a problem since 2008, the State has promoted the new Civil Service reform, which seeks to organize the public labor regime in a single Civil Service regime, under the principle of merit.

In these cases, the Constitutional Court has issued judgment No. 05057-2013-PA / TC, stating that when a worker who has been recruited under the private labor regime (DLEG 728) is required to be reinstated, he verifies that he has entered by means of a public contest to a budgeted place of determined duration. This in order to generate new criteria according to the new Civil Service reform which aims to reorganize human resources in the civil regime only and that through the principle of merit is achieved the efficiency and effectiveness of the services it provides the administration, being that the concept of meritocracy is evidenced in the access and the permanence, is based on the aptitude, attitude, performance, capacity and permanent evaluation of the postulants and civil servants.

The criterion adopted by the Court has led to regression in the right to work by establishing that the right to work should prevail over the right to meritocracy, a criterion that is incompatible with international legal obligations and constitutional precepts related to the right to work. For all the possible alternatives have not been taken into account in order to make the principle of merit prevail and to choose the least harmful for the right to work, especially when meritocracy is not guaranteed only in income, but rather in the alternative could be that the replacement should proceed and subject them to this other aspect of meritocracy, if what is sought is to guarantee efficiency in the public administration. And so maintain the long line of criteria and interpretations of the Constitutional Court that has demonstrated a guarantor spirit and respectful of constitutional rights.

KEYWORDS: Progressivity, regressivity, work, meritocracy.

INDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	4
INTRODUCCIÓN	5
RESUMEN	7
ABSTRACT	9
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	15
 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PROPÓSITO DEL PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC	
1. CAPÍTULO I	15
ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES 15	
I. CONCEPTOS BÁSICOS	15
1. Derechos Económicos, Sociales y Culturales	15
1.1. Naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	15
1.1.1. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Humanos	18
1.1.2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su calidad de derechos fundamentales	21
2. Exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales	23
3. Los derechos laborales en su calidad de derechos económicos, sociales y culturales	29
II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES	35
1. El principio de Progresividad de los Derecho Económicos Sociales y Culturales	35
2. Principio de no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	37
2.1. La Prohibición de Regresividad en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	37
2.2. La Prohibición de Regresividad en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	39
2.3. El principio de no regresividad en el ámbito interno	40
3. Prohibición de regresividad en materia laboral	42

4.	Alcances de la prohibición de regresividad.....	44
4.1.	Noción de regresividad	45
4.2.	No regresividad y razonabilidad.....	48
4.3.	Criterios de justificación de medidas regresivas, determinación de la regresividad	50
4.4.	Presunción de invalidez	53
2.	CAPÍTULO II.....	56
	PROGRESIVIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO – DERECHO A LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL PERÚ.....	56
I.	PREMISAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL PERÚ	56
1.	Derecho del trabajo	56
1.1.	Contenido del Derecho al trabajo en el Perú.....	59
2.	Contrato de trabajo.....	62
2.1.	Regímenes Laborales	64
2.2.	Clases de contrato de trabajo.....	65
2.2.1.	Contratos a plazo indeterminado	65
2.2.2.	Contratos a plazo fijo	68
3.	Las relaciones laborales en la administración pública.....	73
3.1.	Regímenes Laborales en la Administración Pública	75
3.1.1.	Decreto Legislativo N° 276	76
3.1.2.	Decreto Legislativo N° 728	78
3.1.3.	Decreto Legislativo N° 1057	81
3.2.	Reforma en la administración pública: Servicio Civil.....	82
3.2.1.	Proceso de implementación del nuevo régimen del servicio civil.	87
3.2.2.	La meritocracia en la reforma del Servicio Civil.....	89
4.	Desnaturalización de los contratos laborales	92
5.	El Despido.....	97
5.1.	Clases de despido.....	97
5.1.1.	Despido justificado.....	97
5.1.2.	Despido injustificado	97
II.	ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO - LINEAMIENTOS EN MATERIA LABORAL CON RESPECTO AL	

PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC	100
1. Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario	100
1.1. Expediente N° 1124-2001-AA/TC - Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú ..	102
1.2. Expediente N° 976-2001-AA/TC - Eusebio Llanos Huasco	105
1.3. Precedente Vinculante Expediente N.° 0206-2005-PA/TC -César Antonio Baylón Flores	110
2. Principios laborales	112
2.1. Principio de igualdad y no discriminación.....	113
2.2. Principio de razonabilidad y proporcionalidad	117
2.3. Principio de continuidad.....	121
2.4. Principio protector	123
2.4.1. In dubio pro operario	124
2.4.2. Aplicación de la norma más favorable	125
2.4.3. La condición más beneficiosa	127
2.5. El principio de la primacía de la realidad.....	128
3. CAPÍTULO III	131
“PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC”	131
1. La seguridad jurídica y la predictibilidad en las decisiones judiciales.....	131
2. El precedente constitucional vinculante	136
2.1. Contenido esencial del precedente vinculante en el Perú	138
3. Análisis del Precedente Constitucional recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC	145
3.1. Aclaraciones sobre el Precedente Vinculante	165
3.1.1. Auto de aclaración de la Sentencia Nª 05057-2013	165
3.1.2. Casación Laboral Nª 12475-2014.....	167
4. Derecho al trabajo y la meritocracia en la actual reforma del Servicio Civil	168
5. Progresividad y regresividad de los DESC en el Precedente Vinculante emitido en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC.....	174
CONCLUSIONES	189
RECOMENDACIONES	192
BIBLIOGRAFÍA	194
ANEXOS.....	199

1. Proyecto de Tesis	200
2. Sentencia N ^º 05057-2013-PA/TC	214



RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PROPÓSITO DEL PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC – PRECEDENTE HUATUCO.

1. CAPÍTULO I

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

I. CONCEPTOS BÁSICOS

1. Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1.1. Naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En el transcurso de la evolución humana hemos sido concededores de distintos acontecimientos de carácter social, de los cuales se han desplegado una serie de cuestiones que han incidido directamente en el desarrollo del ser humano y su interrelación en la sociedad con sus similares. El sistema internacional tras constantes luchas sociales, ha logrado impulsar un concepto trascendental como es el reconocimiento de los Derechos Humanos. Estos derechos a su vez han sido clasificados en dos categorías denominadas Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estos últimos conocidos por sus siglas DESC, en el presente capítulo se desarrollará la naturaleza y principales características de los DESC.

Suele considerarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento internacional mediante el cual se reconocen de manera implícita los derechos económicos, sociales y culturales, pero lo es ciertamente la “Declaración Rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 4 de enero de 1918, siendo el primer texto en el que se reconocieron los DESC en la historia de la humanidad. En el año de 1918, año en que concluye la primera Guerra Mundial esta Declaración se redactó como indica Villán Durán “en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa (1789), en la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y en la Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio

de 1776), estos precedentes representan una concepción individualista de los derechos humanos, como también de los derechos civiles y políticos, y por lo tanto se pierde la visión de los derechos económicos, sociales y culturales. Por el contrario, en la Declaración Rusa se hace eco de las reivindicaciones económico-sociales de la clase trabajadora y de la Revolución Industrial del siglo XIX en Europa, y por primera vez se presenta el embrión de los futuros derechos económicos, sociales y culturales, esto es, el derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la educación, al sufragio universal (derecho a participar activa y pasivamente en todo proceso electoral) en una época en: que las mujeres no tenían el derecho al voto, ni el derecho de asociación y de libertad sindical, lo cual constituyó la base de los derechos reivindicativos básicos de la clase trabajadora.¹ Asimismo cabe destacar que anterior a esta declaración, se desarrolló en el año de 1917 la Constitución mexicana² y posteriormente la Constitución alemana de Weimar³ en 1919, estas constituciones son reconocidas en la historia de los derechos humanos por haber desarrollado un contenido social en el cual se incorporan progresivamente los DESC a los derechos reconocidos a nivel constitucional en estos países, dando inicio a la que se conoce como el Constitucionalismo social.

Finalizada la primera guerra mundial, en el mundo se instauró el concepto de justicia social mediante el cual se exigía el reconocimiento de derechos sociales, el cual se tradujo en la creación de una organización esencial en desarrollo de los DESC en el plano internacional y la defensa de los derechos de los trabajadores, como es la Organización Internacional del Trabajo⁴, conocida por sus siglas OIT, suscrita a través del tratado de

¹ VILLÁN DURÁN, Carlos. *Derechos económicos, sociales y culturales Cátedra Gerardo Molina*, Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009 p. 09.

² La constitución mexicana de 1917 es considerada de gran aporte constitucional al haber incluido dentro de sí derechos sociales, por lo que se le considera “La primera Constitución social del Siglo XX”. Entre su principal contenido el aspecto laboral y educativo, señala jornadas de trabajo de 8 horas. y una educación laica y gratuita. La libertad de expresión y libre asociación de los trabajadores, entre otros aportes de carácter social que se desarrollan en esta constitución.

³ La Constitución de Weimar logra establecer principios del derecho social y reconoce los denominados derechos económicos, sociales y culturales, ampliando el campo de derechos humanos que se reconocieron en las leyes europeas a lo largo del siglo XIX.

⁴ La Organización Internacional del Trabajo se funda en el principio de que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social. La creación de la OIT respondía a la toma de conciencia, después de la Primera Guerra Mundial, de la necesidad de llevar a cabo reformas sociales y reflejaba la convicción de que estas reformas sólo podían realizarse con éxito en el plano internacional. Más en: <http://www.situn.org/wp-content/uploads/info-general-oit.pdf>

Versalles en el año de 1919 creando asimismo la Sociedad de Naciones (SDN)⁵ organización mundial, que en ese entonces, se encargó de implementar las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales. Debe precisarse que el Perú es miembro de la OIT desde el año de su creación.

Puede establecerse, que es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el primer instrumento internacional sobre derechos humanos, que da reconocimiento expreso a los DESC (Capítulo XI: preservación de la salud y al bienestar, Capítulo XII: a la educación, Capítulo XIV: al trabajo y a una justa retribución, entre otros), meses después se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, cada una de ellas enmarcada en una organización internacional distinta, la Organización de Estados Americanos y la Organización de las Naciones Unidas, respectivamente, logrando la consagración internacional de los DESC. Asimismo estos instrumentos internacionales buscaron, entre otros, dirigir a los estados a que reconozcan los DESC dentro de sus constituciones y normas emprendiendo así, un desarrollo interno de los mismos, cabe destacar que nuestro país es parte de ambas Organizaciones encontrándose sujeto a las disposiciones que emitieron los mismos a través de las distintas ratificaciones realizadas.

Posteriormente y durante un largo período, el cual se denominó la Guerra Fría, los derechos humanos avanzaron poco, en razón de que estos derechos se utilizaron de manera sistemática como arma ofensiva para agredirse de un sector a otro, los capitalistas a los comunistas y viceversa⁶. En este escenario se impuso la consagración de una división artificial entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, cuando en 1966 la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desarrolló en dos tratados, siendo estos el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues “la guerra Fría imponía esa lectura diferenciada de los derechos: para los capitalistas los únicos derechos humanos válidos eran los individuales, civiles y políticos, mientras que para el sector comunista

⁵ La sociedad de Naciones, la cual fracasaría y a finales de la Segunda Guerra mundial se instauraría en remplazo de ésta la Organización de Naciones Unidas conocida por sus siglas ONU, la cual desarrolla sus funciones en la actualidad.

⁶ VILLÁN DURÁN, Carlos. *Derechos económicos, sociales y culturales Cátedra Gerardo Molina; op. cit.*, p. 16.

los derechos humanos más importantes eran los de contenido económico, social y cultural⁷.

De otro lado en lo que respecta al Sistema Interamericano se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, en adelante la Convención, la cual instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros; sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana⁹.

A través de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador)¹⁰, se fundamenta en el principio de igualdad y no discriminación y reafirma la visión de integralidad entre los DESC, y los derechos civiles y políticos, considerando que todos los derechos inherentes a la persona humana constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana¹¹.

1.1.1. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos humanos

El concepto de derechos humanos no es un concepto estático o un dato, es un concepto que ha ido evolucionando a través de los años y los conflictos sociales desarrollados a lo largo de los últimos siglos. Esta concepción es fruto un movimiento de

⁷ Ídem

⁸ Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigencia el 16 de junio de 1978.

⁹ Historia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, ubicado en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh> (21/03/2016).

¹⁰ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su décimo octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

¹¹ MELÉNDEZ, Florentín. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos*, Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia. PRADPI. N° 5. 2009, pp. 75-76.

internacionalización, que constituye un movimiento extremadamente reciente en la historia, surgiendo, a partir de la posguerra, como respuesta a las barbaridades y a los horrores cometidos durante el nazismo¹².

Las constantes luchas sociales, se deben a que a lo largo de los años se ha buscado reconocer la dignidad de cada persona, “entendida como un valor inherente a todos los seres humanos, que se basa en el respeto y la libertad de los hombres. Podemos decir, entonces, que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos, y que estos buscan la plena realización de los seres humanos a través de la conquista de condiciones de vida que les permita mejorar su entorno y hacerse partícipes de su propio desarrollo. Los derechos humanos implican una visión de sociedad que está en contra de la injusticia social, económica y política, y que se encuentra arraigada en prácticas y procesos que sistemática e históricamente han generado la exclusión de determinados grupos sociales.”¹³

Los DESC se refieren a aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de estos se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo, entre otros.¹⁴ Esas condiciones básicas permiten a la persona vivir plenamente y en condiciones dignas, esto reviste a los DESC del carácter de derechos humanos.

Ahora bien, si partimos de la idea de que los derechos humanos le son debidos a las personas por el reconocimiento de su dignidad, ¿Por qué existe la distinción entre derechos civiles y políticos y los DESC?, existen dos posturas respecto del reconocimiento como derechos humanos de ambas categorías, mientras que para algunos juristas los derechos civiles son considerados derechos subjetivos pasibles de ser exigibles y justiciables ante un órgano judicial y los DESC son solo aquellas orientaciones y/o consideraciones que los Estados deben tener en cuenta, para la doctrina desarrollada

¹² PIOVESAN, Flávia, PASSOS, Gotti Alessandra y SENNE MARTINS Janaína. *Derechos Humanos, Globalización Económica e Integración Regional*, En: *Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales*, Recife, 2004, p.64.

¹³ SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. *Aspectos fundamentales de los DESC*, En: *Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales*, Recife, 2004, p. 61.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 62.

en la actualidad se considera a los DESC como derechos humanos, lo que permite exigirlos ante el Estado en términos jurídicos y políticos.

La primera postura frente a los DESC corresponde a la perspectiva neoliberal que les quita su condición de derechos y los redefine como normas programáticas cuyo cumplimiento está condicionado por el crecimiento económico, lo que no les permite a las personas su exigencia inmediata. La segunda postura los define como verdaderos derechos humanos, necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticas, y de que sus proyectos de vida se realizarán en las mejores condiciones gracias al acompañamiento y cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en esta materia¹⁵.

Es necesario recordar que por muchos siglos los derechos humanos se han dirigido solo a aceptar como propios derechos humanos a los derechos civiles y políticos, pero es a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se establece una idea de la importancia de la universalidad e indivisibilidad en lo referente al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos; como indica Gros Espiell “Sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede garantizar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Inversamente, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales carecen de verdadera significación”¹⁶. De este modo las dos categorías de derechos humanos son capaces de conjugarse a fin de entender que estos derechos se encuentran al mismo nivel, por la condición de interdependencia que existe entre ambos.

Así se confirma lo antes expuesto en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, mediante la cual se reafirmó la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos, señalando:

¹⁵ GONZÁLEZ, M. A. *Capacidad DESC para la exigibilidad. Manual de políticas públicas y participación social*. Bogotá: ILSA, 2006, p. 30.

¹⁶ GROSS Espiel, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, 1986, Universidad de Michigan: libro libre, pp. 16 y 17.

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los derechos humanos le son debidos a la persona por el solo hecho de ser tal, la sola existencia del ser humano genera el respeto y valoración de su persona, lo cual es manifestado a través de la obligatoriedad de reconocerle derechos que le son inherentes a su existencia a los que denominamos derechos humanos, dentro de los cuales están reconocidos los DESC. No debe olvidarse que el surgimiento de los derechos humanos tal y como los conocemos ahora, se da a partir del reconocimiento de derechos sociales tales como los derechos laborales, diversos tratados de derechos humanos han considerado dentro de sus lineamientos el reconocimiento de los DESC como derechos humanos.

Por lo antes expuesto resulta ineludible precisar que los DESC son considerados como derechos humanos, pues entendemos que a través del ejercicio de estos el ser humano encuentra pleno respeto a su dignidad y libertad.

1.1.2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su calidad de derechos fundamentales

La denominación de derechos fundamentales, se encuentra ligado al reconocimiento constitucional de derechos que a su vez han sido reconocidos en el ámbito internacional a través de tratados, declaraciones, entre otros. Debiendo entenderse en el contexto de la presente investigación, que los derechos humanos logran la denominación de derechos fundamentales cuando los Estados han desarrollado en un nivel interno de positivización de estos derechos, teniendo a través de ésta una inclusión de derechos al ordenamiento jurídico de cada país, dotándolos de este modo de diversas características que hacen posible su exigibilidad. Por lo que este concepto se desarrolla de distinta forma dependiendo del tratamiento que le de cada Estado.

El Tribunal Constitucional Peruano, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad en nuestro país, citando a Peces-Barba, indica que el concepto de derechos fundamentales comprende:

“Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”¹⁷

Reconociendo de ese modo que la dignidad humana es un presupuesto esencial para el desarrollo de los derechos fundamentales y su acogimiento en el ordenamiento jurídico, así como también para el desarrollo de la persona humana como parte de la sociedad. Lo cual queda reconocido a través del fundamento 46 de la sentencia expedida en el Expediente N° 00050-2004-AI/ TC, en el que señala:

“La dignidad humana, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.”

Bajo esta premisa los DESC pueden ser considerados derechos fundamentales susceptibles de exigibilidad dentro de nuestro Ordenamiento, precisando una vez más que estos derechos son reconocidos al ser humano por la calidad innata de la dignidad que poseen.

Asimismo, es necesario precisar que el reconocimiento de los derechos fundamentales en el orden constitucional, comprende dos aspectos: a) Su valor positivo: que implica el reconocimiento en el ordenamiento jurídico a través de normas y leyes, de los Derechos Fundamentales, derechos que son presupuestos que van a limitar o en ciertos casos exigir o dirigir la actuación del estado y los particulares y b) El valor ético y axiológico de los

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia emitida en el Expediente 1417-2005-AA/TC: fundamento 2.

derechos fundamentales, con respecto al reconocimiento de la dignidad humana, como valor material central de la norma fundamental.¹⁸

Finalmente cabe mencionar que el TC ha señalado a que derechos se considera fundamentales, precisando:

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado «Derechos Fundamentales de la Persona», además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el capítulo II y los políticos contenidos en el capítulo III), «ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»¹⁹

Quedando así establecido que a lo largo de todos sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha determinado que los DESC dentro de nuestro sistema jurídico, son reconocidos como derechos fundamentales.

2. Exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

Para hablar de la exigibilidad de los DESC, debemos señalar que en lo que va del presente trabajo de investigación se ha dejado en claro el valor jurídico que tienen estos derechos tanto en el ámbito internacional (al establecerse a través de tratados, convenciones, declaraciones la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos), como en el ámbito interno (a través de reconocimiento interno de estos derechos como derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico).

Ahora bien es necesario abarcar el sentido de interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos con los DESC, para lograr establecer el grado de exigibilidad

¹⁸ NAVARRO, Monika. *Los derechos fundamentales de la persona*, 2013, p.6, obtenido de: <http://www.derechocambiosocial.com/revista021/derechos%20fundamentales%20de%20la%20persona.pdf>

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC: fundamento 3

de estos. A través de Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Teherán²⁰ en su párrafo 13 se determina:

“13. Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización plena de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”.

De igual manera en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, indica que los derechos humanos deben ser tratados en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso²¹. El tema de la complementariedad e interdependencia está presente en el tema de la obligatoriedad y exigibilidad por parte del Estado, esto a su vez indica que ambos (derechos civiles y políticos y DESC) tengan la misma jerarquía, por lo que cabe mencionar que para el debido desarrollo y protección de los derechos fundamentales es necesario acabar con la posturas liberalistas y socialistas que solo logran dividir y jerarquizar los derechos unos encima de otros, como lo afirma el Tribunal constitucional en el Expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento 32²², cuando

²⁰ Conferencia Internacional de Derechos Humanos realizada en Teherán el 13 de mayo de 1968. La primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos se celebró en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 para examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y preparar un programa para el futuro. Entre otras cosas, la Conferencia Internacional exhortó a todos los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual.

Obtenido de <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>

²¹ En su párrafo 5, la Declaración y Plan de Acción de Viena establece: «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».

²² 32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión “Tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.” En la Sentencia emitida en el Expediente 1417-2005-AA/TC.

en la actualidad y a través del concepto moderno de los derechos humanos todos los derechos son interdependientes y complementarios entre sí. Asimismo el Tribunal Constitucional, ha dejado en claro su postura expuesta en el fundamento 19 de la sentencia expedida en el Expediente 2945-2003-AA/TC, estableciendo que:

“El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”.

Por ende, y a pesar de las distintas diferencias que a lo largo de los años se ha venido haciendo entre los derechos civiles y políticos y los DESC, la exigibilidad de todos ellos en conjunto debe tratarse al mismo nivel de relevancia. En ese sentido el Juez Mac-Gregor en su voto concurrente del caso Suarez Peralta Vs Ecuador, dentro del Sistema Interamericano, indicó:

“Resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I [de la Convención] (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”). (...) la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”. Volviendo se ha tomado como mayor fundamento la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en conjunto sin importar su condición política social, civil, económica o cultural.

Asimismo sobre la diferencia con los derechos civiles y políticos, el TC ha establecido una posición clara en el Expediente 2945-2003-AA/TC: fundamento 11; expediente 2016-2004-AA/TC: fundamento 10:

“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.”

De esta forma nuestro Estado toma una clara posición respecto de la interdependencia de los derechos humanos afirmando la exigibilidad y plena eficacia de todos en conjunto. Finalmente, respecto de esta idea, como precisa Arista en referencia al tratamiento de los derechos civiles y políticos y los DESC no significa que unos estén sobre otros, o que unos sean más importantes que otros porque aquí es donde encontramos la interdependencia de los Derechos Civiles y Políticos con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Teniendo en cuenta a la vez que aunque no se haya percibido, los DESC son la vía para lograr un disfrute legal y significativo de los Derechos Civiles y Políticos²³.

Ahora bien, partiendo desde la idea de que los DESC “son el producto de las exigencias económicas, sociales y culturales del pueblo para alcanzar un mejor nivel de vida. La sociedad o el Estado es quien debe proveer los medios necesarios para que se hagan realidad, los mismos que se cumplen progresivamente, de acuerdo con las posibilidades del Estado”²⁴, por tanto, como lo establece Mujica: “La exigibilidad de los derechos humanos en el campo de los DESC es el proceso en el que una persona, o grupo de personas que resultan titulares de éstos, demandan al Estado el cumplimiento de los mismos.”²⁵. Debe precisarse que “La exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia de escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su

²³ ARISTA ZERGA, Ariana. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales retos y desafíos*, En *Actualidad Jurídica*, 2004, p.80.

²⁴ Gross Espiell, Héctor. *Derechos Humanos*, Lima: Editorial Cuzco S.A., 1981, p.70.

²⁵ MUJICA PETIT, Javier, *Acciones de protección de los DESC”: lecturas complementarias*, En: *Módulo Educativo para promover iniciativas a favor de los DESC. Educar para Actuar*, CEDAL, APRODEH, ALTERNATIVA, 2001, p. 244.

ciudadanía.”²⁶ De este modo Sandoval²⁷, nos presenta una forma de saber cómo es que se desarrolla el concepto de exigibilidad a través del siguiente esquema:



De lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 2 primer párrafo, se desprende:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Cabe indicar que el Estado parte debe desarrollar progresivamente estos derechos con los recursos que tenga, no teniendo que esperar alcanzar un nivel de desarrollo económico determinado para hacer efectivo estos derechos. En ese sentido podemos establecer que su exigibilidad es inmediata, la cual dependerá de los recursos económicos de los que dependa cada estado. Tal y como lo indica la Observación N° 03 del Comité de los Derechos Humanos, en su punto 1. :

²⁶ Declaración de Quito. Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina, párrafo 19. Proclamada el 24 de julio de 1998 por las redes, ONG de derechos humanos, de promoción del desarrollo, organizaciones sindicales, de pueblos indígenas y de defensa de los derechos de la mujer, reunidos en la ciudad de Quito, Ecuador, durante el Primer Encuentro Latinoamericano sobre la Exigibilidad de los DESC (22 al 24 de julio, 1998) en el que participaron también organizaciones mexicanas.

²⁷ SANDOVAL TERAN, Areli. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*. México: Equipo Pueblo, 2001, p.26, Tomado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30038.pdf>

“En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.”

Ahora bien, del artículo 2.1. del PIDESC así como también el artículo 26 de la Convención Americana²⁸, se derivan obligaciones exigibles a los Estados, tales como: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y la obligación de progresividad y prohibición de regresividad²⁹.

En referencia a la obligación de adoptar medidas inmediatas, debemos tener en cuenta que si bien los organismos internacionales han asentado que la efectividad de los DESC se realiza de manera progresiva, existen obligaciones con efecto inmediato como son garantizar el desarrollo de estos derechos sin discriminación (2.2. PIDESC).

La obligación de garantizar, satisfacer y/o facilitar implica tomar medidas concretas para permitir el goce de los derechos por los particulares, los grupos y las comunidades en particular, cuando esos individuos o grupos son incapaces de ejercer sus derechos con sus propios medios³⁰, más aun cuando el grado de desarrollo de un DESC se encuentra en un nivel que no ha alcanzado los mínimos exigibles.

La obligación de progresividad y prohibición de regresividad, primeramente respecto de la primera cierta gradualidad, es decir, la necesidad de establecer plazos razonables para llegar a las metas que el reconocimiento del DESC impone; y, de otro, la búsqueda del progreso, a través del mejoramiento de las condiciones de goce y ejercicio de los DESC³¹.

De segundo aspecto de esta obligación refiere a la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los

²⁸ Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

²⁹ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p.79.

³⁰ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit. p. 14

³¹ *Ibíd.*, p.93.

derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva³².

De lo antes desarrollado podemos concluir que la exigibilidad, tiene que ver con la plena efectividad y goce del derecho, precisándose la identificación de los titulares así como también el responsable de hacerlo efectivo, este a su vez debe cumplir con obligaciones expresas que se han prescrito en los instrumentos internacionales.

3. Los derechos laborales en su calidad de derechos económicos, sociales y culturales

Se debe empezar señalando que los derechos laborales son el núcleo duro de los DESC, pues a través de la lucha de estos derechos se han concretado diversos tratados, declaraciones entre otros, tal es así que terminada la primera guerra mundial y firmada la “Declaración Rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, es que se da inicio a la lucha a favor del respeto y plena efectividad de los Derechos Sociales, a través de la creación de la Organización Internacional de Trabajo creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial.

Hablar del derecho al trabajo implica un listado de derechos ligados a este, pero en esencia el trabajo es un derecho humano fundamental, mediante el cual la persona logra desarrollar una vida digna, en libertad e igualdad de oportunidades, a través de la realización de un determinada actividad mediante la cual produce bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales y/o familiares, por lo que todas las personas, tienen derecho a su plena y efectiva realización sin discriminación alguna. De esta manera, el trabajo es comprendido no sólo como un medio de supervivencia sino también como un medio de bienestar, dado que permite el desarrollo personal y la aceptación e integración social de quien realiza una labor o trabajo³³. Igualmente será un medio de realización personal, pues al desarrollar una actividad que genera, produce y contribuye en varios aspectos en su vida personal y en la sociedad, el ser humano logra sentirse útil.

³² *Ibíd.*, p. 94.

³³ MOLINA, Angélica. Contenido y alcance del derecho individual al trabajo, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2005, p. 13.

Por su importancia en el derecho internacional, el concepto y alcances de este derecho se han desarrollado en varios instrumentos internacionales, los cuales han resaltado el cumplimiento del mismo en condiciones de igualdad y no discriminación.

✓ **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona al trabajo; a la libre elección de su trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo; a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia digna. También, el artículo 24 reconoce el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

✓ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 6 establece que el derecho a trabajar comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, reconoce, en el mismo artículo, el derecho de toda persona a trabajar y se refiere a la necesidad de adoptar medidas de formación técnica y profesional tendientes a asegurar la ocupación plena y productiva. El artículo 7 hace alusión al derecho a condiciones dignas y satisfactorias en el trabajo: remuneración digna, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción en el trabajo y descanso. El artículo 8 reconoce la libertad sindical, el derecho de asociación sindical y el derecho de huelga. El artículo 9 del señala el derecho de toda persona a la seguridad social. Finalmente, en el artículo 10 se determinan aspectos sobre la mujer trabajadora embarazada o lactante, y el trabajo infantil.

✓ **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”**

Al igual que el PIDESC el Protocolo de San Salvador en sus artículos 6 y 7 reconoce el derecho de toda persona al trabajo y la garantía de condiciones justas, equitativas y

satisfactorias de trabajo. Precisando que el derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

El Protocolo de San Salvador completa las obligaciones ya señaladas por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo que respecta a adoptar medidas que garanticen el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a las personas con discapacidad. Debiendo ejecutarse y fortalecerse programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda efectivamente ejercer su derecho al trabajo. Frente a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo, determina la obligación de garantizar en la legislación nacional el derecho de todos los trabajadores a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo.

El Estado también debe garantizar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos y, en caso de despido injustificado, el derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo. También indica que debe prohibirse el trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de edad.

El artículo 10 del protocolo consagra el derecho a la seguridad social. Concretamente establece que la seguridad social debe cubrir la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional para las personas que se encuentren trabajando. Cuando se trate de mujer trabajadora debe concedérsele licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

✓ **Organización Internacional del trabajo**

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente. Única agencia 'tripartita' de la ONU, la OIT reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 186 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. Actualmente, el Programa de trabajo decente de la OIT contribuye a mejorar

la situación económica y las condiciones de trabajo que permiten que todos los trabajadores, empleadores y gobiernos participen en el establecimiento de paz duradera, de la prosperidad y el progreso. El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son "fundamentales". Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación³⁴. Perú es miembro de la OIT desde el año 1919. El país ha ratificado 74 convenios (67 actualmente en vigor) entre los cuales se encuentran los 8 convenios fundamentales³⁵.

Ahora bien respecto de la eficacia y exigibilidad de este derecho es necesario precisar que es un derecho individual que pertenece a cada persona, y también puede ser considerado como un derecho colectivo; las amplios conceptos que se encuentra en torno al derecho al trabajo deben ser desarrollados por los estados a fin de garantizar a través de este desarrollo el respeto al derecho al trabajo, a esto consideramos la característica progresiva de este derecho. En particular frente a este derecho el Estado tiene obligaciones de hacer y no hacer, prestación – abstención, pues recordemos que a través de los distintos instrumentos internacionales se han reconocido ya ciertos conceptos ligados a este derecho (como son la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros), por lo que frente a estos deberá abstenerse de ejercer políticas que vayan en contra de estos; respecto de los demás concepto está obligado a desarrollarlos progresivamente.

✓ **Observación General N° 18 – Derecho al Trabajo**

La presente observación busca establecer una correcta interpretación a los artículos pertinente sobre el derecho al trabajo que se encuentran dentro de la Declaración universal de los Derechos Humanos así como también el PIDESC, de igual forma determina todo

³⁴ Misión y objetivos de la OIT, obtenido de: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

³⁵ Países miembros: <http://www.ilo.org/lima/paises/per%C3%BA/lang-es/index.htm>

aquel concepto que abarca el derecho trabajo así como las obligaciones de los Estados frente a este derecho.

Precisa esta Observación que el ejercicio laboral en todas sus formas y a todos los niveles supone la existencia de los elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado, las cuales son:

- a) Disponibilidad. Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- b) Accesibilidad. El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados Partes.
- c) Aceptabilidad y calidad. La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras, el derecho a constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente empleo.

Asimismo ha desarrollado las obligaciones de respetar, proteger y aplicar, en el caso en particular de los derechos laborales, de esta forma:

23. Los Estados Partes tienen la obligación de *respetar* el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos, miembros de minorías y trabajadores migratorios.(...)

25. Las obligaciones de *proteger* el derecho al trabajo incluyen, entre otras, los deberes de los Estados Partes de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a capacitación y garantizar que las medidas de privatización no socavan los derechos de los trabajadores. Las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador. La obligación de proteger el derecho al trabajo incluye la responsabilidad de los Estados Partes de prohibir el trabajo forzoso u obligatorio por parte de agentes no estatales.

26. Los Estados Partes están obligados a *aplicar (proporcionar)* el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden, por razones que escapan a su control,

realizar ese derecho ellos mismos por los medios de que disponen. Esta obligación incluye, entre otras cosas, la obligación de reconocer el derecho al trabajo en los sistemas jurídicos nacionales, y de adoptar una política nacional sobre el derecho al trabajo, así como un plan detallado para su aplicación. El derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a "estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, elevar el nivel de vida, satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver el problema del desempleo y el subempleo". Es en este contexto en el que los Estados Partes deben adoptar medidas efectivas para aumentar los recursos asignados a la reducción de la tasa de desempleo, en particular entre las mujeres, las personas desfavorecidas y los marginados.

27. La obligación de *aplicar (facilitar)* el derecho al trabajo exige a los Estados Partes que, entre otras cosas, adopten medidas positivas para permitir y asistir a las personas que disfruten de su derecho al trabajo y aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo.

28. La obligación de *aplicar (promover)* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes emprendan, por ejemplo, programas educativos e informativos para crear concienciación pública sobre el derecho al trabajo.

II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

1. El principio de Progresividad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

La progresividad es una característica particular de esta clase de derechos, que a diferencia de los derechos civiles y políticos, deberá emprender una suerte de desarrollo el cual depende de las condiciones económicas políticas entre otras de cada Estado en particular. A su vez es también considerada una obligación de los Estados, la cual se realiza a través de la adopción de medidas necesarias a fin de garantizar la efectividad y exigibilidad de estos derechos sin discriminación alguna.

Sentado ese punto, cabe indicar que el principio de progresividad tiene sustento en el derecho internacional a través de instrumentos internacionales, en los cuales se contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los DESC.

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC establece:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

A su turno, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Finalmente el artículo 1.1 del Protocolo de San Salvador consagra:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto

de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Por lo tanto los Estados Partes están obligados frente a los DESC a “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos” esto a través de la adopción de medidas, pudiendo ser de carácter legislativo, administrativo, financiero, educacional y social.

En el escenario nacional este principio ha sido desarrollado por el TC quien en principio a reconocido en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” Por lo que nuestro Estado se ha sometido a los lineamientos de todo aquel instrumento internacional que haya ratificado, poniendo sobre toda condición que la interpretación de cada una de las normas que dicta nuestra Constitución debe darse acorde a las disposiciones supranacionales, lo que indica un respeto irrestricto de las mismas.

Así, las normas internacionales establecen que el carácter progresivo de los DESC se da a fin de lograr la plena efectividad de los derechos, pero no solo de los DESC, pues como se precisó anteriormente, el desarrollo de los DESC generan la plena efectividad de todos los derechos incluyendo los derechos civiles y políticos.

Debe indicarse también, que los estados se comprometen a desarrollar este carácter progresivo a través de políticas, medidas necesarias, pero también a través de su desarrollo en la legislación, como es su reconocimiento en la Constitución y posterior a esta el desarrollo interpretativo que realice, en nuestro caso, el mayor intérprete de la Constitución el Tribunal Constitucional, a fin de establecer el contenido, y la correcta aplicación del contenido de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución como fundamentales, a través de este trabajo es como también se desarrolla el carácter progresivo de los DESC.

2. Principio de no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

2.1. La Prohibición de Regresividad en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este concepto se deriva de la obligación que el PIDESC establece en su artículo 2.1., el cual precisa que los Estados Partes deben lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC, en tanto, si lo que busca es el incremento de la satisfacción de los DESC, puede inferirse del mismo que se cataloga como prohibida toda aquella política o medida tomada por un Estado que menoscabe la protección el desarrollo y el goce alcanzado de un determinado derecho al momento de haberse adoptado un tratado internacional o en cada medida que fuera tomada con fin progresivo.

La Observación General N° 03 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en adelante el Comité DESC, precisa que:

“...más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”

Cabe decir, que las Observaciones Generales emitidas por el Comité DESC, buscan realizar una interpretación amplia de distintos temas tratados sobre Derechos Humanos, a fin de que los Estados cumplan con respeto el real mandato y contenido de los tratados internacionales relacionados con los DESC. Por lo que podemos decir que el principio de progresividad se desarrollará plenamente si se cumple a su vez el principio de no regresividad, indicando que si el Estado se compromete a más, es evidente que no deberá hacer menos respecto del tratamiento de un derecho, siempre y cuando esta acción sea plenamente justificada respecto de los demás derechos incluidos en el PIDESC.

En este sentido a través de los principios o Directrices de Maastricht³⁶, se considera también como violación de los DESC:

³⁶ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997; Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional. Tomado de <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines.html>

14. Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;

(b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;

(c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;

(d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;

(f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

(g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.

De otro lado el Comité ha desarrollado ampliamente el concepto de prohibición de regresividad en las Observaciones No. 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 19, relativas a los derechos a una alimentación adecuada, educación, disfrute del más alto nivel posible de salud, al agua, a la igualdad del hombre y la mujer en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, al trabajo y a la seguridad social, respectivamente.

2.2. La Prohibición de Regresividad en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), dos son las normas que precisan de manera concreta el deber de progresividad, del cual se desprende la prohibición de regresividad. El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que remite a la Carta de la OEA), y el artículo 1° de su Protocolo Facultativo (Protocolo de San Salvador).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

“Artículo 26. Desarrollo progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Por su parte, el Artículo 1° del Protocolo de San Salvador establece:

“Artículo 1. Obligación de adoptar medidas. Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”

Ahora bien el artículo 26 de la Convención en su redacción nos remite a la Carta de la Organización de Estados Americanos, a fin de determinar la individualización de los derechos sobre los que recae la prohibición, los cuales serían derecho a la educación, derechos laborales, derecho a la seguridad social, derecho a la vivienda, derecho a la alimentación, derecho a la salud y derechos culturales.

Debemos precisar que en estas normas contienen los mismos preceptos establecidos en el PIDESC, por lo que a fin de realizar interpretaciones para casos en específicos, se recurrirán a todos los instrumentos que contengan ambos sistemas en referencia a los DESC.

2.3. El principio de no regresividad en el ámbito interno

A la ratificación de los tratados internacionales que rigen los lineamientos sobre los DESC, nuestro país dentro del ordenamiento jurídico nacional a través de disposiciones en la Constitución así como el TC en sus distintos pronunciamientos ha implementado el principio de progresividad y no regresividad, reconociendo primeramente a través de Cuarta Disposición Final y Transitoria el sometimiento a las normas supranacionales sobre derechos humanos que ha ratificado.

✓ CASO N.º 03477-2007-PA/TC

Uno de los casos importantes en cuanto a prohibición de regresividad que el TC ha desarrollado emitiendo sentencia respecto de la demanda de amparo interpuesta por la Asociación de Técnicos y Suboficiales de Procedencia de Reserva del Ejército Peruano (ATSOPRE) contra el Ejército del Perú, solicitando que a favor de sus asociados, se inaplique la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 040-97/DE/CCFFAA por adolecer de un vicio de nulidad y ser discriminatoria. Asimismo, solicita que se ordene la devolución de los aportes que han efectuado los asociados al Fondo de Seguro de Retiro y el pago del aporte del 7% a cargo del Estado, en estricta aplicación del Decreto Supremo 009-85-CCFFAA, que regula el Fondo de Retiro del Personal Subalterno de las Fuerzas Armadas. Señalan los demandantes que el Fondo de Retiro tiene por finalidad indemnizar al personal de las Fuerzas Armadas y Policiales al pasar a la situación de retiro o por cesar en el cargo, y que la contribución al Fondo se efectuaba sobre el monto de las remuneraciones pensionables a razón de 7% a cargo de las Fuerzas Armadas y Policiales y 3.5% a cargo del personal, hasta que mediante la norma impugnada se señala que el Personal de Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas de Reserva, al obtener la efectividad en el grado serán miembros del Fondo de Retiro y deberán contribuir con el 10.5% de su remuneración pensionable³⁷.

³⁷ TOLEDO, Omar. *El Principio de Progresividad y no Regresividad en Materia Laboral*, 2013, p.4. Tomado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf

El Tribunal Constitucional ha señalado, en su fundamento 17, que:

“...para establecer por qué se vulnera la obligación estatal de ampliar y mejorar la cobertura de la seguridad social de este sector de la población constituido por el personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, debemos recordar que cuando en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que “(c)ada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, establece una obligación de progresividad de la que se desprende la prohibición de regresividad de los mismos”.

Declara fundada la demanda de amparo expresando en uno de sus considerandos que:

“En consecuencia, la disposición contenida en la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA establece una disposición que vulnera la prohibición de regresividad del derecho fundamental a la seguridad social asumida por el Estado peruano, al haber establecido sin justificación alguna, una excepción a la regla contenida en el artículo 2 del referido decreto supremo, respecto de los Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas provenientes de la reserva, que además de peyorativa, evidencia un trato discriminatorio y desigual respecto de este sector del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales.

”³⁸

De otro lado el TC ha reiterado la justificación que establece el PIDESC respecto de cuando es permitida la regresividad de un derecho, indica:

“[...] el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida en que ello quede plenamente justificado en atención a la totalidad de los

³⁸ Fundamento 20 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. N.º 03477-2007-PA/TC, de fecha 14 de setiembre de 2009.

recursos de los que disponga el Estado y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”³⁹

Debemos entender por tanto que la obligación de no regresión no es absoluta siempre y cuando se encuentre plenamente justificada.

3. Prohibición de regresividad en materia laboral

Respecto del principio de no regresividad en lo que significa particularmente los derechos laborales, existe ciertas diferencias en cuanto a su aplicación puesto que en materia laboral rigen ciertos lineamientos y principios a partir de los cuales se debe aplicar el contenido de la prohibición de regresividad, uno de estos está referido al principio protector, contenido en nuestra Constitución el cual precisa:

Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

El tercer párrafo de este artículo hace referencia a un lineamiento muy importante respecto de la limitación del ejercicio los derechos laborales, precisando asimismo que no puede rebajar ni desconocer la dignidad del trabajador, reconociendo de este modo que el papel que juega la dignidad de la persona es fundamental para dar la protección y exigibilidad necesaria de los derechos laborales.

En la misma línea e ideas la OIT ha precisado en su constitución:

En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier

³⁹ Fundamento 53 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0029-2004-AI/TC, de fecha 2 de agosto del año 2004.

miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

Establece de esta manera que los efectos de los convenios y recomendaciones no irán en contra de normas que sean más favorables a los trabajadores, con lo que refiere una prohibición de regresividad sobre las normas que den mayor beneficio a los trabajadores.

✓ **Observación N° 18 del comité – obligaciones de los estados frente al Derecho al Trabajo**

La tercera parte de la presente observación ha precisado como idea principal que los Estados partes tienen la obligación de velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo, esta obligación indica a su vez que los estados partes deben garantizar el goce pleno de este derecho sin discriminación alguna.

Como en los demás tratados la progresividad expresa a su vez una obligación de no regresividad de los derechos humanos, y en el caso en particular el Comité no ha querido dejar de señalar en la presente observación que esta prohibición de retroceso está expresamente reconocido para los derechos laborales, tal es así que indica:

21. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes.

Precisa así mismo que actos dentro de lo que respecta al derecho al trabajo se pueden considerar como regresivos:

34. En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho

al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.

Por lo que cabría establecer, que en particular frente a los derechos laborales, existen actos expresamente desarrollados por el Comité para establecer cuando un Estado parte está violando una obligación contenida en los tratados.

De otro lado se debe determinar que los derechos laborales por su importancia en el desarrollo de los DESC y como parte de los mismos, constituyen derechos humanos, los cuales en el ámbito interno nuestro Estado los ha dotado de un protección especial, haciéndolos de esta forma justiciables frente a cualquier actor de regresión o afectación que pudieran sufrir al momento de ser ejercidos por la persona.

4. Alcances de la prohibición de regresividad

Esta prohibición supone un límite impuesto a través de los tratados internacionales antes desarrollados en materia de DESC reconocidos y desarrollados de igual manera en la Constitución, mediante el cual se busca prohibir la adopción de medidas (políticas, leyes, entre otros) reduciendo de esta manera los derechos de los cuales gozan las personas, dotados ya sea mediante los criterios mínimos de cada uno de los derechos desarrollados en los tratados o por aquellas medidas progresivas que hayan sido tomadas por los Estados las cuales se ven perjudicadas ante la adopción de medidas regresivas. En el modelo de Estado Social, los motivos por los que la prohibición de regresividad debe operar se sustentan en el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.⁴⁰

Por lo tanto la vulneración de los DESC a través de la toma de medidas o políticas regresivas por parte del Estado, requiere su justiciabilidad, pues como indica Courtis la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y

⁴⁰ COURTIS, Christian “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires: CEDAL – CELS, 2006, pág.18

Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que haya experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que protege el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad haya producido una mejora.⁴¹, de este modo el Estado debe responder judicialmente ante el cumplimiento de una obligación internacional reconocida asimismo dentro de un mandato constitucional y por la afectación a una garantía constitucional. Los siguientes conceptos nos llevarán a precisar porqué y cómo es posible una aplicación judicial en caso de regresividad.

4.1. Noción de regresividad

Como lo indica Courtis existen dos nociones de regresividad, la cuales denomina regresividad de resultados y regresividad normativa, precisando que: “Es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública. Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha

⁴¹ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit, p. 95-96.

modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.”⁴²

Con respecto a la primera noción, regresividad de resultados, hace mención a la existencia de indicadores los cuales han sido dictados tomando en cuenta el desarrollo de un derecho determinado precisando una misma línea de ideas respecto de este derecho, por ejemplo podríamos hablar de la aplicación de un programa social determinado promovido por un Estado buscando el desarrollo determinado de un derecho, o podría hablarse de distintas medidas políticas que han ido desarrollando en un solo sentido el desarrollo de un derecho. A fin de lograr establecer la existencia de regresividad se deberá realizar un análisis de la nueva política pública que se presume regresiva con aquel indicador o conjunto de indicadores que han seguido una misma línea y que se ha visto afectado por la nueva política. Por otro lado al hablar de la noción de regresividad normativa, bastará la comparación de la nueva norma con aquella que resulta vulnerada.

Existen tres modalidades de indicadores propuestos por la Organización de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano, que nos ayudan a determinar tres situaciones en las que podría existir regresividad, estos son indicadores estructurales, de proceso y de resultados.

“Los indicadores estructurales reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos y la existencia de los mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización del derecho humano en cuestión. Abarcan la intención del Estado o su aceptación de las normas de derechos humanos al adoptar medidas para la realización de ese derecho humano. Los indicadores estructurales tienen que concentrarse sobre todo en la naturaleza de las leyes nacionales relacionadas con el derecho en cuestión -es decir si incluyen las normas internacionales- y los mecanismos institucionales que promueven y protegen las normas. Los indicadores estructurales también deben examinar el marco normativo y las estrategias que el Estado indica son pertinentes para ese derecho (...).

⁴² COURTIS. Christian “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), *Op. Cit.*, p.3.

Los indicadores de proceso relacionan los instrumentos de política de los Estados con hitos que se convierten en indicadores de resultados, los cuales a su vez pueden relacionarse de manera más directa con la realización de los derechos humanos (...). Al definir los indicadores de proceso en términos de una relación causal concreta se puede evaluar mejor la responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones. Al mismo tiempo estos indicadores ayudan a vigilar directamente el ejercicio progresivo del derecho o el proceso de protección del derecho, según sea el caso, para la realización del derecho en cuestión. (...).

Los indicadores de resultados reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto. No se trata sólo de una medición más directa de la realización del derecho humano, sino también de la importancia del indicador para evaluar el disfrute del derecho. Puesto que con el tiempo consolida los efectos de diversos procesos subyacentes (que pueden ser medidos por uno o más indicadores de proceso), un indicador de resultados suele ser un indicador lento, menos sensible para reflejar los cambios momentáneos que un indicador de proceso⁴³

Debemos precisar en este punto, que a través de cada uno de estos indicadores se puede producir la regresividad de un derecho, de este modo, los indicadores estructurales serían necesarios dentro del análisis de la regresividad normativa, mientras que los indicadores de proceso y de resultado permitirían medir el desarrollo de la puesta en práctica de una medida, así como su impacto en el respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales.

De esta manera, el análisis de una medida que se sospecha regresiva podría hacerse *ex ante*, desde la expedición de la norma legal o desde la aprobación de la política pública, incluso antes de su entrada en vigencia (cuando se trata del examen normativo, con base en indicadores estructurales), y *a posteriori*, trascurrido un período de tiempo que permita

⁴³ 18ª Reunión de los presidentes de órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, doc. HRI/MC/2006/7, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006. Al respecto también puede verse: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, doc. Oea/Ser/L/V/li.129 5, Washington, D.C., 2007

conocer el impacto de la medida (examen empírico de los efectos de una medida, a partir de indicadores de proceso y de resultados).⁴⁴

4.2. No regresividad y razonabilidad

Cuando nos referimos a la razonabilidad, se puede entender que mediante esta, en el caso de razonabilidad de leyes, el legislador debe buscar cierta equivalencia entre lo que antecede a una norma y el hecho que es consecuente a la misma. Visto desde otro punto puede entenderse en una concepción tradicional que “el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder ejecutivo se vinculaba exclusivamente a criterio de razonabilidad – por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etc.–. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluía las relaciones irrazonables, pero permitía que el legislador o el Poder Ejecutivo escogieran dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.”⁴⁵

El concepto de la razonabilidad se encuentra ligado a la prohibición de regresividad por el hecho de que ambos principios tienen como objeto del aseguramiento de un debido proceso sustantivo, pues ambos se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos⁴⁶. Con respecto al debido proceso sustantivo Linares señala que el debido proceso sustantivo constituye un *standard* o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.⁴⁷ En la misma línea de ideas para Bustamante Alarcón, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean

⁴⁴ Comisión Colombiana de Juristas, *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)*, Bogotá, 2010, p.44.

⁴⁵ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit, 2002, p. 96.

⁴⁶ COURTIS Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, En *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Op. Cit., 2006, p. 22.

⁴⁷ LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2da edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970, p. 26.

razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.⁴⁸ Finalmente es importante recalcar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto a la dimensión tanto material como formal del debido proceso, al respecto ha establecido: “El debido proceso está concebido como aquél en el que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”.⁴⁹ Por lo tanto debemos entender que el tratamiento que el legislador le da a un derecho determinado encuentra un espacio de discrecionalidad en el cual puede existir un grado de restricción del derecho pero este a su vez debe encontrarse acorde a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de que pese a la existencia de una restricción en el fondo el derecho no se haya vulnerado.

Por la similar estructura del concepto de razonabilidad y el de no regresividad se afirma que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan los derechos económicos sociales y culturales tal es así que la obligación de no regresividad implica un control agravado del debido proceso sustantivo⁵⁰.

Se ha referido que dentro del margen de la razonabilidad el legislador podrá realizar restricciones, mediante las cuales la “especie legal” no sea directamente contraria al “genero constitucional”⁵¹, lo que refiere a no desnaturalizar la sustancia esencial del derecho, así se establece en el artículo 4° del PIDESC, y el artículo 5° del Protocolo de San Salvador entre otros tratados, disponen las limitaciones legales al ejercicio de los

⁴⁸ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. 1era. Edición. Lima: ARA Editores, 2001, p. 205.

⁴⁹ Sentencia Constitucional emitida en el Expediente. Nº 7289-2005-PA/TC.

⁵⁰ COURTIS Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, En *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Op. Cit., 2006, p. 22.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 25.

derechos consagrados indicando que solo podrán establecerse en la medida compatible con la naturaleza del derecho reglamentado.

4.3. Criterios de justificación de medidas regresivas, determinación de la regresividad

Inicialmente debemos señalar que la prohibición de regresividad no es absoluta, sino que las medidas regresivas pueden ser consideradas legítimas, siempre y cuando sean justificadas. Ante esta permisibilidad debe señalarse que existen dos niveles o ámbitos de diferenciación en relación con los límites a la regresividad de un derecho social. El primero está referido a la proporcionalidad de la medida, pues puede que haya una medida desproporcional, aunque no afecte necesariamente el núcleo esencial de un derecho; de modo que una medida de este tipo no debiera ser admitida. El segundo está relacionado con el contenido esencial del derecho social en sí mismo. Se trata de un «límite de límites» frente al legislador y consiste en una garantía que impide que el derecho se desnaturalice en su esencia o sea irreconocible dentro del ordenamiento jurídico.⁵²

En referencia a la obligación de asegurar mínimamente un derecho social, a partir de la Observación general 14, el Comité DESC ha indicado que existen obligaciones básicas que son inderogables, incluso en épocas de crisis económica. Al respecto se puede decir que la perspectiva del Comité DESC acerca del tratamiento del contenido mínimo de los derechos sociales se ha modificado con el paso del tiempo⁵³.

En un inicio, la posición del Comité PIDESC estaba ligada a un concepto de progresividad más flexible, ya que admitía la posibilidad de que el Estado argumentara la ausencia de cumplimiento de los estándares por falta de recursos o que indicara que hacía los mejores esfuerzos para cumplir con los estándares correspondientes. La posición expresada en la Observación general 14, en cambio, no acepta la falta de recursos o la crisis económica como excusas para no garantizar al menos la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad

⁵² TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP N° 75, 2015, p. 101

⁵³ ROSSI, Julieta. *La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Christian Courtis (comp.), Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Op. Cit., 2006, pp. 79.n*

y calidad de la protección de un derecho social⁵⁴. Frente a esta posición se afirma que el concepto de contenido esencial aplicable a los derechos sociales tiene dos elementos: i) las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría, y ii) las atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que, al limitarlas, el derecho fundamental se hace impracticable⁵⁵, en principio estos son los dos elementos que deben contener todos los derechos, pero es necesario establecer que los derechos no son absolutos, de igual manera y en el tratamiento de que cada derecho en particular, “habría que señalar que la teoría del contenido esencial en modo alguno no se asume desde el punto de vista de la tesis absoluta, sino desde la perspectiva relativa. Es decir, este debe definirse a partir de cada caso en concreto. De lo contrario, la teoría absoluta y/o abstracta en realidad establecería una jerarquización de contenidos de un derecho respecto de otros bienes, lo cual contradice el igual tratamiento de los mismos.”⁵⁶

Por lo antes expuesto se entiende que el uso del concepto de contenido esencial como límite a la función restrictiva de los legisladores corresponde con una categorización del control de las medidas regresivas en sentido fuerte, en tanto y en cuanto, a partir de este, se puede lograr que los tribunales planteen medidas bastante específicas a los legisladores o al Poder Ejecutivo en aras de revertir una medida regresiva.⁵⁷

Ahora bien, a través del Informe sobre la Prohibición de Regresividad en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Colombia 2002-2008, desarrollando la doctrina delineada por el Comité de DESC por medio de sus Observaciones Generales, especifica tres tipos o modalidades de medidas regresivas:

- ✓ Derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto.

⁵⁴ PARRA, Óscar *El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En Christian Courtis (comp.), Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Op. Cit., p. 53.*

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-756/08. En el Expediente D-7182. 30 de julio de 2008.

⁵⁶ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina, Op. Cit., 2015, p. 99*

⁵⁷ YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 84.*

- ✓ Promulgar legislación o adoptar políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto.
- ✓ Adoptar medidas que sean incompatibles con las obligaciones básicas de los Estados parte del PIDESC.

Asimismo a través del Informe referido se ha logrado señalar aquellos criterios de justificación de medidas regresivas determinados en el PIDESC y complementados por el Comité DESC a través de la Observación General N° 3 las cuales son:

- ✓ Que se haya implementado a través de una ley formal con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática;
- ✓ Que se hubiere implementado bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados;
- ✓ Que se justifique por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC;
- ✓ Que se enmarque dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.

De igual manera en la Observación General N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, el Comité reiteró los criterios para la justificación de medidas regresivas de la Observación General N° 3, y además señaló los alcances del estricto escrutinio al que deben ser sometidas:

- ✓ Existencia de justificación razonable;
- ✓ Existencia de estudios exhaustivos de las posibles alternativas;
- ✓ Verificación de una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas;
- ✓ Determinación de si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias;
- ✓ Determinación de si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y
- ✓ Verificación de si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional

Del mismo modo en lo expuesto por Courtis, para adoptar una medida regresiva, deben justificar⁵⁸:

- ✓ La existencia de un interés estatal calificado;
- ✓ El carácter imperioso de la medida;
- ✓ La inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión

Finalmente podemos señalar que todas estas condiciones y/o criterios que el Comité DESC ha desarrollado a través de sus Observaciones Generales, implican de un modo inverso los criterios que se utilizarán para determinar cuándo una norma es regresiva. De este modo, principalmente, es regresiva aquella medida tomada sin tener en cuenta que existen otras vías que cubren de igual manera aquel fin que desea alcanzar el Estado con la implementación de la medida, o el órgano competente, con la adopción de algún criterio, refiriéndonos a las decisiones judiciales y del Tribunal Constitucional. Será regresiva cuando se demuestre que aquella medida impartida viola el principio de igualdad y no discriminación que protege a todos los derechos humanos. De igual manera a la falta de uno de los criterios antes expuestos se puede dilucidar la regresividad de una norma, medida o política impuesta por un Estado, consecuentemente el Estado parte estaría incumpliendo con los tratados sobre derechos humanos.

4.4. Presunción de invalidez

En virtud de lo expuesto a través de la Observación General N° 3, y tomando en cuenta todos los tratados internacionales referidos a los DESC, las medidas regresivas se consideran, *prima facie e iuris tantum*, violatorias de los compromisos internacionales asumidos por los Estados, y por tanto inválidas. La prohibición de regresividad opera como una presunción de invalidez de las medidas de retroceso, presunción *iuris tantum* que debe ser desvirtuada por el Estado en la medida que logre demostrar y acreditar fehacientemente, que las disposiciones regresivas adoptadas fueron tomadas con estricto apego a los criterios definidos previamente por el Comité de DESC a partir de sus Observaciones Generales. Como efecto directo e inmediato de la presunción *prima facie*

⁵⁸ COURTIS, Christian. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, En *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Op. Cit., 2006, p. 37.

e *iuris tantum*, opera la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el Estado la obligación de justificación válida sobre las medidas de retroceso que hubiere adoptado en materia de derechos económicos, sociales, culturales⁵⁹.

En referencia a lo antes mencionado cabe destacar lo señalado por el Protocolo de San Salvador en su artículo 5 que dispone:

Artículo 5.-Alcance de las Restricciones y Limitaciones. Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

Como puede observarse, también dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos opera la presunción *iuris tantum* respecto a que las medidas regresivas constituyen una violación de los compromisos asumidos por los Estados ante el derecho internacional de los derechos humanos, presunción que únicamente puede ser desvirtuada si el Estado logra demostrar motivos razonables.⁶⁰

Ante la invalidez de una medida regresiva, toca precisar a quien corresponde probar que aquella medida es justificable en razón de otros o del mismo derecho. Por tanto, la citada Observación General N° 3 precisa:

“Más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”

La autora Sepúlveda ha señalado: “En general, se puede concluir que el Comité se refiere al significado común de la palabra “deliberada”, esto es, aquellas medidas que sean

⁵⁹ PEÑA CHACÓN, Mario, *Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental.*, Revista electrónica de derecho ambiental, N°. 26-27, 2014, Tomado de: https://www.academia.edu/8589216/L%C3%ADmites_restricciones_y_excepciones_del_principio_de_prohibici%C3%B3n_de_regresividad_ambiental

⁶⁰ PEÑA CHACÓN Mario, *Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental.*, Op. Cit., 2014. Tomado de: https://www.academia.edu/8589216/L%C3%ADmites_restricciones_y_excepciones_del_principio_de_prohibici%C3%B3n_de_regresividad_ambiental

adoptadas de manera intencional o voluntarias por el Estado. Con ello, el Comité implícitamente está afirmando que determinadas medidas regresivas adoptadas debido, por ejemplo, a fuerza mayor, no constituirían una violación al Pacto. Sin perjuicio de ello, como se verá, en caso de que la medida no sea “deliberadamente” regresiva, la carga de la prueba sigue siendo del Estado, que deberá demostrar que la medida se debió a motivos ajenos a su control (por ejemplo, un desastre natural), y no podrá excusarse de cumplir con las demás limitaciones aplicables a las medidas regresivas”⁶¹

Finalmente, podemos precisar que a través de los distintos conceptos de prohibición de regresividad, indicando en qué circunstancias se pueden producir medidas regresivas, estableciendo los criterios a tener en cuenta para la justificación de las mismas y que al incumplimiento de alguno de ellos podremos encontrarnos ante una medida regresiva y estableciendo que esta medida resulta inválida es importante precisar que el caso en concreto será justiciable tanto en un ámbito nacional como en ámbito internacional, aplicando los principios y lineamientos que se han desarrollado sobre los DESC.

⁶¹ SEPÚLVEDA, Magdalena. *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión “progresivamente” contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Christian Courtis (Comp.), Op. Cit, 2006, p. 113.*

2. CAPÍTULO II

PROGRESIVIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO – DERECHO A LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL PERÚ

I. PREMISAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL PERÚ

1. Derecho del trabajo

El trabajo como actividad puede desarrollarse de distintas maneras, se puede decir que el trabajo es aquella actividad, ya sea física o mental, realizada por la persona con el fin de producir, o en búsqueda de algún beneficio. Pero muchas veces ciertas actividades que una persona realice, que se consideran trabajo, no se encontrarán en el ámbito del derecho al trabajo, es decir, existen ciertas características en la realización de una actividad que implican que ésta sea considerada pasible de regulación en el derecho al trabajo. Así pues, como indica Neves Mujica, “El sentido en que el Derecho del Trabajo utiliza el término trabajo no es coincidente con el que ese concepto tiene en el lenguaje común. En éste, el trabajo es cualquier ocupación mientras para aquel es solo la que posee ciertas características. Así, en su aceptación amplia, es trabajo la labor desempeñada por un vendedor callejero que ofrece mercadería en una carretilla al público transeúnte, o la del campesino que labra la tierra en su parcela, o la de un médico que atiende a sus pacientes en su consultorio. Sin embargo, para el Derecho del Trabajo ninguna de estas actividades reúne los requisitos necesarios para entrar en su campo de aplicación. Cuáles son los factores que el Derecho del trabajo exige a una ocupación para considerarla dentro de su objeto de regulación, es una cuestión de la mayor importancia, ya que solo en aquella el sujeto que la ejecuta gozará de protección.”⁶²

Por lo tanto las características necesarias que el trabajo humano debe tener, para ser regulado por el derecho al trabajo son: a) El trabajo humano; b) productivo; c) por cuenta ajena; d) libre; y e) subordinado.⁶³

⁶² NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 9.

⁶³ OLEA Alonso y BAAMONDE Casas, *Derecho del Trabajo 1991*, citado en NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*, *Op. Cit.*, ídem.

Por lo tanto, el Derecho del Trabajo constituye la respuesta jurídica que el derecho brinda a un fenómeno social relevante: Una relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos partes –contrato de trabajo–, en la que una de ellas, el trabajador, pone su fuerza de trabajo a disposición de la otra parte, el empleador, para que este la dirija, a cambio del pago de una retribución⁶⁴.

En esta relación que se crea entre el trabajador y el empleador, puede percibirse que es el empleador quien tendrá la posición más dominante en la relación, pues si bien es el trabajador quien realizará la actividad que beneficiará al empleador, el trabajador inicialmente, en la mayoría de los casos deberá someterse a las condiciones que establezca en el contrato el empleador, lo que genera una cierta desigualdad entre ambas partes. De igual manera el derecho del trabajo buscará el respeto de los derechos de las partes en una relación laboral, al respecto Landa Arroyo precisa que “El Derecho del Trabajo es aquella disciplina jurídica que surgió como consecuencia de la evidente desigualdad económica entre las dos partes de la relación laboral: (i) el trabajador, quien pone a disposición su fuerza de trabajo y su mano de obra; y (ii) el empleador, quien se beneficia de las tareas realizadas por el trabajador. Este desequilibrio siempre conducía a que la posición del empleador sea la que consiga imponerse al trabajador, generando con ello que éste se vea sumido en condiciones precarias e indignas para realizar sus labores.”⁶⁵ De igual modo indica Neves Mujica que “Los supuestos del nuevo ordenamiento laboral son muy distintos a los del civil. Se entiende que los sujetos de la relación laboral son materialmente desiguales, porque uno tiene poder económico y el otro no, y, por tanto –también en la esfera sustancial-, al último de éstos le falta libertad. La autonomía privada individual puede por consiguiente constituir el vínculo entre las partes pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo: fijando beneficios mínimos en favor del trabajador, que por autonomía privada pueden incrementarse pero no reducirse. Constatando el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del Derecho del Trabajo es el compensarlo con otro

⁶⁴ BOZA PRÓ, Guillermo. “Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo”, En: Revista de Derecho Themis Nº 64, 2014, p.14.

⁶⁵ LANDA ARROYO, César. “El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora”, En: Revista de Derecho Themis Nº 65, 2014, p.220.

desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tuitiva del estado en esta área”⁶⁶

El derecho del trabajo se ha desarrollado a lo largo de los años en el ámbito internacional como ya se ha expuesto en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, como un derecho humano exigible, asimismo en el ámbito interno como un derecho fundamental. Ahora bien, es necesario indicar a través de qué medios se hace posible el pleno goce de los derechos laborales a nivel del Estado, al respecto indica Toyama que resulta trascendental para el ordenamiento jurídico-político que se reconozcan, en el ámbito constitucional, los derechos que corresponden a las personas por el solo hecho de serlos. La constitucionalización de derechos supone, la efectividad inmediata de los derechos considerados como tales- con ello, el reconocimiento de las acciones de garantía y tutela ante actos de violación de tales derechos-, el reconocimiento del derecho dentro de una estructura. El denominado “bloque de constitucionalidad” – que permita una interpretación en conjunto – la aplicación de los criterios de interpretación, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, o la determinación de principios generales-, y la determinación de los valores constitucionales que se imponen en un determinado ordenamiento⁶⁷.

De este modo debemos indicar que el Estado promueve la protección, exigibilidad y pleno goce de los derechos laborales, a través de la Constitución, precisando los lineamientos del derecho al trabajo, así como también a través de las leyes que regulan la relación laboral, ya sea en un ámbito privado o público, asimismo el Estado desarrolla principios y contenidos de este derecho que no se encuentran indicados en la constitución y leyes, que pueden darse a través de los pronunciamientos de TC, que como mayor interprete de la Constitución, desarrollan ampliamente el contenido de los preceptos constitucionales, lo cual se conoce como “bloque de constitucionalidad”, al respecto el TC señala:

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos

⁶⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo. Op. Cit.*, 2009, p. 6.

⁶⁷TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico*, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El búho, 2015, p.9.

constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...); en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, “(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él”⁶⁸

De esta forma, afirmarse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución⁶⁹. Se afirma que éstos son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional”, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*⁷⁰.

Por lo tanto, Constitución, leyes y bloque de constitucionalidad son necesario para el tratamiento y protección de los derechos laborales.

1.1. Contenido del Derecho al trabajo en el Perú

Se desprende de los artículos 3, 43 y 44 de la Constitución Política, que el Estado sigue el modelo del Estado social y democrático de derecho, mediante el cual se incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos⁷¹. De este modo, el Estado social y democrático de derecho debe ser entendido como un modelo en el que no sólo se busca limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino también promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente. N° 0689-2000-AA, Fund. 10.5.

⁶⁹ MEZA HURTADO, Artemio Daniel. *El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?*, Tomado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8>

⁷⁰ Sentencia N° C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷¹ LANDA ARROYO, César. “La constitucionalización del Derecho peruano”. En: *Revista de Derecho PUCP* 71. 2013. p. 14.

máximo desarrollo de la persona⁷², con absoluto respeto a su dignidad, la cual dirige y orienta, positiva y negativamente, la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado⁷³.

Ahora bien, a través del artículo 1 de la Constitución, se establece como fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ante este hecho los derechos fundamentales son los medios, los cuales se constituyen como una forma de tutelar de manera óptima al hombre en su dignidad y libertad⁷⁴. Por lo que haciendo incidencia al tema de la presente investigación, y el desarrollo internacional de los DESC, nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado el contenido de derechos fundamentales “sociales” que reconoce nuestra Constitución Política dentro de los cuales, encontramos a los derechos que rigen en el marco de la relación laboral entre el empleador y el trabajador, fruto de la constitucionalización del derecho del trabajo. Estos derechos laborales cobran especial importancia en nuestro Estado social y democrático de derecho, pues son un medio importante para lograr el bienestar y el desarrollo de las personas, garantizando así las condiciones dignas de existencia⁷⁵.

Por tanto sobre el derecho al trabajo precisa Sanguinetti, “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”⁷⁶. De este modo nuestra Constitución establece la importancia que juega el papel de la dignidad dentro del ámbito de los derechos laborales.

Nuestra constitución actual ha dedicado una serie de artículos sobre el derecho al trabajo. Inicialmente el artículo 22 precisa:

Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

⁷² LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 551-557.

⁷³ LANDA ARROYO, César. “*Dignidad de la persona humana*”. En: *Cuestiones Constitucionales*. 2002. p. 123.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. “*La libertad fundamental en el Estado constitucional*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. p. 259.

⁷⁵ LANDA ARROYO, César. “*El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora*”, *Op. Cit.*, 2014, p.221.

⁷⁶ SANGUINETI, Wilfredo. Véase [http://www.wilfredosanguinetti.es/El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el derecho internacional](http://www.wilfredosanguinetti.es/El_derecho_al_trabajo_y_la_proteccion_frente_al_despido_en_el_derecho_internacional).

Precepto también desarrollado en el artículo 6 del PIDESC en Naciones Unidas y el artículo 7 del Protocolo de San Salvador⁷⁷ en la Organización de Estados Americanos. A su turno el Tribunal Constitucional, se ha referido respecto de este artículo de la siguiente manera:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; [...] El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.”⁷⁸

Por lo tanto a través de este artículo debemos entender que el derecho al trabajo, en nuestra constitución, tiene dos elementos esenciales de un lado, supone que el Estado adopte una política que permita que la población pueda acceder a un puesto de trabajo y, de otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, este último tendrá una análisis especial en la segunda parte del presente capítulo.

Otro de los artículos que consolida el derecho de trabajo, en nuestra Constitución precisa:

Artículo 23º.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

⁷⁷ El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 18 de julio de 1978. El Protocolo Adicional, también denominado Protocolo de San Salvador.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, fojas 12.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Con este artículo se desarrolla una parte importante del contenido del derecho al trabajo, al establecer que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, por lo que ante este precepto se reconoce el contenido esencial de un derecho fundamental el cual es garantizar el respeto a la dignidad de la persona.

2. Contrato de trabajo

Habiendo desarrollado los alcances del derecho del trabajo y, para llegar a aquellos conceptos específicos desarrollados en el precedente vinculante materia de esta investigación, es necesario referirnos al contrato de trabajo, instrumento esencial de la relación laboral a partir del cual se determina el modo y forma en el cual se desenvuelve la relación entre empleador y trabajador, y de igual manera determinar los derechos laborales que se obtienen en los distintos tipos de contratos.

Se entiende por contrato de trabajo, el acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador, con el fin de que a partir de éste se desarrolle una prestación de servicios personales (desarrollada por el trabajador), que a su vez será remunerada, y bajo la subordinación de una de las partes (empleador). Este podrá acordarse de forma verbal o escrita.

De este concepto se percibe los tres elementos necesarios para afirmar que estamos ante un contrato de trabajo. El primer elemento es la prestación de servicios, sobre el cual Sanguinetti señala que es: “La obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independice de la misma”⁷⁹. Se entiende pues que la prestación deberá ser desarrollada de forma

⁷⁹ SANGUINETI, Wilfredo. *El contrato de locación de servicio frente al Derecho Civil y al Derecho de Trabajo*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1988, pp.424-426.

personalísima por el trabajador, por lo que esta prestación no puede ser delegada por el trabajador a terceros, excepto en casos del trabajo familiar.

El segundo elemento será que aquella prestación deba ser remunerada. La remuneración es la contraprestación que realiza el empleador al trabajador por la actividad laboral realizada. Por lo que el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita.⁸⁰

Finalmente el tercer elemento es la subordinación, este elemento es esencial para determinar la existencia de un vínculo laboral, el cual nos permitirá determinar si nos encontramos ante un contrato laboral (contrato de trabajo) o uno de carácter civil (locación de servicios), y así podemos precisar si nos encontramos bajo la aplicación del derecho del trabajo o del derecho Civil. Ahora bien es necesario precisar que por la subordinación el empleador tiene la capacidad de poder dirigir, fiscalizar los servicios prestados por el trabajador, las cuales se exteriorizan a través del cumplimiento de un horario, jornada de trabajo, uniformes existencia de documentos que demuestren sujeción a las directrices que se dicten en la empresa, imposición de sanciones disciplinarias, sometimiento a procesos disciplinarios, entre otros.⁸¹

Así estos elementos son reconocidos por el TC, como aquellos que definen la existencia de un contrato de trabajo:

Con relación al contrato de trabajo, este Tribunal considera necesario precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.⁸²

⁸⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico, Op. Cit.*, 2015, p.67.

⁸¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico, Op. Cit.*, 2015, pp.66-67.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 01846-2005-PA/TC, fundamento 5.

2.1. Regímenes Laborales

Antes de exponer las clases de contratos laborales existentes en la legislación nacional, y porque el sentido de la investigación lo requiere, es necesario establecer los regímenes laborales regulados. En nuestro ordenamiento jurídico se establece la existencia de dos regímenes laborales, estos son el régimen laboral de la actividad privada y el régimen laboral de la actividad pública.

El régimen de la actividad privada hace referencia a todas aquellas relaciones laborales que desarrollan en la actividad de empresas privadas, este régimen se regula a través del Decreto Legislativo (en adelante DLEG) N° 728, y por el Texto Único Ordenado del DL N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Dentro del régimen laboral de la actividad pública encontramos a aquellos trabajadores que brindan prestaciones personales a favor del Estado, estos inicialmente se rigen a través del Decreto Legislativo N° 276 (Ley de la Carrera Pública). Es necesario precisar que este régimen a partir de la década de los noventa empezó a tener cambios radicales, consecuentes del auto golpe de estado del 5 de abril de 1992 y la aprobación de la Constitución de 1993. La falta de transparencia y sinceramiento de los CAP y de los PAP, en las instituciones del estado, el uso desmedido de los servicios no personales (contratos SNP), la falta de datos confiables sobre el empleo público y el desorden en los niveles remunerativos del sector público generaron que la contratación de trabajadores del sector público se vea distorsionada y se aplicaran tres regímenes de contratación de personal: el Régimen laboral público (DLEG 276), Régimen laboral privado (DLEG 728), Régimen SNP (Código Civil) estos dos últimos regímenes no propios de la actividad pública que fueron incluidos logrando una disparidad de derechos laborales entre los servidores públicos. En el año 2004 se promulga la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, mediante la cual se consolida el pleno desarrollo de los organismos públicos, el cual determina los principios que deben regir para el empleo público, crea las condiciones para que las entidades públicas sean organizaciones eficientes, participativas, transparentes y

honestas, norma las relaciones de trabajo en el empleo público. Posteriormente en el 2008 se publicaron los DLEG Nros. 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057, sobre el Empleo Público.⁸³

Esta explicación de los regímenes laborales, es necesaria pues la presente investigación se desarrolla en torno al precedente vinculante recaído en la sentencia N° 05057-2013-PA/TC, el cual regula el tema del despido arbitrario de los trabajadores del sector público sujetos al Decreto Legislativo.728, por lo que es necesario desarrollar aspectos de este decreto, a fin de determinar la línea progresiva que ha seguido su aplicación en los trabajadores del sector público.

2.2. Clases de contrato de trabajo

La contratación laboral en Perú puede darse en forma directa e indirecta, directa cuando la contratación se hace directamente entre trabajador y empleador, y será indirecta cuando el trabajador fuera contratado por un tercero, que pueden ser las *services* o cooperativas.

Para la presente investigación importa desarrollar el tipo de contratación directa. En referencia la LPCL, precisa la existencia de tres modos de contratación directa, a plazo indeterminado, a plazo fijo o sujeto a modalidad y a tiempo parcial (solo por una cantidad de horas determinadas), en las siguientes se desarrollará las dos primeras.

2.2.1. Contratos a plazo indeterminado

Inicialmente toda relación laboral se presume estar bajo la modalidad de un contrato a plazo indeterminado, así lo indica el artículo 4 de LPCL:

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

⁸³ GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo. *Regímenes laborales en el Perú*, tomado de:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE622D226240081A05257B85007D0352/\\$FILE/26regimen.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FE622D226240081A05257B85007D0352/$FILE/26regimen.pdf)

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Como indicada Sanguinetti, esta presunción tiene un primera consecuencia en el plano de la integración del silencio de los contratantes: si estos no se han pronunciado sobre la duración del contrato, la ley presume que su voluntad ha sido la de contratar por tiempo indefinido. Ello no significa, sin embargo, que baste cualquier declaración de las partes sobre la temporalidad del vínculo para destruir la presunción, puesto que el carácter excepcional de la contratación por tiempo determinado viene reconocido a continuación por el segundo párrafo del mismo artículo, cuando indica que el contrato de trabajo solo podrá celebrarse “sujeto a modalidad”, que es como el legislador ha optado por denominar a los contratos temporales, “en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”.⁸⁴ Los casos en que esta presunción es capaz de operar serían los siguientes: a) cuando no exista declaración expresa de los contratantes sobre la duración del vínculo laboral; b) cuando estos no se acojan a alguno de los supuestos legales de contratación temporal; y c) cuando, aun amparándose en estos, no cumplan con los requisitos exigidos para ello. El principio que subyace a toda esta construcción no es, finalmente, otro que el siguiente: los contratos por tiempo indefinido se presumen, en tanto que los de duración determinada han de probarse, y además de la manera fijada por la ley.⁸⁵

Como antes se indicó el Derecho al Trabajo busca equiparar aquella desigualdad existente entre empleador y trabajador, entendamos que por la misma naturaleza de la relación laboral, el trabajador siempre estará propenso a ser sometido a los intereses económicos, entre otros del empleador, siendo que en muchos casos se reduzca en un mínimo los derechos del trabajador, pues el empleador buscará siempre la manera de obtener los mayores beneficios posibles.

Es por esto que la Ley, adopta esta presunción, en aquellas relaciones laborales en las que no se exista contrato u otro medio de que la relación sea de duración determinada.

⁸⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El Búho, 2008, p. 17.

⁸⁵ *Ibíd.*, p.18

Los contratos a plazo indeterminado implican que las labores para las cuales fuera contratado un trabajador son de naturaleza permanente, constante en el tiempo, la relación laboral comienza con el periodo de prueba que generalmente es de tres meses⁸⁶, este periodo de prueba puede variar según el puesto de trabajo (personal de dirección, personal de confianza). El periodo de prueba le sirve al empleador para identificar si la prestación de servicios realizada por el trabajador contratado, cumple las expectativas necesarias de las actividades que se desarrollen en aquel puesto de trabajo, dentro de estos tres meses la ley faculta al empleador de dar término a la relación laboral sin motivo alguno. Posterior a este periodo de prueba el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que el empleador podrá despedir al trabajador solo por causa justa, válida.

Es necesario indicar que este tipo de contrato responde a la naturaleza permanente de la actividad que realiza el trabajador, pues el trabajador al haber cumplido el periodo de prueba, y a la falta de una causa justa que signifique su despido, el trabajador se encontrará realizando su labor por un tiempo indeterminado, esto implica un desgaste físico y/o mental, dependiendo de la actividad que realice, que debe ser compensada no solo con el reconocimiento de todos los beneficios legales previstos en la norma, sino también a través del reconocimiento de su estabilidad en el puesto de trabajo.

Como se sabe en la actualidad, las relaciones laborales se han visto afectadas por la creciente aceptación de la flexibilidad laboral en muchos países, y el nuestro no es la excepción, a partir del año de 1992, gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, la contratación laboral se vio afectada enormemente, despidos masivos, violación de derechos laborales y la adecuación de preceptos laborales a fin de lograr mayores beneficios a inversionistas extranjeros, se vio reflejada en la incorrecta utilización de los contratos a plazo indeterminado y aquellos sujetos a algún tipo de modalidad, tanto en el ámbito privado como en el público.

⁸⁶ Lo precisa la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su Artículo 10º.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

2.2.2. Contratos a plazo fijo

Este tipo de contratos se diferencian de los contratos a plazo indeterminado por ser de naturaleza temporal. Para la celebración de este tipo de contratos la ley exige la existencia de una causa la cual hace que el motivo por el que se contrata sea de carácter transitorio.

Como indica la LPCL:

Artículo 53.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

De este modo, la norma sanciona de forma indubitable la exigencia de causalidad de la contratación temporal, valiéndose para ello de una cláusula general, capaz de adaptarse con mayor flexibilidad a las circunstancias de cada caso concreto⁸⁷. Sobre lo referido el artículo 72 de LPCL precisa:

Artículo 72º.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Este artículo señala que el requisito fundamental para contratar bajo este tipo de contratos, es indicar en el contrato la causa objetiva de este modo se cumpliría el principio de causalidad. El TC ha señalado que este principio es aquel:

“en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del

⁸⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Op. Cit., 2008, p. 18.

contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar”⁸⁸

Ante lo indicado, la causa válida que justifica la celebración de un contrato temporal es inherente a la misma, pues su naturaleza así lo determina, así, se entiende que cada contrato modal ha sido previsto por el legislador pues en cada caso existe una necesidad temporal, esta necesidad es la causa válida que debe constar en el contrato de trabajo.

De otro lado, sobre este tipo de contratos debemos indicar que el segundo párrafo del artículo 4 de la LCPL, indica que no existe presunción acerca de estos contratos sino de lo contrario deberán cumplir con ciertos requisitos que la ley exija, el principal y que rige para todos estos contratos que se realicen por escrito.

Toyama⁸⁹ hace referencia a las siguientes características que presentan este tipo de contratos:

- a) Los contratos de trabajo a plazo fijo confiere a los trabajadores acceso a todos los derechos y beneficios sociales previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido. Indica asimismo que no tiene derecho a la indemnización por despido arbitrario al término del plazo pactado, pero sí pueden percibir la indemnización si el término del contrato se produce luego del periodo de prueba, pero antes del vencimiento del plazo sin que se verifique una causa justificada (artículo 79 de la LPCL).
- b) Sobre estos contratos atípicos hay que indicar que no solamente se debe invocar la causal respectiva de contratación (es el único contrato de trabajo que requiere de una causa de contratación), sino que dicha causa debe haberse configurado para que proceda la contratación temporal, o cuando menos, nos debemos encontrar ante el específico supuesto legal para la contratación de personal temporal (apertura de un nuevo local si se quiere emplear la modalidad de incremento de actividades, por ejemplo). Ciertamente, debemos advertir que la legislación prevé

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, fundamento 3.

⁸⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico, Op. Cit.*, 2015, pp.83-35.

causas generales, abiertas confusas, que han motivado enormes esfuerzos de diferenciación en la doctrina nacional. Entonces pese a las exigencias de causalidad, no puede dejarse de reconocer, como ha sido apuntado, la dilatada presentación de clases de contratos – hasta nueve tipos – así como la inclusión de una cláusula abierta de contratación temporal.

Respecto de esta característica debe indicarse que en los casos en los que no exista una causa temporal para la contratación, se estará ante la desnaturalización del contrato significando estar ante un contrato de plazo indeterminado.

- c) En cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que en ningún caso se exceda de cinco años. Ciertamente, es posible renovar los contratos de trabajo a plazo fijo respetando el plazo máximo aplicable para cada modalidad.

En la práctica se observa que los contratos sujetos a modalidad, no son ciertamente utilizados con el fin que fueron creados, esto se da porque la norma al ser confusa en ciertos aspectos da cabida a la mala utilización de este tipo de contratos. Al respecto Sanguinetti es muy preciso al indicar que a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 26513, que añaden a la temporalidad o accidentalidad de la obra o servicio a desarrollar, una confusa alusión a las “necesidades del mercado” y la “mayor producción de la empresa” como elementos justificativos adicionales del carácter limitado en el tiempo de los contratos. Ciertamente, vista de forma aislada, esta mención pudiera inducir a dudar acerca del mantenimiento de la exigencia general de causalidad, puesto que ninguna de las indicadas circunstancias es determinante por sí misma y, en todos los casos, de la presencia de requerimientos puramente transitorios de personal. Por el contrario, tanto las necesidades del mercado como los incrementos de producción pueden también dar lugar a necesidades permanentes de personal y, por lo tanto, requerir la presencia estable de trabajadores para su atención. Lo que sucede es que estas referencias no deben ser extraídas del contexto en el que son hechas. En este sentido, lo que precisa el artículo 53 no es que los contratos sujetos a modalidad puedan celebrarse cada vez que existan necesidades del mercado o una mayor producción de la empresa, sino únicamente cuando dichas circunstancias “así lo requieran”, es decir, cuando la atención de estas precise de la contratación de trabajadores a título transitorio. De este modo, lo que hace la norma es

aludir a los incrementos de la producción y las variaciones de la demanda como eventos que ordinariamente se encuentran en la base del surgimiento de necesidades temporales de personal, a cubrir a través de contratos como los que en este título se regulan y no como situaciones capaces de justificar en cualquier caso la celebración de estos⁹⁰.

Finalmente los contratos a plazo fijo o también llamados contratos sujetos a modalidad se encuentran desarrollados en el Título II de la LCPL, artículos del 53° al 83°, en el siguiente cuadro⁹¹, se aprecia de manera sucinta el contenido y duración de cada uno de los tipos de contratos desarrollados en la ley:

Modalidad general	Modalidad específica	Descripción	Duración máxima
Temporal	Inicio de actividad	Por inicio de una actividad, establecimiento o nuevo servicio. Incremento de actividades	3 años
	Necesidad de mercado	Incremento coyuntural e imprevisible originado por variaciones del mercado.	5 años
	Reconversión empresarial	Reorganización de actividades por causas tecnológicas, productivas, organizacionales, etc.	2 años
Accidental	Ocasional	Razones transitorias diferentes de actividad habituales.	6 meses al año
	Suplencia	Remplazo de trabajador titular con suspensión (perfecta o imperfecta)	Retorno del titular
	Emergencia	Caso fortuito o fuerza mayor (imprevisibles e inevitables)	Fin de obras
Obra o servicio	Específico	Un servicio concreto u obra determinada	Fin de obra o servicio máximo 8 años (Corte suprema)
	Intermitente	Necesidades permanentes pero discontinuas (no cíclicas, no determinables)	No plazo
	Temporada	Necesidades permanentes en ciertas épocas del años (cíclicas, determinadas)	No plazo

Respecto de los contratos bajo modalidad temporal, basan generalmente su temporalidad en la naturaleza transitoria de las actividades a realizar, pues si bien son actividades muchas veces de carácter permanente, por la coyuntura el empleador no se da abasto con la cantidad de personal que tiene a su servicio. Sobre los contratos por inicio de nueva actividad, Sanguinetti con ciertas dudas sobre la temporalidad de este contrato refiere que

⁹⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Op. Cit., 2008, p. 18.

⁹¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico*, Op. Cit., 2015, p. 92.

el fundamento del legislador en este tipo de contratos se hallaría no tanto en la naturaleza temporal de las labores, sino más bien en la incertidumbre que suele acompañar el inicio de una nueva actividad. Este factor de incertidumbre sería el que justificaría que las primeras contrataciones sean temporales, a fin de facilitar su extinción en caso de fracaso de esta⁹². De otro lado sobre los contratos de necesidad de mercado, se tendría más certeza de su temporalidad que sería la necesidad de satisfacer, mediante la contratación de personal “de refuerzo”. Ahora sobre los contratos por reconvención empresarial, es difícil detectar en este contrato algún rastro de causalidad. Desde la perspectiva de la temporalidad de las labores a desarrollar por el trabajador, ello resulta absolutamente claro, no ya solo debido a que tampoco en este caso la norma se ocupa de exigir que los cambios organizativos tengan alcance transitorio, sino también porque, si se tratase de supuestos de este tipo, la figura más adecuada para atenderlos sería, la del contrato por necesidades del mercado.⁹³

Sobre los contratos bajo la modalidad accidental vemos que se diferencian de los de naturaleza temporal pues su carácter limitado en el tiempo de la relación viene determinado por la naturaleza de las labores a desarrollar (criterio cualitativo) y no por circunstancias derivadas de la coyuntura por la que atraviesa el ciclo productivo de la empresa (criterio cuantitativo).⁹⁴ Es decir no es que se requiera de mano de obra por el incremento de productividad producido por la coyuntura, o el inicio de una actividad, o necesidad por reorganización de la empresa, que requiere que esa mano de obra realice una labor permanente u ordinaria. Por lo que en estos contratos se destaca la característica no habitual de la actividad a realizar (ocasional) y su necesidad transitoria (Suplencia y emergencia).

De otro lado los contratos de obra y servicio, indica Sanguinetti, precisamente el específico es que la celebración de este contrato no procede, sin embargo, para la realización de cualquier clase de tareas de carácter específico y duración determinada, sino solamente respecto de aquellas que, teniendo de forma inequívoca tales características, formen parte de las actividades habituales de la empresa. Es decir, tareas que, integrándose dentro de

⁹² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Op. Cit., 2008, pp. 31-32

⁹³ *Ibíd.*, p. 44-46.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 50.

sus tareas ordinarias o normales, sean temporales *per se*, es decir, por su propia naturaleza y no debido a la concurrencia de factores exógenos. Esto se debe a que “para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo” lo procedente es recurrir al contrato “ocasional”. Respecto de la duración de estos contratos no es mediante la fijación de un plazo determinado, sino a través del establecimiento de un término de carácter incierto respecto al cuándo, cuyo alcance venga determinado por todo el tiempo necesario para su conclusión.⁹⁵ Sobre el contrato intermitente existe duda de su temporalidad, pues no atiende requerimientos transitorios, sino a necesidades “que por su propia naturaleza son permanentes pero discontinuas” como lo indica el artículo 64 de la LPCL. Posteriormente en su segundo párrafo reconoce no es solamente la posibilidad de que estos contratos puedan celebrarse de manera reiterada “con el mismo trabajador”, sino un “derecho preferencial en la contratación” en favor de este último. Ello supone que el vínculo no se extingue a la conclusión de cada periodo de actividad, sino que se suspende, reanudando sus efectos al iniciarse uno nuevo. Es por ello que, como aclara el propio precepto, no se precisa en estos casos la celebración de un nuevo contrato o la renovación del anterior, si acaso, únicamente, la comunicación al trabajador del inicio de un nuevo periodo de actividad.⁹⁶

3. Las relaciones laborales en la administración pública

En principio es necesario precisar qué se entiende por administración pública, a fin de desarrollar su concepto debemos indicar que la palabra *administrar* se deriva del latín *administrare*, “*ad*” (ir, hacia) y “*ministrare*” (“servir”, “cuidar”), lo que nos lleva a determinar que la administración, es servicio. Asimismo se desprende que el concepto administración pública puede ser visto desde dos perspectivas, la administración pública como una organización del estado cuya finalidad es cumplir con la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad, y de otro modo la administración pública como la actividad propia de prestar un servicio en cuanto a satisfacción de necesidades de una sociedad. En tal sentido, podríamos decir que la administración pública “es aquella que está conformada por instituciones del sector público, que tiene como finalidad servir a la sociedad, así como se encarga de la gestión directa y permanente de las relaciones del

⁹⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Op. Cit., 2008, p. 74-78.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 82-83

Estado con los particulares.”⁹⁷ Así también precisa Abruña que: “las características que la administración pública debe ostentar para ser reconocida como tal son las siguientes: la existencia de una organización del poder público y el ejercicio por esta de una función estatal.”⁹⁸

Finalmente, para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos “Administración Pública es aquella que busca estar en contacto directo con los ciudadanos para satisfacer intereses de orden público y garantizar la convivencia en sociedad. Es oportuno indicar que el bienestar general que propugna el Estado reposa en la tranquilidad de suministrar las necesidades básicas al colectivo de la población, a través de obras y servicios de calidad, de un sistema normativo justo y el desarrollo pleno y equilibrado del país.”⁹⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General es la norma que actualmente regula los procedimientos administrativos en el país, la cual precisa en su Artículo I del Título Preliminar:

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

⁹⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público*, Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Primera edición, 2016, p. 11

⁹⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *El Concepto de Administración Pública, en La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, 2011, p. 17

⁹⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público*, op. Cit., p. 11

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

3.1. Regímenes Laborales en la Administración Pública

La Administración Pública, con la finalidad de cumplir con sus funciones básicas (educación, salud, cultura, seguridad, administración de justicia, regulación de servicios básicos) requiere contar con personal a su servicio. Dicho personal, además, debe cumplir con determinadas características y calificaciones profesionales o técnicas para que los servicios que se brinde sean de alta calidad.¹⁰⁰

Con el fin de desarrollar de manera eficiente la regulación de estos servicios, las relaciones laborales entre el Estado y los funcionarios, servidores o trabajadores públicos se encuentran reguladas por los regímenes generales contemplados en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público¹⁰¹; Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral¹⁰²; y, el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios¹⁰³. Entre otros regímenes especiales que se desprenden de las distintas actividades de la Administración pública.

¹⁰⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público, op. Cit.*, p. 17

¹⁰¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 1984.

¹⁰² Publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de marzo de 1997.

¹⁰³ Publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

REGÍMENES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA		
	CARRERA	SIN CARRERA CON VICULO LABORAL
GENERALES	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Decreto Legislativo N° 276. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Régimen de la actividad privada - Decreto Legislativo N° 728. ➤ Contratación Administrativa de Servicios - Decreto Legislativo N° 1057.
ESPECIALES	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Profesorado y Magisterial - Ley N° 29944. ➤ Docentes universitarios - Ley N° 30220. ➤ Profesionales de la Salud - Ley N° 28561. ➤ Magistrados - Ley N° 29277. ➤ Fiscales - Ley N° 30483. ➤ Diplomáticos - Ley N° 28091. ➤ Servidores penitenciarios - Ley N° 29709. ➤ Militares y policías - Ley N° 28359 y Decreto Legislativo N° 1148. 	
OTROS		<ul style="list-style-type: none"> ➤ Gerentes públicos - Decreto Legislativo N° 1024. ➤ Convenios de administración con PNUD. ➤ Fondo de Apoyo Gerencial - Decreto Ley N° 25650.

Para fines de la presente investigación, es necesario desarrollar únicamente los conceptos de los regímenes laborales generales.

3.1.1. Decreto Legislativo N° 276

En la administración pública la contratación de personal está dividido en dos partes, la primera aquellos trabajadores de carrera y aquellos que solo mantienen un vínculo laboral.

Al hablar de trabajadores de carrera nos referimos a aquellos trabajadores que son contratados por el Estado bajo el régimen laboral establecido en el Decreto Legislativo N° 276 y el Reglamento de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo N° 005-90-PCM¹⁰⁴. Las características esenciales de este régimen laboral son los siguientes:

¹⁰⁴ Publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de enero de 1990.

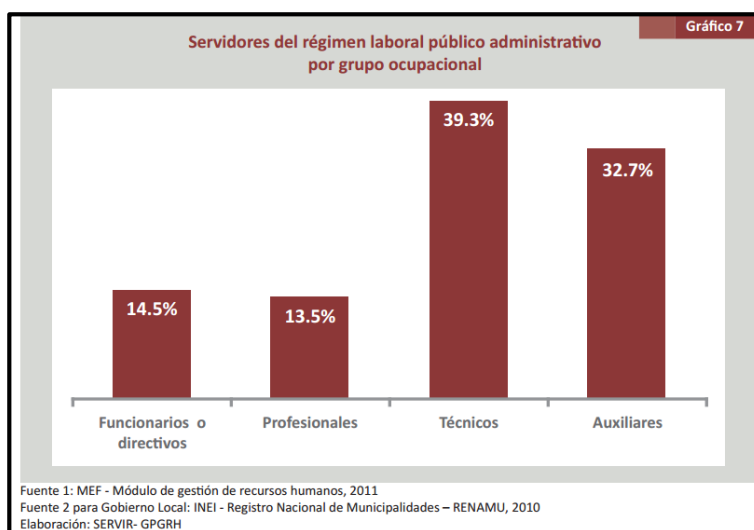
- ✓ Los trabajadores que se encuentran bajo el Decreto Legislativo N° 276 son contratados a plazo indeterminado o indefinido, los que inicialmente aprobaron un concurso público de mérito.
- ✓ Una vez contratados se encuentran dentro de lo que se denomina la carrera administrativa¹⁰⁵, lo que significa que gozan de todos aquellos derechos y obligaciones que comprende el citado Decreto así también les permite su ubicación según sus calificaciones y méritos. La carrera administrativa se estructura por grupos ocupacionales y niveles.¹⁰⁶
- ✓ Por las características de la normativa y los derechos que otorga al trabajador contratado bajo esta modalidad podríamos establecer que estos trabajadores gozan de estabilidad laboral, siempre y cuando cumplan con los requisitos pre establecidos al momento de su ingreso siendo el principal requisito aprobar un concurso de méritos.

Actualmente, de acuerdo con el Módulo de gestión de recursos humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, la carrera administrativa está compuesta, principalmente, por técnicos y auxiliares, quienes conforman el 72% del total de servidores del régimen laboral público a nivel de gobierno nacional (ver gráfico).¹⁰⁷

¹⁰⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 276, TITULO PRELIMINAR Artículo 1. Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos.

¹⁰⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 276, Artículo 8.- La Carrera Administrativa se estructura por grupos ocupacionales y niveles. Los cargos no forman parte de la Carrera Administrativa. A cada nivel corresponderá un conjunto de cargos compatibles con aquél, dentro de la estructura organizacional de cada entidad.

¹⁰⁷ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma*, Texto virtual obtenido de: <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>, p.22.



3.1.2. Decreto Legislativo N° 728

En los años noventa, al ser elegido presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori y a través de la creación de la vigente Constitución de 1993, los derechos laborales se vieron en cierto modo menoscabados a través de despidos masivos generados entre otras decisiones que tomó el gobierno de turno, optando por establecer nuevos lineamientos en cuanto a materia laboral, lo que buscaban era generar, como ellos lo denominaban, una apertura al mercado laboral, buscando que más personas cuenten con empleo pero de manera temporal, y que los empleadores tengan mayores facilidades para la contratación de trabajadores, a lo que en la doctrina se le conoce como la flexibilización laboral, al respecto precisa Blancas Bustamante que, “desde hace por lo menos tres décadas, una agresiva corriente flexibilizadora amenaza e incluso viene erosionando las instituciones fundamentales que conforman el Derecho del Trabajo. Teniendo como premisa — axioma— que tales instituciones han creado un rígido marco regulador para las relaciones laborales, al cual se culpa, casi exclusivamente, por la falta de empleo y la informalidad laboral, dicha corriente tiene el propósito de reducir los niveles de protección que la legislación laboral otorga al trabajador, con el objetivo de aligerar las obligaciones sociales de los empleadores y, de este modo, incentivarlos para contratar nuevos trabajadores.”¹⁰⁸

Es así que con la creación de Decreto Legislativo N° 728 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 001-96-TR, se estableció este régimen creado con la finalidad flexibilizar el

¹⁰⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral*, En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 68, 2012, p.384.

marco legal de contratación laboral pública pudiendo celebrar contratos de naturaleza temporal, accidental, entre otros. Cabe resaltar que dicho Decreto regulaba únicamente las relaciones laborales privadas.

Dentro de las políticas de reforma laboral en el sector público el Estado permite la contratación de personal a través del Decreto Legislativo N° 728, como lo indica SERVIR, precisando que, “Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual) aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia.”¹⁰⁹

Las principales características de este régimen como parte de contratación de personal en el sector público son:

- ✓ Régimen laboral privado, aplicado al sector público, mediante el cual la persona contratada no pertenece a la carrera administrativa, no permite pertenecer a la estructura por grupos ocupacionales y niveles, por lo que no cuentan con el amparo de la estabilidad laboral que brinda el Decreto Legislativo N° 276.
- ✓ A través este régimen laboral se establecen escalas remunerativas distintas al sistema de remuneraciones de la carrera administrativa e incorporan personal en posiciones de responsabilidad, siendo exonerados del requisito de ascender peldaño a peldaño en la estructura de niveles.

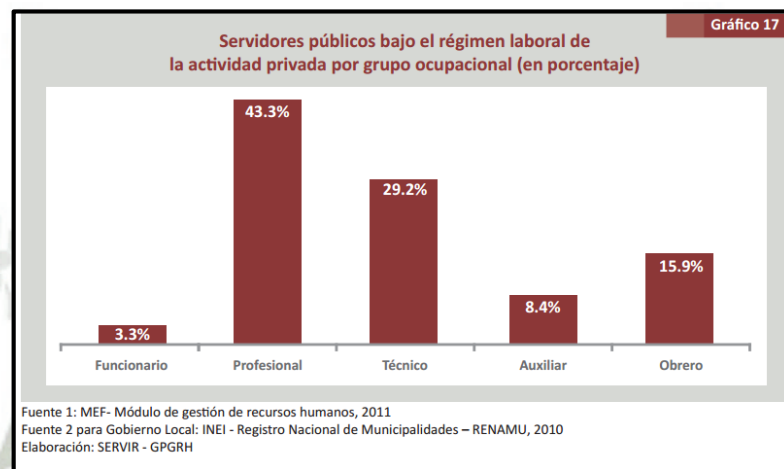
Debido a que esa norma está orientada a regular el empleo en la actividad privada, su aplicación en las entidades del sector público supuso la aplicación de normas supletorias, como, por ejemplo, la Ley Marco del Empleo Público Ley N° 28175¹¹⁰ en adelante LMEP. Entre otras cosas, la LMEP establece los derechos y deberes generales de los

¹⁰⁹ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma*, Op. Cit., p.48.

¹¹⁰ Publicada el 19 de febrero de 2004 en el Diario Oficial El Peruano y vigente desde el 1 de enero de 2005.

servidores públicos bajo el régimen laboral de la actividad privada, una nueva clasificación del personal y las reglas generales de acceso al servicio civil.¹¹¹

Actualmente, la mayoría de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada pertenecen al grupo ocupacional de profesional (43%), seguido por los técnicos (29%) y auxiliares (8%) y un limitado porcentaje de funcionarios (3%). Cabe anotar que en el régimen de la actividad privada se encuentran la mayoría de obreros, por cuanto ellos representan el 16% (ver gráfico)¹¹².



La selección y contratación de personal bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la LMEP. Como lo establece esta Ley, el ingreso a las entidades regidas por la Ley de fomento del empleo se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base del mérito y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades. Para realizar la convocatoria del proceso de selección, se requiere:¹¹³

- ✓ Una plaza vacante y presupuestada, la cual debe difundirse en medios de comunicación de alcance nacional y en el portal web de la entidad;
- ✓ Identificación del puesto vacante;
- ✓ Descripción de las competencias y los méritos, definidos por la entidad en el MOF;
- ✓ Criterios de puntuación y

¹¹¹ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma, Op. Cit.*, p.48.

¹¹² *Ibíd.*, p. 48,49.

¹¹³ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma, Op. Cit.* p.50.

- ✓ Determinación de la remuneración.

Si bien la LMEP regula la contratación de los trabajadores en el sector público, los derechos y obligaciones, sanciones, despido entre otros son regulados por el Decreto Legislativo N° 728.

En la actualidad, el 13% de trabajadores del sector público labora bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, algunos de ellos se encuentran en organismos constitucionalmente autónomos, organismos reguladores, organismos técnicos especializados, entre otros.¹¹⁴

3.1.3. Decreto Legislativo N° 1057

El Decreto Legislativo N° 1057 Contrato Administrativo de Servicios¹¹⁵ conocido por sus siglas CAS y su Reglamento el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM¹¹⁶, es una modalidad de contratación para personal del sector público, la misma que fue creada a fin de reemplazar la contratación bajo la modalidad de los Servicios No personales (SNP), la cual fue implementada en los años noventa como una salida a las restricciones presupuestales impuestas por el gobierno de turno a la contratación de nuevo personal, siendo su objetivo recortar costos laborales y crear un mercado más flexible.

Las principales características de estos contratos son:

- ✓ No generan estabilidad laboral, puesto que la naturaleza de estos contratos es enteramente temporal, contratos que pueden ir desde un mes, tres meses, o más sin sobrepasar el año, en razón a la necesidad de la entidad.
- ✓ Siendo su objetivo recortar costos laborales, mediante este contrato no se perciben beneficios sociales, tales como CTS, gratificaciones, escolaridad.

En el año 2010 ante la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del Decreto Legislativo N° 1057, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia¹¹⁷, que sobre

¹¹⁴Porcentaje del 13% derivado de las estimaciones de SERVIR, al año 2014 y sobre la base de la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En: DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público, op. Cit.*, p. 29

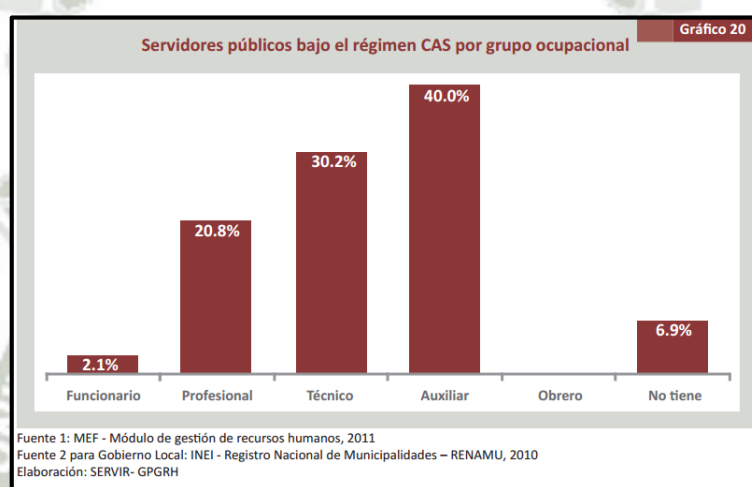
¹¹⁵ Publicado en el diario El Peruano el 28 de junio de 2008.

¹¹⁶ Publicado en el diario El Peruano el 25 de noviembre de 2008.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 00002-2010-PI/TC.

los contratos CAS debe entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que resulta compatible con el marco constitucional.

En cuanto a la distribución según grupo ocupacional, la mayoría de servidores públicos sujetos al régimen especial CAS pertenece a los grupos ocupacionales técnicos y auxiliares (70%), seguidos de los profesionales (21%) y funcionarios (2%). Cabe anotar que no se puede especificar la categoría ocupacional de un 6% del personal CAS. (Ver gráfico)¹¹⁸



3.2. Reforma en la administración pública: Servicio Civil

La función de la administración pública en relación a la prestación de servicios a la sociedad así como el manejo de la administración de estado, supone un perfil adecuado para cada uno de los puestos de trabajo generados, a fin de lograr una administración eficiente tanto en la prestación de servicios al ciudadano como el correcto manejo de la administración del estado mediante el cual se busca el crecimiento del país. De este modo es necesario precisar los intentos de reformas en materia de recursos humanos de la administración pública a fin de analizar si las decisiones tomadas han logrado ser acertadas y han generado cambios positivos para este ámbito de la administración.

¹¹⁸ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma*, Op. Cit. p. 57.

A inicios de los años noventa, la preocupante crisis política y económica en la que se vio reflejado el Perú, llevo a cambios drásticos en la administración pública, uno de ellos fue que el gobierno identificó “el sobredimensionamiento del personal del aparato público como un tema prioritario en la agenda económica. A iniciativa de las autoridades económicas, el gobierno puso en marcha en 1991 un proceso de compra de renuncias de los empleados públicos, que fue seguido por un proceso de reorganización de las entidades públicas con el fin de eliminar plazas de trabajo. Como resultado de este proceso, el volumen del empleo público se redujo drásticamente en 1992. Una consecuencia indeseada fue el traslado al sector privado de buena parte del personal profesional más capacitado con el que contaba el sector público. Sin embargo, la fuerza laboral de las entidades públicas comenzó a crecer otra vez, fundamentalmente mediante la incorporación de nuevo personal a través de los contratos por servicios no personales”¹¹⁹. La reducción de personal no se dio únicamente mediante la compra de renuncias sino a través de ceses colectivos a través de evaluaciones de servidores públicos. Estas evaluaciones semestrales, al no contar con criterios claros, dieron lugar a los ceses colectivos sin contar con el incentivo que se otorgaba a la renuncia voluntaria.

Otra de las medidas impuestas que generaron cambios en la administración, fue el cierre del ingreso a la carrera administrativa desde la Ley de presupuesto de 1992 mediante el cual se trató mantener bajo control el gasto de personal. Posteriormente se dio la creación del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728) siendo uno de los cambios más significativos ya que tuvo como objetivo flexibilizar el marco legal rígido que caracterizaba a nuestro país en materia de trabajo y propiciar una legislación flexible, acorde con lo requerido para llevar a cabo el Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos.

Así también lo precisa el Banco Interamericano de Desarrollo quien a través de un cuadro de ciclos nos muestra los resultados de estos intentos de reforma¹²⁰:

¹¹⁹ LORA Eduardo, Editor BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. El estado de las reformas del Estado en América Latina, Bogotá: Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2007, p. 154.

¹²⁰ IACOVIELLO Mercedes Banco Interamericano de Desarrollo. *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú SERVIR*, citando a (Autoridad Nacional del Servicio Civil). 2010. “El servicio civil peruano: antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma”. Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos. Autoridad Nacional de Servicio Civil – SERVIR. Gobierno de Perú, noviembre. p. 9 , Tomado de su versión virtual:

Cuadro 1: Los ciclos de la reforma administrativa y su contexto

Ciclo	Contexto	Objetivos	Acciones	Resultados
1er ciclo (1990 -1992)	<ul style="list-style-type: none"> - Crisis económica y necesidad de reforma del Estado. - Suspensión del congreso y poder judicial - Concentración del poder en el PE. 	<ul style="list-style-type: none"> - Redefinir el papel del Estado, el aparato administrativo, flexibilizar el empleo público y modernizar áreas clave para las políticas económicas del país. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reducción de personal mediante evaluaciones semestrales y retiros voluntarios (105 mil servidores). - Cierre de ingreso a la carrera administrativa. - Coexistencia del régimen laboral privado con el objetivo de flexibilizar y atraer personal calificado. - Servicios no personales (SNP), para los que no adoptaron el régimen laboral privado. - Contrato PNUD y FAG, para financiar servicios técnicos y profesionales. - Conceptos no remunerativos para suplir la prohibición de aumentos salariales (CAFAE). 	<ul style="list-style-type: none"> - Dispersión de normas sobre acceso y permanencia en el sector público. - Ausencia (desarticulación) de políticas de incentivos al desempeño. - Fuga de talentos.
2do ciclo (1995-1997)	<ul style="list-style-type: none"> - Pacificación nacional (subsisten algunos hechos de terrorismo político). - Conflicto con Ecuador. - Estabilidad económica. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reorganizar el Estado y mejorar la operación de las entidades y la cobertura de los servicios públicos 	<ul style="list-style-type: none"> - Desactivación del INAP y descentralización de los RH en cada entidad y supervisión de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). - Creación del Programa para la Modernización de la Administración Pública (PMAP). - Mejora de los sistemas administrativos y creación de entidades rectoras. - Reorganización de la carrera (sinceramiento de los SNP y nueva Ley de Carrera). - Mejora de la cobertura de los servicios públicos mediante Ley de Descentralización. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ausencia de ente rector a cargo de la política de recursos humanos del Estado. - Implementación nula de proyectos de modernización del servicio civil debido al poco apoyo político.

Fuente: SERVIR (2010).

Para la década del 2000 un segundo periodo de reformas devela mayores cambios tal como se expresa en el siguiente cuadro¹²¹:

<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6618/ICS%20TN%20Diagn%C3%B3stico%20institucional%20del%20servicio%20civil%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina-Per%C3%BA.pdf?sequence=1>

¹²¹ ídem.

Cuadro 2: Los ciclos de la reforma administrativa y su contexto (cont.)

Años	Contexto	Objetivos	Acciones	Resultados
3er ciclo 2000-2006	<ul style="list-style-type: none"> - Crisis política tras la renuncia de Fujimori y asunción de Toledo - Freno al crecimiento económico y firma de TLC con Tailandia. - Movilizaciones de sectores sociales y declaración del estado de emergencia. - Sospechas de corrupción. 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer una visión de Estado de largo plazo, consensuada y en base a un gobierno moderno y descentralizado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Firma del Acuerdo Nacional. - Descentralización (Ley de bases de la descentralización, Ley orgánica de gobiernos regionales) - Reforma del empleo público (LMEP y Ley del Código de Ética). 	<ul style="list-style-type: none"> - La implementación de las políticas vinculadas a la reforma del servicio civil no fue aprobada (normas complementarias a la LMEP) por falta de acuerdo político. - La reforma quedó circunscrita a aspectos generales del servicio civil.
4to ciclo 2008 en adelante	<ul style="list-style-type: none"> - Fuerte crecimiento económico por impulso del sector externo (TLC con Chile y USA). - El PE recibe facultades especiales para legislar. - Reducción de la pobreza pero se mantienen los problemas de estructura social. - Se mantiene cierta conflictividad social de sectores postergados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Mejorar la gestión del aparato administrativo del Estado para el fortalecimiento de la competitividad del país. 	<ul style="list-style-type: none"> - Creación e implementación de Organismo Rector (SERVIR) y Tribunal del Servicio Civil (DLeg. 1023). - Creación del Cuerpos de Gerentes Públicos (DLeg. 1024). - Implantación de la evaluación de desempeño (DLeg. 1025) - Normas sobre capacitación y Fondo de Fortalecimiento del Capital Humano (DLeg. 1025). - Creación del régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) en reemplazo de los SNP (DLeg. 1057). 	<ul style="list-style-type: none"> - Creación de la entidad rectora del sistema de servicio civil. - Elaboración de un nuevo modelo de servicio civil bajo los principios de mérito e igualdad de oportunidades. - Diseño de un Registro Nacional de Servidores del Servicio Civil.

Sin duda, uno de los aspectos de mayor trascendencia de la LMEP fue el cambio de enfoque en la clasificación de los servidores del sector público a partir de las funciones que desarrollaban y no por el nivel académico alcanzado, tal como regulaba el D. Leg. N° 276. Se debe señalar que la implementación de las políticas complementarias a la LMEP no se llevó a cabo por la incertidumbre respecto de los efectos negativos de una variación en la política remunerativa o el incremento del gasto en la planilla pública.¹²²

Ahora bien, a partir del año 2008 se inició el actual intento de reforma del servicio civil, se emitió el Decreto legislativo N° 1023, el cual crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil –SERVIR, como organismo técnico especializado y ente rector del sistema

¹²² JARA BAUTISTA José Luis, *Tránsito de los servidores públicos al nuevo Régimen del Servicio Civil en el Perú regulado por la Ley 30057. ¿Estamos realmente frente a un traslado voluntario?*, Texto virtual obtenido de: <http://legis.pe/transito-los-servidores-publicos-al-nuevo-regimen-del-servicio-civil-peru-regulado-la-ley-30057-estamos-realmente-frente-traslado-voluntario/>

administrativo de gestión de recursos humanos del Estado, encargado de establecer, desarrollar y ejecutar la política del Estado respecto del servicio civil; de otro lado, se emitió el Decreto Legislativo N° 1024, Decreto que crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos, finalmente el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS).

La actual reforma del servicio civil se inició por la ausencia de una política de recursos humanos, que trajo como consecuencia un servicio civil desestructurado y desordenado producto del desorden normativo en materia de gestión de recursos humanos en el Estado. Existe más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas en 82 entidades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago a los servidores públicos y más de 198 conceptos de pago, entre remunerativos y no remunerativos.¹²³

Pero no es sino hasta el 2013 que se aplica la reforma hacia las entidades del estado con la aprobación de la Ley N° 30057, siendo su objeto “establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas.”¹²⁴ De este modo, la finalidad de la Ley es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran.¹²⁵

La falta de gestión en los recursos humanos de Estado, hasta antes de esta última reforma, ha evidenciado estas grandes problemáticas¹²⁶:

- I. La crisis fiscal, que ha dado lugar a que los recursos sean manejados de una manera más exhaustiva, bajo los principios de eficiencia, eficacia, y economía;

¹²³ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma*, Op. Cit. p. 5.

¹²⁴ Objeto de la Ley, Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil aprobada por el Congreso de la República el día 02 de julio 2013.

¹²⁵ Finalidad de la Ley, Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 30057.

¹²⁶ SERVIR – GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS (GPGRH). *El Servicio Civil Peruano Antecedentes, Marco Normativo actual y desafíos para la reforma*, Op. Cit. p. 89.

- II. La crisis de legitimidad de lo público ante la ciudadanía, producto de la percepción que el Estado no responde a las expectativas y necesidades de la población;
- III. Los cambios sociales en el mundo del trabajo, debido a las nuevas tecnologías y expectativas de los trabajadores de un ambiente laboral más motivador, dinámico y satisfactorio y;
- IV. El desarrollo del gerencialismo, que introduce una visión de carácter más empresarial, orientada al rendimiento y a la productividad de los servicios.

Ante la problemática planteada la reforma del nuevo Servicio Civil, tiene como objetivos principales, primero lograr la unificación de los distintos regímenes laborales existente a la actualidad a fin de generar mayor igualdad entre todos los trabajadores de estado en lo referente a capacitación, acceso y progresión y segundo lograr eficiencia y eficacia en el desempeño de las actividades que desarrollan los trabajadores del estado logrando una correcta prestación de los servicios a la sociedad.

3.2.1. Proceso de implementación del nuevo régimen del servicio civil.

El proceso de implementación del nuevo régimen del Servicio Civil implica, como ya se dijo, la unificación de todos los regímenes laborales de sector público con la finalidad de dar término a las variadas modalidades de contrataciones, así como remuneraciones, deberes y derechos de los servidores, a fin de lograr la igualdad entre los mismos.

De este modo se ha previsto que la implementación se realizará¹²⁷:

- ✓ Dada la capacidad fiscal y operativa del Estado, la reforma será gradual, pero irreversible. El nuevo servicio civil contiene los incentivos necesarios para asegurar un pase ordenado y progresivo al nuevo régimen. La reforma total durará 6 años.
- ✓ Las entidades públicas tendrán que hacer una reestructuración al interior de las mismas y de las personas que trabajan en ellas para poder migrar al nuevo régimen.

¹²⁷ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Características de la reforma del Servicio Civil Peruano*, Obtenido de su texto virtual:

<http://www.pcm.gob.pe/reformas/wp-content/uploads/2013/08/REFORMA-DEL-SERVICIO-CIVIL.pdf>

http://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/congreso_aprueba_proyecto_ley_servicio_civil.pdf

- ✓ El personal de los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y CAS irá pasando progresivamente al nuevo régimen del Servicio Civil. El pase de estos trabajadores es voluntario y se realiza por concurso público de méritos.
- ✓ La reforma aplicará para 560 mil trabajadores del Estado de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local). Es decir, abarca al 40% del total de servidores públicos del Estado peruano.

Ante tales premisas los trabajadores se encontrarán en las siguientes situaciones:

- ✓ En principio todos están invitados voluntariamente a que a través de un concurso de méritos puedan acceder al nuevo régimen del Servicio Civil.
- ✓ En el caso en que decidieran ingresar al nuevo régimen pueden optar por quedarse bajo sus regímenes laborales, solo en los casos de los regímenes de los Decretos Legislativos N^o 276 y N^o 728, en el caso de Decreto Legislativo N^o 1057 está predestinado a desaparecer cuando culmine la implementación de este nuevo régimen del servicio civil (Ley N^o 29849 establece temporalidad y eliminación progresiva del CAS).
- ✓ Si bien se precisa que podrán mantenerse en sus regímenes laborales y de que el paso al régimen del servicio civil es voluntario, existe la premisa de la ley de que en efecto al final del término establecido para la implementación de la reforma, todos los trabajadores del estado se encuentren dentro de un único régimen. Esto porque la norma contiene una serie de medidas que harán de alguna u otra manera que su contenido se aplique para todos los trabajadores del Estado, un ejemplo es lo establecido en el artículo III del Título Preliminar, principios de la Ley del Servicio Civil, en el Título II, referido a la organización del Servicio Civil, y el Capítulo VI del Título III, referido a los derechos colectivos, el cual precisa que serán de aplicación inmediata para los servidores de los Decretos Legislativos 276 y 728, vale decir, independientemente de si optasen por permanecer en su régimen; así también estarán sujetos a la evaluación de desempeño, siendo pasible de obtener calificaciones de personal de rendimiento distinguido, personal de buen rendimiento, personal de rendimiento sujeto a observación; y personal desaprobado, con ello las consecuencias legales que de estas se derivan. A opinión de Jara Bautista “Cuando el servidor público advierta que se encuentra sujeto a un

régimen mutilado “híbrido” en el cual se le aplican los Principios de la LSC, la evaluación por desempeño, la regulación de sus derechos colectivos, y el nuevo régimen disciplinario y procedimiento administrativo sancionador; asimismo, se atente su estabilidad laboral no tenga más alternativa que pasar a este nuevo régimen del servicio civil.”¹²⁸

3.2.2. La meritocracia en la reforma del Servicio Civil

La falta de gestión en los recursos humanos del Estado a lo largo de los últimos 20 años ha generado, bajos índices de eficacia en lo referente al trabajo desempeñado por los trabajadores en sus distintas funciones. En los últimos años hemos sido testigos de hechos que han afectado mucho la visión de un funcionario del Estado; actos de corrupción, demasiada discrecionalidad de funcionarios para colocar a personas en determinados puestos de trabajo, actos que reflejan poca moral, la falta de profesionalismo y eficiencia.

Estos son hechos que han motivado la reforma y tiene como fundamental objetivo temas resaltantes como el mérito, la capacitación, la evaluación de desempeño, una nueva organización de puestos, una nueva estructura de compensaciones y sobre todo, una mejora interna en las entidades del Estado como parte del proceso de implementación del nuevo régimen del servicio civil. Estas medidas están vinculadas directamente con la mejora en el servicio al ciudadano, para brindarle servicios de calidad, de forma oportuna y satisfaciendo sus reales necesidades de una manera efectiva. Pues la eficiencia y competitividad de las instituciones públicas depende de los profesionales que laboran en las diversas instancias del Estado, y en la formación de los funcionarios para que su labor sea oportuna y asertiva.

Para SERVIR y como indica la Ley N° 30057, la meritocracia en la reforma del Servicio Civil incluye el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.¹²⁹ Por lo que es necesario entender que la meritocracia no solo se consolida con el ingreso de un personal calificado, que a

¹²⁸ JARA BAUTISTA José Luis, *Tránsito de los servidores públicos al nuevo Régimen del Servicio Civil en el Perú regulado por la Ley 30057. ¿Estamos realmente frente a un traslado voluntario?*, Texto virtual obtenido de: <http://legis.pe/transito-los-servidores-publicos-al-nuevo-regimen-del-servicio-civil-peru-regulado-la-ley-30057-estamos-realmente-frente-traslado-voluntario/>

¹²⁹ Inciso d) Mérito, artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

través de un examen de mérito, demuestra estar capacitado y que se adecua al perfil profesional que se busca, por lo que es necesario desarrollar el contenido de la meritocracia y cuando en efecto se cumple.

Para establecer que el contenido de la meritocracia ha logrado su finalidad, en esta reforma, es necesario plantearnos básicamente los escenarios en los que se encuentra la misma, inicialmente la meritocracia se encontrará en el acceso a un puesto de trabajo. Pero para que esta dé los resultados esperados es necesario contar inicialmente con un “diseño de los puestos de trabajo, que supone realizar opciones importantes acerca del grado de especialización horizontal y vertical del puesto y de la estandarización de la conducta del ocupante, y la definición de los perfiles de los ocupantes de los puestos, consistentes en la identificación de las competencias básicas que aquellos deben reunir”¹³⁰, y finalmente la calidad de implementación del reclutamiento y la selección son el fortalecimiento meritocrático del sistema”¹³¹. En nuestro caso en concreto, podemos indicar que estos requerimientos aún no se logran de manera adecuada, la reforma debe no solo abocarse al tema de selección, sino que existe ciertas condiciones que deben cumplirse para obtener una correcta meritocracia en el acceso, tener una idónea estructura de los puesto de trabajo, así como el perfil adecuado de profesional acorde al puesto y finalmente una programa de selección que nos asegure no solo una persona con un buen perfil profesional, pues entendamos que el trabajo en la administración pública es estar al servicio del ciudadano y en segunda instancia hay puestos en la administración que suponen una adecuada gestión, por lo que también es necesario que al momento de la selección se evalúen otros aspectos del postulante pues en la actualidad “Nos estamos fijando en la punta de un iceberg; un currículum, un título profesional, un perfil, una hoja de vida, etc., solo refleja quizás entre un 10 a 20 por ciento del desempeño laboral, siendo generosos, quizá hasta un 30 por ciento; las actitudes que tenga una persona en un determinado cargo dentro de la administración pública o en la actividad laboral que

¹³⁰ IACOVIELLO Mercedes Banco Interamericano de Desarrollo. *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú SERVIR*, Op. Cit., p. 25 citando a: Longo, F. “Marco analítico para el diagnóstico institucional de sistemas de servicio civil”. Washington, DC: BID, 2002.

¹³¹ IACOVIELLO Mercedes Banco Interamericano de Desarrollo. *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú SERVIR*, Op. Cit., p. 29. Tomado de su texto virtual: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6618/ICS%20TN%20Diagn%C3%B3stico%20institucional%20del%20servicio%20civil%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina-Per%C3%BA.pdf?sequence=1>

realice, su grado académico, su currículum, su hoja de vida no garantizan que tenga cualidades que le haga ser un trabajador o funcionario eficiente y eficaz pues no prueban que posea las cualidades propias de un trabajador proactivo, de un líder, es decir que sea: honesto, autocrítico, justo, adaptable al cambio, íntegro, creativo, entusiasta, ético, comprometido, asertivo, responsable, flexible, el gobierno y los empleadores soslayan este hecho pretendiendo en que el trabajador posea el mayor desarrollo académico posible relegando a un segundo plano el desarrollo personal de las personas, su inteligencia emocional, un adecuado conocimiento de programación neurolingüística y sobre todo su formación en valores y principios”.¹³²

Una vez seleccionado el postulante apto para el puesto con las referencias antes expuestas, la meritocracia se muestra en su segundo escenario, en el desarrollo de las actividades para las que fue contratado, esta es la permanencia, si bien al contratar a una persona que ha logrado por sus méritos ser el más apto para el puesto, esto no nos garantiza su correcto desenvolvimiento en el puesto, pues siempre habrá situaciones que lo mantendrá en constante aprendizaje y correcta aplicación del mismo en las experiencias laborales que se le presenten mostrando a su vez aptitud, actitud, desempeño, capacidad necesaria para desempeñar sus labores, esto supone a su vez que deba recibir capacitación permanente, como lo establece la Ley, pues finalmente el modo de saber si cumple con las características necesarias, es a través de la evaluación permanente, que no solo medirá su buen desempeño si no que la evaluación permitirá mejora en las compensaciones, progresión y movilidad. La reforma a través del contenido de la Ley del Servicio Civil establece que la evaluación del desempeño es un proceso obligatorio, sistemático, integral, continuo y demostrable del conjunto de actividades, aptitudes y rendimiento del personal en el cumplimiento de sus objetivos y metas.

Por tanto la meritocracia engloba todo un conjunto de procesos que se desarrollan en el acceso a un puesto y todo lo que ello supone, como se explicó anteriormente, así como también en la permanencia del trabajador, demostrando tener la capacidad de desarrollar las actividades requeridas con eficiencia, la cual es determinada a través de una evaluación permanente.

¹³² MIRAVAL TAPIA Francisco José, *Meritocracia y gestión pública en Perú*, tomado de su texto virtual: <https://www.gestiopolis.com/meritocracia-y-gestion-publica-en-peru/>

4. Desnaturalización de los contratos laborales

En la década de los noventa el país vivió en lo relativo al derecho del trabajo una flexibilidad laboral, la cual puede ser definida como la eliminación o disminución de la protección laboral clásica con la finalidad de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de las empresas; en otras palabras, ir contra la “rigidez” del desarrollo de las relaciones laborales. Algunos la definen como la lucha del principio protector del Derecho Laboral frente a la libre competencia económica.¹³³

En nuestro país tras la creación de los contratos a plazo fijo antes expuesto, se ha logrado detectar a lo largo de estos años que si bien los empleadores logran contratar a trabajadores de acuerdo a sus necesidades, ya sea por inicio de una actividad, necesidades de mercado, entre otros, conllevando un menor costo de contratación, la protección del derecho de trabajo de los trabajadores se ha visto afectada pues, si el propósito de estos contratos es hacer más atractivo a los ojos de los empresarios e inversionistas extranjeros la contratación en el país, es necesario que se cumplan a cabalidad, respetando el principio de causalidad al que se ve sujeto este tipo de contratos, con la existencia veraz de una causa válida para la contratación bajo esta modalidad y por el tiempo que la ley establece. Y esta concepción no solo al empleador privado, de igual modo se establece que la contratación en la actividad pública debe realizarse dentro de los lineamientos de la Ley Marco del Empleo Público.

Partiendo del contenido del primer párrafo del artículo 4 de la LPCL, los contratos temporales o atípicos son una excepción a la contratación laboral a tiempo indefinido, la legislación sanciona su indebida utilización a través de la figura de la desnaturalización¹³⁴.

El Decreto Legislativo No.728 en sus artículos 120 y 121, así como la LPCL en sus artículos 77 y 78, recogen de manera similar, las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo. Por lo que cabe indicar que el artículo 77 de la LPCL, precisa:

¹³³ SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan. *Causas de desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad en la legislación peruana*, En Revista Peruana de Derecho de la Empresa No.58, Año XIX, 2005, p. 94. Texto virtual obtenido de: <http://www.teleley.com/revistaperuana/5servat58.pdf>

¹³⁴ SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan. *Causas de desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad en la legislación peruana*, En Revista Peruana de Derecho de la Empresa No.58, Año XIX, 2005, p. 99. Texto virtual obtenido de: <http://www.teleley.com/revistaperuana/5servat58.pdf>

Artículo 77º.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

Cabe indicar de este artículo que la desnaturalización de los contratos modales puede darse en dos supuestos, el primero cuando al vencimiento del plazo precisado en el contrato el trabajador siga prestando servicios se considera que la relación laboral ha pasado a ser de carácter indefinido, el segundo supuesto se daría cuando se detecte la existencia de simulación o fraude en el contrato con respecto a la naturaleza de las actividades realizadas por el trabajador.

El primer supuesto indicado respecto al vencimiento del plazo del contrato, se encuentra precisado en los incisos a, b y c del artículo en mención. Los tipos de contratos modales son celebrados hasta un plazo máximo señalado por la ley, pudiendo darse prórrogas de los mismos pero siempre dentro del máximo legal permitido. Al vencimiento del plazo establecido en el contrato, y si éste no es renovado, se da automáticamente la extinción del vínculo laboral. Pero, si el plazo señalado concluye y el trabajador sigue realizando las actividades para las que fue contratado, y como la renovación de los contratos modales no es tácita, éste se desnaturaliza.

El segundo supuesto implica la existencia de simulación o fraude, al cual hace referencia el inciso d), recordemos que inicialmente la contratación que se realice a través de la modalidad temporal exige una causa específica y válida para su celebración (artículo 72 de la LPCL), lo que los distingue de los contratos indeterminados. Precisa el Tribunal Constitucional:

“6. Efectivamente, conforme a la uniforme jurisprudencia del Tribunal, como la sentencia recaída en el Exp. N.º 1874-2002-PA/TC, se restablecería el principio de causalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico y se consideraría de naturaleza indeterminada un contrato sujeto a modalidad, conforme el artículo 77º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, si “el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales. Esta situación se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad”.

Vale decir, que existen dos casos en los cuales se puede verificar la simulación o el fraude a las normas laborales:

- a) Cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes; y
- b) Cuando, para eludir el cumplimiento de las normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad.”¹³⁵

Tal y como precisa el TC, dentro de este supuesto puede considerarse que se desnaturaliza un contrato sujeto a modalidad cuando al expresarse en el contrato una causa que determine su temporalidad, de la lectura del mismo se desprende que no justifica la naturaleza temporal del contrato. Es decir en el contrato se indica una causa la cual el empleador pueda considerar que justifica la temporalidad del mismo pero en realidad no lo es. Asimismo y siendo en la práctica el hecho por el cual los empleadores usan estos contratos, es con el fin de eludir la contratación indeterminada, en la cual se aparenta o simula cumplir con las condiciones que requiere estos contratos, siendo que en muchos

¹³⁵ Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 00804-2008-PA/TC,

casos incluso la causa no se encuentra expresada en el contrato. Así lo ha señalado el Tribunal:

4. Al respecto, en los contratos para servicio específico de fojas 3 a 13, en la cláusula referida al objeto del contrato, no se ha establecido la causa objetiva de contratación; tan solo se ha consignado que “el empleador requiere contratar al trabajador para servicio específico regulado por el Decreto Legislativo 728, para ocupar la plaza N.º 027-Técnico en Tesorería de la Gerencia de Administración, del Cuadro de Asignación de Personal-CAP”.

5. De igual manera, en los posteriores contratos modales no se ha establecido la causa objetiva de contratación; tan solo se ha consignado en qué área laboró. Se observa asimismo que el último cargo que desempeñó fue el de Técnico en Servicios Financieros A del Equipo de Trabajo de Servicios Financieros; incluso se indica que estas funciones se hallan reguladas en el Manual de Organización y Funciones (MOF) del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (f. 28).

6. Por lo tanto, al no haberse consignado un elemento esencial de la contratación modal, el contrato del demandante se ha desnaturalizado, al tenor del supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR; por lo tanto, es un contrato sujeto a plazo indeterminado (...)¹³⁶

La cuestión controvertida se circunscribe a determinar si los contratos de trabajo de la recurrente han sido desnaturalizados por la causal prevista en el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que establece que los contratos a modalidad se desnaturalizan y convierten en indeterminados cuando el trabajador demuestra que hubo simulación o fraude a las normas legales establecidas en el mencionado decreto supremo.

Del contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico que obra a fojas 13, vigente del 1 de enero al 30 de abril de 2010, se aprecia que no se ha cumplido con la exigencia legal de precisar en qué consiste, justamente, el servicio para el cual fue contratado la demandante. En efecto, en la cláusula primera de los citados contratos se consigna: “EL EMPLEADOR, debido a la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, tiene vacante para concurso la plaza de ESPECIALISTA

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 01268-2010-PA/TC, fundamento 4 a 6.

JUDICIAL DE JUZGADO y con el objeto de brindar un eficiente servicio de Administración de Justicia en beneficio de los justiciables para garantizar el normal desarrollo de la actividad jurisdiccional, requiere cubrir dicha plaza vacante, contratando temporalmente a una persona que reúna los requisitos para el puesto requerido hasta que sea cubierta mediante concurso público respectivo". Asimismo, en la cláusula segunda se señala: "Para el logro del objeto, materia de la cláusula anterior, EL PODER JUDICIAL contrata a él (la) TRABAJADOR (A) para que realice labores de ESPECIALISTA JUDICIAL DE JUZGADO, el mismo que deben someterse al cumplimiento estricto de las funciones". De las cláusulas transcritas puede concluirse que en los contratos mencionados se ha omitido consignar la causa objetiva específica que autorizó la contratación temporal de la demandante, pues se señala de manera genérica que su labor era la de "especialista judicial", sin precisar cuáles eran específicamente las labores a realizar en dicho cargo. Por otro lado, sin perjuicio que por mandato legal se tiene que señalar la causa objetiva de la contratación, se debe tener en consideración que un especialista judicial realiza labores propias y ordinarias del Poder Judicial, por lo que no se justifica la contratación temporal para prestar un servicio específico de la demandante.

Por tanto, al no haberse especificado con detalle la causa objetiva de contratación, el referido contrato de trabajo ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Siendo así, los contratos de trabajo suscritos por las partes con posterioridad carecen de eficacia jurídica pues mediante ellos se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.¹³⁷

Debemos tener en cuenta el Tribunal había sostenido un criterio uniforme respecto de aquellos trabajadores del sector público que se encontraban sujetos al régimen privado, expuesto en las dos sentencias precitadas, este criterio respecto de los servidores públicos en la actualidad ha quedado derogado a través de la sentencia expedida por el TC en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, que constituye precedente vinculante.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N.º 03683-2012-PA/TC, considerandos 3.3.4 a 3.3.6.

5. El Despido

Teniendo en cuenta la materia de la presente investigación, cabe resaltar que el tratamiento del despido a desarrollarse es el establecido para el Decreto Legislativo N° 728.

La normativa en materia laboral establecida en el Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que es una causa de extinción de la relación laboral, el despido, en los casos y forma permitidos por la Ley.¹³⁸ Esta forma de extinción del contrato y la relación laboral es una decisión unilateral proveniente del empleador, la que podrá darse por una causa justa establecida en la ley o de manera injustificada. De ello deriva el siguiente punto a tratar sobre las clases de despido que la normativa y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional por medio de los cuales nos define las clases de despido

5.1. Clases de despido

5.1.1. Despido justificado

El Decreto Legislativo N° 728, establece que para el despido de un trabajador¹³⁹, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad¹⁴⁰ o con la conducta¹⁴¹ del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

5.1.2. Despido injustificado

a. Despido nulo

El Artículo 65 del Decreto Legislativo N° 728 establece que:

Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

¹³⁸ Artículo 52 del Decreto Legislativo N° 728.

¹³⁹ Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 728.

¹⁴⁰ Artículo 59 del Decreto Legislativo N° 728.

¹⁴¹ Artículo 60 del Decreto Legislativo N° 728.

- c) Presentar una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.

Asimismo el Tribunal Constitucional¹⁴², se ha pronunciado respecto del despido nulo, indicando que aparece esta modalidad de despido como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución, mencionando los establecidos también en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo N°728. Asimismo precisa que son causales de despido nulo:

- ✓ Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626).
- ✓ Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

Al configurarse esta modalidad de despido, el trabajador podrá optar por una reparación resarcitoria esta es la indemnización o por una reparación restitutoria es decir solicitar su reposición al centro de trabajo.

b. Despido incausado

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que se produce el denominado despido incausado, cuando:

- ✓ Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.¹⁴³

Precisa asimismo Blancas, “En su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nítum* o incausado, entendiendo por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral.¹⁴⁴

¹⁴² Sentencia del Tribunal constitucional Expediente N° 00976-2001-AA.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal constitucional Expediente N° 00976-2001-AA.

¹⁴⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral”. Op. Cit., p. 392.

c. Despido fraudulento

Esta modalidad de despido fue desarrollada por el Tribunal Constitucional por primera vez, indicando que:

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la “fabricación de pruebas”.
- En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

De esta manera el Tribunal busca sancionar las actitudes dolosas del empleador cuando pretende imputar hechos inexistentes, falsos a fin de simular, a través del engaño, una causa justa de despido.

Es preciso señalar que en varios pronunciamientos, el Tribunal ha dado la calificación de despido fraudulento a aquellos despidos en los que la causa imputada por el empleador no ha sido demostrada en juicio, a pesar de ello en algunos otros fallos ha sido preciso en puntualizar que en la vía de amparo no se realiza una calificación del despido.

II. ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO - LINEAMIENTOS EN MATERIA LABORAL CON RESPECTO AL PRECEDENTE VINCULANTE RECAÍDO EN LA SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC

1. Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario

Habiendo desarrollado las principales disposiciones en materia laboral que existen en nuestro ordenamiento jurídico así como en lo establecido por los distintos tratados y normativa internacional, existen como indica Blancas, cuando menos, tres disposiciones de rango constitucional que no pueden ser ignoradas o dejadas de lado a la hora de establecer cualquier regulación en materia de despido. Estas se refieren a: i) El derecho al trabajo, ii) La estabilidad en el empleo, y iii) La adecuada protección contra el despido arbitrario.¹⁴⁵

Para iniciar el tratamiento del despido arbitrario es necesario recalcar que el derecho al trabajo es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de 1993 en el artículo 22 igualmente, enumerado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas y en los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador.

Por estas normas es que, el Tribunal Constitucional ha establecido una interpretación amplia de lo que refiere el derecho al trabajo, al considerar que:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; [...] El segundo aspecto del derecho es el que resulta

¹⁴⁵ BLANCAS, Carlos. *Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral*, En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 68, 2012, p.392.

relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.¹⁴⁶

De este modo es que el derecho al trabajo comprende dos percepciones, la primera sobre el derecho acceder a un puesto de trabajo, mediante las políticas favorables que establezca el Estado, y de otro lado el derecho a ser despedido por una causa justa. Lo que nos lleva a desarrollar el contenido del artículo 27 de la Constitución que establece:

Artículo 27°.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

En razón a lo establecido en la Constitución el Artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece:

Artículo 34°.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

Estableciendo así, como única reparación, la indemnización por el despido arbitrario. Más aún el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución estableció cierto criterio en relación a la reparación del despido arbitrario a través de las sentencias emitidas en el Expediente N° 1124-2011-AA/TC y el Expediente N° 976-2001-AA/TC mediante las cuales el Tribunal desarrolla el contenido del artículo 27 de la Constitución.

¹⁴⁶ Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento 12, en el proceso seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa con relación al despido de más de 500 trabajadores.

1.1. Expediente N° 1124-2001-AA/TC - Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú

Es probablemente esta sentencia el inicio de un desarrollo extensivo del despido arbitrario y la adecuada protección que establece la Constitución, en la cual el Tribunal Constitucional precisa los aspectos fundamentales del derecho al trabajo, y como a través de estos aspectos se da el tratamiento del artículo 27 de la Constitución Política del Perú.

La sentencia emitida en el citado expediente, desarrolla la problemática en torno, inicialmente a la amenaza de despidos masivos que suponía las acciones de la empresa Telefónica del Perú S.A. a través de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la empresa. El Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú interponen Acción de Amparo, alegando que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores.

A la fecha de la emisión de la Sentencia, la empresa ya había generado varios despidos, los cuales se realizó a los trabajadores pertenecientes al Sindicato de trabajadores de la empresa. Por lo que el Tribunal resuelve el caso en torno a los despidos realizados, en los cuales sienta una posición en relación al derecho de sindicación y el despido arbitrario.

Por ser materia vinculada a la investigación es necesario desarrollar el criterio del Tribunal en cuanto al despido arbitrario. En principio establece que el contenido esencial derecho al trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución contiene dos aspectos fundamentales, el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Y es por este último aspecto que la Constitución establece el contenido del artículo 27 en el que se precisa que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Ahora bien, el "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Engloba tres aspectos¹⁴⁷:

- Se trata de un "mandato al legislador"

¹⁴⁷ Segundo párrafo del Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 1124-2001-AA/TC.

- Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

De lo que se infiere que ante el citado mandato constitucional, quien se encargará de su “adecuado” desarrollo será el legislador, deja en claro el Tribunal que por “adecuado” se refiere a que este se realizará sin afectar el contenido esencial del derecho del trabajador.

En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador. [...] no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.¹⁴⁸

En relación a lo establecido por el Tribunal, es necesario precisar que con esta interpretación no se reconoce la estabilidad absoluta en el trabajo, lo que busca el Tribunal es establecer el contenido esencial del derecho al trabajo y que este no sea vulnerado a través de la potestad que la constitución le da al legislador de establecer normativa en relación a la protección contra el despido arbitrario.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección

¹⁴⁸ Tercer y Cuarto párrafo del Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 1124-2001-AA/TC.

restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. **Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.**¹⁴⁹

Por lo que ante el contenido del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, el cual establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación", se estaría vulnerando el contenido del derecho al trabajo por las tres precisiones que indica el Tribunal:

- a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
- c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una

¹⁴⁹ Quinto párrafo del Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 1124-2001-AA/TC. El sombreado se realiza con fines del presente trabajo de investigación.

consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Estableciendo así, que conforme al artículo 51 de la Constitución, el principio de jerarquía de las normas debe prevalecer, y en el caso en particular el derecho constitucional al trabajo no debe estar por debajo de aquellas leyes de menor jerarquía mediante las cuales se evidencia un detrimento del derecho fundamental.

1.2. Expediente N° 976-2001-AA/TC - Eusebio Llanos Huasco

Posterior a la sentencia desarrollada el Tribunal ha seguido estableciendo o fortaleciendo de manera progresiva el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental constitucional y el tratamiento de la Constitución y normas varias en relación a la culminación del vínculo laboral mediante el despido arbitrario.

Tal es así, que procede a emitir una sentencia en la cual establece parámetros procesales respecto de la Acción de Amparo en relación al artículo 6° de la Ley N°. 23506¹⁵⁰ que hasta antes de la aparición del Código Procesal Constitucional, regulaba entre otro la acción de Amparo. Pero es relevante en sí desarrollar la continuidad de criterio que estableció en relación al artículo 27 de la Constitución en sus anteriores pronunciamientos y desarrollar nuevos conceptos en torno a la “adecuada” protección contra el despido arbitrario.

El señor Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16-02-2001, mediante la que se le comunica que la empresa ha decidido dar por concluido su contrato de trabajo, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo.

En relación al artículo 27 de la Constitución, siguiendo con la línea interpretativa indica:

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista *prima facie* una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido

¹⁵⁰ Ley de Hábeas Corpus y Amparo, derogada por la Ley N° 28237 que implementa el Código Procesal Constitucional.

en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, **éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".**¹⁵¹

De este modo el Tribunal continúa el desarrollo de tema, estableciendo que si bien el legislador cuenta con un margen de discrecionalidad, estas medidas adecuadas pueden desarrollarse dentro de dos regímenes:

- De carácter sustantivo
 - Protección preventiva
 - Protección reparadora
- De carácter procesal

Lo que busca la protección dentro del carácter sustantivo y dentro de este en un modo preventivo¹⁵², es prevenir, evitar impedir que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente e incluso establece que una medida preventiva sería en el régimen de la actividad pública, el Decreto Legislativo N°. 276. De otro lado la protección reparadora¹⁵³ comprenderá una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador, mediante este supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

De este modo la acción preventiva siempre será aquella que pueda generar una mayor protección al trabajador, pues es a través de esta es que se establecen las formas de contratación a fin de no menoscabar ningún derecho constitucional al momento de desarrollarse la relación laboral. En cambio la acción reparadora siempre traerá consigo una controversia en cuanto a determinar si es que se afecta el contenido esencial del derecho al trabajo. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional el desarrollo de los

¹⁵¹ IV apartado, *Los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución*, tercer párrafo de fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC. El sombreado se realiza con fines del presente trabajo de investigación.

¹⁵² Literal a.1) del fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

¹⁵³ Literal a.2) del fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

citados regímenes que son de carácter sustantivo, no sería la única forma de desarrollar el concepto de adecuada protección contra el despido arbitrario, sino más bien que es necesario desarrollar una protección de carácter procesal. Este supone una protección restitutoria esto en virtud de lo establecido en el artículo 1° de la Ley N°. 23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”¹⁵⁴. De tal modo que ante tal precepto normativo, la sola indemnización planteada en la Ley como efecto reparador ante el despido arbitrario, no genera el propósito del Amparo, es por eso que ante el mencionado proceso constitucional si cabe la reposición. Así lo indica el Tribunal precisando que:

“En la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales.”¹⁵⁵

Al establecer en definitiva su criterio el Tribunal en relación al desarrollo del legislador de la protección adecuada al despido arbitrario es importante señalar, que:

El régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, **no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N°. 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud.**

¹⁵⁴ Ley de Hábeas Corpus y Amparo, derogada por la Ley N° 28237 que implementa el Código Procesal Constitucional que regula los procesos constitucionales. El cual establece en su Título I Disposiciones Generales de los Procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento Artículo 1.- Finalidad de los Procesos.- Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

¹⁵⁵ Octavo párrafo de fundamento 13 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

Es necesario resaltar la importancia del contenido de este fundamento del Tribunal, pues si bien es cierto el Tribunal desarrolla una interpretación, en torno a un mandato constitucional, como es el de la adecuada protección contra el despido arbitrario, en un caso de una relación laboral centrada en el régimen netamente privado, este último párrafo citado aclara que tratándose de a aplicación e interpretación de un mandato contenido en la Constitución este será de aplicación a todas las relaciones laborales reguladas dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico, pues finalmente las normas se rigen bajo los preceptos constitucionales los cuales contienen la base de todo ordenamiento jurídico por lo que cabe resaltar que toda vínculo laboral estará siempre protegido por lo establecido en la Constitución, ya sea de ámbito público o ámbito privado.

Para concluir el desarrollo de lo que comprende una adecuada protección el Tribunal establece que dentro del despido arbitrario se comprenden tres casos: El despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento¹⁵⁶, este último ha sido desarrollado por el Tribunal por primera vez el cual establece como aquel en el cual se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.

Extendiendo un análisis a lo establecido en la normativa internacional, de lo que desarrolla en esta Sentencia el Tribunal en referencia a que como un aspecto procesal se puede considerar la reposición en el despido arbitrario, es necesario mencionar inicialmente que el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, que hace referencia a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, establece en su apartado d. que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular en relación al derecho al trabajo, lo siguiente:

- d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cuales quiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

¹⁵⁶ Apartado c) Despido Fraudulento del fundamento 15 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

En principio, lo reconoce este organismo internacional es que el término de una relación laboral siempre se realizará por un causa justa, lo que a la par a desarrollado nuestro Tribunal en las dos sentencias anteriormente analizadas, planteando asimismo, una situación abierta que al momento del despido se pueda indemnizar o reponer en el trabajo, conforme el desarrollo de cada legislación, en cada caso, lo establezca. Lo cual hasta estas últimas dos sentencias, ha hecho el Tribunal, establecer en que supuestos si corresponde la indemnización o reposición conforme lo solicite el trabajador.

Consecuentemente, para establecer que en los casos de despidos arbitrarios cabría, asimismo, la reposición a pesar de que una norma establezca solo una indemnización, la interpretación al artículo 27 y la posterior aceptación de reposición, estas decisiones se ven amparadas y correctamente alineadas con lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que precisa:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por lo tanto los recursos o procedimientos judiciales deben ser efectivos¹⁵⁷ a fin de que puedan ser utilizados ante la violación de un derecho fundamental, de este modo, si los procedimientos no son capaces de generar el resultado restitutorio para el que fueron

¹⁵⁷Cfr. Caso Bámaca Velásquez, Serie C No.70, supra nota 4, párr. 191; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125; Caso Paniagua y otros, supra nota 50, párr. 164; Caso Suárez Rosero, supra nota 53, párr. 63; Caso Godínez Cruz, supra nota 53, párr. 66, 71 y 88; y Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 53, párr. 63, 68 y 81

concebidos, como es el caso de un proceso de amparo, se estaría incumpliendo con el derecho a la protección judicial estipulada en el artículo 25 de la Convención Americana.

1.3. Precedente Vinculante Expediente N.º 0206-2005-PA/TC -César Antonio Baylón Flores

Mediante esta sentencia del Tribunal Constitucional y en relación de la materia de investigación se establece principalmente ámbitos de carácter procesal en relación a los lineamientos establecidos por el Tribunal sobre despido arbitrario en las dos sentencias anteriormente desarrolladas.

César Antonio Baylón Flores interpone demanda de amparo en contra de E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos por los cuales la empresa concluyó el vínculo laboral, y se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Además solicita el pago de una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles.

El Tribunal inicia precisando que a modo de complementar la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, los cuales constituirán precedente vinculante¹⁵⁸.

Se busca precisar la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en relación al despido arbitrario, partiendo que si bien es cierto:

“En su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no

¹⁵⁸ Fundamento 2 del precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC.

es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario". (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).¹⁵⁹

Por lo que conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. En atención a que en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios, tal como lo establece el artículo 138 de la Constitución en relación a que los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución¹⁶⁰.

Lo que genera un cambio sustancial en relación a la competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Cabe precisar que indica:

Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.¹⁶¹

Por lo que se entiende que la jurisprudencia solo se ajusta a establecer que procedimientos deben ser tratados por la vía judicial y qué otros por el proceso de amparo. Lo cual no cambia el criterio del Tribunal en cuanto a los lineamientos del derecho al trabajo y

¹⁵⁹ Fundamento 4 del precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC.

¹⁶⁰ Fundamento 5 del precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC.

¹⁶¹ Fundamento 7 del precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC.

cuando este se ve vulnerado cuando no se aplica la protección adecuada contra el despido arbitrario.

De este modo para el Tribunal Constitucional lo previsto en la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636 en su artículo 4 sobre la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo y lo establecido por el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos; y de igual manera lo establecido en el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sobre los a que se consideran actos de hostilidad. Los amparos que sean en relación a estas materias son competencia de los jueces de trabajo y serán declaradas improcedentes en la vía del amparo¹⁶². Ya que en mucho casos los hechos controvertidos, o cuando, existe duda sobre tales hechos, es necesaria la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.¹⁶³

Teniendo en cuenta que para los casos que serán improcedentes en vía del proceso de amparo si existe la posibilidad de una reparación económica o la reposición en el puesto de trabajo.

2. Principios laborales

Para Manuel Alonso García los principios laborales “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”¹⁶⁴. Asimismo, Américo Plá Rodríguez desarrolla y le permite definir los principios generales del Derecho del Trabajo como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”¹⁶⁵.

¹⁶² Fundamentos 17 y 18 del precedente vinculante recaído en el Expediente Nª 0206-2005-PA/TC.

¹⁶³ Fundamentos 19 del precedente vinculante recaído en el Expediente Nª 0206-2005-PA/TC.

¹⁶⁴ GARCÍA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, Tomo I, p. 247.

¹⁶⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Ediciones De palma, 1978, p. 9.

En ese sentido el TC indica que los principios constitucionales laborales son aquellos parámetros que inspiran la elaboración, interpretación y aplicación de las normas de índole laboral. “(...) reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”¹⁶⁶

2.1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad es ampliamente desarrollado por las normas internacionales, las cuales principalmente están dirigidas al ámbito laboral, pues de todos los derechos la relación laboral es aquella que encuentra mayores desigualdades en su ejercicio. Debemos partir pues que un primer aspecto de este principio es el de buscar la igualdad en aquella relación laboral, que por su naturaleza empleador-trabajador, genera desigualdad, en la mayoría de casos en la parte conformada por el trabajador. Así lo señala el TC precisando que “La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”.¹⁶⁷”

Al hablar de igualdad y no discriminación se debe indicar que no son lo mismo. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad¹⁶⁸. “La igualdad es el género y la no discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad. Se trata de una prohibición (no discriminar) en el marco del objetivo de la igualdad. Para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar. La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad.”¹⁶⁹

¹⁶⁶ Fundamento 20 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. 0008-2005-AI/TC.

¹⁶⁷ *Ibid.*, fundamento 20 segundo párrafo.

¹⁶⁸ ALVES LIMA, Firmino. *Mecanismos antidiscriminatorios nas relacoes de trabalho*, Sao Paulo, 2006, p. 78. y NEVES MUJICA, Javier. *La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado*, cir. Por GOLDSTEIN, Eduardo. *La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*, Montevideo 2009, p. 83. Tomado de:

http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_23/doc_boletin_23_01.pdf

¹⁶⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación, tomado de:

http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_23/doc_boletin_23_01.pdf

De ese modo el TC establece que la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). Precisa:

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103° de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.¹⁷⁰

Este derecho se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, según el cual: “Toda persona tiene derecho a: (...) 2. La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Asimismo el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica, señalando que la igualdad: “detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes”.¹⁷¹

¹⁷⁰ Fundamento 23 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. 0008-2005-AI/TC.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 00045-2004-AI/TC, fundamento 20.

Continúa el TC señalando que:

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López [*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.). (...)

En ese contexto, se proscriben la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basados en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.¹⁷²

Es importante señalar respecto de lo que refiere el TC sobre la discriminación es que no obstante, es posible hacer distinciones cuando estamos frente a hechos no equiparables o justificaciones objetivas, siempre que no se asuman actitudes arbitrarias. En estas situaciones pueden establecerse diferencias pero basadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, no atentan contra el principio de igualdad las diferencias establecidas en mérito a las calificaciones profesionales, naturaleza de la labor desempeñada, rendimiento, capacidad, etc.¹⁷³

El TC ha emitido pronunciamiento de las distintas de discriminación que pueden darse dentro de la relación laboral:

- ✓ Discriminación por edad (EXP. 01875-2006-AA/TC, Fund. 25, EXP. 01875-2006-PA/TC)
- ✓ Discriminación por afiliación sindical (EXP. 1124-2001-AA/TC, Fund. 11)
- ✓ Discriminación por embarazo (EXP. 0666-2004-AA/TC)
- ✓ Discriminación por discapacidad (EXP. 0217-2004-AA/TC)
- ✓ Discriminación por razones religiosas (EXP. 0895-2001-AA/TC, Fund. 8, EXP. 0895-2001-AA/TC)

Finalmente respecto del principio de igualdad y no discriminación queda decir, que éste busca fundamentalmente el cumplimiento de las condiciones en la que se desarrolla una

¹⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 23

¹⁷³ MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. *Los derechos laborales de rango constitucional*, Tesis de Maestría en Derecho Constitucional PUCP, 2009, p.42.

relación laboral con igualdad, desde el inicio de la relación laboral, a través de la igualdad de condiciones de acceso al empleo, en el desarrollo de la misma, igualdad de condiciones entre trabajadores, y al finalizar la relación la finalización del contrato de trabajo así como el despido se deben dar con aplicación de los preceptos constitucionales en igualdad para todos los trabajadores.

2.2. Principio de razonabilidad y proporcionalidad

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado social y democrático de derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200° en el que precisa “cuando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantía] en relación con derechos restringidos o suspendidos [en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.”¹⁷⁴

A través de la doctrina y los distintos pronunciamientos del TC se ha logrado percibir que muchas veces existen distinciones y a su vez similitudes entre estos principios. Siendo que una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.¹⁷⁵

Respecto de este punto, debemos tener en cuenta que cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad se habla fundamentalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere a su actuación respecto de los derechos constitucionales o fundamentales¹⁷⁶

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, EXP. N.º 0760-2004-AA/TC, Lima: Palestra editores, 2006, p.323.

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, Revista Peruana de Derecho Público, N° 6 (11), 2005, p. 10.

Ahora bien estos principios se desarrollan en dos áreas en cuanto a materia laboral se refiere. Una de ellas es que el principio de razonabilidad y proporcionalidad han sido desarrollados por el TC a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado¹⁷⁷, eso en lo que respecta al principio de igualdad. De otro lado estos principios servirán a fin de determinar cuando la intervención del Estado respecto de la limitación o restricción de un derecho con fines de legislar o proteger otro derecho cumplen razonablemente los criterios de proporcionalidad.

Al respecto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en lo que se refiera al respeto del principio de igualdad y no discriminación el TC señala que:

“Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando, *ab initio*, su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; por ende, luego de haber satisfecho dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. “[...] la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:

- a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;
- b) La acreditación de una finalidad específica;
- c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;**
- d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad, y**
- e) La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue”.¹⁷⁸

Asimismo el TC indica que:

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 045-2004-PI/TC

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. N.° 1875-2004-AA/TC

La igualdad ante la ley es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales. En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no sólo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.¹⁷⁹

Ahora bien, sobre la intervención del Estado en referencia de la afectación y/o restricción de derechos, para el TC, “la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado”¹⁸⁰. Complementariamente tiene manifestado el TC que “por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”¹⁸¹. Sobre esto podemos indicar primeramente que en el principio de razonabilidad debe darse una relación entre la existencia un hecho, un objetivo o finalidad y el medio que se emplea y que esta relación a su vez justifique que el hecho se realice con el fin de proteger un derecho fundamental.

De otro lado, el principio de proporcionalidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0649-2002-AA/TC

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, fojas 35.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, fojas 6.

con las normas constitucionales.¹⁸² Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.¹⁸³ Este concepto respecto de lo antes expuesto sobre razonabilidad, se definiría como aquel en cuya virtud se “exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”¹⁸⁴.

Es necesario desarrollar estos subcriterios del principio de proporcionalidad, para precisar si la acción del Estado se encuentra acorde a este principio debe pasar inicialmente el juicio de idoneidad, este hace referencia a este se requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin¹⁸⁵. En segunda instancia se deberá analizar el juicio de necesidad consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces.¹⁸⁶ Y finalmente cabe decir que si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional por lo que deberá en tercera instancia superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada¹⁸⁷. Este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad.¹⁸⁸ Respecto de este

¹⁸² SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*. En CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores). 2010: 218-256, Citado y tomado de:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

¹⁸³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. En CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores), 2010, 297-319. Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima: Grigley. , Citado y tomado de:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 2235–2004–AA/TC, fojas 6.

¹⁸⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, Op. Cit., 2005, p. 11.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p.12.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p.13.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p.14.

último juicio queda decir que el concepto de medida razonable significa que la limitación de un derecho generada por la protección de otro no perjudique el contenido esencial del primer derecho, es decir sin llegar a la desnaturalización del derecho restringido. Este último juicio indica que la acción del estado que es restrictiva pero a su vez justificada, deberá tomarse siempre y cuando esta respete los preceptos y lineamientos constitucionales de los cuales parten la protección de los derechos fundamentales.

Por lo tanto la razonabilidad se encontrará en un primer nivel de la acción del Estado mediante la cual se justifique su actuar en relación a los tres componentes antes mencionados, mientras que el principio de proporcionalidad se encuentra en un segundo nivel precisando que el fin de la medida que fuera justificada a través de principio de razonabilidad, deberá ser adecuada, necesaria (que la medida sea la menos restrictiva, dañina), y a su vez sea razonable, en orden del cumplimiento de los preceptos constitucionales.

2.3. Principio de continuidad

El principio de continuidad está referido inicialmente a la duración de la relación laboral, a través del cual bajo la existencia de un contrato de trabajo, dentro de estos contratos se establece la duración del mismo pero en otros casos el contrato no es específico en cuanto a su duración, el trabajador desarrolla las actividades para las que fue contratado, si al concluir el plazo que establece el contrato el trabajador sigue desarrollando sus actividades con normalidad, se presume por este principio, que la relación laboral continua y el vínculo laboral no se verá interrumpido. En el mismo sentido García Manrique señala que de la aplicación del principio de continuidad se entiende que el vínculo laboral de un trabajador no se ha interrumpido y persistirá en las mismas condiciones, o en todo caso en condiciones iguales pero nunca inferiores, a pesar de que existan hechos o eventos que inicialmente lleven a pensar lo contrario (v.gr. la extinción del contrato de trabajo).¹⁸⁹ Asimismo Alonso García manifiesta respecto del ámbito de aplicación del principio de continuidad, que pese a desaparecer el motivo que inicialmente diera lugar al nacimiento de la relación, determina que, de no existir

¹⁸⁹ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisdiccional*, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El Búho, Primera edición, 2010, p.199.

formulación expresa en contrario, tal relación (laboral) prolonga su vida indefinidamente.¹⁹⁰

También, la Corte Suprema de Justicia de la República en el considerando décimo de la Casación N° 991-2005 LA LIBERTAD, precisa que:

“(…) los efectos y alcances del Principio de Continuidad (…) en virtud al cual, el contrato de trabajo que es de tracto sucesivo, esto es, que perdura en el tiempo, se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso puedan alterar tal carácter, por lo cual, este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar de que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación. (...)”

De otro lado se puede indicar que el principio de continuidad se considera como la base de la estabilidad laboral, pero no debe confundirse el uno con el otro ya que el primero, está referido a la resistencia de la terminación de la relación laboral por la voluntad del empleador.¹⁹¹

El TC, respecto de este principio, establece que:

“Del artículo transcrito puede señalarse que en el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado. Por ello, este Tribunal, en la STC 1874-2002-AA/TC, precisó que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental. Y es que como resultado de ese carácter excepcional la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando, a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación laboral por tiempo indeterminado.”¹⁹²

¹⁹⁰ ALONSO GARCIA, Manuel, *Curso del derecho de trabajo*, Lima: Editorial abril, 7ma edición, 1981, p.258

¹⁹¹ CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro. Tesis sobre “Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional”, Escuela de Posgrado de la PUCP, 2014, p.14.

¹⁹² Fundamento 3.3.3. de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° EXP. N.° 00346-2013-PA/TC.

De este modo lo que señalábamos al inicio del desarrollo de este principio es respaldado por el TC puesto que el principio de continuidad no se desarrolla para los contratos de tiempo indeterminado, si también a los de tiempo determinado a fin de a pesar de que haya culminado dicho contrato el trabajador siga realizando sus actividades se computará este tiempo, fuera del contrato, continuo para efectos de acreditar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

En referencia esto, la Ley de Competitividad y Productividad Laboral¹⁹³ precisa en su artículo 4:

Artículo 4º.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

2.4. Principio protector

Este principio, que se encuentra precisado en los artículos 22 y 23 de la Constitución, anteriormente desarrollados, es el pilar del derecho al trabajo, porque a través de este se busca eliminar aquella desigualdad existente en la relación laboral por la misma subordinación del empleador sobre el trabajador, de igual manera indica García Manrique que “por causa del principio protector se busca, por lo menos, atenuar esas diferencias a favor del trabajador. A nuestro modo de ver, no es posible equiparar la situación de ambas partes pues ello sería -casi- como negar la esencia misma de la relación laboral basada en la subordinación”¹⁹⁴. De este modo la esencia el Derecho del Trabajo, “responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”¹⁹⁵. Américo Plá¹⁹⁶, indica que el contenido de este derecho se expresa a través de los principios *In dubio pro operario*, norma más favorable y la condición más beneficiosa.

¹⁹³ Texto Único Ordenado del D. LEG. Nº 728, Ley De Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) D.S. Nº 003-97-TR, Fecha de publicación: 27.03.97.

¹⁹⁴ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisprudencial*, Op. Cit., 2010, p.10.

¹⁹⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998, p. 61.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p.39.

2.4.1. In dubio pro operario

Este principio se encuentra precisado en el artículo 26 numeral 3 de la Constitución Política del Estado el cual señala:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...)

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

De esta forma, este principio lo que busca es que al estar ante el supuesto de una norma laboral la cual tiene distintas formas de interpretarse deberá preferirse aquella que beneficie al trabajador.

En principio no indica ser diferente a las formas de interpretación del Derecho general, pues ante una de estas interpretaciones no se puede absolver aquella duda sobre la razón de ser de una norma laboral, “en aplicación de este principio, se elegirá de todas esas conclusiones insatisfactorias, aunque todas lógicas y posibles, la que sea más favorable a los intereses del trabajador. Lo que hace es otorgar una solución cuando existan muchas interpretaciones posibles y coherentes a la mano. En otras palabras, del abanico de posibilidades con las que cuenta el operador jurídico este elegirá, por el solo hecho de ser tal, la interpretación que sea más favorable –o menos perjudicial– a la parte trabajadora.”¹⁹⁷

En este contexto se infiere que este principio contiene dos elementos¹⁹⁸:

- La existencia de una norma jurídica.
- La duda sobre el sentido de la norma es insalvable.

Respecto de la existencia de una norma jurídica, debemos entender que la aplicación de este principio se dará en aquellos casos en los que, a más de un modo de interpretación, la duda recaiga sobre una sola norma jurídica, no entre dos o más.

Sobre el segundo elemento, se considerará duda insalvable aquella que persista de manera obstinada a pesar de haberse agotado previamente todos los mecanismos de interpretación normativa admitidos por el Derecho o la hermenéutica. Es decir, cuando el operador

¹⁹⁷ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisprudencial*, Op. Cit., 2010, p.63.

¹⁹⁸ Ídem.

jurídico ha echado mano de todos los mecanismos interpretativos y todavía existe alguna duda sobre el sentido de la norma que impide emitir o arribar a una conclusión tajante o categórica, recién será de aplicación el principio in dubio pro operario. Entonces, no se trata de un principio que se aplica desde que se presenta la duda interpretativa en la norma jurídica pues si esta puede ser resuelta por otro mecanismo de interpretación, ya no será necesario acudir al in dubio pro operario. La duda quedará eliminada con el(los) mecanismo(s) interpretativo(s) previamente consultado(s).¹⁹⁹

2.4.2. Aplicación de la norma más favorable

En esta regla nos encontramos frente a la existencia de dos o más normas que resultarán aplicable en un determinado caso pero que a su vez estas normas regulan esta situación de manera contraria entre sí. Debemos tener en cuenta la diferencia que existe en cuanto al in dubio pro operario, pues en esta regla hablamos de dos o más normas para un mismo caso, contrario al primero que el problema se origina ante la interpretación de una sola norma.

En principio, esta regla puede desarrollarse en diferentes casos, para lo cual cada uno de ellos se resolverá con referencia a la jerarquía de las normas, la especialidad de la norma y la temporalidad de la misma.²⁰⁰ Seguidamente, y como indica Neves Mujica, “en el Derecho del Trabajo, a su vez, se ha formulado un principio específico para la hipótesis del conflicto: la norma más favorable. Así, cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador”²⁰¹.

Ahora bien, la pluralidad de normas jurídicas aplicables a un mismo hecho, se puede dar entre: i) normas de rango y ámbito distinto, ii) normas de igual rango pero distinto ámbito, iii) normas de distinto rango y un mismo ámbito.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 64

²⁰⁰ ROMERO MONTES, Francisco Javier, *La crisis de los principios del derecho del trabajo*, Tomado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/La_crisis_de_los_principios_del_derecho_del_trabajo.pdf

²⁰¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral. Op. Cit.*, 2007, p. 127.

García Manrique, hace una reseña de los principales supuestos posibles indicando cuando procede la aplicación del principio de la norma más favorable²⁰²:

a) Si las dos normas en conflicto son de distinto rango (ley y reglamento), no se aplica el principio de norma más favorable ya que el reglamento es inválido al contradecir a la norma superior, aun cuando el reglamento sea más favorable.

b) Si se trata de dos normas del mismo rango, se aplicarán las reglas de especialidad y temporalidad, por lo que no cabría la aplicación del principio de la norma más favorable.

c) Si el conflicto se da entre una ley y un convenio colectivo, en la medida que este último mejore los beneficios que la ley concede al trabajador se le preferirá por ser más favorable y se aplica la regla. Claro está, si los disminuye, el convenio es inválido y se prefiere la ley, pero no por razón de ser más favorable.

Si la ley posterior reduce un beneficio que el convenio anterior otorgaba, solamente si se trata de un máximo de derecho necesario (derecho necesario absoluto) se debe aplicar la ley, aunque el convenio sea más favorable. Tampoco se aplica la regla.

Y, si la ley posterior mejora un derecho que el convenio anterior otorgó, se aplica la regla y se prefiere la ley por ser más favorable. El convenio recobra su vigencia si la ley es derogada o modificada por una nueva regulación inferior.

d) Si el conflicto se produce entre dos convenios colectivos, por ejemplo de dos niveles de negociación distintos, se aplica la regla y se otorga el más favorable.

Las precisiones antes desarrolladas hacen notar que esta regla no es absoluta en cada caso debe primero la jerarquía de las normas que se contrapongan, posteriormente si tuvieran el mismo rango se aplicaran los criterios de especialidad y temporalidad, desarrollados estos tres criterios podrá darse el criterio en el cual se aplique la norma más favorable a trabajador.

²⁰² GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisprudencial*, Op. Cit., 2010, p.11-13.

2.4.3. La condición más beneficiosa

Respecto de este punto, Américo Plá destaca que “la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”²⁰³. Esta condición a la que se hace referencia generalmente se encuentra prevista en el contrato de trabajo, en el cual las partes acuerdan condiciones favorables al trabajador las cuales posteriormente se ven afectadas por una norma, un convenio colectivo entre otros. Así también lo señala García Manrique, precisando que “La premisa de esta regla es lo que se conoce en doctrina como sucesión peyorativa, o regulación en peor, respecto de uno o más derechos. Una norma viene a establecer una regulación menos beneficiosa que la situación actual del trabajador, en cuyo caso se estará justamente a aquella regulación primigenia por ser más beneficiosa para el servidor.”

Los principales supuestos de aplicación de la regla de la condición más beneficiosa²⁰⁴:

- a) Si un trabajador adquiere un derecho porque así fue pactado en el contrato de trabajo, o se lo concedió el empleador por acto unilateral o surgió de la costumbre, no podría el empleador mediante disposición unilateral reducir o eliminar ese derecho justamente por aplicación a favor del trabajador de la regla de la condición más beneficiosa. Claro está, a menos que el trabajador voluntariamente lo acepte.
- b) Si el contrato de trabajo entra en conflicto con un convenio colectivo y siempre que aquel reconozca un mejor tratamiento a un derecho, podría el trabajador invocar la regla de condición más beneficiosa y que se imponga el contrato. No obstante ello, los opositores a esta tesis podrían alegar que el contrato de trabajo debe adaptarse al convenio colectivo y este debe primar, aunque nos inclinamos por la primera tesis.
- c) Si la sucesión peyorativa se da entre dos fuentes del mismo rango (ley y ley; convenio colectivo y otro convenio colectivo; etc.), Neves aclara que la doctrina no se ha puesto de acuerdo con que si debe o no aplicarse la regla de la condición más beneficiosa

²⁰³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Op. Cit., 1998, p. 108.

²⁰⁴ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisprudencial*, Op. Cit., 2010, p.14.

En los casos expuestos deberá evaluarse desde cuándo adquirió el derecho el trabajador: al tiempo de inicio de la relación laboral cuando estaba vigente la norma; cuando el trabajador se situó en el supuesto de hecho de la norma; o si ya comenzó a percibir el derecho²⁰⁵.

2.5. El principio de la primacía de la realidad

Este principio es considerado el principio fundamental del Derecho del trabajo, precisa que en caso de existir discrepancia o divergencia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades, se preferirá siempre lo que ocurra en la realidad²⁰⁶. Así también indica Silva “que es el principio por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con éste principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal”²⁰⁷. Este principio si bien no ha tenido un desarrollo normativo, la diversa jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional ha dotado de un carácter tuitivo a este principio. Tal es así que el Tribunal ha precisado que:

“en virtud del principio de la primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.”²⁰⁸

²⁰⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio José. “El principio de condición más beneficiosa”. En: Revista de Política Social., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, N° 134, 1982.

²⁰⁶ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú?*, Op. Cit., 2010, p.17.

²⁰⁷ SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel *El principio de la primacía de la realidad*, Tomado de: <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>

²⁰⁸ Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 991-2000-AA/TC

A través de este fundamento el TC, busca dar a entender que mediante este principio se cumplen los preceptos constitucionales del Derecho al Trabajo.

Este principio es generalmente invocado en aquellas relaciones laborales que son simuladas a través de contratos civiles, con el fin de evadir el pago de beneficios sociales que obliga toda relación laboral. Pero puede ser también aplicado en distintos casos como refiere Neves Mujica el principio de primacía de la realidad operaría en situaciones como las siguientes: “si las partes fingen la celebración de un contrato de trabajo y la constitución de una relación laboral, para engañar a un tercero, como las entidades aseguradoras, y obtener de ellos ventajas indebidas en materia de seguridad social. Asimismo, cuando los sujetos llaman a su contrato como de locación de servicios, pese a que en la relación subsiguiente el supuesto comitente ejerce un poder de dirección sobre el aparente locador. También si se celebra un contrato de trabajo de duración determinada, que esconde una prestación de servicios por tiempo indefinido. Igual ocurre cuando el empleador cuando califica a un trabajador como de confianza, pese a que su labor no encuadra en las características propias de dicho cargo.”²⁰⁹

Al respecto, en aquellas relaciones laborales en las que se haya tratado de ocultar una relación a plazo indeterminado con algún tipo de contrato sujeto a modalidad, el TC señala:

“(…) que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.”²¹⁰

Cabe indicar que el artículo 4 de la LPCL, al establecer que toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo

²⁰⁹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Op. Cit., p. 36.

²¹⁰ Fundamento 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N°1944-2002-AA/TC

a plazo indeterminado, lleva implícitamente el contenido de este principio, al referirse, esencialmente, a una presunción de un contrato por tiempo indeterminado de comprobarse la existencia de un contrato de trabajo.²¹¹ Asimismo el Reglamento de la Ley de Inspecciones (aprobado por Decreto Supremo No. 020-2001 .TR) desarrolla este principio, señalando que "en aplicación del principio de primacía de la realidad se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo de naturaleza laboral"(artículo 9.1), entre otros precisa, "se comprueba las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el casos específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras",

De esa manera, la existencia del principio de primacía de la realidad en el sistema jurídico laboral se funda en la necesidad de que las autoridades cuenten con un mecanismo para determinar causales de laboralidad y la verdadera naturaleza de los beneficios y/o condiciones otorgadas al trabajador, independientemente de que se encuentren encubiertas por el empleador bajo formalidades fraudulentas y/o simuladas con la finalidad de reducir sus costos laborales.²¹²

²¹¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional*, p. 42. Tomado de:

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/33-56.pdf

²¹² GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. *El principio de primacía de la realidad y medios probatorios*, Soluciones Laborales Gaceta Jurídica, Lima: Editorial el Búho, 2013, p.12.

3. CAPÍTULO III

“Precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC”

1. La seguridad jurídica y la predictibilidad en las decisiones judiciales

Nuestro Estado es esencialmente un Estado Constitucional de derecho, el cual se desarrolla a través de un ordenamiento jurídico que tiene como base el cumplimiento de los mandatos constitucionales y la plena vigencia de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política, la misma que precisa el cumplimiento, a su vez, de los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Tal es así que, a través de este ordenamiento es que se rigen las relaciones sociales de nuestro estado.

Ahora bien, para lograr un pleno desarrollo de las relaciones sociales en base al cumplimiento de lo establecido en la Constitución, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico brinde la seguridad jurídica necesaria a fin de lograr la plena convivencia.

En un aspecto social, la seguridad jurídica es entendida como un estado psíquico en el que los seres humanos perciben satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y, a su vez, como se materializa el catálogo de valores que posee el ordenamiento jurídico.²¹³

La seguridad jurídica se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones. Mas, su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. Esta premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetiva.²¹⁴ Dicho lo anterior la seguridad jurídica comprenderá en principio la certeza o el

²¹³ GALLEGO MARÍN, Carlos Arturo. *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*, Universidad de Caldas, Colombia, [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)

²¹⁴ ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la seguridad jurídica En: “Iuris Dictio” revista del Colegio de Jurisprudencia Universidad san Francisco de Quito, N° 8, Año IV, Quito, 2004, p. 14.*

conocimiento de las normas, y de ese modo la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que derivan de una determinada acción de los actores del derecho.

Entonces, la seguridad jurídica se determina como la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las normas jurídicas que rigen sus conductas, y cuáles serán las que se apliquen cada una de las mismas.²¹⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, no existe una norma expresa en la que se considere la seguridad jurídica como un principio constitucional, pero el Tribunal Constitucional ha determinado que este principio se encuentra implícito en varios mandatos constitucionales, por lo que tiene rango constitucional:

En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional,(...).

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

²¹⁵ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Positivismo y moral interna del derecho*. Eiuxditorial Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 502

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

De lo que podemos deducir que a través de la seguridad jurídica se busca garantizar la eficacia y el pleno goce de los derechos fundamentales y de la dignidad del hombre ante los menoscabos que puedan surgir. La seguridad jurídica, en este contexto, se da "cuando el Derecho protege en forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna"²¹⁶. En consecuencia, un sistema jurídico en el que se garantice y proteja los derechos fundamentales y la dignidad de la persona puede decirse que produce seguridad jurídica.

Así mismo esta seguridad jurídica no solo se ve plasmada en relación a una situación diaria en el cumplimiento de deberes o goce de nuestros derechos en los que se vea aplicados de manera previsible las normas que determinada situación así lo requiera. Sino que la seguridad jurídica se desarrolla también en las decisiones judiciales y la interpretación que realizan los jueces a fin de llegar a estas.

Precisa Gallego Marín, que en el Estado constitucional es indispensable determinar los criterios y las reglas a las cuales están sometidos no solo los asociados, sino el juez, quien cumple un papel de primer orden, en quien no solamente estará la responsabilidad de

²¹⁶ LATORRE, Ángel. *Introducción al derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1976, p.48

impartir justicia sino además de adecuar los criterios para la interpretación de las normas, disímiles de acuerdo a quien asuma el proceso.²¹⁷

De este modo, entendemos que la seguridad jurídica aplicado a las decisiones judiciales contiene en principio, el aspecto objetivo el cual se determina a través del conocimiento de las normas y leyes a aplicarse en los casos en concreto, pero esta no es suficiente para para la previsibilidad y para la tutela de la seguridad. El juez debe desarrollar una interpretación y aplicación del derecho en cada caso en específico.

El Tribunal Constitucional tiene la obligación -según el caso- de que sus sentencias comporten declaraciones de verdaderos principios jurídicos cuando existan fórmulas vagas y ambiguas o hasta contradictorias que tiendan a la desprotección de los derechos fundamentales, debiendo brindar al ordenamiento jurídico la interpretación más acorde con la verdad constitucional, debiendo así constituirse en el soporte de un nuevo orden constitucional.²¹⁸ Y de este modo garantizar la seguridad jurídica en las decisiones judiciales. Por lo tanto aquella interpretación necesaria se define como la jurisprudencia constitucional, el cual se puede definir como el conjunto de criterios que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y atribuciones.²¹⁹

Una de las principales causas de la pérdida de legitimidad de los tribunales de justicia radica en la falta de seguridad jurídica que se irradia a los ciudadanos como consecuencia, en la mayoría de las veces, de la falta de unidad y predictibilidad en la aplicación del derecho. En ese sentido, son dos los principios que tienen por finalidad ofrecer alternativas de solución a este problema: el principio *stare decisis* y el principio de la fuerza vinculante de la jurisprudencia.²²⁰ En esencia el principio *stare decisis*, es “aquel

²¹⁷ GALLEGO MARÍN, Carlos Arturo. *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*, Universidad de Caldas, p. 85 [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)

²¹⁸ CORIPUNA, Javier Adrián. *Sobre la interpretación constitucional vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial En: Revista Pensamiento Constitucional*, Año VIII N^o 8, p.505.

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 502.

²²⁰ CORIPUNA, Javier Adrián. *Sobre la interpretación constitucional vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial En: Revista Pensamiento Constitucional*, Op. Cit., 499.

principio que considera que los jueces se encuentran obligados a seguir los criterios contenidos en sus propias decisiones en casos anteriores.²²¹ Implica que en cada una de sus instancias, se deberá respetar los principios contenidos en decisiones anteriores, frente a supuestos de hecho similares, pudiendo apartarse de su propio precedente con una fundamentación objetiva, racional y proporcional de la nueva decisión, tal como se desprende del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De otro lado el principio de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, como bien se conoce, se entiende como el principio por el cual las decisiones de los órganos superiores deben ser cumplidas y vinculantes a los casos similares que resuelvan jueces de los tribunales inferiores.

En relación al contenido de la seguridad jurídica, Urviola Hani y Calle Haven, han manifestado que:

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales. Si bien el principio constitucional de seguridad jurídica no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, ello no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva del Estado constitucional de derecho.²²²

También, la seguridad jurídica puede ser vista desde otra perspectiva, desde el ámbito de la estabilidad. Sabemos que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico y las decisiones judiciales, deban tener estabilidad. Ella debe tener un mínimo de continuidad incluso para que no se considere un estado provisorio, incapaz de imponerse en tanto orden jurídico dotado de eficacia y potencialidad delante de los ciudadanos. Pero lo que importa, en el presente contexto, es demostrar que la estabilidad no se traduce apenas en la continuidad del derecho legislado, exigiendo, también, continuidad y respeto a las

²²¹ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.165.

²²² Fundamento 7 del voto de los magistrados Urviola Hani y Calle Haven, en la sentencia del Tribunal constitucional emitida en el Expediente N ° 03950 2012-PA/TC

decisiones judiciales, esto es, a los precedentes. Poco ayudaría tener una legislación estable, al mismo tiempo, frenética alternancia de decisiones judiciales. Para decir lo mínimo, las decisiones judiciales deben tener estabilidad porque constituyen actos de poder.²²³

Por otra parte, el precedente vinculante permite al jurisdicionado prever las consecuencias jurídicas de sus actos y conductas, teniendo el efecto de permitir la confianza en las decisiones ya tomadas –entonces vistas como criterios para definir su comportamiento– y en las decisiones que pueden venir a ser emanadas– comprendidas como decisiones que pueden alcanzar sus esferas jurídicas. El respeto a los precedentes garantiza la previsibilidad en relación a las decisiones judiciales, así como la continuidad de la afirmación del orden jurídico.²²⁴

2. El precedente constitucional vinculante

En relación a su origen es necesario referirnos, brevemente, a dos sistemas jurídicos²²⁵, *common law* y *civil law*. Cuando nos referimos al *common law* nos podemos ceñir, en primer lugar, al Derecho Angloamericano, como es el caso de Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia, La India, entre otros; que engloba principios, procedimientos, prácticas y valores jurisprudenciales entendiéndose, así también, como el elemento casuístico del Derecho Angloamericano, *case law*, constituidos por los precedentes judiciales de sus tribunales.²²⁶ Mientras que en líneas generales podemos indicar que el *civil law*, desarrolla su actuación jurídica a través únicamente de lo que establece la

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme *El Precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica*, En: *Revista Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 1, Chile, 2012, p. 256.

²²⁴ *Ibid.*, p.263, 264.

²²⁵ ITURRALDE SESMA, Victoria, “El Precedente en el Common Law”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995. Pág. 16. La autora considera conveniente sugerir el empleo de las expresiones citadas y no la de “Sistemas Jurídicos”; ya que esta expresión indica la idea de un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos, normas jurídicas, etc., mientras que la expresión “Tradición Jurídica” indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura, de la cual es una expresión parcial. Pone el sistema jurídico en la perspectiva cultural.

²²⁶ CAMPOS ASPAJO, Liliana. *El Precedente Vinculante en el Derecho Constitucional “Una visión sistemática”*, Texto virtual obtenido de: <http://www.camposaspajo.com/pb/el-precedente-vinculante-en-el-derecho-constitucional-una-vision-sistemica.pdf>, p. 3.

legislación de cada Estado. De este modo podríamos precisar que el *common law* se adhiere a los precedentes mientras que el *civil law* a las leyes.

El precedente, como parte del *common law* donde el protagonismo lo tiene la jurisprudencia ha sido adaptado a nuestro modelo jurídico, ya que el Perú, a pesar de pertenecer a un sistema jurídico distinto como lo es el *civil law*, hemos optado por incluirlo con propósitos de carácter constitucional.

En términos generales podríamos definir al precedente como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante), sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades, sino y, por sobre todo, en atención a su trascendencia.²²⁷ Del mismo modo Campos Aspajo precisa que el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.²²⁸ Una característica esencial del precedente viene a ser la obligatoriedad del mismo pues el Tribunal Constitucional máximo intérprete de la Constitución, las interpretaciones que realice de la disposiciones constitucionales deben prevalecer sobre cualquier otra interpretación que pueda ser realizada por otro órgano, consecuentemente, dichas interpretaciones serán aplicadas por los demás órganos y poderes del Estado por pasar a formar parte de la norma constitucional.

Resulta necesario entender que no es la mera aplicación de la Constitución, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica las que permiten integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de cumplir con los fines de impartir justicia constitucional en el Estado Constitucional. De ahí que el Tribunal Constitucional no sólo deba contar con todas las prerrogativas necesarias para cumplir adecuadamente su función, sino también garantizar su imparcialidad frente a los poderes

²²⁷ SÁENZ DÁVALOS, Luis R., *El camino del precedente constitucional vinculante (Reflexiones a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)* En: *Ponencias del V Congreso Nacional De Derecho Procesal Constitucional Arequipa – 2014*, Primera edición, Arequipa: Adrus D&L Editores S.A.C, 2014, p. 319

²²⁸ CAMPOS ASPAJO, Liliana. *El Precedente Vinculante en el Derecho Constitucional “Una visión sistemática”*, p. 17.

públicos y privados, haciendo un uso adecuado de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional; por cuanto, no son sino técnicas que coadyuvan a la realización de sus fines constitucionales y democráticos.²²⁹

Recordemos inicialmente que, los procesos constitucionales se encontraban regulados a través de la Ley N°. 23506 - Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la cual no regulaba la decisión del Tribunal como precedente vinculante. A la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, se introduce el concepto de precedente constitucional vinculante²³⁰. Por lo que podríamos determinar que las funciones del Tribunal básicamente serían: resolver conflictos de casos concretos, en los que se alega la vulneración de los derechos fundamentales y/o mandatos contenidos en la constitución a través de los procesos constitucionales instituidos; y establece, a través de sus pronunciamientos, la adecuada aplicación e interpretación del contenido de la Constitución, generando en algunos casos precedentes vinculante que serán de estricto cumplimiento por lo demás órganos de la administración de justicia.

2.1. Contenido esencial del precedente vinculante en el Perú

Cuando nos referimos al precedente vinculante, en líneas generales nos referimos a aquellas decisiones emitidas por nuestro Tribunal Constitucional, que buscan lograr un concepto de uniformidad. Pero es necesario indicar que el precedente vinculante no es únicamente un fallo o una decisión de aplicación obligatoria para los órganos inferiores que administran justicia, pues más allá de una decisión es necesario, establecer que la importancia de los precedentes vinculantes se da por su contenido mismo, el criterio jurídico que desarrolla el Tribunal, las reglas y los criterios normativos²³¹ que se toman

²²⁹ LANDA, César. *Los Precedentes Constitucionales: El caso del Perú*, En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, núm. 14, Madrid, 2010, p. 232, 233.

²³⁰ Artículo VII.- Precedente 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”

²³¹ GASCON ABELLAN Marina. *“La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional.”* Editorial Tecnos, Madrid, 1993. Pág.30. Para la autora, por Precedente se entiende no sólo la existencia de un caso judicial previo al caso que se tiene que resolver ahora, es decir, se habla de referencia y normalmente se piensa en casos similares, similitud de cuestiones fácticas y jurídicas; sin embargo, la vinculación al precedente, que es la acepción que interesa, no debe hablar al caso en sí mismo, pues lo más resaltante sobre esto,

en cuenta a fin de determinar una decisión vinculante la misma que siempre se realizará respetando el contenido esencial de los derechos fundamental así como los mandatos constitucionales. Esta decisión vinculante, debe basarse, como lo indica Néstor Sagües²³² en “igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática.”

Si bien es cierto no existe una norma expresa en la Constitución que confiera la emisión de precedentes constitucionales vinculantes por parte del Tribunal Constitucional, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se establece como el mayor intérprete de la Constitución, lo que le confiere supremacía frente a todos los órganos de administración de justicia. En la sentencia emitida en el caso de la Municipalidad Distrital de Lurín²³³, el Tribunal empieza señalando el concepto de las sentencias constitucionales, sobre la cual se basa la estructura del precedente, indicando que en relación a las sentencias constitucionales:

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, **en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo**²³⁴; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos

no es el fallo, sino el criterio jurídico sobre el que se asienta la decisión, que tiene que ver con las reglas y los estándares normativos que se tomaron en cuenta para adoptar esa solución.

²³² SAGÜES, Néstor Pedro. *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*. Estudios Constitucionales, año/vol. 4, número 001., Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 19

²³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano emitida en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005.

²³⁴El sombreado se realiza con fines del presente trabajo de investigación.

competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Posteriormente el Tribunal Constitucional, estipula la estructura del precedente constitucional vinculante, precisando²³⁵:

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: (...)

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto supra.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado

²³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano emitida en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005.

establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. Ergo expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquiuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta dicta tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en

la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N° 0006-2003-AI/TC].

De este modo, el Tribunal precisa que la naturaleza del precedente tiene una connotación binaria, de un lado es una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia y de otro expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes²³⁶:

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano emitida en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

Continúa la sentencia estableciendo los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante, los cuales son:

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Finalmente podemos indicar que si bien como la precitada sentencia determina la estructura de los precedentes vinculantes precisando que estos sirven para proteger los derechos constitucionales, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, es decir, realizan una interpretación en algunos casos también sobre el cumplimiento o forma de aplicación de una determinada ley, pero este último entendamos que debe ser dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, reconocidos y desarrollados ampliamente por el Tribunal, pues a pesar de que suene repetitivo, el fin específico de este Tribunal es garantizar la supremacía de los derechos fundamentales así como también todos aquellos mandatos contenidos en la constitución, incluso por sobre cualquier norma de rango inferior a ésta. Apartados de cualquier aspecto político a social que represente cada caso al ser resuelto. Esto quiere decir que, el precedente constitucional vinculante debe referirse a la interpretación de una disposición constitucional o de una norma legal interpretada conforme a la Constitución.

3. Análisis del Precedente Constitucional recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC

Ahora bien, precisando que el presente trabajo de investigación tiene como fin establecer los alcances del principio de progresividad y no regresividad, precisar el grado de progresividad en la normatividad laboral peruana del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado para finalmente establecer si el precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC ha generado la regresividad en la progresividad de la normatividad laboral peruana del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido

arbitrario. Toca en este punto desarrollar el análisis del precedente citado a fin de analizar la existencia de regresividad en los fundamentos de la sentencia.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2015, por el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, emiten sentencia en razón a la demanda de amparo que es interpuesta por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, quien precisa en la misma:

Con fecha 6 de diciembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin de que se deje sin efecto su despido incausado; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial, más el pago de los costos del proceso. Manifiesta que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; que, sin embargo, al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se han desnaturalizado y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.²³⁷

Es necesario precisar entonces, que en el presente caso se alega la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, indicando que la desnaturalización se produjo pues la demandante había sido contratada bajo un contrato sujeto a modalidad cuando en realidad realizaba labores de naturaleza permanente, de este modo se entendería que su contrato se habría desnaturalizado y pasa a ser un contrato de naturaleza indeterminada. Por lo que, de reconocerse la desnaturalización, su despido solo puede ser a través de una causa justa, y al no realizarse de esa manera es que demanda la vulneración a su derecho al trabajo, a la protección

²³⁷ Primer párrafo de los antecedentes de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC de fecha 16 de abril de 2015.

adecuada contra el despido arbitrario. Por lo que, bajo tales supuestos es que se realiza el presente análisis.

Establecido el petitorio, la parte demanda, contesta la demanda indicando que:

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y argumenta que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. Agrega que, "la demandante pretende que se declare el derecho (...) esto es de ser trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo 728, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó indefectiblemente el día de la publicación de los resultados del proceso de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728". Asimismo, manifiesta que "de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el Sector Público en materia de contratación de personal, el ingreso de éste se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujetos a los documentos de gestión respectivos".²³⁸

Posterior a la etapa probatoria, y dentro de los antecedentes de la sentencia es necesario precisar, que:

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 28 de mayo de 2012, declaró infundada la excepción y, con fecha 14 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios adjuntados al proceso se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal.²³⁹

²³⁸ Segundo párrafo de los antecedentes de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

²³⁹ Cuarto párrafo de los antecedentes de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

Conforme a lo establecido en el artículo 77 y previo procedimiento establecido en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, se procede a determinar la desnaturalización del contrato y determinar que no procede un despido al no haber causa justa.

Habiendo establecido los antecedentes del caso y establecido sobre el contenido del petitorio, el Tribunal procede a establecer la justificación para el dictado de un precedente vinculante, indicando:

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

3. En el presente caso, más allá de los argumentos de defensa de los emplazados (quienes alegan que el ingreso a la Administración Pública exige necesariamente un concurso público), se aprecia que tanto en la comunidad jurídica como en órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso en el Tribunal Constitucional, existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 —cuyo ámbito de aplicación comprende a las empresas y trabajadores de la actividad privada— respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de "ingreso por concurso público"; o ii) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de "ingreso por concurso público", tal como lo prevé el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público.

4. **Teniendo en cuenta la relevancia de dicha interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la "carrera administrativa"** (expresión constitucional

general cuyo análisis en esta sentencia no se circunscribe al desarrollo legislativo del Decreto Legislativo N.º 276, de bases de la carrera administrativa, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado), **es necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones con la finalidad de fijar un precedente vinculante que resuelva las divergencias generadas**, dejándose constancia de que sobre este asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada —expedida en mayoría— que sigue el primero de los criterios mencionados en el parágrafo anterior.²⁴⁰²⁴¹

Entendemos entonces que para el Tribunal, el supuesto que determina la necesidad de establecer un precedente vinculante en este caso es el de la constatación de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. Precizando que es necesaria la interpretación de los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la “carrera administrativa”. Pues es evidente que en el caso en particular, existe una controversia respecto de si corresponde reconocer derechos laborales (ya reconocidos en anteriores sentencias constitucionales) o si por encima de reconocer estos derechos es necesaria lograr la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la carrera administrativa. Lo cual podría ser válidamente aceptado si es que antes el Tribunal toma en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.²⁴²

²⁴⁰ Sombreados con fines del análisis del presente caso, no es parte del texto.

²⁴¹ Fundamentos 3 y 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

²⁴² **Aplicación del test de proporcionalidad:** Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Desarrollado en la sentencias emitidas en el Expediente N° 579-2008-PA/TC del 05 de julio del 2008 y el Expediente N° 045-2004-PI/TC.

Habiendo establecido los dos extremos de esta sentencia, el Tribunal procede a desarrollar seguidamente las posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado, precisa que:

5. Analizando la jurisprudencia constitucional, se verifica que en casos de ex trabajadores con contratos temporales o civiles en entidades públicas que contratan personal bajo el régimen laboral privado, se han estimado las respectivas demandas de amparo y ordenado su reposición en dichas entidades como trabajadores a plazo indeterminado. Al adoptar dicha posición es evidente que se ha optado por una interpretación literal y aislada de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, a la que se ha llegado utilizando, en general, el siguiente razonamiento, a modo de ejemplo: i) premisa normativa: el aludido artículo 77.º establece que "los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (Decreto Legislativo N.º 728)", y el artículo 4.º prevé que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"; ii) premisa fáctica: en el caso concreto del ex trabajador X, se ha demostrado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicha ley o que por aplicación del principio de primacía de la realidad se haya desnaturalizado la contratación civil; y iii) en conclusión, corresponde reincorporar al trabajador X mediante un contrato de duración indeterminada.

6. Por otra parte, se han identificado otras posiciones en las que se consideraba que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida que el artículo 5º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.

7. De la revisión de tales posiciones, el Tribunal Constitucional estima que a efectos de fijar una posición interpretativa sobre el particular es indispensable analizar

previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.²⁴³

Cabe precisar que, en relación al punto 6. posteriormente el Tribunal emite auto de aclaración en el que precisa cuáles son esas otras posiciones que consideraban que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas, ninguna de ellas es emitida en última instancia por el Tribunal Constitucional.

El análisis del Tribunal de las disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública comienza estableciendo el concepto de función pública, posteriormente establece que la carrera es un bien jurídico constitucional, al precisar que:

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

c) Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa. El artículo 40º de la Constitución establece que "La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos". Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley. La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".²⁴⁴

²⁴³ Fundamentos 5,6 y 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

²⁴⁴ Apartado b y c del Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

La carrera administrativa como un bien jurídico constitucional que por ley regula su ingreso, está reconocido por la Constitución, es innegable tal afirmación, pues como parte del correcto funcionamiento de un estado es necesario que la Constitución lo establezca como un bien jurídico lo que garantiza la eficacia y eficiencia de los órganos públicos y el correcto accionar de los servidores públicos.

Posteriormente el Tribunal hace referencia a:

d) Prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos. De una interpretación literal del capítulo IV de la Constitución, sobre la "función pública", es evidente la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, estableciendo sus objetivos principales (que están al servicio de la Nación); que existe una carrera administrativa y que el ingreso a ésta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante ley; quiénes no están comprendidos en dicha carrera administrativa; determinadas obligaciones de los funcionarios y servidores públicos; la exigencia de que por ley se establezcan las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles de éstos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros asuntos. Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes.²⁴⁵

Lo precisado en el apartado anterior por el Tribunal es acertado, pues pretender deformar el régimen de la actividad pública, traería consigo una situación de desigualdad y anarquía

²⁴⁵ Apartado d del Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

dentro de la administración pública. Es por esto que el régimen de la actividad pública debe regirse únicamente por aquellos regímenes laborales creados para la administración pública, tales son el Decreto Legislativo N° 276, el contrato administrativo de servicios, así como los demás regímenes establecidos por leyes para específicas para las labores específicas de cada órgano público. La aceptación como forma de contratación a través de un régimen laboral privado en la administración pública supone de igual modo la prohibición de deformar este régimen.

Ahora bien, el Tribunal precisa que existe una carrera administrativa y que el ingreso a ésta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante ley; sin duda es correcto, es por eso que es necesario se concrete el proceso de reforma actual del Servicio Civil. Pero es necesario aclarar que refiriéndonos al caso en específico al declararse la desnaturalización de los contratos bajo el régimen privado, no indica que el servidor público pasa a ser de la carrera administrativa, únicamente que para su despido y como lo establece la normativa del régimen por el cual fue contratado, debe mediar causa justa de despido, cabe la aclaración.

Finalmente sobre este punto, cabe indicar que el Estado, en su rol de empleador, debe ser respetuoso de las normas que rigen cada régimen laboral en nuestro país, por lo que al optar por otro régimen laboral distinto al destinado al sector público, debe asumir con total responsabilidad ante las consecuencias que podría generar la aplicación de un régimen distinto al de la administración pública. Y que entendamos que, en cierto modo, el ordenamiento jurídico conlleva a la realización del interés público, del ciudadano de a pie, no a los intereses del Estado que no tengan fines de proyectarse a la sociedad.

Prosiguiendo con el contenido de la sentencia el Tribunal establece la fijación de posición interpretativa sobre que la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada":

9. (...)el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5° establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que *el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo*

indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

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

11. No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: "Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles". Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67.º de la referida ley.

13. De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto. Esto significará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.

14. Los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no sólo deberán evaluar en los participantes: i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y y) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que

pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza.²⁴⁶

En relación a esta interpretación, en la primera parte, mediante la cual el Tribunal precisa que el ingreso al empleo público en esencia se da a través de la meritocracia, no queda duda que es la más eficiente forma de que la administración cuente con un personal altamente calificado, quienes puedan aportar a las diferentes tareas de la administración pública, pero tal vez no sea la más eficaz, pues en la actualidad el sector público está pasando por una real crisis moral, hablando precisamente de la corrupción, la cual no ha estado nada lejos de los concursos públicos, que a pesar de cumplir con todos los pasos para la selección del personal, terminamos teniendo personal en muchos casos no calificados, militantes de partidos políticos, allegados de altos funcionarios, y este comentario es una realidad percibida en el día a día, información que no es necesaria ser citada, pues la gran parte de ciudadanos la hemos percibido. En efecto si lo que busca precisar el Tribunal es que a través del acceso al empleo público aplicando la meritocracia, se protege el bien jurídico de la carrera administrativa, en cierto modo es acertado, pero eso no depende del empleado público, depende únicamente del personal encargado de hacer cumplir los requisitos de selección para el acceso al empleo público.

Posteriormente el tribunal hace referencia a:

15. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 *supra*, cabe establecer que cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

16. En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de

²⁴⁶ Fundamentos 9, 10, 11, 13 y 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de confianza, a quienes no les corresponde la reposición.

Otro supuesto: cuando el demandante no ha ingresado a la Administración Pública mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"

18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

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

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

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

23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.²⁴⁷

Entonces, los únicos casos en los que se acepte la reposición a los trabajadores bajo régimen del Decreto Legislativo N° 728 será cuando se haya ganado un concurso público de méritos a una plaza presupuesta y que esta plaza a su vez sea de duración indeterminada. En los casos que no se cumplan estos presupuestos y se compruebe la desnaturalización del contrato de trabajo y se haya despedido al trabajador no procederá la reposición. Los casos que hasta la fecha de la emisión de esta sentencia fueron ingresados como demandas de amparo por casos similares en los que se solicite la reposición, si el demandante no cumple con los tres requisitos antes mencionados el caso se reconducirá al juez laboral a fin de que determine el monto indemnizatorio. De este modo y como lo precisa Blume Fortini “Contrariando la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones (hace cerca de veinte años), elimina el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del

²⁴⁷ Fundamentos 15, 16, 18, 21, 22 y 23 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público, sin importar el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor permanente, afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú.”²⁴⁸

Finalmente y ante la responsabilidad del personal a cargo de las contrataciones en la administración pública el Tribunal precisa que:

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

19. Debe enfatizarse que las disposiciones constitucionales que regulan el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, así como el respeto de los derechos de los trabajadores, deben ser escrupulosamente observados y cumplidos por los respectivos funcionarios y servidores que están encargados y son responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado, pues de lo contrario deberá imponérseles las sanciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 243.º de la Ley N.º 27444.

20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

²⁴⁸ Fundamento 5 del voto del magistrado Ernesto Blume Fortini emitido en la sentencia Nª 05057-2013-PA/TC

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.° de la mencionada Ley N.° 27785. El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD). Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11.° y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurrir en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.²⁴⁹

El Tribunal ha expuesto que la carrera administrativa es un bien jurídico el cual se protege en el acceso al empleo público a través de los concursos públicos por meritocracia a fin de lograr eficacia en la administración. Procedimientos de contratación que la administración no ha realizado en muchos casos, desde la aceptación de contratación a

²⁴⁹ Fundamentos 19 y 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

través del régimen privado para labores de la administración pública, hasta incluso en la actualidad, la corrupción y el deficiente sistema de contratación en el ámbito público no ha mejorado gracias al precedente, como lo precisa Baquerizo “el TC no ha tomado en consideración la realidad laboral del sector público como ha sido el constante incumplimiento de normas laborales en cuanto a contratación por parte del Estado empleador, es decir constante defraudación de normas laborales a través de contratos SNP, locación de servicios, servicios por terceros, etc., ni ha tomado en consideración que el incumplimiento de la realización de concursos (condición de acceso en igualdad) ha devenido del mismo sistema estatal. El TC no ha analizado la afectación del derecho de los trabajadores por el incumplimiento que solo le corresponde al infractor, quien ahora se encuentra beneficiado al contar con una herramienta constitucional que no valida la situación de trabajador de los defraudados.”²⁵⁰

Si el Tribunal está dotado de tal poder de interpretación de los mandatos judiciales son para que a través de ellos se garantice la correcta aplicación de los mismos, y en el caso en específico garantizar la protección del bien jurídico de la administración pública no se logra estableciendo un proceso administrativo sancionador a quienes estuvieron a cargo de la contratación negligente, pues estos procedimientos en muchas instituciones no han logrado su finalidad, sancionar a quien contrato de manera negligente, no es una eficaz protección del bien jurídico, pues como ya lo indicamos el Tribunal con esta decisión no ha logrado que la contratación sea más efectiva, en este caso el bien jurídico de la carrera administrativa requiere de una protección preventiva, protección que se adelante al acto de la contratación, pues posterior a la generación de la contratación el bien jurídico ya se vio afectado.

Lo más óptimo en el caso en particular de la contratación en la administración pública es que, si se detecta irregularidades en la contratación a través del régimen privado la normativa del mismo debe ser respetada pues como el mismo Tribunal lo menciona no se puede pretender deformar un régimen, ante tal caso se debe discutir que tan acertado es aceptar este tipo de contratación en un régimen que ya cuenta con una norma específica para su contratación (Decreto Legislativo N° 276) e incluso si el empleador público

²⁵⁰ BAQUERIZO ROJAS, Cinthia Grace. *La regla 18 del precedente Huatuco ¿El TC vulnera los derechos laborales de los trabajadores estatales? En: Gaceta Constitucional*. Tomo 94, octubre 2015, p. 114.

necesita de regímenes más flexibles cuenta con el Contrato administrativo de servicios. Por lo que debe entenderse que la protección del bien jurídico de la administración pública debe ser una protección preventiva, pues una sanción por una negligente contratación no protege el bien jurídico, lo único que genera es que la contratación se siga viendo empañada por actos poco claros más aún cuando los procesos sancionadores no han mostrado efectividad.

Ahora bien en el caso en concreto establece finalmente el Tribunal:

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

32. En la cláusula primera del contrato de trabajo para servicio específico, que obra a fojas 10 y en las cláusulas segunda y tercera del mismo, se ha cumplido con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal. Asimismo, se ha acreditado que la actora realizó las mismas funciones para las que fue contratada y que no trabajó luego del vencimiento del último contrato. En consecuencia, no se han desnaturalizado los g contratos modales suscritos entre las partes.²⁵¹

De este modo para el Tribunal el contrato de la demandante no se habría desnaturalizado, por dos motivos, porque el contrato no establece el servicio específico para el cual se le contrato y porque al culminada la fecha que se estipulo en el contrato la demandante no seguía trabajando.

Finalmente los magistrados han emitido sus votos en los que respaldan y/o se muestran disconformes con el contenido del precedente. Tal es así que el magistrado Urviola Hani sustenta su aceptación al precedente indicando que “cuando se justifique enmendar una línea jurisprudencial, estamos obligados a evaluarlo y, eventualmente, a proceder en ese

²⁵¹ Fundamentos 31 y 32 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

sentido. Ni el principio de seguridad jurídica, ni el derecho a la igualdad, deben prevalecer a rajatabla frente a cualquier otra consideración jurídica pues, tanto el ordenamiento jurídico, como la aplicación del mismo por parte de la judicatura, deben ir adaptándose a las transformaciones que experimente tanto la sociedad (que es dinámica) como el propio Estado (que viene siendo reformado)”. En efecto la norma se adapta a la realidad cambiante de una sociedad, y que en algunos casos justificados la jurisprudencia y los criterios pueden ser variantes, pero esto no quiere decir que la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la constitución puedan sufrir una regresión agresiva pues muchas veces detrás del reconocimiento de estos derechos se encuentra una serie de principios que engloban, en el presente caso, el derecho a trabajo.

El magistrado Ramos Núñez emite su voto indicando que se encuentra de acuerdo en que era necesario fijar y consolidar una carrera que repose en el mérito, pero que no se encuentra de acuerdo con la aplicación inmediata del precedente pues debería operar solo para aquellos casos que se inicien luego de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial El Peruano. Precisa que “el precedente generará un alto nivel de inseguridad jurídica para el justiciable. Nuestra jurisprudencia ha sido pacífica en reconocer que la predecibilidad de las conductas, sobre todo de aquellas realizadas por funcionarios públicos, es una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal no puede ser ajeno a esta labor, por lo que, si bien la construcción de nuevas reglas es una facultad ínsita a los órganos que administran justicia, dicha atribución debe ejercerse con plena observancia del conjunto de derechos y principios que nuestra Constitución reconoce.”. Al respecto debe tenerse en cuenta si efectivamente el precedente ha observado dichos principios y derechos que la Constitución reconoce, estos derechos y principios serán tratados en el siguiente enunciado.

Prosigue el voto del magistrado Sardón De Taboada, quien indica que la reposición genera la estabilidad laboral, prosigue indicando que “en el caso Sindicato Telefónica (2002), el Tribunal Constitucional tuvo razón al declarar inconstitucional el Decreto Legislativo N° 728. No obstante, la inconstitucionalidad de éste radica en que establece una categoría de despido que la Constitución de 1993 ya no contempla, no en que limita la reposición al despido nulo, como dijo entonces el Tribunal, argumentando que había desigualdad entre empresas y trabajadores. Este error fue profundizado en el caso Llanos Huasco (2003). En éste, la razón que el Tribunal dio para sallar que cabe la reposición

frente al despido arbitrario fue la existencia del amparo laboral. Como el amparo tiene naturaleza restitutoria —dijo—, la existencia del amparo laboral prueba que el derecho al trabajo incluye la reposición. Así, el contenido de un derecho sustantivo fue determinado por la existencia de un mecanismo procesal.”. Respecto de esta posición del magistrado es necesario indicar que el Tribunal en los casos mencionados no ha reconocido la estabilidad laboral de los trabajadores ni ha establecido el derecho a la reposición, el Tribunal ha estipulado claramente que el derecho al trabajo en un segundo aspecto significa ser despedido por una causa justa, no que significa estabilidad laboral, y no establece un derecho a la reposición pues la reposición como tal representa el instrumento mediante el cual se garantiza el derecho al trabajo. Critica también que el contenido de un derecho sustantivo fue determinado por la existencia de un mecanismo procesal, lo cual no resulta ser ningún acto que vaya en contra de lo establecido en la Constitución, recordemos que en efecto ese es el propósito del Tribunal hacer prevalecer y garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, utilizando los medios que se encuentren dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

El extenso voto del magistrado Blume Fortini, precisa su discrepancia con la resolución de mayoría, en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances de las reglas establecidas en sus fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, aprobadas como precedente vinculante.

Precisa el magistrado que esta sentencia “Irradia inconstitucionales efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a su aprobación, frustrando las expectativas y violando el derecho de los trabajadores del sector público que hayan celebrado contratos temporales o civiles del sector público, que hayan obtenido sentencia que ordene su reposición, que se encuentran tramitando su reposición judicial o que se encuentren por iniciar un proceso con tal fin. Desnaturaliza el sentido de la figura del precedente constitucional vinculante, no responde mínimamente al concepto de lo que debe entenderse por precedente constitucional vinculante ni respeta las premisas básicas que se exigen para su aprobación.” En relación a lo último acotado por el magistrado, recordemos que el Tribunal asentado como es que se establece una sentencia constitucional y una serie de presupuestos y premisas básicas que debe cumplir el contenido de un precedente vinculante, es por eso que en razón a esto indica que no se cumplirían estos presupuestos pues:

- a) No es consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada ni de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.
- b) Por el contrario, es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Nace sin cumplir tal condición. Como un acto meramente legislativo, que es propio del Poder Legislativo.
- c) No se condice con el rol tuitivo, reivindicativo y garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.
- d) No mejora los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos ni amplía su cobertura ni vela por su cabal ejercicio y respeto.
- e) Desprotege a los trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso para plaza vacante y presupuestada, despojándolos de sus derechos constitucionales al trabajo, a la reposición y a la protección contra el despido arbitrario, desconociendo y contradiciendo la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional desde su creación.
- f) Desconoce el principio de la primacía de la realidad.
- g) Otorga un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores del Sector Público frente a los trabajadores del Sector Privado respecto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.
- h) En suma, el Precedente Huatuco desnaturaliza totalmente el sentido y los alcances de lo que es un precedente constitucional vinculante, variando el eje de preocupación y de atención del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, que no es otro que procurar su máxima protección, hacia un eje que le es ajeno: la protección de los intereses del Estado en la contratación de personal.
- i) Finalmente, como se puede colegir, el Precedente Huatuco encierra un propósito adicional: la idea de la simple descarga procesal. Al respecto, como ya lo he manifestado en numerosos votos singulares, cualquier intento de descarga procesal no debe ser ajeno a la siguiente lógica: descargar sin desamparar, descargar sin desguarnecer y descargar sin abdicar.

Cabe precisar que si bien como indica el Tribunal ante la existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728; es decir función pública y desnaturalización de contratos del régimen laboral privado. Ambos aspectos deben ser desarrollados aplicando e interpretando minuciosamente cada uno de los preceptos establecidos en la constitución, del análisis de cada uno de los fundamentos del precedente se advierte la inexistencia de un tratamiento a nivel constitucional de la desnaturalización de contratos del régimen laboral privado así como del despido arbitrario, de los cuales solo se ha realizado una interpretación literal de normas de menor jerarquía en relación a la Constitución.

Finalmente, es necesario precisar que como bien lo indica el magistrado Blume Fortini el precedente constitucional vinculante, como instituto del Derecho Procesal Constitucional en manos del Tribunal Constitucional, fue incorporado a nuestro sistema jurídico, en el marco de los presupuestos y las premisas antes expuestas, para otorgar certeza y predictibilidad al justiciable y a los operadores jurídicos respecto de la forma de resolución de determinado tipo de casos sobre la base de reglas objetivas creadas jurisprudencialmente, en el marco de las premisas antes referidas y en armonía con el rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.”²⁵² Esto en razón a recordar que el fin supremo del estado y de nuestra sociedad es la dignidad de la persona que no debe verse vulnerada a través de actos lesivos hacia los derechos humanos.

3.1. Aclaraciones sobre el Precedente Vinculante

3.1.1. Auto de aclaración de la Sentencia Nª 05057-2013

Ante la publicación de la sentencia, la demandante solicita la aclaración de la sentencia, siendo que el Tribunal Constitucional establece tres puntos en relación a su aclaración: i) los supuestos básicos para el establecimiento de un precedente; ii) la aplicación temporal

²⁵² Fundamento 8 del voto del magistrado Blume Fortini emitido en la sentencia Nª 05057-13-PA/TC de fecha 7 de julio de 2015.

del precedente; y, iii) ¿existe una aplicación retroactiva del precedente que desproteja los derechos de los trabajadores?²⁵³

En relación al supuesto básico para el establecimiento de un precedente, el Tribunal aclara que en su fundamento 6, se indicó que existían “otras posiciones” sobre el cumplimiento del artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, por el cual se desestimaban las demandas, por lo que procede aclarar que esas otras posiciones son:

Expediente 30526-2009- 0-1801-JR-C1-03, resolución de fecha 11 de abril de 2013, expedida por la Séptima Sala Civil de Lima (magistrados Ordóñez Alcántara, Díaz Vallejos y Gallardo Negra); 2) Expediente 00265-2013-0-2501 -SP-CI-01, sentencia de fecha 22 de julio de 2013, expedida por la Primera Sala Civil del Santa (magistrados Murillo Domínguez, Espinoza Lugo y Ramírez Castañeda); y, 3) Expediente 00667-2013- 0-0801-JR-C1-01, resolución de fecha 27 de marzo de 2014, expedida por la Sala Civil de Cañete (magistrados Cama Quispe, Marcelo Ciriaco y Limas Uribe).

Cabe precisar que estas otras posiciones si bien han sido emitidas por la Corte Suprema, y contienen un criterio en el que prevalece la meritocracia en el acceso al empleo que establece la norma, como decisión final el Tribunal aplicó los criterios establecidos en relación al derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, haciendo prevalecer estos derechos fundamentales contenidos en la constitución.

Respecto de la aplicación temporal del precedente, el Tribunal, si bien es cierto el magistrado Ramos Núñez manifestó su disconformidad con la aplicación inmediata del precedente, debiendo serlo sólo para los nuevos casos que se presenten una vez publicada la sentencia, el Tribunal indica que el precedente es válido ya que se encuentra firmado por cinco magistrados, cumpliendo con la formalidad de la emisión del precedente.

Finalmente sobre si existe una aplicación retroactiva del precedente que desproteja los derechos de los trabajadores, el Tribunal indica que el precedente no es retroactivo, pues en realidad solo es de aplicación inmediata del precedente que no desprotege los derechos de los trabajadores, que sí podrían constituir una aplicación retroactiva que desproteja los derechos de los trabajadores serían aquellas en las que se decida que las demandas

²⁵³ Auto de aclaración de sentencia N^o 05057-13-PA/TC de fecha 7 de julio de 2015.

presentadas antes de la publicación del precedente en el diario oficial El Peruano sean declaradas improcedentes por la simple razón de no haberse ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y de duración indeterminada, como lo establece el precedente.

3.1.2. Casación Laboral N^o 12475-2014

A la aplicación del precedente vinculante contenido en la Sentencia N^o 05057-2013, la Corte Suprema mediante la Casación Laboral N^o 12475-2014, ha establecido que existen 6 casos en los cuales no puede establecerse el precedente, estos son:

- a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales.
- b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N^o 276) o incluidos en la Ley N^o 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios).
- c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando el trabajador perjudicado haya mantenido el régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- e) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil.
- f) Cuando el trabajador demandante sea un funcionario, político, funcionario de dirección o de confianza.

La Corte Suprema indica que se han presentado diversos casos en los que se discute la correcta aplicación y/o inaplicación del precedente Huatuco. Por ello, la Corte consideró necesario expedir estos criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del referido precedente constitucional vinculante del Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad de unificación de la

jurisprudencia prevista en el artículo 384 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.²⁵⁴

A su vez en fecha 23 de junio del 2013 el Tribunal Constitucional en relación al pedido de reposición de un obrero municipal, establece la sentencia emitida en el Expediente N° 06681 2013-PA/TC, precisando que:

11. Señalado esto es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).²⁵⁵

Por lo que de este modo aclara que el precedente Huatuco solo se aplica a aquellos trabajadores que soliciten su reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

4. Derecho al trabajo y la meritocracia en la actual reforma del Servicio Civil

En los dos últimos capítulos, se han desarrollado una serie de precisiones en cuanto al derecho al trabajo como derecho humano, reconocido dentro de la categoría de los DESC los mismos que son exigibles ante los Estados partes. La característica principal de estos

²⁵⁴ CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *Corte Suprema restituye el derecho a la reposición*, página web La Ley, contenido tomado de: <http://laley.pe/not/3102/corte-suprema-restituye-el-derecho-a-la-reposicion-/>

²⁵⁵ Fundamento 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 06681 2013-PA/TC, de fecha 23 de junio del 2016.

derechos es la de lograr una progresividad continua, pues solo a través del respeto y goce pleno de estos derechos podemos garantizar la realización de todos los derechos humanos, los cuales tienen como base fundamental el reconocimiento y no vulneración de la dignidad humana. De este modo es que nuestro Estado ha desarrollado una serie de medias progresivas en cuanto al derecho al trabajo, en relación a una adecuada protección contra el despido arbitrario, estableciendo que un principal aspecto del derecho al trabajo es el de la existencia de una causa justa de despido.

Pero resulta necesario indicar que esta progresividad se ha ido desarrollando a la par de un cambio social, por la inminente globalización, llamado la flexibilidad laboral; este cambio ha establecido nuevos parámetros en las relaciones laborales, la cual si bien ha beneficiado al empleador a través de poder manejar de mejor manera sus recursos humanos y a su vez ha creado nuevos puestos de trabajos, los mismos que a su vez son temporales; este cambio tiene un fin únicamente económico, al cual es imposible oponerse, pues a la larga o corta termina por beneficiarnos a todos. El constante avance tecnológico, productivo, así como el poder económico que mueve al mundo, no debe hacernos olvidar, las innumerables luchas sociales por las cuales han tenido que pasar cientos de personas para que los derechos humanos sean reconocidos y finalmente se mantenga el respeto y la vigencia de los derechos humanos.

Ahora bien, de otro lado, la presente investigación nos lleva a una situación en concreto, el cambio radical de criterio de mayor intérprete de la constitución, en cuanto a por qué no se puede reconocer la reposición a un trabajador de la administración pública que fuera contratado bajo el régimen laboral privado y que finalmente se reduce establecer criterios que vayan ligados a la actual reforma del servicio civil.

De este modo, es necesario precisar la problemática en torno a la reforma del servicio civil. La administración pública durante las dos o tres últimas décadas, según el BID se ha encontrado entre todos los países de América Latina en el peor grupo en cuanto a calificación profesional de los servidores, la gestión de las remuneraciones, la gestión del rendimiento y la flexibilidad o adaptabilidad de los sistemas de trabajo presentando una situación de grave precariedad en la capacidad técnica de su administración pública.²⁵⁶

²⁵⁶ El índice de capacidad funcional, en el que se tienen en cuenta variables relacionadas con la calificación profesional de los servidores, la gestión de las remuneraciones, la gestión del rendimiento y la flexibilidad

Lo que ha supuesto, como se expuso en el capítulo anterior, el planteamiento de constantes reformas que no han logrado un mayor grado de efectividad en la gestión de los recursos humanos del Estado. Finalmente, en la actualidad, no encontramos frente a una reforma integral del Servicio Civil, la cual plantea una estructura de los recursos humanos de la administración pública completa, buscando reorganizar el régimen laboral público a través de un único régimen del Servicio Civil a la cual pertenezcan todos los trabajadores públicos a fin de lograr la igualdad de oportunidades para todos, esto bajo el fundamental concepto de la meritocracia a fin de que el personal en la administración, por sus méritos profesionales, laborales entre otros, sean capaces de cumplir con las actividades que cada uno de los puestos supone, esto con la finalidad de lograr una eficiente prestación de servicios al ciudadano.

Ante tal reforma el Tribunal ha optado por cambiar radicalmente un criterio establecido, precisando que para que pueda proceder la reposición de un trabajador contratado bajo el régimen laboral privado, debe verificarse que se haya ingresado a través de un concurso de méritos, a una plaza presupuestada que sea de duración indeterminada.

Sobre estos tres requisitos es necesario plantear un análisis aplicado a lo que sucede en la realidad laboral pública. El Tribunal ha establecido que aquel trabajador contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 que demande su reposición debe probar haber ingresado a través de un concurso público de méritos, a fin de ir acorde con los criterios de la nueva reforma del Servicio Civil, esto es la meritocracia, cabe precisar y como se expuso en el capítulo anterior, la meritocracia en esencia es tener en la administración al personal calificado que por sus méritos y que a través de sus habilidades pueda lograr eficientemente la labor para el cual fue contratado. Pero esto no solo se debe medir al momento de la selección del personal, sino que debe ser permanente al momento de la ejecución de la labores asignadas, esto es esencia la meritocracia. No basta con demostrar en la selección tener un perfil profesional excepcional, si el puesto para el que

o adaptabilidad de los sistemas de trabajo, que se describen a continuación. Utilizando dichos índices, distinguimos tres grupos de países en la región, liderados por Brasil y Chile, que se destacan con índices cercanos a 60, y que muestran una capacidad técnica considerable. (...) El grupo con peores resultados presenta índices de entre 10 y 25, y está formado por Bolivia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. En: LORA Eduardo, Editor BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. El estado de las reformas del Estado en América Latina, *Op. Cit.*, p. 158, 160, 163.

te contrataron requiere de habilidades sociales entre otras, las mismas que en muchos casos deben ser evaluadas en el ejercicio de las tareas asignadas. Pongamos un ejemplo, el Estado requiere de un Gestor Social para la Oficina desconcentrada de Ministerio de Vivienda que pueda tener un contacto directo con población sensible, dada la convocatoria y el concurso público es elegido un Ingeniero con una maestría y doctorado en Gestión de Recursos con una larga experiencia laboral como Gerente de la mina “XY”, al momento de realizar las tareas asignadas al puesto, le es difícil llegar a acuerdos con las distintas Asociaciones de vivienda, Asociaciones de consumidores, la comunicación con la población se hace cada vez más difícil y casi nula; lo cual genera un distanciamiento entre la población y el Ministerio, la Oficina desconcentrada tenía como objetivo principal generar un acercamiento entre la población y el Estado, la misma que no ha sido posible. Entonces no preguntamos, aplicar la meritocracia únicamente en la selección del personal ¿Nos ha garantizado la eficacia en la labor que quería lograr el Ministerio de Vivienda? De esto se desprenden distintas razones en cuanto a la correcta aplicación de la meritocracia:

- En principio, es necesario mejorar la estructura de los puestos de trabajo y posteriormente, es necesario un exhaustivo análisis de la labor a realizarse, en que realidad social se va a aplicar y finalmente conocidos los parámetros establecer el perfil del profesional que se requiere para la determinada plaza.
- La meritocracia no solo se aplica al momento de la selección, sino también para la permanencia en el puesto, por los méritos que se logra en el desarrollo de las laborales asignadas, que se ven reflejadas en los distintos tipos de evaluaciones, es en ellas en las que se ha logrado plenamente el concepto de meritocracia, y en el caso de no contar con el nivel de efectividad necesario se aplica los recursos de capacitaciones para el personal.

Finalmente sobre los requisitos de probar haber sido contratados para una plaza presupuestada que sea de duración indeterminada. En la actualidad, uno de los mayores problemas que debe afrontar la administración, es la deficiente capacidad de gestión pública que existe en los servidores públicos; los ministerios, gobiernos regionales, municipalidades, entre otras entidades del Estado, han registrado un alto nivel de incapacidad de generar un presupuesto acorde a las necesidades reales de la población,

asimismo sobre el presupuesto asignado para el personal, en muchos casos al no contar con la capacidad técnica de establecer los puesto de trabajo necesarios para la entidad, se opta por no generarse los puesto necesarios, o se da casos en los que es imposible generar más puestos de trabajo asignados bajo el CAP (Cuadro de asignación de personal) y posteriormente se vean reflejados en el PAP (Presupuesto analítico de personal)²⁵⁷ pues el presupuesto no se los permite, ello se produce por una incorrecta generación de puestos, es decir tal vez la existencia de puestos que no son necesarios que forman parte del presupuesto. Toda esta problemática se genera por la falta de un correcto manejo del presupuesto, de esto se desprende entonces que aquel trabajador contratado bajo el régimen privado en la mayoría de casos no haya sido contratado bajo una plaza determinada, lo que le imposibilita cumplir con este requisito. Siguiendo con lo indicado por el Tribunal, la sentencia establece que la duración de la plaza deba ser indeterminada, recordemos que tras el cierre de la carrera administrativa (DLEG N° 276) y por la tendencia a la flexibilidad laboral, en la última década las plazas convocadas bajo una duración indeterminada son escasas, primando mayormente los CAS. Por lo que ante tales hechos resulta casi imposible cumplir que este último requisito.

De lo expuesto, resulta para el trabajador contratado bajo el régimen laboral privado cumplir en su totalidad con los requisitos impuestos por el Tribunal, pues en muchos casos existirá personal que haya ganado un concurso público, pero que por falta de un buen manejo del presupuesto no existe un plaza presupuestada para su puesto y más difícil aún es encontrar plaza presupuestadas que sea de duración indeterminada. Ante esta realidad es necesario abordar las principales situaciones y efectos que se han podido evidenciar ante el cambio de criterio del Tribunal:

- La falta de capacidad profesional y deficiencia en el desempeño de las laborales del servidor público, no es consecuencia únicamente de los ingresos que no hayan

²⁵⁷ DECRETO SUPREMO N° 043-2004-PCM, precisa: CUADRO PARA ASIGNACION DE PERSONAL – CAP Documento de gestión institucional que contiene los cargos definidos y aprobados de la Entidad, sobre la base de su estructura orgánica vigente prevista en su ROF. PRESUPUESTO ANALÍTICO DE PERSONAL – PAP Documento de gestión que considera las plazas y el presupuesto para los servicios específicos del personal permanente y eventual en función de la disponibilidad presupuestal. Actualización: El literal e) de la Disposición Complementaria Única del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM – Reglamento General de la Ley del Servicio Civil estableció la derogación del Decreto Supremo N° 043-2004-PCM – Normas para la formulación del Cuadro para la asignación de Personal – CAP. Dicho instrumento de gestión pasará a denominarse “Cuadro de Puestos de la Entidad – CPE” en el marco de la Ley del Servicio Civil.

cumplido con criterios meritocráticos, pues como se detalló anteriormente tras un estudio del BID en las últimas dos décadas, el Perú se encuentra en los últimos lugares en cuanto a desempeño de los recursos humanos de la administración, por lo que el nivel bajo de capacidad funcional, en el que se tienen en cuenta variables relacionadas con la calificación profesional de los servidores, la gestión del rendimiento y la flexibilidad o adaptabilidad de los sistemas de trabajo, se ve reflejado en todo el personal de la administración pública incluyendo a los de la carrera administrativa, SNP (en su vigencia), así como también los CAS, servidores que si ingresaron por medio de un concurso de méritos.

- El concepto de meritocracia se encuentra abierto a una serie de procedimientos aplicados desde la selección del personal y en todo el transcurso de la permanencia del empleado público. Por lo que no hay meritocracia solo en la selección, si no se concreta en el proceso de capacitación y evaluación del desarrollo de las actividades del servidor público.
- En relación a la reposición de los trabajadores, al ser repuestos no ingresan a la carrera administrativa, sino que logran su permanencia en el régimen laboral privado, pudiendo ser despedido por una causa justa, lo que no afecta ni genera desigualdad frente a los trabajadores de la carrera administrativa. Finalmente recordemos que la nueva reforma del Servicio Civil, busca reorganizar los recursos humanos en la administración siendo que todos los trabajadores deberán pasar por un concurso de méritos, a fin de pertenecer al único régimen de la administración pública el régimen del servicio civil, pues en determinado momento los DLEG 276, 728, 1057, desaparecerán.
- Como lo precisó el BID, ante la reforma de ceses masivos en la década de los noventa, la consecuencia indeseada fue el traslado al sector privado de buena parte del personal profesional más capacitado con el que contaba el sector público. Ante el cambio radical de criterio, se puede tener una consecuencia similar que ya se tuvo anteriormente, en relación a la pérdida de personal eficiente.
- El Tribunal debió analizar la posibilidad de optar por la aplicación de la meritocracia en la permanencia de estos trabajadores, con el fin de cumplir los nuevos conceptos que trae la reforma sobre meritocracia y eficiencia en el desempeño de las tareas asignadas, esto a través de capacitaciones y evaluaciones.

- Sobre los requisitos establecidos que se deben cumplir para que proceda la reposición, la existencia de una plaza presupuestada que se de duración indeterminada, no tienen precisamente un contenido meritocrático, e incluso resultan casi imposibles de cumplir, por la realidad en la que se dan las contrataciones de personal en las entidades del estado, esto es por la falta de gestión de recursos humanos en el presupuesto y la actual flexibilidad laboral que ha casi desterrado la contratación a plazo indeterminado.
- El Tribunal como órgano defensor de los derechos constitucionales, debe adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el respeto de estos derechos y la dignidad de la persona. Que ante los cambios sociales que demanden la toma de nuevas decisiones prevalezcan la defensa y el respeto de los derechos humanos reconocidos en nuestra constitución.

5. Progresividad y regresividad de los DESC en el Precedente Vinculante emitido en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC

El presente trabajo de investigación, nació con la finalidad de determinar si a través de la sentencia N° 05057-2013-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional, se habría generado actos regresivos en un determinado derecho humano comprendido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales y reconocidos por nuestra Constitución como derechos fundamentales.

De este modo a través del primer capítulo hemos desarrollado los aspectos más importantes de los derechos económicos, sociales y culturales desde su importancia como derechos exigibles, su carácter progresivo y la mandato internacional de no regresividad de los mismos dentro de cierto parámetros establecidos.

Ahora bien de lo desarrollado en el presente capítulo se expuso la sentencia N° 05057-2013-PA/TC, que se desarrolló ante la demanda de amparo, en el que solicita se reconozca la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, se deje sin efecto el despido incausado, pues se ha vulnerado el derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, en esencia.

Ante tal hecho, el Tribunal comienza estableciendo que deben revisarse las interpretaciones de los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la "carrera

administrativa"²⁵⁸. Por tanto el Tribunal establece que en el presente caso, la problemática del caso en concreto se encuentra en las interpretaciones tanto de lo referido al derecho al trabajo y la función pública en relación a la carrera pública.

Partiendo de ese punto, y por lo desarrollado en los anteriores capítulos, debemos establecer entonces que el derecho al trabajo es un derecho inherente al ser humano el cual encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona, como tal está definido dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales tienen un extenso desarrollo en cuanto a su importancia y exigibilidad tanto en el sistema internacional de Naciones Unidas (ONU), así como nuestro sistema interamericano (OEA).

De otro lado encontramos la función pública reconocida por nuestra constitución, en función, en el presente caso a la carrera administrativa, al cual el Tribunal Constitucional ha denominado un bien jurídico constitucional, se desarrolla a través del buen funcionamiento de los diferentes órganos del estado los cuales cumplen determinadas funciones públicas mediante las cuales se busca el correcto funcionamiento del estado y la correcta función de la prestación de servicios a la sociedad de las distintas entidades del Estado. A esto se suma la actual reforma del Servicio Civil que busca la eficacia en la administración pública bajo el principio del mérito. El mismo que se desarrolla en la selección del personal y en la permanencia del mismo a través de evaluaciones, que permiten medir el desempeño de los servidores públicos.

Precisado lo anterior, el desarrollo del principio de progresividad y no regresividad se determinará en función al derecho al trabajo. En principio la progresividad de este derecho va en función de lo establecido mínimamente en las normas internacionales, posterior a esto lo establecido en la norma constitucional, el desarrollo de los principios generado a partir del derecho a trabajo y finalmente la interpretación y criterios adoptados por el Tribunal Constitucional.

De este modo el contenido mínimo establecido en la norma internacional, en referencia al derecho al trabajo, establece:

²⁵⁸ Fundamento 4 de la sentencia emitida por el Tribunal constitucional en el expediente N° 05057-2013-PA/TC.

- a) **El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos**, el cual reconoce el derecho de toda persona al trabajo; a la libre elección de su trabajo; **a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo;** a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia digna.
- b) **El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, el cual establece que los Estados Partes **reconocen el derecho a trabajar**, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, **y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.**
- c) **Los fundamentos 23, 25, 26 de la Observación N° 18, dictada por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales**, en lo referido a que los Estados Partes tienen la obligación de respetar y proteger el derecho al trabajo, precisando que **las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador, así como la obligación de reconocer el derecho al trabajo en los sistemas jurídicos nacionales**, y de adoptar una política nacional sobre el derecho al trabajo, así como un plan detallado para su aplicación.
- d) **Artículo 6 y 7 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador"**, precisa que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, los Estados partes reconocen que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en **condiciones justas, equitativas y satisfactorias**, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular (...) d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones **y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.**

Posteriormente, vemos que el primer grado de progresividad desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico interno se da a través de:

- a) **La Constitución política**, la cual establece en su artículo 22° que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. A su vez el artículo 23 precisa que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. **Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.** Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. Así como también el artículo 27 el cual precisa que **la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.**

Consecuentemente un segundo grado de progresividad del derecho al trabajo se va desarrollando a través de los principios establecidos en:

- a) **La Constitución política**, en su Artículo 26 precisando que en la relación laboral se respetan los siguientes principios:
- 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.** También precisado en el artículo 2 inciso 2 se precisa el principio a la **igualdad ante la ley**. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. El principio de **igualdad de oportunidades** el cual obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.²⁵⁹
 - 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.** Del que se desprende la obligación de los estados de que la forma de garantizar el pleno desarrollo de los derechos reconocidos es ante su innegable irrenunciabilidad, ante cualquier situación que así lo sugiera.
 - 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.** Pues al encontrarnos en una relación de subordinación,

²⁵⁹Fundamento 23 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente. 0008-2005-AI/TC

esta relación se torna en situación muchas de desventaja ante el trabajador, por lo que la constitución a fin de garantizar el derecho al trabajo consagrada este principio que genera protección al trabajador.

- b) **La Constitución política**, establece el principio de **razonabilidad y proporcionalidad** en sus artículos 3 y 43 y expresamente en el párrafo cuarto del artículo 200 indicando que cuando se interponen acciones de esta naturaleza (garantías constitucionales) en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. Para el Tribunal constitucional el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.²⁶⁰
- c) **Tribunal constitucional y la corte suprema**, han desarrollado ampliamente el **principio de continuidad** indicando que el contrato de trabajo que es de tracto sucesivo, esto es, que perdura en el tiempo, se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso puedan alterar tal carácter, por lo cual, este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar de que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación.²⁶¹
- d) **Principio protector**, en sus **tres dimensiones In dubio pro operario, aplicación de la norma más favorable, la condición más beneficiosa**²⁶², reconocidos mediante el artículo 26 de la Constitución, así como en diversas sentencias del Tribunal Constitucional.
- e) **El Tribunal constitucional**, reconoce el **principio de la primacía de la realidad**, estableciendo que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución

²⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, EXP. N.º 0760-2004-AA/TC, Lima: Palestra editores, 2006, p.323.

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la República en el considerando décimo de la Casación N° 991-2005 LA LIBERTAD, Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 00346-2013-PA/TC y N° 1874-2002-AA/TC.

²⁶² Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional N° 00016-2008-PI/TC de fecha 17 de junio del 2010.

del trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°).²⁶³

Y finalmente como tercer grado de progresividad encontramos las interpretaciones y criterios que realiza el Tribunal Constitucional, en relación al caso materia de investigación, sobre el derecho al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario:

- a) **Sobre el derecho al trabajo**, precisa que “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional **implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.**”²⁶⁴
- b) **La adecuada protección contra el despido arbitrario**, se da en razón a que la fórmula protectora acogida por el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho al trabajo²⁶⁵ y que las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".²⁶⁶
- c) **Corresponde la reposición a los trabajadores despedidos arbitrariamente**, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores

²⁶³ Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 991-2000-AA/TC, también sobre el principio de la primacía de la realidad Expediente N°1944-2002-AA/TC

²⁶⁴ Fundamento 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC.

²⁶⁵ Quinto párrafo del Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 1124-2001-AA/TC. El sombreado se realiza con fines del presente trabajo de investigación.

²⁶⁶ IV apartado, *Los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución*, tercer párrafo de fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC. El sombreado se realiza con fines del presente trabajo de investigación.

del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados²⁶⁷.

Habiendo establecido los grados de progresividad del derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional debió establecer las causas justificables en relación a porque la progresividad lograda del derecho al trabajo debe sufrir una regresividad, y como se evidencia del análisis anteriormente realizado en este capítulo, el tribunal empieza estableciendo que es necesaria la aclaración de las interpretaciones del derecho al trabajo así como de la función pública en relación a la carrera administrativa, precisando todos los alcances en relación a la función pública y la carrera administrativa, más no realiza ningún pronunciamiento en relación al derecho al trabajo. Por lo que corresponde revisar la existencia de actos regresivos en la decisión del Tribunal.

En el Sistema de Naciones Unidas, como anteriormente se indicó el PIDESC consagra el principio de progresividad y no regresividad, de este modo los principios o directrices de Maastricht²⁶⁸ considera también como violación de los DESC:

14. Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

- (a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;
- (b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;
- (c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;

²⁶⁷ Fundamento 7 del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC. Así también en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC y en el Expediente N° 976-2001-AA/TC.

²⁶⁸ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997; Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional. Tomado de <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines.html>

(d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;

(f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

A través de estas directrices vemos enfocada la regresividad como un modo de violación de un derecho pues afecta a la protección del derecho. De otro lado es necesario entender que la regresividad en algunos casos es inevitable, pues no es un principio absoluto, este dependerá principalmente de la existencia de una causa justificada la cual sea referida a la protección de otros derechos que necesiten protección mayor a la de otro derecho.

En materia laboral, dichas causas justificadas deben cumplir a su vez con lo establecido en la Observación N^o 18²⁶⁹²⁷⁰ sobre el derecho al trabajo que indica:

34. En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, **la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido**

²⁶⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 35^o período de sesiones Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Tema 3 del programa provisional EL DERECHO AL TRABAJO Observación general N^o 18 Aprobada el 24 de noviembre de 2005 - Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

²⁷⁰ Desarrollado también en el Informe sobre la Prohibición de Regresividad en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Colombia 2002-2008.

improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.²⁷¹

Por lo que, que tratándose específicamente del derecho al trabajo no cabe la regresividad de este derecho principalmente cuando se pretenda suspender legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo un claro ejemplo sería la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente.

En el caso en específico la adopción del criterio tomado por el Tribunal Constitucional, se asemeja a los supuestos expuestos por el órgano internacional, ya que recordemos que el Tribunal al ser el máximo intérprete de la Constitución sus decisiones están dotadas de cierto poder normativo, por lo que deben ser respetadas y acatadas y más aún si se instaura como un precedente constitucional vinculante. Por lo que el Tribunal ha tomado una medida regresiva:

- a) Al haber suspendido la interpretación sobre el derecho al trabajo desarrollado en sus dos aspectos (el segundo ser despedido por causa justa) y de la cual deriva los principios esenciales de que:
 - ✓ **Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.** Porque la utilización de un régimen privado en la administración pública genera una relación laboral, la cual es cierto, no corresponde a la carrera administrativa, pero genera derechos y obligaciones que no pueden ser limitadas al pretender la protección de un bien jurídico, más aún cuando el trabajador adquiere derechos protegidos por la constitución a través de su relación laboral generada bajo el régimen laboral privado. Y por ende no es aceptable desconocer o rebajar la dignidad del trabajador al no reconocer la correcta aplicación de sus derechos.
 - ✓ **Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.**

²⁷¹ El sombreado se realiza con fines del trabajo de investigación.

- ✓ **Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.** Ante lo expresado por el Tribunal sobre que era necesaria la aclaración de las interpretaciones del derecho al trabajo y la carrera administrativa, era fundamental que el Tribunal tenga en cuenta este principio, pues al pretender aclarar y establecer criterios es necesario actuar sobre las bases de los principios que establece la constitución, logrando una regresividad al derecho al trabajo a lo tomar en cuenta este principio.
- b) La suspensión de la adecuada protección contra el despido arbitrario a través de la no aceptación de reposición (la cual es una medida progresiva anteriormente desarrollada) al trabajo a un determinado grupo de trabajadores. Cabe precisar que la garantía de un derecho fundamental se realiza bajo los principios de igualdad y no discriminación.
- c) Al haber adoptado un criterio manifiestamente incompatible con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo, las cuales son:
 - ✓ **El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos**, el cual reconoce el derecho de toda persona al trabajo, **a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo**, esta última se traduce y conforme se ha desarrollado ampliamente a la desprotección frente al despido arbitrario, el cual a través de esta decisión ha generado desempleo innecesario.
 - ✓ **Observación N° 18 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, la cual establece en su fundamento 25** que las medidas específicas **para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador.** El tribunal en su intento de protección de la carrera administrativa ha omitido la adecuada protección contra el despido arbitrario (que vendría a ser un forma de estabilidad relativa) y esto a su vez al no referirse sobre la correcta aplicación de la contratación a través de un régimen ajeno a la administración pública a fin de lograr la flexibilidad de los puestos de trabajo en el sector público, que si bien el Estado ha pretendido incluir correctamente la contratación a través del

régimen privado con la Ley Marco del Empleo Público, es incluso incongruente y como lo manifiesta el mismo Tribunal en este precedente, la imposibilidad de deformar un régimen laboral, por lo que ante tal lógica establecida debe aplicarse en viceversa a fin de que se respeten los derechos generados a través del régimen privado y no incurrir en actos regresivos, como los ya expuestos.

Es factible también tomar en cuenta aquellos criterios de justificación de medidas regresivas determinados en el PIDESC y complementados por el Comité DESC a través de la Observación General N° 3²⁷², de los cuales se han desarrollado:

- ✓ **Que se hubiere implementado bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados;** En el caso en específico, los fundamentos del Tribunal no han establecido ningún pronunciamiento en relación a la desprotección o acto regresivo que se produjo al derecho al trabajo, no estableció las alternativas posibles y únicamente se enfatizó en la protección del bien jurídico de la carrera pública. De otro lado como bien se indica, para hablar de regresividad de un derecho se debe tratar de garantizar otro derecho u otro que se encuentre vulnerado, lo que en este caso no se dio pues estaríamos hablando de la regresividad del derecho al trabajo por la protección de un bien jurídico, lo cual va contra lo establecido en los diferentes tratados internacionales, los cuales determinan que el Estado debe garantizar el goce de los derechos humanos por ser inherentes a la persona humana y a su dignidad, la protección de un bien jurídico es un aspecto secundario si es que hablamos del tratamiento de derechos humanos. Incluso sin referirnos a la relación derecho fundamental y bien jurídico, y como se precisó en el punto 4. del presente capítulo, una de las alternativas posibles para evitar la vulneración y regresividad del derecho al trabajo, pudo ser optar por garantizar la meritocracia en su segundo aspecto, es decir en el desarrollo de las

²⁷² Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales de Colombia 2002-2008, Disponible en: www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf . Así también en: http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites_restricciones_excepciones_principio.html

tareas asignadas al trabajador a través un procedimiento de capacitación y evaluación tal como lo establece la Ley del Servicio Civil.

- ✓ **Que se justifique por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC;** la regresividad del derecho al trabajo no ha sido por garantizar otro derecho consagrado en el PIDESC, sino establecer un protección al bien jurídico de la carrera administrativa.

De igual manera en la Observación General N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, el Comité reiteró los criterios para la justificación de medidas regresivas de la Observación General N° 3, y además señaló los alcances del estricto escrutinio al que deben ser sometidas, en el caso en concreto por ser de materia laboral, entendemos que pueden ser igualmente aplicadas en cuanto al derecho al trabajo:

- ✓ **Existencia de justificación razonable;** Es más que cierto que a través de la meritocracia garantizamos la eficiencia de la administración pública, pero es discutible precisar cuan razonable puede ser imponer la protección de un bien jurídico ante la regresividad del derecho al trabajo, en relación a esto desde una perspectiva histórica y como precisó el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado, estos derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos²⁷³, esto pues en evidencia de que estos derechos le son debidos a la persona por su condición misma de ser humano, recordemos que fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, la cual no puede ser contrapuesta ante un ente carente de dignidad como es un bien jurídico.
- ✓ **Existencia de estudios exhaustivos de las posibles alternativas;** Sobre este punto, cabe precisar que como se dijo anteriormente el Tribunal no hace referencia a ninguna alternativa posible además de la instaurada por el precedente para la protección del bien jurídico de la carrera administrativa, a pesar de que si existen

²⁷³ Párrafo 6 del fundamento 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 976-2001-AA/TC

otras medidas para lograr la eficiencia de la administración pública a través del principio de mérito. Para este bien jurídico pueden haberse estudiado diversas posibilidades, empezando por lo establecido por ellos mismos de que en nuestro ordenamiento jurídico no se permite la deformación de los regímenes laborales, por lo que debió plantearse la posibilidad de establecer si efectivamente por su naturaleza la contratación bajo en régimen de privado, es compatible de ser utilizada en la administración pública. Tal vez otra alternativa pendiente de estudio pudo ser el determinar la posibilidad de excluir este tipo de contratación de la administración pública, pues ante tales hechos expuestos por el Tribunal sobre la meritocracia y la carrera administrativa, resultaría a simple vista incompatible la aplicación del régimen privado en la administración pública, más aún cuando ya de por si existe un propio régimen público (Decreto Legislativo N^o 276 así como el Contrato de Servicios Administrativos).

- ✓ **Verificación de una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas;** En relación a la determinación de grupos afectados (entendiéndose a grupos de personas) no hay forma de equipar tal concepto pues en caso en concreto nos encontramos ante un grupo de trabajadores contratados bajo el régimen privado y de otro lado al estado como ente inhumano en relación a la carrera administrativa.
- ✓ **Determinación de si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias;** En el presente caso precisemos primeramente que la decisión de no aceptar la reposición al trabajo fue estipulada solo para un grupo determinado, que son los trabajadores del sector público contratados bajo el Decreto Legislativo N^o 728 que no cumplan con los requisitos (ingreso por concurso público a plaza presupuestada de duración indeterminada), por lo que gozar de la progresividad del derecho al trabajo a no ser despedidos sin causa justa y de contar con un adecuada protección contra el despido arbitrario les ha sido negada solo a ellos, de lo que podríamos inferir que la medida es directamente discriminatoria.

Por lo antes expuesto, se ha determinado que el precedente vinculante antes citado, presenta una serie de deficiencias, las cuales han transgredido el derecho al trabajo y a su adecuada protección contra el despido arbitrario, el Tribunal Constitucional ha generado

una regresividad injustificada sobre el derecho al trabajo así como los mandatos constitucionales de adecuada protección contra el despido arbitrario, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; los principios de carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, atentado contra el principio de igualdad ante la ley y con actitud discriminatoria, hacia un grupo de trabajadores del sector público. Por lo que sería perfectamente factible solicitar la revisión ante un órgano internacional, a fin de determinar si efectivamente se habrían vulnerado derechos humanos.

Es necesario precisar, que el Tribunal debió analizar las posibles alternativas en relación a que pueda desarrollarse efectivamente el principio de mérito que es fundamental para esta reforma del servicio civil, recordemos que la meritocracia busca la eficiencia del servicio brindado por el Estado a través de un personal altamente calificado y que a la vez en el transcurso del desarrollo de las actividades, demuestre un desempeño óptimo, esto en aplicación de capacitaciones y evaluaciones permanentes. Alternativas que garanticen a su vez la no vulneración del derecho al trabajo. Por lo que el Tribunal Constitucional debió analizar a profundidad el contenido de la meritocracia y establecer cómo es que se puede garantizar el cumplimiento del mismo en el presente caso, pudo haber sido a través de criterios de evaluación aplicados en el transcurso del desarrollo de las laborales designadas.

Finalmente, cabe decir que lo desarrollado en este trabajo de investigación tiene como base fundamental lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de nuestra Constitución, que precisa:

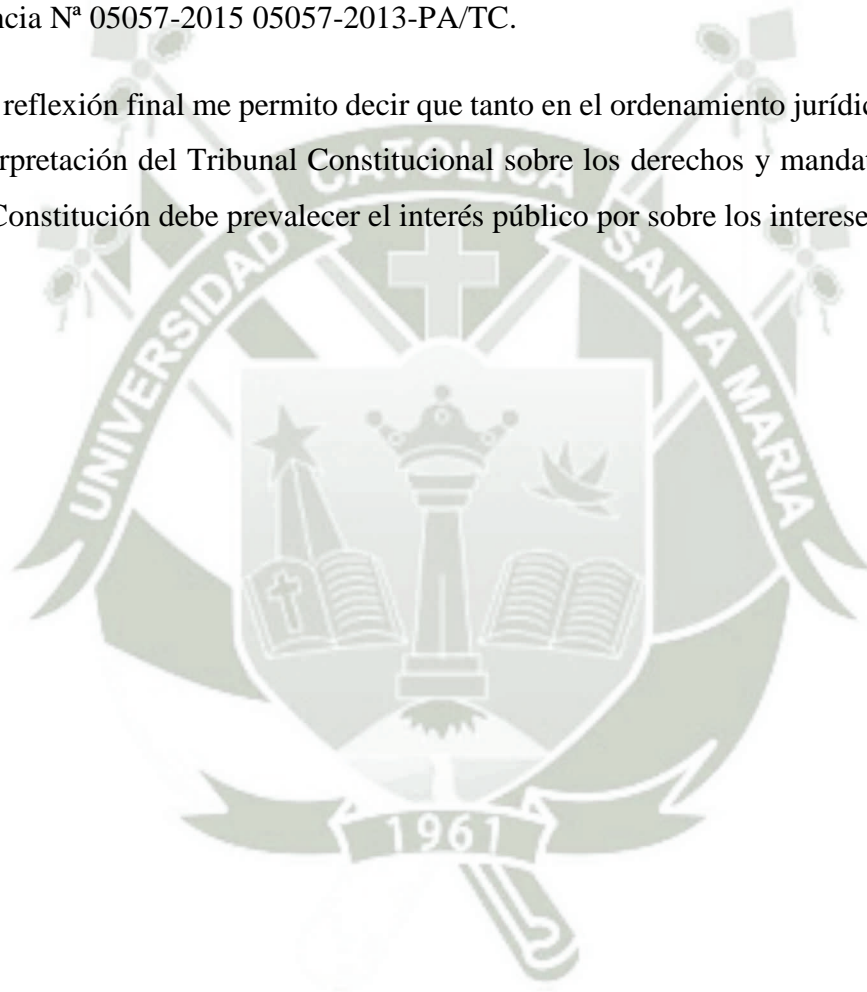
Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De ese modo este trabajo de investigación ha hecho un estudio en principio sobre todos aquellos preceptos contenidos en los tratados internacionales en materia laboral y del

progresivo tratamiento que se le venía dando a los derechos laborales materia del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, determinando que la decisión del Tribunal Constitucional, al emitir el precedente vinculante tratado, ha incurrido en regresividad sobre la materia en específico, pues partiendo de la regulación que hace de un derecho fundamental al tratamiento específico de lo desarrollado en materia del derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario así como los demás principios, interpretaciones a la norma, y de los criterios sobre regresividad establecidos por los instrumentos internacionales, resulta regresivo el precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2015 05057-2013-PA/TC.

Como reflexión final me permito decir que tanto en el ordenamiento jurídico así como en la interpretación del Tribunal Constitucional sobre los derechos y mandatos contenidos en la Constitución debe prevalecer el interés público por sobre los intereses del Estado.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contenido esencial de los derechos humanos es la dignidad como un valor inherente a todos los seres humanos. Los DESC buscan el desarrollo de las condiciones básicas de la dignidad humana así como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Solo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede garantizar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad de disfrute de los DESC, los derechos civiles y políticos se reducen a categorías formales, por lo que la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia existente entre todos los derechos humanos garantiza el respeto de los mismos, haciéndolos exigibles ante los Estados partes.

SEGUNDA.- Los DESC tienen un carácter progresivo, lo cual supone la obligación de todos los Estados partes a adoptar las medidas necesarias a fin de lograr su plena efectividad. De lo cual, se desprende a su vez la prohibición de regresividad, la misma que no es absoluta. En relación a los derechos laborales como parte de los DESC, los acuerdos internacionales han establecido que las medidas regresivas deben implementarse bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados. No son permisibles medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo que supongan la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, aprobación de leyes o de políticas incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo o la aprobación de leyes o de políticas incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo.

TERCERA.- El Estado promueve la protección, exigibilidad y pleno goce de los derechos laborales, a través de la Constitución, precisando los lineamientos del derecho al trabajo, así como también a través de las leyes que regulan la relación laboral, ya sea en un ámbito privado o público. Estableciendo que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Bajo estos lineamientos la administración pública en su rol de empleador a lo largo de las últimas dos décadas ha buscado lograr una eficiente gestión de sus recursos humanos, contratando a través de los DLEG N° 276, 728, 1057, entre otras leyes especiales. En la actualidad se ha planteado una nueva reforma del Servicio Civil, la cual

tiene como propósito reorganizar los recursos humanos en solo el régimen civil y que a través del principio de mérito se logre la eficiencia y efectividad de los servicios que brinda la administración, siendo que el concepto de meritocracia se evidencia en el acceso y la permanencia, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente de los postulantes y servidores civiles.

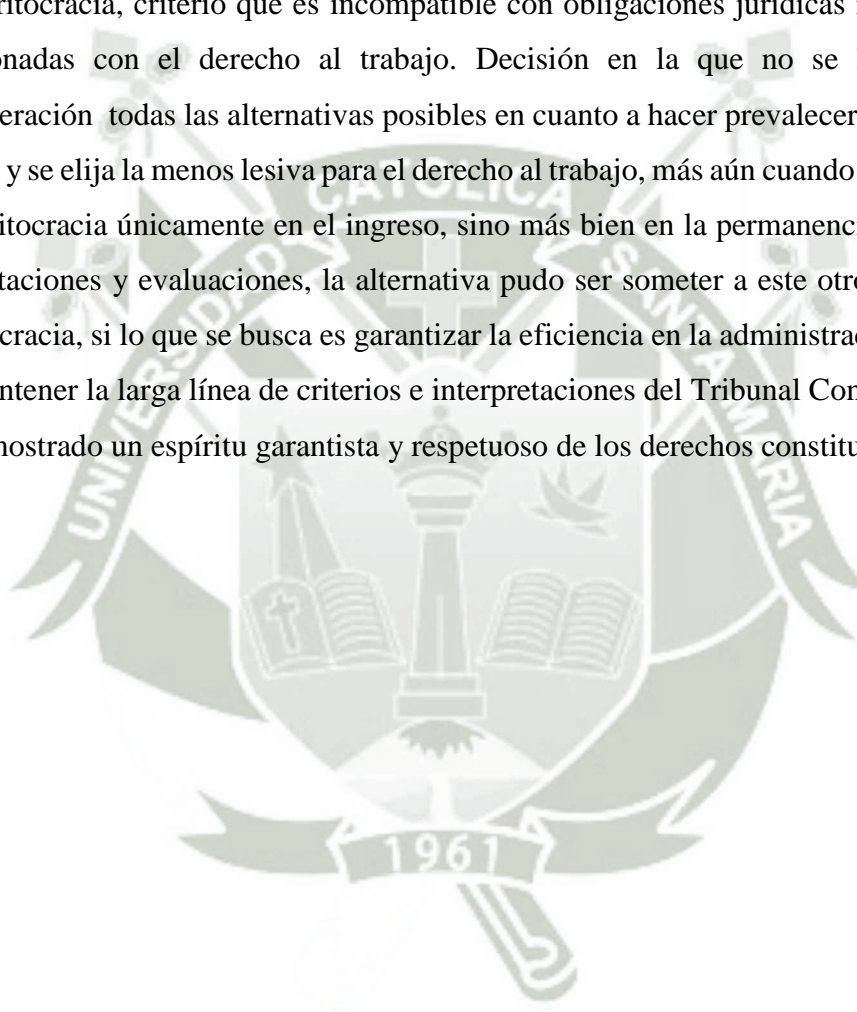
CUARTA.-El derecho al trabajo implica, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, la Constitución ha establecido que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, siendo que esta adecuada protección no vulnere el contenido esencial del derecho constitucional y debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad. Estas medidas pueden ser preventivas o reparadoras, de este modo el Tribunal establece que a través del Amparo, que tiene como fin reponer el estado de las cosas a su estado anterior a la vulneración de un derecho, es posible que de no establecerse una causa justa de despido pueda reponerse al trabajador, de este modo se cumple con la protección judicial establecida por la Convención Americana al precisar que los recursos o procedimientos judiciales deben ser efectivos a fin de que puedan ser utilizados ante la violación de un derecho fundamental, ya que si no son capaces de generar el resultado restitutorio para el que fueron concebidos, se incumple con el derecho a la protección judicial estipulada en el artículo 25 de la Convención Americana.

QUINTA.- La progresividad del derecho al trabajo en función al precepto de adecuada protección contra el despido arbitrario se ve fortalecido a través del desarrollo constitucional que se le ha dado a los principios laborales tales como principio de igualdad y no discriminación, principio de razonabilidad o proporcionalidad, interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma así como también el principio de la primacía de la realidad.

SEXTA.- El Tribunal Constitucional, con la finalidad de establecer criterios acorde a la actual reforma del servicio civil, ha sentado a través de la sentencia N^o 05057-2013-PATC el precedente vinculante en los casos en los que se demande la reposición de un trabajador que fue contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N^o 728 deberán probar que ganaron un concurso público a una plaza presupuestada de duración indeterminada, mediante el cual el Tribunal reconoce la meritocracia como parte de las políticas fundamentales del bien jurídico de la administración pública. De este modo el

Tribunal se aparta de los criterios centrados en torno al Derecho al trabajo, el despido por causa justa y a la adecuada protección al despido arbitrario, desarrollados progresivamente, ello sin establecer mayor análisis que establezcan la razonabilidad y proporcionalidad sobre la restricción de un derecho constitucional y la imposición de un bien jurídico.

SEPTIMA.- El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional ha generado regresividad en el derecho al trabajo, al establecer que por sobre este derecho debe primar el principio de meritocracia, criterio que es incompatible con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Decisión en la que no se ha tomado en consideración todas las alternativas posibles en cuanto a hacer prevalecer el principio de mérito y se elija la menos lesiva para el derecho al trabajo, más aún cuando no se garantiza la meritocracia únicamente en el ingreso, sino más bien en la permanencia través de las capacitaciones y evaluaciones, la alternativa pudo ser someter a este otro aspecto de la meritocracia, si lo que se busca es garantizar la eficiencia en la administración pública. Y así mantener la larga línea de criterios e interpretaciones del Tribunal Constitucional que ha demostrado un espíritu garantista y respetuoso de los derechos constitucionales.



RECOMENDACIONES

1. Se realice un cambio de criterio por parte del Tribunal Constitucional, en el cual se analice detenidamente el contenido del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, que si bien es cierto es necesario regir nuevos criterios sobre la base de la meritocracia en la administración pública, también es necesario precisar que de los requisitos establecidos por el Tribunal para que proceda la reposición tales como la de haber sido contratado bajo una plaza presupuestada de duración determinada, no tienen precisamente un contenido meritocrático, e incluso resultan casi imposibles de cumplir, por la realidad en la que se dan las contrataciones de personal en las entidades del estado, esto es por la falta de gestión de recursos humanos en el presupuesto y la actual flexibilidad laboral que ha casi desterrado la contratación a plazo indeterminado. Asimismo precisar la alternativa de garantizar la meritocracia a través de los procesos de evaluación en el desarrollo de las actividades precisados por la Ley del Servicio Civil y no únicamente en el aspecto del ingreso.
2. Enviar un Informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de solicitar se exhorte al Estado peruano, que a través de sus órganos que imparten justicia, se respeten la normativa internacional en materia de progresividad y no regresividad de los DESC, se respete el carácter exigible de los mismos y se efectivice la progresividad lograda sobre el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario en los distintos criterios que se establezcan a fin de garantizar el pleno goce de los derechos humanos reconocidos por el Estado peruano.
3. Se realice un pleno constitucional en el cual participen los magistrados del poder judicial, miembros del SERVIR así como representantes de los distintos colegios profesionales, a fin de debatir la importancia del respeto a los derechos constitucionales así como establecer otras alternativas a tomar en cuenta en relación al actual reforma del Servicio Civil las cuales no menoscaben ni restrinjan el pleno goce de los derechos constitucionales.
4. Mantener la aplicación de los distintos procedimientos que permitan, en cierto modo, el apartamiento del nuevo criterio, tales como control de convencionalidad, distinguish, overruling, así como también la presupuestos por los cuales un juez en un caso determinado pueda apartarse de un precedente vinculante, establecidos en el

Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de que dichas decisiones pueda ser materia de revisión de organismos internacionales.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid: Trotta, 2002.

ABRUÑA PUYOL, Antonio. El Concepto de Administración Pública, en La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Lima: Palestra, 2011.

ALONSO GARCIA, Manuel, Curso del derecho de trabajo, Lima: Editorial abril, 7ma edición, 1981.

ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BENVENUTO LIMA JR. Jayme (Organizador) y varios autores. Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales, Brasil: Recife, 2004.

Comisión Colombiana de Juristas, Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008), Bogotá, 2010.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. 1era. Edición. Lima: ARA Editores, 2001.

COURTIS, Christian “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires: CEDAL – CELS, 2006.

DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público, Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Primera edición, 2016.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. Positivismos y moral interna del derecho. Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GARCIA MANRIQUE, Álvaro. ¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico-Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El Búho, Primera edición, 2010.

GASCON ABELLAN Marina. “La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional.” Madrid: Editorial Tecnos, 1993

GONZÁLEZ, M. A. Capacidad DESC para la exigibilidad. Manual de políticas públicas y participación social. Bogotá: ILSA, 2006.

GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. El principio de primacía de la realidad y medios probatorios, Soluciones Laborales Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El Búho, 2013

GROSS ESPIELL, Héctor. Derechos Humanos, Lima: Editorial Cuzco S.A., 1981.

GROSS ESPIELL, Héctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, Universidad de Michigan: libro libre, 1986.

HÄBERLE, Peter. “La libertad fundamental en el Estado constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997.

LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007.

LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. 2da edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme El Precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica, En: Revista Ius et Praxis, vol. 18, núm. 1, Chile, 2012.

MELÉNDEZ, Florentín. Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia. PRADPI. N° 5, 2009.

MOLINA, Angélica. Contenido y alcance del derecho individual al trabajo, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2005.

NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires: Ediciones De palma, 1978.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Tercera edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

PIOVESAN, Flávia, PASSOS, Gotti Alessandra y SENNE MARTINS Janaína. Derechos Humanos, Globalización Económica e Integración Regional, En: Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales, Recife, 2004.

SAGÜES, Néstor Pedro. La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina. Estudios Constitucionales, año/vol. 4, número 001., Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

SANGUINETI, Wilfredo. El contrato de locación de servicio frente al Derecho Civil y al Derecho de Trabajo. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1988.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Los contratos de trabajo de duración determinada, Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El Búho, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque Teórico - Práctico, Gaceta Jurídica, Lima: Editorial El búho, 2015.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Derechos económicos, sociales y culturales Cátedra Gerardo Molina, Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009.

Revistas:

BAQUERIZO ROJAS, Cinthia Grace. La regla 18 del precedente Huatuco ¿El TC vulnera los derechos laborales de los trabajadores estatales? En: Gaceta Constitucional. Tomo 94, octubre 2015

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral, En: Revista de la Facultad de Derecho PUCP, N° 68, 2012.

BOZA PRÓ, Guillermo. “Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo”, En: Revista de Derecho Themis N° 64, 2014.

CASTILLO, L. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Revista Peruana de Derecho Público, 6 (11), 2005.

Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Los Derechos Sociales como anomalías, reflexiones en torno a la justiciabilidad de los Derecho Económicos Sociales y Culturales en el sistema Interamericano, Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 8, 2007.

LANDA, César. Los Precedentes Constitucionales: El caso del Perú, En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 14, Madrid, 2010.

LANDA ARROYO, César. “La constitucionalización del Derecho peruano”. En: Revista de Derecho PUCP 71. 2013.

LANDA ARROYO, César. “El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora”, En: Revista de Derecho Themis N° 65, 2014.

OJEDA AVILÉS, Antonio José. “El principio de condición más beneficiosa”. En: Revista de Política Social., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, N° 134, 1982.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R., El camino del precedente constitucional vinculante (Reflexiones a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional) En: Ponencias del V Congreso Nacional De Derecho Procesal Constitucional Arequipa – 2014, Primera edición, Arequipa: Adrus D&L Editores S.A.C, 2014.

SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan. Causas de desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad en la legislación peruana, En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa No.58, Año XIX, 2005.

SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. Aspectos fundamentales de los DESC, En: Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales, Recife, 2004.

TORRES ZUÑIGA, Natalia. Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina, En: Revista de la Facultad de Derecho PUCP N° 75, 2015.

ZAVALA EGAS, Jorge. Teoría de la seguridad jurídica En: “Iuris Dictio” revista del Colegio de Jurisprudencia Universidad san Francisco de Quito, N° 8, Año IV, Quito, 2004.

Páginas web:

- Organización de Estados Americanos (OEA)
<http://www.oas.org/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
<http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
<http://www.corteidh.org>
- Tribunal Constitucional
www.tc.gob.pe/
- Organización Internacional del Trabajo
<http://www.ilo.org/americas/lang--es/index.htm>
- ius360
www.ius360.com/
- La Ley
www.laley.pe/
- SERVIR - Autoridad Nacional del Servicio Civil
www.servir.gob.pe/



ANEXOS

1. Proyecto de Tesis

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN EL
REGIMEN LABORAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA A
PROPOSITO DEL PRECEDENTE VINCULANTE RECAIDO EN LA
SENTENCIA N° 05057-2013-PA/TC**

Proyecto de Tesis presentado por

**La Bachiller en Derecho Gabriela Dalia Lara
Huallipe**

Para obtener el Título Profesional de Abogada

AREQUIPA – PERÚ

2015

Planteamiento del problema

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que los Estados partes deben lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, dentro de los cuales se encuentran los derechos laborales; de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de los mismos. Por regresividad se puede entender la imposibilidad de que se reduzca la protección implementada, desarrollada y amparada por el Estado, a través de los órganos encargados de administrar justicia como son el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial que emiten jurisprudencia y a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en lo que corresponda. El principio de progresividad y no regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 19 de diciembre de 1966, de igual manera se desprende así mismo de la Constitución Política del Perú, cuyo artículo 23 precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos ni rebajar la dignidad del trabajador, prohibiendo de este modo la regresividad del mismo.

Como primera premisa es necesario indicar que la presente investigación parte de lo establecido por el artículo 27 de la Constitución el cual prescribe que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Ahora bien, el 05 de junio del presente año, se publicó en el cuadernillo de Jurisprudencia del diario Oficial El Peruano la Sentencia expedida en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC la misma que adopta un precedente vinculante que modifica la línea jurisprudencial en materia de reposición de trabajadores del sector público sujetos a contratos modales, tales como contratos de naturaleza temporal, contratos de naturaleza accidental, contratos para obra o servicio, del régimen laboral de la actividad privada. Este precedente vinculante establece esencialmente, que en materia laboral del sector público, los procesos de reposición de empleados de este sector que hayan ingresado bajo modalidades contractuales del régimen laboral privado deben ser declarados improcedentes, cuando se ha verificado que el demandante no ha ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y no existe una vacante de duración indeterminada, estableciendo las condiciones antes mencionadas, es decir haber ingresado por concurso público a una plaza presupuestada de duración indeterminada, y que al momento de la firma del contrato de trabajo en la mayoría de los casos no existían. Desatando de esta forma diversas opiniones, unas a favor y otras en contra, generando todo un contradictorio en el ámbito laboral en específico en el sector público, de ahí la posibilidad de que sea materia de investigación la decisión del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional con el aludido precedente vinculante ha establecido una nueva regla sobre la reposición del servidor público sujeto a contratos del régimen laboral privado pues elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para dichos trabajadores, siendo que a diferencia de los trabajadores de la actividad privada, éstos no

podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización), sino solo la segunda, en el caso de que no cumplieren con los requisitos expuestos en la sentencia²⁷⁴, con ello se estaría modificando lo ya establecido por el mismo Tribunal Constitucional. Tal y como lo refiere el constitucionalista Javier Mujica indicando que, “amparando el derecho fundamental a no ser despedido sin una causa justa, aún si no hubieran ingresado por concurso, concedía dicha reposición si se comprobaba en aplicación del principio de primacía de la realidad que el ente público incurrió en fraude y existió un despido arbitrario” ; tal y como lo prescribió el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1944-2002-AA/TC mediante la cual establece: “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”; así, en la Sentencia N° 976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 27 de la Constitución en el sentido que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y que, mediante dicho precepto, no se consagra un derecho a la estabilidad laboral absoluta, sino el derecho del trabajador a una “protección adecuada” contra el despido arbitrario.

Siendo que por lo antes expuesto, cabe analizar las diversas medidas anteriores a la emisión del mencionado precedente vinculante y que ha establecido el Estado Peruano en pro del principio de continuidad en el trabajo respecto de la reposición y aquellos derechos laborales del servidor público sujeto al régimen privado del Decreto Legislativo N° 728 ventilados en el precedente vinculante, por lo que es necesario investigar qué grado de progresividad y qué grado de violación o incumplimiento, que significaría la regresividad, han alcanzado estos derechos, a fin de determinar si el precedente vinculante materia de análisis logra ser lesivo a los mismos.

Arequipa, Setiembre del 2015

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 05057-2013-13 PA/TC, publicado el 05 de junio del 2015, en el cuadernillo de Jurisprudencia del diario Oficial El Peruano, pág. 09 fundamento 15. “...el ingreso de nuevo personal o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.”

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

Principio de Progresividad y no Regresividad en materia laboral respecto de las relaciones laborales de los servidores públicos sujetos al régimen laboral privado, a propósito del Precedente Vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC.

1.2. Descripción del Problema

1.2.1. **Campo** : Derecho.

1.2.2. **Área** : Derecho Laboral.

1.2.3. **Línea** : Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1.3. Interrogantes básicas de la investigación

¿Cuáles son los alcances del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

¿Qué grado de progresividad han alcanzado en la normatividad laboral peruana el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado?

¿A través del precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC, se habrían transgredido el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado lo que significa una regresividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en materia laboral del régimen laboral de la administración pública?

1.4. Tipo y nivel de investigación

1.4.1. **Tipo**
Interpretativa

1.4.2. **Nivel**
Documental – Pura

1.5. Justificación

Relevancia Académica

El Principio de progresividad y no regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido establecido por normas internacionales, y del cual

el Perú como Estado Parte en el Pacto Internacional de los derechos económicos y sociales, debe obligatorio cumplimiento, ha desarrollado en el carácter de progresividad en materia laboral distintos pronunciamientos, no solo legales sino también a través de jurisprudencia vinculante.

De otra parte revisadas la Constitución Política del Perú y las normas internacionales en materia de derechos fundamentales, se aprecia que, en cuanto a lo que refiere el Derecho al Trabajo, nuestro ordenamiento jurídico a recogido dos premisas de rango constitucional que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer cualquier regulación en materia de reposición, las cuales son: a) El derecho al trabajo y b) La adecuada protección contra el despido arbitrario.

Por lo que el Tribunal Constitucional al emitir la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC la misma que adopta un precedente vinculante, modifica la línea jurisprudencial en materia de reposición de trabajadores del sector público sujetos a contratos del régimen laboral privado, a inaplicado la decisión que había sido adoptada por el mismo Tribunal Constitucional en pronunciamientos anteriores, eliminando la reposición laboral por desnaturalización del contrato para dichos trabajadores, siendo que no podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización) sino solo la segunda, en el caso de que no cumplieren con los requisitos expuestos en la sentencia.

Este trabajo tiene un aporte académico importantísimo al buscar analizar la decisión del Tribunal Constitucional en el sentido de establecer, si esta decisión significaría una regresividad al derecho al trabajo y a la adecuada protección frente al despido arbitrario.

Importancia Jurídica

La presente investigación busca determinar mediante el estudio de lo desarrollado en el ámbito nacional, si el Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales específicamente en materia laboral con el precedente vinculante colisionan o no, de ser el caso de un incumplimiento a este principio, plantear qué medidas permisibles son capaces de tomar los jueces a fin de velar por el respeto a la Constitución, teniendo en cuenta que todo órgano jurisdiccional se encuentra sometido solo a la Constitución y a los Tratados Internacionales de los cuales nuestro Estado es parte.

Alcance en el campo de la Investigación

A través de este trabajo se implementa una perspectiva notable, buscando el análisis de una decisión del Tribunal Constitucional y si esta cumple con los parámetro establecidos por el Principio de Progresividad y Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Conceptos Básicos

a) **Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC):** También denominados derechos de Segunda Generación, estos derechos tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura. La razón esencial de la existencia de estos derechos se basa en el hecho de que el pleno respeto a la dignidad del ser humano y a su libertad, solo es posible si existen las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el desarrollo de una nación. En la actualidad la doctrina ha determinado que los Derechos Económicos Sociales y Culturales deben ser considerados como derechos fundamentales. Incluso hay quienes han considerado “el uso del concepto de *derechos fundamentales sociales*, al tener en cuenta su papel frente al Estado, el que ya no sería destinatario de una pretensión de no intervención, sino de una de realización”.²⁷⁵ La vigencia de estos derechos se encuentra condicionada a las posibilidades de cada Estado, teniendo en cuenta que la realización de los mismos varía dependiendo de las capacidades que disponga cada Estado. Los derechos económicos sociales y culturales han encontrado su desarrollo en el ámbito internacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y posteriores instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros. Sin embargo, ya se habían tratado en las Constituciones de México de 1918 y Weimar de 1919, así como en la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918.²⁷⁶

b) **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales:** Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. El Pacto consagra los derechos económicos, sociales y culturales, y establece las obligaciones de los Estados relacionadas con su cumplimiento. Debe tenerse en cuenta que “los sistemas de protección establecidos en el Protocolo ofrecen nuevas opciones para el fortalecimiento

²⁷⁵ Michael Vidal Salazar, Curso de Fundamentos de los Derechos Humanos de la Maestría en Derecho, con mención en Derecho Constitucional – “Los derechos laborales como derechos fundamentales, frente a la globalización y la flexibilización laboral”, Año XII N° 12, p. 472.

²⁷⁶ Revista de la Facultad de Derecho Universidad Pontificia Católica del Perú, Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, N° 71, 2013, p. 202.

y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”.²⁷⁷ Los Estados partes a la firma de este pacto consideran que: “Conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”²⁷⁸

- c) **Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** Este principio tiene sustento en el derecho internacional de los Derechos Humanos, ya que éste contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; siendo que del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se desprende: “(...) *cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocido.*”. De otra parte el artículo 1.1 del Protocolo de San Salvador consagra: *Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.* Finalmente el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el cual se establece: “*Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”. De los instrumentos internacionales desarrollados anteriormente podemos

²⁷⁷ “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

²⁷⁸ Ídem.

considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que se le denomina **positiva**, pues “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales y de otra parte la que se denomina **negativa** que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”²⁷⁹. De igual manera el principio de progresividad y no regresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales, pues resulta indiscutible que los derechos laborales constituyen derechos fundamentales.

- d) Derecho al Trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario:** La Constitución Política del Perú establece en su artículo 22 el derecho al trabajo, el cual se encuentra igualmente enumerado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Cabe precisar que “el reconocimiento de este derecho, que tiene diversas manifestaciones, supone erigir un límite a la facultad de despido del empleador al supeditar la legitimidad de esta decisión a la existencia de una causa justa”²⁸⁰. De otro lado debe tenerse en cuenta que “La garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”²⁸¹. Siendo que lo más resaltante de la constitucional, “es que bajo ninguna circunstancia, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; pues los fueros que goza el trabajador no le son reconocidos en cuanto tal -trabajador- sino como ciudadano, como persona”²⁸². Debiendo precisar, que el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha reconocido en su artículo 7 inciso d) que: “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la

²⁷⁹ Equipo Federal de Trabajo. Bs. As. Edición N° 37, en http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion

²⁸⁰ Carlos Blancas, Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°68, 2012, p.392

²⁸¹ <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2009/10/03/el-derecho-al-trabajo-y-la-proteccion-frente-al-despido-en-el-derecho-internacional-algunos-materiales/>

²⁸² L. Alberto Huamán Ordóñez, La protección constitucional del trabajador estatal de confianza adscrito al régimen privado frente a la arbitrariedad de despido, <http://www.derechocambiosocial.com/revista011/despido%20trabajador%20estatal.htm>

readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

- e) **Principio de la primacía de la realidad:** Este principio es aquel “por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con éste principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal”²⁸³. Este principio es recogido por el Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución, el cual en su sentencia N° 991-2000²⁸⁴, la cual establece en su fundamento 3 que: *“en virtud del principio de la primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos”*. Así también en la sentencia N° 1944-2002-AA/TC²⁸⁵ se señala en su fundamento 3 que el Principio de Primacía de la Realidad significa que: *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”* llegando incluso a través de la aplicación de dicho principio a determinar que un contrato es de naturaleza permanente y no eventual como se pretendía hacer prevalecer por el empleador”. Del mismo modo en la sentencia N° 833-2004-AA/TC²⁸⁶ se indica en su fundamento 5 que *“en virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos...”*. En el mismo sentido en la STC N° 008-2005-PI²⁸⁷, establece que el Principio de la primacía de la realidad es una regla rectora

²⁸³ Miguel Ángel Silva Ormeño, “El principio de la primacía de la realidad”, <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>

²⁸⁴ STC N° 991-2000, publicada con fecha 11 de junio de 2001.

²⁸⁵ STC N° 1944-2002, publicada con fecha 14 de noviembre de 2003.

²⁸⁶ STC N° 833-2004, publicada con fecha 27 de setiembre de 2004.

²⁸⁷ STC N° 08-2005-AI, publicada con fecha 14 de setiembre de 2005.

que informa la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante interpretación, aplicación o integración normativa; ya con anterioridad.

- f) **Derecho a la igualdad en el ámbito laboral:** Este Derecho se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, según el cual: “*Toda persona tiene derecho a: (...) 2. La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”. Asimismo el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica. En la sentencia N° 00045-2004-AI/TC, se ha señalado que la igualdad: “detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes”.

2.2. Codificación de temas y subtemas

CAPITULO I

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD

DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

I. CONCEPTOS BÁSICOS

1. Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1.1. Naturaleza de los Derechos Económicos y sociales y culturales

1.1.1. Los DESC como Derechos Humanos

1.1.2. Los DESC y su calidad de derechos fundamentales

2. Exigibilidad de los DESC

3. Los derechos laborales en su calidad de derechos económicos, sociales y culturales

II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

1. El principio de Progresividad de los DESC

2. La prohibición de Regresividad de los DESC

- 2.1. La Prohibición de Regresividad en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 2.2. La Prohibición de Regresividad en los instrumentos del Séstese Interamericano de Derechos Humanos
- 2.3. El principio de no regresividad en el ámbito interno
3. Prohibición de regresividad en materia laboral
4. Alcances de la prohibición de regresividad
 - 4.1. Noción de regresividad
 - 4.2. No regresividad y razonabilidad
 - 4.3. Criterios de justificación de medidas regresivas, determinación de la regresividad
 - 4.4. Presunción de invalidez

CAPITULO II

PROGRESIVIDAD DEL DERECHO AL TRABAJO – DERECHO A LA ADECUADA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL PERU

I. PREMISAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL PERU

1. Derecho al trabajo

- 1.1. Contenido del Derecho al trabajo en el Perú

2. Contrato de trabajo

- 2.1. Regímenes Laborales
- 2.2. Clases de contrato de trabajo
 - 2.2.1. Contratos a plazo indeterminado
 - 2.2.2. Contratos a plazo fijo

3. Las relaciones laborales en la administración pública

- 3.1. Regímenes Laborales en la Administración Pública
 - 3.1.1. Decreto Legislativo N° 276
 - 3.1.2. Decreto Legislativo N° 728
 - 3.1.3. Decreto Legislativo N° 1057
- 3.2. Reforma en la administración pública: Servicio Civil
 - 3.2.1. Proceso de implementación del nuevo régimen del servicio civil.
 - 3.2.2. La meritocracia en la reforma del Servicio Civil

4. Desnaturalización de los contratos laborales

5. El Despido

- 5.1. Clases de despido

II. DESPIDO ARBITRARIO, PRINCIPIOS Y LINEAMIENTOS EN MATERIA LABORAL CON RESPECTO AL PRECEDENTE VINCULANTE

1. Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario

1.1. Expediente N° 1124-2001-AA/TC - Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú

1.2. Expediente N° 976-2001-AA/TC - Eusebio Llanos Huasco

1.3. Expediente N.° 0206-2005-PA/TC -César Antonio Baylón Flores

2. Principios laborales

2.1. Principio de igualdad y no discriminación

2.2. Principio de Igualdad en las relaciones laborales

2.3. Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad

2.4. Principio de Continuidad

2.5. Principio protector

2.5.1. Indubio Pro operario

2.5.2. Aplicación de la norma más favorable

2.5.3. La condición más beneficiosa

2.6. El principio de la primacía de la realidad

CAPITULO III

“Precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC”

1. Seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones judiciales

2. Contenido esencial del precedente

2.1. Contenido esencial del precedente vinculante en el Perú

3. Análisis de la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC

3.1. Aclaraciones sobre el Precedente Vinculante

a) Auto de aclaración de la Sentencia N° 05057-2013

b) Casación Laboral N° 12475-2014

4. Meritocracia en la reforma del Servicio Civil y el Derecho al trabajo

5. Regresividad de los DESC en el Precedente vinculante emitido en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Por lo reciente de la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC, a la fecha no se ha encontrado ningún antecedente investigativo que concuerde con el problema de investigación.

4. OBJETIVOS

Determinar cuáles son los alcances del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Determinar qué grado de progresividad ha alcanzado en la normatividad laboral peruana el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado.

Establecer si a través del precedente vinculante recaído en la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC, se habrían transgredido el derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario de los servidores públicos sujetos al régimen privado lo que significa una regresividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en materia laboral del régimen laboral de la administración pública.

5. HIPÓTESIS

Dado que:

Mediante la Sentencia N° 05057-2013- PA/TC, que ha determinado un nuevo criterio sobre la reposición del servidor público sujeto a contratos del régimen laboral privado, contrario al criterio uniforme que ya había adoptado el Tribunal Constitucional.

Es probable que:

A través de la Sentencia N° 05057-2013- PA/TC, se haya incurrido en la regresividad del derecho al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

6. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

6.1.1. TÉCNICAS

Para la búsqueda y acopio de información en el presente proyecto de investigación, se usará la técnica del análisis documental.

6.1.2. INSTRUMENTOS

En concordancia con la técnica, los instrumentos con los que se trabajaran serán fichas de registro (biblioteca, hemeroteca, consultas en Internet) y fichas de investigación.

7. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

7.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente manera:

a) **Revisión Conceptual:**

La recolección de información realizada por la investigadora en las siguientes bibliotecas:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca del Colegio de Abogados
- Exploración vía internet
- Otros libros

b) Método:

El método mediante el cual se desarrollará el presente trabajo será a través de la interpretación que se hará la revisión de las normas internacionales y nacionales, jurisprudencia relacionada al tema de investigación, tomando en cuenta los datos relevantes de cada una de ellas.

III. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA**a) BIBLIOGRAFÍA****a.1) Normas y Tratados internacionales**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo Jurisprudencia comparada

a.2) Normas nacionales y jurisprudencia:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Decreto Legislativo N°728, así como su respectivo TUO.
- Ley Marco del Empleo Público - Ley N° 28175.
- Decreto Supremo N.° 003-97-TR.
- Ley del Servicio Civil - Ley N° 30057.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema

a.3) Libros

CANÇADO TRINDADE, Antonio (2001) *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile

GUTIERREZ PERILLA, María del Pilar (2014) *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hacia una concepción bidimensional del desarrollo progresivo*. España. Editorial Académica Española (publicación digital)

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Lima Ara Editores 2012

HARO CARRANZA, Julio E., *Derecho Laboral público empleo público o servicio civil*, Lima San Marcos 2008

GACETA JURIDICA S.A., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia Relevante y anotada para su publicación*, Lima S.E. 2010
SOTO CAÑEDO, Carlos Alberto *Régimen del Servicio Civil*, Lima Pacifico Editores (2013)
VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis, *Régimen Laboral de los trabajadores públicos en la Jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil*, Lima Gaceta Jurídica 2014

a.4) Publicaciones y Revistas

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES:
Folleto informativo No.16.
GACETA CONSTITUCIONAL (2010) Los derechos Fundamentales, estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima. Gaceta Jurídica
UNIVERSIDAD DE TALCA - FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES “El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica” Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, 2012

a.5) Fuentes web

- Organización de Estados Americanos (OEA)
<http://www.oas.org/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
<http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
<http://www.corteidh.org>
- Tribunal Constitucional
www.tc.gob.pe/
- Organización Internacional del Trabajo
<http://www.ilo.org/americas/lang--es/index.htm>
- ius360
www.ius360.com/
- La Ley
www.laley.pe/
- SERVIR - Autoridad Nacional del Servicio Civil
www.servir.gob.pe/

2. Sentencia N° 05057-2013-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y argumenta que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. Agrega que, “la demandante pretende que se declare el derecho (...) esto es de ser trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo 728, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó indefectiblemente el día de la publicación de los resultados del proceso de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728”. Asimismo, manifiesta que “de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el Sector Público en materia de contratación de personal,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

el ingreso de éste se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujetos a los documentos de gestión respectivos”.

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

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 28 de mayo de 2012, declaró infundada la excepción y, con fecha 14 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios adjuntados al proceso se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal.

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

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del pefitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que desempeñaba. Afirmo que fue contratada por la Corte Superior de Justicia de Junín para trabajar como secretaria judicial, desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011. Refiere que suscribió contratos sujetos a modalidad y en un “cargo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

que es ocupado de naturaleza permanente” (sic), de modo que al no haber sido despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, se ha desnaturalizado el respectivo contrato, por lo que tiene la condición de “personal permanente” (sic), vulnerándose así sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

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

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

3. En el presente caso, más allá de los argumentos de defensa de los emplazados (quienes alegan que el ingreso a la Administración Pública exige necesariamente un concurso público), se aprecia que tanto en la comunidad jurídica como en órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso en el Tribunal Constitucional, existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 –cuyo ámbito de aplicación comprende a las empresas y trabajadores de la actividad privada– respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de “ingreso por concurso público”; o ii) si tratándose del *empleo público*, se exige el requisito de “ingreso por concurso público”, tal como lo prevé el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público.
4. Teniendo en cuenta la relevancia de dicha interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la “carrera administrativa” (expresión constitucional general cuyo análisis en esta sentencia no se circunscribe al desarrollo legislativo del Decreto Legislativo N.º 276, de bases de la carrera administrativa, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado), es necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones con la finalidad de fijar un precedente vinculante que resuelva las divergencias generadas, dejándose constancia de que sobre este asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada –expedida en mayoría– que sigue el primero de los criterios mencionados en el párrafo anterior.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

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

5. Analizando la jurisprudencia constitucional, se verifica que en casos de extrabajadores con contratos temporales o civiles en entidades *públicas* que contratan personal bajo el régimen laboral privado, se han estimado las respectivas demandas de amparo y ordenado su reposición en dichas entidades como trabajadores a plazo indeterminado. Al adoptar dicha posición es evidente que se ha optado por una *interpretación literal y aislada* de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, a la que se ha llegado utilizando, en general, el siguiente razonamiento, a modo de ejemplo: i) *premisa normativa*: el aludido artículo 77.º establece que “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (Decreto Legislativo N.º 728)”, y el artículo 4.º prevé que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”; ii) *premisa fáctica*: en el caso concreto del extrabajador X, se ha demostrado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicha ley o que por aplicación del principio de primacía de la realidad se haya desnaturalizado la contratación civil; y iii) en *conclusión*, corresponde reincorporar al trabajador X mediante un contrato de duración indeterminada.
6. Por otra parte, se han identificado otras posiciones en las que se consideraba que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida que el artículo 5º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.
7. De la revisión de tales posiciones, el Tribunal Constitucional estima que a efectos de fijar una posición interpretativa sobre el particular es indispensable analizar previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.

§4. Disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos

8. En el capítulo IV “De la función pública” de la Constitución (artículos 39.º a 42.º) se regulan determinadas disposiciones respecto de los funcionarios y servidores públicos. De la interpretación de dichas disposiciones y otras que resulten relevantes en función de lo discutido en el presente caso, se desprenden los siguientes contenidos de relevancia constitucional:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

- a) *La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.* Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación *constitucionalmente adecuada* del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (Expediente N.º 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 52).

El concepto “función pública” en el derecho de acceso a la función pública comprende dos tipos de función que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa –a la que se designa específicamente como “cargo”- ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31º, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de Presidente de la República, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración estatal regional o municipal, y, desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

c) *Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa.* El artículo 40º de la Constitución establece que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”. Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley. La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

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

Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que “(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica” (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la “(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párrafo 27). Sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no “(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (párrafo 36).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

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

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

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

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA

BEATRIZ

HUATUCO HUATUCO

acceso a la función pública de las personas (FJ 50).

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

9. Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que *el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.*
10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012-PI/TC FJ 56).
11. No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: “Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles”. Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67.º de la referida ley.
12. Asimismo, según lo previsto en la Ley N.º 30057, se busca garantizar que el principio del mérito esté presente tanto en el ingreso como en la permanencia del personal, por lo que el acceso a los puestos del referido régimen laboral se dará mediante concursos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

también estará regido por concursos de méritos. Del mismo modo, en el Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley General del Servicio Civil, se regula el acceso al servicio civil mediante concurso público de méritos (artículos 161.º, 165.º y siguientes).

13. De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto. Esto significará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.
14. Los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no sólo deberán evaluar en los participantes : i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza.
15. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 *supra*, cabe establecer que cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
16. En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

confianza, a quienes no les corresponde la reposición.

17. En esa perspectiva, este Tribunal, en su jurisprudencia, ha establecido que en los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para que un ex trabajador sea reincorporado, cuando se interponga y admita una demanda debe registrarse como una posible contingencia económica que es necesario prever en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimatoria (SSTC N.ºs 3470-2012-PA/TC, 00404-2013-PA/TC, 04763-2011-PA/TC, 01214-2012-PA/TC, 00276-2013-PA/TC, 04225-2012-PA/TC, entre otros), siempre y cuando se verifique que el demandante ha ingresado mediante concurso público de méritos y abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

§6. Otro supuesto: cuando el demandante no ha ingresado a la Administración Pública mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"

18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

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

19. Debe enfatizarse que las disposiciones constitucionales que regulan el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, así como el respeto de los derechos de los trabajadores, deben ser escrupulosamente observados y cumplidos por los respectivos funcionarios y servidores que están encargados y son responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado, pues de lo contrario deberá imponérseles las sanciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 243.º de la Ley N.º 27444.
20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46º y 47º Ley N.º 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.º 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.º de la mencionada Ley N.º 27785.

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

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

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

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

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

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

§9. Precedente vinculante

24. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)".

25. Teniendo como punto de partida la naturaleza del caso concreto y con la finalidad de ordenar las diferentes posiciones interpretativas que operan en la jurisprudencia constitucional, resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la desnaturalización de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. En consecuencia, es indispensable, para ordenar la reposición en los términos que exige la parte demandante, que el juzgador analice y verifique que se cumplan determinadas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

reglas establecidas en la presente sentencia.

26. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 *supra*, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado.
27. El precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

§10. Análisis del caso concreto

Argumentos de la demandante

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

Argumentos de la parte demandada

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

Consideraciones del Tribunal Constitucional

30. El artículo 63.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 establece expresamente que “los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Asimismo, el artículo 72.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 establece que “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y *las causas objetivas determinantes de la contratación*, así como las demás condiciones de la relación laboral”.

31. En el caso de autos, la demandante afirma haber sido objeto de un despido incausado en noviembre de 2011; por tanto, a fin de verificar si éste se produjo o no, se procederá a analizar el periodo contractual en el que habría ocurrido el supuesto despido. Para ello, es necesario determinar si los contratos modales suscritos entre la trabajadora y la parte demandada se desnaturalizaron, debiendo ser considerado este como un contrato de plazo indeterminado, en cuyo caso la parte demandante sólo podía ser despedida por causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justifique.
32. En la cláusula primera del contrato de trabajo para servicio específico, que obra a fojas 10, y en las cláusulas segunda y tercera del mismo, se ha cumplido con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal. Asimismo, se ha acreditado que la actora realizó las mismas funciones para las que fue contratada y que no trabajó luego del vencimiento del último contrato. En consecuencia, no se han desnaturalizado los contratos modales suscritos entre las partes.
33. Conforme al artículo 16, inciso c) del TUO del Decreto Legislativo 728, son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. En este caso se puede afirmar que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado. Siendo así, no tienen asidero las expresiones de la parte demandante en el sentido que habría sido despedida sin causa alguna. Por tanto, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos constitucionales relativos al trabajo, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia.
3. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ
HUATUCO HUATUCO

Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

4. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, las nuevas demandas de amparo cuya pretensión no cumpla con el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”, deben ser declaradas improcedentes.
5. Declarar que las reglas que constituyen precedente son de obligatorio cumplimiento por todos, especialmente los órganos jurisdiccionales constitucionales y sólo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, no siendo de aplicación en el régimen de contratación para el sector privado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Oscar Espinoza Saldaña

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente fundamento de voto con el objeto de justificar las razones por las que considero necesario modificar la línea jurisprudencial que sobre la reposición laboral en la Administración Pública, ha seguido Tribunal Constitucional desde hace muchos años, incluso desde antes de ser designado como integrante del mismo.

1. En principio, estoy obligado a ser consistente con mis decisiones previas debido a que casos sustancialmente iguales deben ser resueltos de la misma manera. Sin embargo, al formar parte de un Colegiado que adopta sus decisiones, previa deliberación e intercambio de ideas entre sus miembros, tengo el ineludible deber de defender mis posturas, sin que ello signifique descartar, de antemano, la posibilidad que, al escuchar posiciones diferentes a las mías, considere que determinadas líneas jurisprudenciales que he compartido, deban ser rectificadas.
2. La tolerancia y la apertura de ideas para aceptar contraargumentos mejor razonados, o que respondan de mejor manera a los mandatos de la Constitución, son imprescindibles para cumplir con el deber de impartir justicia constitucional que me ha sido encomendado, más aún si las controversias que conocemos no se resuelven apelando a soluciones matemáticas, ni existen respuestas únicas a las mismas¹.
3. De ahí que cuando se justifique enmendar una línea jurisprudencial, estamos obligados a evaluarlo y, eventualmente, a proceder en ese sentido. Ni el principio de seguridad jurídica, ni el derecho a la igualdad, deben prevalecer a rajatabla frente a cualquier otra consideración jurídica² pues, tanto el ordenamiento jurídico, como la aplicación del mismo por parte de la judicatura, deben ir adaptándose a las transformaciones que experimente tanto la sociedad (que es dinámica) como el propio Estado (que viene siendo reformado).
4. Ahora bien, he llegado al convencimiento de que el criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la reposición laboral en la Administración Pública debe ser modificado debido a que:

¹ URVIOLA HANI, Óscar. "El Deber de Ingratitud". En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. N.º 7, Nueva Época, 2014.

² Aclaración de Voto del exmagistrado de la Corte Constitucional Colombiana, don Eduardo Cifuentes Muñoz en la Sentencia SU.337/98 recaída en el Expediente n.º T-149299.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

- a. Paulatinamente se viene instaurando un nuevo régimen laboral único (Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil) basado en la meritocracia, optimizando, de este modo, los escasos recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer necesidades colectivas.

Ahora bien, dado que el estado actual de la jurisprudencia se opone a lo dispuesto en dicha ley que, entre otras cosas, busca imponer de manera gradual un régimen laboral único en el Estado, para lo cual cierra el ingreso de personal bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 728, se hace imprescindible un viraje en la misma.

De otro lado, tampoco puede soslayarse que los derechos fundamentales no son ilimitados; es decir, pueden ser restringidos razonablemente en función de otros bienes constitucionales, como lo es una reforma integral en el régimen laboral de trabajadores estatales.

- b. Con la modificación efectuada a la línea jurisprudencial se contribuirá a impedir que gestiones en la Administración Pública cuyo mandato está por concluir, desnaturalicen contratos con personas cuyas cualidades para el puesto no han sido transparentemente evaluadas.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente.

Este cambio en el ordenamiento jurídico, aunado a esta mala práctica que lamentablemente ha sido frecuente, justifican, en mi opinión, que varíe la posición que hasta la fecha uniformemente había suscrito.

Sr.

URVIOLA HANI

Lo que certifico:



OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP.° 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ

Me hallo de acuerdo con el modo en el que se ha resuelto el caso, que concilia la necesidad de modernización del Estado con la conveniencia de fijar y consolidar una carrera que repose en el mérito. No obstante, en relación al precedente, manifiesto mi disconformidad con su aplicación inmediata. Cuando se alegue en las demandas de amparo la desnaturalización de su contrato, siempre que no se haya ingresado por concurso público, o también, no exista una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada, las demandas deberán reconducirse a la vía laboral.

Puesto que las reglas que contiene un precedente innovan el ordenamiento jurídico casi de la misma manera que lo hacen los mandatos normativos, estimo que la variación de un criterio que comportará, a su vez, una reconducción del proceso a la vía ordinaria (y, con ella, una alteración de la pretensión), debería operar solo para aquellos casos que se inicien luego de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Creo que un efecto de esta naturaleza no se deriva tanto de la aplicación forzada de la teoría de los derechos adquiridos –que tras la modificación del artículo 103 de la Constitución, que adoptó la teoría de los hechos cumplidos, no existe siquiera para las leyes o las normas jurídicas en general– sino, esencialmente, como consecuencia del deber de respetar y garantizar el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley (art. 139.3 de la Constitución).

En mi opinión, al momento de interponerse las demandas que ahora se reconducirán a la jurisdicción ordinaria, los jueces de amparo estaban legalmente predeterminados para conocer de pretensiones que aspiraban a obtener la reposición. Tras la aplicación inmediata del precedente, por vía de una decisión jurisdiccional y no legal, ahora estos jueces carecen de competencia material. Y si bien la justicia laboral no está integrada por jueces de excepción o por funcionarios que juzgan por delegación o comisión, sí me parece que la decisión de “reconducir” los procesos que se encuentran en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional significara para los justiciables un “desvío” de la jurisdicción constitucional que se encontraba predeterminada por ley. No por un acto de voluntad del justiciable, sino por efectos de una decisión autoritativa de este Tribunal.

Tampoco puedo dejar de advertir que, tal y como se encuentra formulado, el precedente generará un alto nivel de inseguridad jurídica para el justiciable. Nuestra jurisprudencia ha sido pacífica en reconocer que la predecibilidad de las conductas, sobre todo de aquellas realizadas por funcionarios públicos, es una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal no puede ser ajeno a esta labor, por lo que, si bien la construcción de nuevas reglas es una facultad ínsita a los órganos que administran justicia, dicha atribución debe ejercerse con plena observancia del conjunto de derechos y principios que nuestra Constitución reconoce.



EXP.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestra preocupación frente a esta clase de situaciones generó que, en el desarrollo de nuestra jurisprudencia, reconociéramos herramientas procesales para no perjudicar al demandante que ya decidió acudir a la justicia constitucional, en el entendido que podría obtener un pronunciamiento favorable. Un ejemplo de ello se advierte con la aplicación del *prospective overruling*, técnica que ha permitido que la jurisprudencia no adquiera eficacia para el caso decidido, sino que opere para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido.

Soy, pues, un convencido en relación con nuestro deber de adaptar nuestros pronunciamientos a las circunstancias y necesidades actuales, pero estimo, respetuosamente, que ello de ninguna manera puede otorgarnos una carta libre para modificar, *ipso facto*, las reglas establecidas al momento en que el accionante acudió a la justicia constitucional. Nuestra jurisprudencia, y las reglas que, a través de la misma, hemos desarrollado, también se sujetan al cuadro de principios y derechos que la Constitución reconoce.

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO
HUATUCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuero con lo resuelto por mis distinguidos colegas magistrados, en el sentido de declarar INFUNDADA la demanda, pero me aparto de ello en tanto convalida el derecho a la reposición laboral. A mi juicio, ésta no tiene sustento en la Constitución y deriva solo de una interpretación errada del contenido del derecho al trabajo, realizada por el Tribunal Constitucional. A continuación, presento las razones que me hacen pensar así.

En el Perú, la reposición fue establecida por el Decreto Ley N° 18471, promulgado en 1970 por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada. Cuando alguien era despedido sin que mediara causa legalmente determinada, el juez podía ordenar su reposición. Desde entonces, ella pasó a ser conocida como “estabilidad laboral”. Así, fue convalidada por la Constitución de 1979, cuando su artículo 48° dijo “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo.”

En 1991, el Decreto Legislativo N° 728 circunscribió la reposición, estableciendo que cabía solo frente al despido que violaba derechos fundamentales. A éste le llamó “nulo”. Así, cabía la reposición para quienes eran despedidos, por ejemplo, en razón de su sexo o raza. El despido que no violaba derechos fundamentales, pero que no tenía causa prevista por ley, no era nulo sino solo “arbitrario”, tal como lo precisó la Ley N° 26513. Contra él, cabía solo la indemnización.

En 1993, el Perú cambió de Constitución. La nueva Constitución sigue el orden y estructura de la previa, pero introduce cambios de contenido importantes. Su artículo 27° sustituye al precitado artículo 48° de 1979, limitándose a decir: “La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”. Al eliminar la frase “derecho de estabilidad en el trabajo”, la Constitución de 1993 confirma que no cabe la reposición frente al despido arbitrario.

Ciertamente, al resolver el caso Sindicato Telefónica (2002), el Tribunal Constitucional tuvo razón al declarar inconstitucional el Decreto Legislativo N° 728. No obstante, la inconstitucionalidad de éste radica en que establece una categoría de despido que la Constitución de 1993 ya no contempla, no en que limita la reposición al despido nulo, como dijo entonces el Tribunal, argumentando que había desigualdad entre empresas y trabajadores.

Este error fue profundizado en el caso Llanos Huasco (2003). En éste, la razón que el Tribunal dio para señalar que cabe la reposición frente al despido arbitrario fue la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO
HUATUCO

existencia del amparo laboral. Como el amparo tiene naturaleza restitutoria —dijo—, la existencia del amparo laboral prueba que el derecho al trabajo incluye la reposición. Así, el contenido de un derecho sustantivo fue determinado por la existencia de un mecanismo procesal.

El derecho al trabajo está consagrado por el artículo 22° de la Constitución de 1993. Éste dice: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.” Indudablemente, el trabajo es un derecho fundamental, pero ello no implica que incluya el derecho a la reposición. En realidad, su contenido debe ser determinado de una revisión conjunta de todas las normas referidas a los derechos fundamentales y al régimen constitucional económico.

En esta perspectiva, éste debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

Además, esta interpretación predomina internacionalmente. El derecho al trabajo está incluido, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23°). Pocos países, sin embargo, admiten la reposición; generalmente, establecen solo la indemnización contra el despido injustificado —al que el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define como aquel que no deriva de la capacidad o conducta del trabajador, o de las necesidades de la empresa.

Más específicamente, el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —conocido, simplemente, como Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido legalmente injustificado. Por tanto, el Perú puede admitir la reposición, como lo hizo la Constitución de 1979, o no hacerlo, como lo hace la Constitución de 1993.

Por estas razones, aunque reconozco que la sentencia en mayoría apunta en la dirección correcta de limitar los casos en los que cabe la reposición laboral en el sector público, no comparto la convalidación de la misma que ella implica —menos todavía, cuando establece un precedente.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 05057-2013-PA/TC
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO
HUATUCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto a mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo de la resolución de mayoría, en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances de las reglas establecidas en sus fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, aprobadas como precedente vinculante, invocando el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que en lo sucesivo denominaré Precedente Huatuco.

La fundamentación del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. Reglas establecidas en el Precedente Huatuco.
2. Resumen de las reglas del Precedente Huatuco.
3. Principales razones de mi discrepancia.
4. Concepto de precedente constitucional vinculante.
5. Premisas para el dictado de un precedente vinculante.
6. Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional.
7. Falta de presupuestos y premisas para el dictado del Precedente Huatuco.
8. Utilización indiscriminada del precedente vinculante.
9. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica.
10. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del Precedente Huatuco.
11. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición.
12. Aplicación y efectos en el tiempo del Precedente Huatuco.
13. El sentido de mi voto.

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. Reglas establecidas en el Precedente Huatuco.

Las reglas establecidas en los Fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 del Precedente Huatuco son las siguientes:

– Regla establecida en el Fundamento 18:

“Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado."

– **Regla establecida en el Fundamento 20:**

"Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.° de la mencionada Ley N.° 27785.

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

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11.° y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurrir en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve."

– **Regla establecida en el Fundamento 21:**

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

– **Regla establecida en el Fundamento 22:**

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

– **Regla establecida en el Fundamento 23:**

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

2. Resumen de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco:

De la lectura detallada de las precitadas reglas, se aprecia que, en resumen, el Precedente Huatuco ha establecido que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2.1 En el sector público no podrá ordenarse la incorporación o reposición a tiempo indeterminado de los trabajadores despedidos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, por cuanto la incorporación o reposición a la Administración Pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada. Esta regla es de aplicación inmediata y no alcanza al sector privado.
- 2.2 Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial.
- 2.3 A fin de determinar la responsabilidad de tales funcionarios y/o servidores, las entidades estatales recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, proporcionando posteriormente dicha información a la Oficina de Control Interno, a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario respectivo y se establezcan las sanciones pertinentes.
- 2.4 Los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. A su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.
- 2.5 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. Se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.
- 2.6 Sus reglas son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", incluso a los procesos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

- 2.7 Las demandas presentadas luego de su publicación y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.

3. Principales razones de mi discrepancia.

Discrepo en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances del precedente Huatuco, por cuanto:

- 3.1 Contrariando la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones (hace cerca de veinte años), elimina el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público, sin importar el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor permanente, afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú.
- 3.2 Convalida un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida, contrariando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentada en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá sobre los despidos efectuados sin respetar las garantías mínimas, a pesar de que tal jurisprudencia ha sido invocada, recogida y asumida por el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, como es el caso de la STC 00606-2010-PA/TC, ejecutoria en la que el Tribunal Constitucional señaló que el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso, pues el resultado de una sanción en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben aplicarse teniendo presentes la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos.

- 3.3 Tiene un sentido reglamentista, punitivo y draconiano que hace énfasis en la sanción y penalización de los funcionarios y trabajadores encargados de la contratación pública, desconociendo que la contratación pública nacional presenta, desde hace varias décadas, la característica que de los más de 1'400,000.00 trabajadores¹ que laboran en el sector público, el mayor número de ellos ha sido contratado sin concurso, obviando que las renovaciones constantes de sus contratos traducen también una evaluación en los hechos, confirmada por su permanencia en el trabajo y por la primacía de la realidad; confundiendo, además, el ejercicio de la magistratura constitucional con el ejercicio de la labor legislativa y el ejercicio del control de la gestión gubernamental, que son propias del Poder Legislativo y de los entes facultados para emitir normas de derecho positivo, así como de la Contraloría General de la República, como si el Tribunal Constitucional fuera un órgano legislativo y parte dependiente del sistema nacional de control.
- 3.4 Irradia inconstitucionales efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a su aprobación, frustrando las expectativas y violando el derecho de los trabajadores del sector público que hayan celebrado contratos temporales o civiles del sector público, que hayan obtenido sentencia que ordene su reposición, que se encuentran tramitando su reposición judicial o que se encuentren por iniciar un proceso con tal fin.
- 3.5 Desnaturaliza el sentido de la figura del precedente constitucional vinculante, no responde mínimamente al concepto de lo que debe entenderse por precedente constitucional vinculante ni respeta las premisas básicas que se exigen para su aprobación.

Precisadas las principales razones de mi discrepancia con la pertinencia, sentido, contenido y alcances el Precedente Huatuco, me referiré a continuación al concepto de precedente constitucional vinculante y a las premisas que exige su aprobación, que desde mi punto de vista han sido dejadas totalmente de lado en la resolución de mayoría.

¹ Dato contenido en el Informe de Implementación de la Reforma del Servicio Civil. Avances y logros durante el año 2014. Consultado en (<http://www.servir.gob.pe>)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Concepto de precedente constitucional vinculante.

El precedente constitucional vinculante, creado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (sin perjuicio de su tímido antecedente que recogía la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo de 1982), es una regla expresamente establecida como tal por el Tribunal Constitucional, con efectos vinculantes, obligatorios y generales, en una sentencia que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, dictada al resolver un proceso constitucional en el que ha emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto; regla que es consecuencia de una larga secuencia de sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando determinado criterio que estima necesario consagrar como obligatorio y vinculante porque contribuye a una mejor y mayor cautela de los derechos constitucionales y fortalece su rol de máximo garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, guardián de la supremacía constitucional y supremo intérprete de la Constitución.

Al respecto, resulta ilustrativo citar los comentarios del maestro Domingo García Belaunde, principal gestor y autor del Código Procesal Constitucional, quien al comentar sobre la figura del precedente constitucional vinculante afirma:

“El precedente en el Perú tiene relativamente corta vida. Para efectos concretos la primera vez que esto se introduce entre nosotros a nivel legislativo, si bien tímidamente, es en 1982, en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo de ese año, fruto de una comisión ad hoc nombrada por el entonces Ministro de Justicia, Enrique Elías Laroza y presidida por mí. Tal propuesta la planteé desde un inicio y tuvo acogida entre mis colegas miembros de la Comisión. Y como tal fue sancionada por el Pleno del Congreso de la República y entró en vigencia en diciembre de ese año.

Ahora bien, lo que tenía o teníamos en mente, era sobre todo la idea de ir construyendo una jurisprudencia orientadora que, por un lado, contribuyese a asentar la naciente experiencia de jurisdicción constitucional que entonces recién empezaba, (de acuerdo al modelo adoptado en la Constitución de 1979 y hasta que ahora se mantiene). Y por otro lado, crear firmeza en los pronunciamientos que contribuyesen a afianzar nuestro Estado de Derecho. Pero como sucede siempre en estas ocasiones, el enunciado normativo sirvió de muy poco. Fue más bien en el Código Procesal Constitucional de 2004 donde se le precisó en el artículo VII del Título Preliminar. Fue pensado para que fuera usado con calma y prudencia y solo en casos especiales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para tal efecto, pensaba yo en la evolución de los precedentes en el sistema jurídico norteamericano, que dentro de sus limitaciones, ha contribuido enormemente a afianzar su sistema jurídico. Lamentablemente, ayuno nuestro país de tradiciones constitucionales firmes, desconocedor de doctrina y jurisprudencia extranjera y sin literatura especializada que la orientase, empezó a usar tal concepto en forma bastante alegre y despreocupada, llegándose al caso de sentar precedentes en situaciones muy inciertas y muy abiertas al debate y peor aún: cambiados con frecuencia. Así, mientras en los Estados Unidos el precedente se fija y se vuelve obligatorio luego de una larga hilera de casos que van desbrozando el camino, aquí sucedió al revés. Primero se sentaba el precedente, y luego se veía qué pasaba y que problemas nuevos asomaban. Esto condujo a resultados poco serios y encontrados.” (Presentación liminar consignada en: BARKER, Robert S. “El precedente vinculante y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”. Serie Cuadernos Constitucionales. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2014, pp. 13 y 14).

Dicho esto, resulta desconcertante la asunción del Precedente Huatuco por el Tribunal Constitucional, pues, como se observa, y lo voy a demostrar, nace contrariando su propia y uniforme jurisprudencia, sin que se haya perfilado una regla a través de una hilera de sentencias y afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú, al eliminar el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público; sin importar, repito, el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor de naturaleza permanente.

5. Premisas para el dictado de un precedente vinculante.

Son dos las principales premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional y que corresponden al rol que le compete como supremo interprete de la Constitución, garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garante de la supremacía normativa de la Norma Suprema de la República, en armonía con los artículos 200, 201 y demás pertinentes de la Constitución, y los artículos II, III, IV, V y VI del Título



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Preliminar, y demás pertinentes del Código Procesal Constitucional, y los artículos 1, 2 y demás pertinentes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Rol que es armónico con los fines esenciales de los procesos constitucionales, que establece el artículo II del Título Preliminar del citado Código Procesal Constitucional, el cual a la letra preceptúa:

“Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

Las premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante se desprenden del concepto de dicho instituto procesal y de los fines de los procesos constitucionales. Específicamente, si el precedente se refiere al ejercicio, alcances o cobertura de un derecho fundamental, el precedente debe imperativamente ser armónico con el fin de garantizar su vigencia efectiva.

Dicho esto, las premisas en mención son las siguientes:

- a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

Vale decir, el precedente vinculante nace a raíz de un camino recorrido por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de la magistratura constitucional. No es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial, que nazca sin tal condición, como si se tratara de una labor meramente legislativa, propia del Poder Legislativo, salvo que su objetivo sea fortalecer el marco de protección de los derechos fundamentales.

- b) Que el precedente vinculante tenga invivita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio.

Por ello, la inspiración del precedente debe responder al rol tuitivo y reivindicativo del Tribunal Constitucional, tendiente a mejorar los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por tanto, el motor o la inspiración del precedente no puede ni debe ser otro que brindar mayor y mejor protección al justiciable que alega afectación de sus derechos esenciales, sea por amenaza o por violación.

En el presente caso el precedente que me ocupa nace contrariando la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, abandonando por completo el rol tuitivo que le corresponde a favor de los derechos e inspirado, por el contrario, en la búsqueda de una fórmula que proteja los intereses económicos del Estado, asumiendo un rol sancionatorio y punitivo contra los funcionarios y las autoridades públicas que contrataron sin concurso. Es decir, ayuno totalmente de las premisas que cimientan y sustentan su razón de ser.

6. Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional.

La línea jurisprudencial que ha venido construyendo el Tribunal Constitucional en materia de amparos laborales del régimen público, a contramano de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco, ha sido tuitiva, finalista y garantista, aplicando el principio de la primacía de la realidad y ordenando la reposición de aquellos trabajadores del Sector Público despedidos, que ingresaron por contratos temporales o civiles, que demostraron haber realizado una labor de naturaleza permanente, sujeta a subordinación y dependencia.

Esa línea se ve reflejada en numerosas sentencias dictadas por los sucesivos colegiados que han integrado el Tribunal Constitucional, de las cuales sólo en forma ilustrativa, voy a referir algunas dictadas entre el 2002 y la fecha (en los últimos 13 años); sentencias en las que, recalco, se ordenó la reposición del trabajador en casos de servidores que no habían ingresado a la Administración Pública por concurso, pero que habían continuado laborando a través de sucesivas renovaciones o prórrogas, desempeñando labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de horario, dependencia y subordinación; casos en los cuales uniformemente se aplicó el principio de la primacía de la realidad.

Con tal fin, detallo el número de la sentencia, el proceso en el que se dictó, las partes intervinientes en el mismo y el derecho alegado, además de transcribir la parte resolutive de la misma y los fundamentos pertinentes, así como indicar los magistrados que en su oportunidad las suscribieron:

- 6.1 **STC 01562-2002-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Alejandro Navarro Pinedo contra INRENA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, la declara FUNDADA. En consecuencia, ordena a la emplazada reponer al recurrente y regularizar su situación laboral. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“De otro lado, en autos obran los contratos de locación de servicios, suscritos entre el recurrente y la emplazada, los mismos que fueron renovados en forma ininterrumpida desde el 1 de marzo de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001, abonándosele una retribución mensual por los servicios prestados. Asimismo, mediante documentos que obran de fojas 29 a 38, la emplazada se dirigió al recurrente con el propósito de brindarle instrucciones sobre el desarrollo de determinadas actividades, llamarle la atención por el incumplimiento en la entrega de informes solicitados, exigirle el cumplimiento de un horario de trabajo, así como reubicarlo en diversos cargos, entre otros. De ello se desprende lo siguiente: a) que el recurrente ha desempeñado labores de naturaleza permanente; b) que se le ha pagado una remuneración mensual; c) que ha cumplido un horario de trabajo; y d) que ha existido una prestación personal subordinada.

Consecuentemente, resulta aplicable al presente caso el principio laboral de primacía de la realidad, pues si bien el recurrente fue contratado bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo. Por este motivo, su despido debió realizarse por las causales y mediante el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por lo que, al no actuar conforme al procedimiento antes citado, la emplazada ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo del recurrente.” (Fundamentos 3 y 4)

Magistrados firmantes:
Bardelli Lartirigoyen,
Aguirre Roca y
Gonzales Ojeda.

- 6.2 **STC 2541-2003-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Vicente Mamani Sánchez contra la Municipalidad Provincial de San Román (Juliaca), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

*“I. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Ordena reponer al demandante en el cargo que desempeñaba al momento de la violación de sus derechos constitucionales, o en otro de igual nivel o categoría (...)"

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

"Mediante la Resolución de Alcaldía N.º 1499-2002-MPSR-J/ALCA, de fecha 26 de diciembre de 2002, de fojas 2, ha quedado acreditada que el recurrente ha prestado servicios para la emplazada en calidad de 'trabajador obrero permanente' por haber laborado desde abril de 1999 en diferentes obras públicas ejecutadas por la Municipalidad. Dicha resolución establece que el actor "ha superado largamente el periodo de prueba de tres meses, adquiriendo, en consecuencia, el derecho a la estabilidad laboral en su puesto de trabajo", por encontrarse comprendido en el régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 728 .

Par tal razón, a la fecha de su cese, había adquirido protección contra el despido arbitrario de acuerdo con la dispuesta por el artículo 10º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728. Asimismo, es necesario precisar que la resolución mencionada no ha sido materia de impugnación por parte de la demandada, por lo que dicho documento es válida y surte efectos jurídicos; situación que es corroborada con los documentos ofrecidos por el recurrente que corren de fojas 4 a 22, 26 a 28 y 62 a 97, en los que constan memoranda, notas de pedido dirigidas al actor e informes de las labores realizadas como grifera municipal.

Consecuentemente, y en virtud de la precitada norma, no podía ser destituida en forma unilateral por la emplazada, sino por las causas previstas en los artículos 16º, 22º y ss. del Decreto Supremo N.º 003-97/TR, Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedida sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso." (Fundamentos 1 a 3)

Magistrados firmantes:

Alva Orlandini,
Aguirre Roca y
Gonzales Ojeda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.3 **STC 2545-2003-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Frine Mallqui Oriundo contra el Presidente del Comité Local de Administración de Salud del distrito de San Juan Bautista (CLAS), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual resolvió:

- “1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable la carta N.º 002-2003-Pdte-CLAS/SJB, de fecha 20 de febrero de 2003.
2. Ordena la reposición de la recurrente en el mismo cargo, o en otro de similar nivel.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Del estudio de autos se aprecian, de fojas 10 a 35, copias de los contratos de servicios no personales y de locación de servicios, suscritos por la demandante para asumir el cargo de auxiliar de farmacia, con una jornada y un horario de trabajo de lunes a viernes (documentos que obran de fojas 46 al 70), bajo subordinación, según documentos de fojas 36 a 41; con lo cual se acredita, fehacientemente, su relación laboral con el CLAS San Juan Bautista, advirtiéndose, además, que tal vínculo laboral comenzó el 9 de setiembre de 1996 y duró hasta el 28 de febrero de 2003, en que fue despedida; esto es, que duró más de 6 años.

Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren 3 elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera, de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

En el caso de autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en casos de discrepancia entre lo que ocurre y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que realmente acontece. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre la demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por consiguiente, habiéndose acreditado que la recurrente realizó labores de naturaleza permanente, por más de 6 años, y habiendo superado el período de prueba (artículo 10° D.S. 003-97-TR), solo podía ser cesada según las causales previstas en el Decreto Legislativo N.° 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral– Decreto Supremo N.° 003-97-TR, artículos 22° y siguientes, causales relacionadas con la capacidad del trabajador o con su conducta.” (Fundamentos 2 a 5)

Magistrados firmantes:

Alva Orlandini,
Gonzales Ojeda y
García Toma.

6.4 **STC 01162-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Elvio Núñez Becerra en contra del Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

1. *Declarar FUNDADA la demanda.*
2. *Ordenar que el Poder Judicial reponga a don Elvio Núñez Becerra como trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.*
3. *Ordenar que el Poder Judicial pague los costos del proceso en ejecución de sentencia.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Atendiendo a lo expuesto en el fundamento precedente, corresponde señalar que con las planillas de remuneraciones y las boletas de pago obrantes de fojas 10 a 12, se prueba fehacientemente que el demandante, durante el período en que fue contratado no percibía una retribución por los servicios que prestaba, sino una remuneración por las labores que desempeñaba, ya que la emplazada cumplía con retenerle las aportaciones para la seguridad social y la salud; es decir, cumplía con una obligación propia de un empleador y no la de un comitente, como alega ser el emplazado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente.” (Fundamentos 7 y 8)

Magistrados firmantes:
Gonzales Ojeda
Vergara Gotelli y
Landa Arroyo.

- 6.5 **STC 01846-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por María Isabel Paredes Taype contra RENIEC, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

1. *Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, nula la Carta N.º 125-2004-JEF/SGRH, de fecha 29 de enero de 2004.*
2. *Ordenar reponer a doña María Isabel Paredes Taype como trabajadora en el cargo que venía desempeñando, o en otro similar de igual nivel o categoría al que venía ocupando al momento de ocurrir la violación de su derecho constitucional al trabajo.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En relación al referido principio, este, Tribunal, en criterio que comparte, reitera lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia C-154/97, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley que dictó el Estatuto de Contratación Administrativa, señaló que el principio de primacía de la realidad ‘(...) agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo’.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el presente caso, con el Certificado de Servicios SNP N.º 067-2004, de fecha 16 de noviembre 2004, obrante a fojas 127, se acredita que la demandante prestó servicios en la Jefatura Regional de Huancayo, de la Gerencia de Operaciones de la Reniec, desde el 1 de junio de 2000 hasta el 31 de enero de 2004, servicios que ha prestado en forma personal y subordinada, ya que con el Memorandum N.º 0065-2003-GO/JR3/JUN→ADS se prueba que la demandante estaba sujeta a un horario de trabajo previamente establecido por su empleadora, el que, en caso de incumplimiento, podía ser justificado por los locadores, pero en caso de que hubiese acumulado tres tardanzas injustificadas durante un mes se le resolvería su contrato, según se dispone en el Oficio Circular N.º 0004-2003-DRH/RENIEC, obrantes a fojas 22.

Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios suscritos por las partes— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la demandada, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues la ha despedido arbitrariamente.” (Fundamentos 10 a 12)

Magistrados firmantes:

García Toma,
Gonzales Ojeda y
Vergara Gotelli.

- 6.6 **STC 4877-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por René Ancaya Morán contra el PRONAA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia, sin efecto legal la Carta 012-2003-OAD/PRONAA, de fecha 28 de marzo de 2003.
2. Ordena que el Pronaa (Programa Nacional de Asistencia Alimentaria) reponga a don René Ancaya Morán como trabajador en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar categoría o nivel.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso, con el certificado de trabajo obrante a fojas 39, se acredita que el demandante suscribió contratos de locación de servicios no personales con vigencia desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003; esto es, para prestar servicios sin estar subordinado, por cierto tiempo, o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Sin embargo, con las papeletas de permiso obrantes de fojas 43 a 47, se demuestra que el demandante se encontraba subordinado a un jefe inmediato, al cual solicitaba permiso de salida para realizar las labores para las que fue contratado, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, prevalecen los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por el demandante, resultando, además, evidente que con tales contratos se pretendía esconder una relación laboral.

Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral, y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido arbitrariamente al demandante, sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.” (Fundamentos 10 a 12)

Magistrados firmantes:
Alva Orlandini,
Bardelli Gartirigoyen y
Landa Arroyo.

- 6.7 **STC 4194-2006-PA/TC**, dictada en el proceso amparo seguido por Daniel Fernández Verástegui contra la Junta Administradora de Servicios de Saneamiento de San Pedro de Lloc, Pacasmayo y Guadalupe, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de amparo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. *Inaplicable el contenido de la Carta N.º 006-2004-JASSSPLLPG; en consecuencia, ordena a la emplazada que reponga al demandante en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel. (...)*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“El recurrente afirma que laboró desde el 1 de diciembre del año 2002 hasta el 31 de diciembre del año 2004; primero para la E.P.S. Nordwasser S.A.C. y, posteriormente, para la entidad emplazada, la cual, sostiene, asumió el activo y pasivo de la primera.

(...)

La emplazada sostiene que el recurrente mantuvo con ella una relación de carácter civil y no laboral; sin embargo, se aprecia de los contratos de fojas 10-A y 83, denominados de locación de servicios, que se contrató al demandante para que desempeñe las funciones de Jefe de Informática (cláusula tercera), esto es, para que ocupe un cargo dentro de la jerarquía institucional, sujeto, además, a un horario de trabajo (cláusula sexta); lo cual se corrobora con el certificado de trabajo de fojas 18, en el que se alude a su puntualidad y responsabilidad; el carné de trabajo de fojas 41 y los registros de asistencia de fojas 42 a 44. Esta documentación demuestra que el recurrente desempeñó una labor que tenía las notas de dependencia y subordinación, propias de una relación laboral.

En consecuencia, es evidente que el contrato suscrito por el demandante fue desnaturalizado, puesto que se simuló una aparente relación de carácter civil, con el propósito de encubrir una auténtica relación laboral. En virtud de esa desnaturalización, el contrato del recurrente se convirtió en uno de duración indeterminada, por lo que solamente podía ser despedido por causa justa, situación que no se dio en su caso, puesto que fue despedido sin expresión de causa. Siendo así, la demanda resulta amparable, porque la extinción de la relación laboral se ha fundado, única y exclusivamente, en la voluntad del empleador, lo que constituye un acto arbitrario y lesivo de los derechos fundamentales del demandante, razón por la cual su despido carece de efecto legal y es repulsivo al ordenamiento jurídico.”
(Fundamentos 2, 5 y 6)

Magistrados firmantes:

García Toma,
Alva Orlandini y
Landa Arroyo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.8 **STC 01210-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Manuel Rojas Caballero contra la Municipalidad de Pillco Marca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. Declarar *FUNDADA* la demanda.
2. Ordenar a la Municipalidad Provincial de Pillco Marca que reponga al demandante en el cargo que desempeñaba, o en otro similar de igual nivel o categoría.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Con relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Fundamento 3 de la STC N.º 1944-2002-AA/TC).

Con la Resolución de Alcaldía N.º 062-2003-A-MDPMA, de fecha 2 de julio de 2003, obrante a fojas 3, se prueba que el demandante fue designado como policía municipal desde el 30 de abril de 2003, y con los memorándums obrantes de fojas 15 a 45, se prueba que el demandante prestó servicios para la Municipalidad de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza laboral.

En tal sentido, un contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y estar debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos.

En consecuencia, este Colegiado considera que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la antes descrita, configura un despido arbitrario; por lo que, teniendo en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional, procede la reincorporación del demandante en el puesto de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

trabajo que venía desempeñando a la fecha en que se produjo la violación de sus derechos fundamentales.” (Fundamentos 5 a 8)

Magistrados firmantes:

Gonzales Ojeda,
Bardelli Gartirigoyen y
Vergara Gotelli.

- 6.9 **STC 09248-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Mailly Saavedra Lizardo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. *Declarar FUNDADA la demanda de amparo.*
2. *Ordenar reponer a doña Mailly Saavedra Lizardo como trabajadora en el cargo que venía desempeñando, o en otro similar de igual nivel o categoría al que venía ocupando al momento de ocurrir la violación de su derecho constitucional al trabajo, siéndole aplicable lo establecido por la Ley N° 24041.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Según lo expuesto, es posible que en la práctica el empleador pretenda encubrir una relación laboral bajo la celebración de contratos civiles de locación de servicios. Ante dichas situaciones, este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha hecho uso del principio de primacía de la realidad, cuya aplicación tiene como consecuencia que “(…) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (STC N.º 1944-2002-AA/TC; fundamento 3) (subrayado agregado).

En el caso de autos, a fojas 4 obra la Constancia de Prestación de Servicios No Personales, suscrita por el Jefe de División de Personal del Consejo Supremo de Justicia Militar y por el Director Ejecutivo del Consejo Supremo de Justicia Militar, en la que se acredita que la demandante prestó servicios en el Consejo Supremo de Justicia Militar durante 6 años, desde el 2 febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2006, lo cual corrobora la existencia de prestaciones personales ininterrumpidas.

En lo concerniente a la prestación subordinada de las labores, se advierte que la recurrente fue contratada para prestar servicios de digitación en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Consejo Supremo de Justicia Militar, suscribiendo, para ello, contratos civiles de locación de servicios, laborando bajo tal modalidad durante seis años consecutivos. (...)

La Administración Pública, y más aún entidades como el Consejo Supremo de Justicia Militar, se caracterizan por ser entidades jerarquizadas, y una digitadora requiere indefectiblemente para el ejercicio de sus labores la recepción de órdenes, la supervisión de sus labores y la fiscalización de ellas a fin de realizar las correcciones que fueran necesarias. Por tanto, se trata de prestación de servicios de carácter subordinado.

Se advierte, entonces, que este tipo de prestaciones (digitación) tuvo carácter permanente, que la recurrente estuvo laborando bajo el régimen de contrato civil, y que, sin embargo, la relación se extendió 6 años, duración que no guarda concordancia con el carácter temporal que normalmente tienen las prestaciones específicas para las que se emplea la modalidad de locación de servicios. Por ello, de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos precedentes, es posible afirmar que en el caso de autos la recurrente prestó servicios personales, bajo subordinación y percibiendo una contraprestación económica por tal concepto, de modo que se trató de una relación laboral.

Por tanto, la demandada, por haber despedido a la demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, configurándose, de ese modo, un despido incausado.” (Fundamentos 6 a 9)

Magistrados firmantes:

Gonzales Ojeda,
Alva Orlandini,
Bardelli Gartirigoyen,
Vergara Gotelli,
Landa Arroyo y
Mesía Ramírez.

- 6.10 **STC 10315-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por María Luisa Flores Carbajal contra el Comité de Administración de la Zofra Tacna, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo; en consecuencia, ordena se reponga a la recurrente en su puesto de trabajo. (...)”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“De los documentos que obran en el expediente, se observa que los contratos de locación de servicios (fojas 3 a 31) celebrados mes a mes por la recurrente y la empresa emplazada durante el período del 20 de mayo de 2002 al 31 de mayo de 2005, han sido objeto de desnaturalización.

En efecto, durante el período en que la recurrente prestó servicios a ZOFRATACNA como digitadora de la Gerencia de Operaciones en el Terminal Terrestre de dicha entidad, se ha comprobado que la recurrente se desempeñaba elaborando reportes, verificando boletas de venta, digitando declaraciones juradas y brindando información a los turistas (...).

Por otro lado, se constata que las labores desempeñadas por la recurrente forman parte de la estructura orgánica de la entidad, tal como se puede comprobar del Manual de Organización y Funciones (MOF) obrante a fojas 34 de autos (...).

Con relación al principio de la primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

En consecuencia, habiéndose comprobado la existencia de una relación laboral de duración indeterminada, el cese de la recurrente se encontraba supeditado a la existencia de causa justa, lo que no fue tomado en cuenta por la emplazada, configurándose, de ese modo, un despido arbitrario que vulnera el derecho constitucional al trabajo de la demandante.” (Fundamentos 3 a 6)

Magistrados firmantes:

Landa Arroyo,
Beaumont Callirgos y
Eto Cruz.

6.11 **STC 04840-2007-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Robert Espinoza Mesa contra la Municipalidad de Pillco Marca, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. Declarar *FUNDADA* la demanda de amparo en el extremo en que se solicita la reposición del recurrente, por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo.
2. Ordenar la reposición del demandante en el puesto que venía desempeñando a la fecha de cese. O uno de similar categoría en la Municipalidad Distrital de Pillco Marca, Provincia de Huánuco, Departamento de Huánuco (...).”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el caso materia de promunciamiento, del análisis de los instrumentos de los contratos de locación de servicios suscritos por ambas partes, obrantes de fojas 7 a 16, se desprende la existencia de dos etapas diferenciadas en cuanto a los servicios prestados por el demandante a favor de la emplazada: Una que va desde el 10 de abril hasta el 31 de diciembre de 2005 en la que el recurrente se desempeñó como obrero encargado de diversos trabajos de refacción de la casa hacienda de la Municipalidad de Pillco Marca, y otra que va desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2006, en la que el recurrente estuvo encargado de la vigilancia del local de la entidad emplazada.

En cuanto a la primera etapa, del análisis del objeto de los contratos correspondientes a dicho período se desprende la existencia del elemento subordinación pues en la mayoría de ellos se detallan las labores específicas a ser desempeñadas por el recurrente, referidas en su mayor parte a trabajos de refacción de la casa hacienda de la Municipalidad de Pillco Marca. Además, los honorarios fijados en cada uno de los contratos, alrededor del sueldo mínimo vital, no corresponden a la suma que debería percibir un locador por realizar obras de esa magnitud bajo su propia cuenta y riesgo.

En cuanto a la segunda etapa, teniendo en cuenta la labor desempeñada por el recurrente, vigilante del local de la entidad emplazada, resulta evidente la existencia del elemento subordinación en cuanto se trata de una labor de carácter permanente, ya que una entidad como un municipio, órgano de gobierno local, siempre va a requerir de la presencia de personal de seguridad en su local dada la relevancia de los asuntos que en él se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tratan. Además obra a fojas cinco la credencial del demandante como vigilante de la emplazada, lo cual indica la dependencia jerárquica de éste respecto a la entidad demandada.

De otro lado la propia emplazada mediante el certificado de trabajo de diciembre de 2006, obrante a fojas 2, ha reconocido que el demandante pertenecía a la Unidad de Vigilancia. En consecuencia resulta clara la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, pues en la realidad el recurrente se encontraba adscrito a la estructura jerárquica de la Municipalidad de Pillco Marca y su relación, por aplicación del principio de primacía de la realidad, descrito en fundamentos precedentes, debe ser entendida como una relación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 7 a 10)

Magistrados firmantes:
Mesía Ramírez,
Vergara Gotelli y
Álvarez Miranda.

6.12 **STC 441-2011-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Pascual Sosa Vera contra la Unidad Zonal XII de Tacna – Moquegua del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido arbitrario de que ha sido objeto el demandante.

2. ORDENAR a la Unidad Zonal XII de Tacna – Moquegua del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional que reponga a don Pascual Henry Sosa Vera en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“En el presente caso, con el documento denominado ‘Addenda N.º 001 Al Contrato Principal N.º 115-2006’, obrante a fojas 88, el Informe N.º 062-2007-EEQA-SDILSST-RG/DRTPE.MOQ, obrante a fojas 1-N2, luego de f. 93, lo expuesto en la demanda y lo manifestado por la propia entidad emplazada en su contestación de demanda, obrante a fojas 113, queda acreditada que el recurrente suscribió un contrato civil para que ejerza la función de guardián para un campamento que está a cargo de la entidad emplazada, por el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 2006 y el 9 de abril de 2007, pero que conforme al propio tenor de la cláusula primera del documento obrante a fojas 88, ya había estado efectuando dicha labor desde el 31 de mayo de 2005.

De ello se desprende no sólo la prestación personal de la actividad que efectuaba el recurrente, sino también se advierte el elemento de subordinación pues el recurrente fue cambiado a otro campamento que está a cargo de la entidad emplazada para que siga realizando una misma función, conforme se advierte del tenor de lo dispuesto en la cláusula segunda de la “Addenda N.º 001 Al Contrato Principal N.º 115-2006” obrante a fojas 88.

Debe resaltarse además que la labor que realiza un guardián tiene la característica de ser permanente, subordinada y además, por su propia naturaleza, está sujeta a un horario de trabajo impuesto por la entidad emplazada, por lo que queda acreditado que con la suscripción del contrato civil se pretendió esconder una relación de naturaleza laboral. (...)

En consecuencia, habiéndose determinado que el demandante -al margen de haber suscrito un contrato civil y su respectiva addenda para prestar servicios de guardián- ha realizado labores en forma subordinada y permanente en ambas condiciones, esto es tanto almacenero como guardián, conforme se desprende de fojas 92 del expediente, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por tanto el demandado, al haber despedido al recurrente sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, pues lo ha despedido arbitrariamente, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 5 y 7)

Magistrados firmantes:
Eto Cruz,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vergara Gotelli y
Urviola Hani.

6.13 **STC 3923-2011-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Teodoro Cruz Herrera contra la Municipalidad Distrital de La Coipa (Cajamarca), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del actor.

2. **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de La Coipa cumpla con reponer a don Teodoro Cruz Herrera en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional; y se le abone los costos del proceso.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“A este respecto, cabe señalar que si bien inicialmente el actor fue contratado mediante contratos civiles (f. 2 a 7), a partir del 1 de noviembre de 2009 fue incluido en planilla, tal como consta en sus boletas de pago (f. 10 a 22). Asimismo, en estos documentos se ha consignado que la labor del actor era de ayudante de maquinaria en el mejoramiento de trochas carrozables (f. 10 a 19). Es decir, en realidad realizaba labores inherentes a los obreros. Esta calificación se ve corroborada por los contratos de locación de servicios suscritos entre el actor y la Municipalidad demandada, pues en ellos expresamente se señala que se contrata al actor para realizar labores de obrero, y por el certificado de trabajo de fecha 31 de diciembre de 2010, en el que consta que realizaba labores de chofer de seguridad ciudadana y ayudante de maquinaria (f. 50).

Consecuentemente, se ha acreditado que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, el actor prestaba servicios en calidad de obrero; por lo que de conformidad con el artículo 37° de la Ley 27972, que establece que los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, debe entenderse que es éste el régimen laboral aplicable



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

al demandante, careciendo de validez la calificación que hizo la Municipalidad demandada en las boletas de pago del actor. (...)

Al respecto, conforme al certificado de trabajo y a las boletas de pago anteriormente citadas, además del control de asistencia de personal (f. 23 a 28), se acredita que el actor prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia; por lo que dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 4, 5 y 7)

Magistrados firmantes:
Vergara Gotelli,
Calle Hayen y
Eto Cruz.

6.14 **STC 3146-2012-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Hipólito Chero Namuche contra Cofopri, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. Declarar FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto el demandante.*
- 2. ORDENAR que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) reponga a don Hipólito Chero Namuche como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso, con los contratos de locación de servicios, sus cláusulas adicionales, términos de referencia y anexos (fs. 3 a 37), se corrobora que el demandante prestó servicios para la parte emplazada desempeñando la función de consultor. Y atendiendo a las labores que debía realizar el demandante, detalladas en el documento denominado ‘Anexo A’, en el que se señala que era contratado para: ‘Realizar la búsqueda de títulos archivados en el Registro de. Encargarse de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Impresión de Partidas Registrales. Realizar el fotocopiado de la documentación registral que se requiera. Apoyar a los Consultores Legales en la recopilación de documentos de otras entidades. Apoyar a los Consultores Técnicos en los trabajos de campo. Apoyar en el ingreso de información a la Base de Datos. Clasificar y archivar la documentación recopilada en campo. Otras actividades que le sean asignadas' (fojas 10, 25 y 36); se concluye que el demandante efectuaba labores que son de naturaleza permanente, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Legislativo N.º 803, Cofopri es el '(...) organismo rector máximo encargado de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento dentro de la formalidad, a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto'.

Respecto al elemento de subordinación, se advierte que el demandante debía rendir cuentas respecto de los viáticos que la emplazada le asignaba para la comisión de servicios que efectuaba como parte de las funciones para las que fue contratado (f. 48); asimismo, se aprecia el Oficio N.º 1105-2011-COFOPRI/OZPIU, de fecha 15 de abril de 2011, dirigido al demandante, mediante el cual se le pone en conocimiento el cumplimiento de la Directiva N.º 007-2009/COFOPRI, sobre "Normas y Procedimientos del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal –COFOPRI, para el Otorgamiento y Control de Viáticos para funcionarios, servidores y personas contratadas, acreditándose que el demandante estuvo sujeto a un horario de trabajo impuesto por la parte emplazada, tal como se desprende también del Informe N.º 64-2009-COFOPRI/OZPIU, de fecha 2 de julio de 2009 (f. 81 a 84) y del oficio de fojas 67.
(...)

Por tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, los hechos prevalece sobre las formas y apariencias del contrato civil con el que se pretendía encubrir una relación laboral; siendo esto así, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que el actor solo debió ser despedido por comisión de falta grave; en consecuencia, la emplazada, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente." (Fundamentos 3.3.4 y 3.3.5)

Magistrados firmantes:
Beaumont Callirgos,
Mesía Ramirez y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Eto Cruz.

6.15 **STC 3537-2012-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por José Luis Soto Chuquimango contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

- “1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la violación del derecho constitucional al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, al debido proceso y de defensa; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido víctima el demandante.
2. **ORDENAR** que la Municipalidad Provincial de Cajamarca reponga a don José Luis Soto Chuquimango como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso no se advierte de autos que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad ni ningún otro tipo de contrato, por lo que debe concluirse que las partes no suscribieron un contrato por escrito, habiéndose configurado, por tanto, una relación laboral de naturaleza indeterminada, lo cual incluso no ha sido desvirtuado en autos por la municipalidad emplazada. Asimismo ha quedado acreditado en autos que el demandante percibía una remuneración por el trabajo efectivamente realizado conforme se advierte de las boletas de pago (f. 2, 3, y 7 a 10) y la planilla de pago del mes de enero de 2011 (f. 12).

Es por ello que considerando lo expuesto y lo establecido por el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR cabe concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada, por lo que el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley, por lo tanto, la ruptura del vínculo laboral sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.”
(Fundamentos 3.3.7 y 3.3.8)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Magistrados firmantes:

Urviola Hani,
Vergara Gotelli y
Calle Hayen.

- 6.16 **STC 1587-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Rosa Aliaga Torres contra el Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario: en consecuencia, NULO el despido arbitrario de la demandante y ORDENAR que el Poder Judicial cumpla con reponer a doña Carmen Rosa Aliaga Torres en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar nivel o jerarquía, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional: con el abono de los costos del proceso, (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“A fojas 2 de autos obra el contrato de trabajo sujeto a la modalidad de servicio específico, del cual se aprecia que no se ha cumplido con la exigencia legal de precisar en qué consiste, justamente, el servicio temporal que debía prestar la demandante. Al respecto, de la cláusula primera de los citados contratos se consigna: ‘EL EMPLEADOR, debido al Proceso de Reforma que viene implementando requiere cubrir necesidades de recursos humanos a fin de mantener debidamente operativos los servicios que presta’. Asimismo, en la cláusula segunda se señala: ‘Para el logro del objeto materia de la cláusula anterior, EL EMPLEADOR contrata a el (la) TRABAJADOR (A) para que realice labores de SECRETARIA JUDICIAL, el mismo que deberá someterse al cumplimiento estricto de las funciones’. De las cláusulas transcritas puede concluirse que en los contratos mencionados se ha omitido consignar la causa objetiva específica que autorizó la contratación temporal de la demandante, pues se indica de manera genérica que su labor era la de ‘Secretaria Judicial’. Por otro lado, sin perjuicio de que por mandato legal se tiene que señalar la causa objetiva de la contratación, ha de tenerse en consideración que una secretaria judicial realiza labores propias u ordinarias del Poder Judicial, por lo que no se justifica la contratación temporal por servicio específico.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De igual modo las adendas obrantes de fojas 3 a 9 expresamente indican que la contratación de la demandante tiene como objeto '(...) que realice labores de Secretaria Judicial, el mismo que deberá someterse al cumplimiento estricto de las funciones'.

En consecuencia resulta evidente que los contratos modales se desnaturalizaron al no establecerse la causa objetiva de contratación y simularse una relación laboral de carácter temporal que en realidad era de naturaleza permanente, hecho que se corrobora con las boletas de pago correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2010 (f. 19 al 21) y más aún con la Resolución Administrativa 001-2010-JTTHYO-PJ, de fecha 17 de noviembre de 2010 (f. 11), de la cual se desprende que la accionante realizó labores de Asistente de Juez, vulnerando un elemento esencial de la contratación temporal, configurándose, de ese modo, la causal de desnaturalización prevista en el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que dichos contratos se han convertido en un contrato de duración indeterminada.

Siendo que la relación laboral era de duración indeterminada, la demandante solamente podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.” (Fundamentos 3.3.4 a 3.3.6)

Magistrados firmantes:
Calle Hayen,
Eto Cruz y
Mesía Ramírez.

- 6.17 **STC 968-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Ruth Ada Gonzalo Colque contra la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto la demandante y ORDENA que la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa reponga a doña Ruth Ada Gonzalo Colque como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales (...).”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Con el contrato de locación de servicios obrante a fojas 19, queda demostrado que la demandante ingresó en la Municipalidad emplazada en agosto de 2010, para desempeñar el cargo de agente de seguridad; es decir, durante la vigencia del artículo 37 de la Ley 27972, que establece que los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Al respecto, en reiterada jurisprudencia el Tribunal ha precisado que las labores de la Guardia Ciudadana, Serenazgo, corresponden a las labores que realiza un obrero (SSTC N.ºs 03334-2010-PA/TC, 2237-2008-PA/TC, 6298-2007-PA/TC, entre otros).

(...)

Ya este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia (Cfr. por todas, sentencia recaída en el Expediente N.º 01133-2009-PA/TC) que los Gobiernos Locales se caracterizan por ser entidades jerarquizadas y que ello supone, necesariamente, la existencia de subordinación, siendo las labores del policía municipal y del agente de vigilancia y seguridad ciudadana labores permanentes de dichas entidades; es decir, tales labores tienen la característica de ser permanentes, subordinadas, remuneradas y además, por su propia naturaleza, deben estar sujetas a un horario de trabajo impuesto por la autoridad municipal.

Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por la demandante, con los que se pretendería esconder una relación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 3.3. 3, 3.3. 6 y 3.3.7)

Magistrados firmantes:
Vergara Gotelli,
Calle Hayen y
Eto Cruz.

- 6.18 **STC 3014-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Leysi Cristina Calderón Porras contra el Poder Judicial (Corte Superior de Lambayeque), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“ FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto la demandante y ORDENA que el Poder Judicial reponga a doña Leysli Cristina Calderón Porras como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales(...).”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En las cláusulas primera y segunda de los contratos de suplencia y adenda obrantes de fojas 4 a 7 se advierte que se especifica la razón por la cual se contrató a la demandante bajo esa modalidad, señalándose que la titular de la plaza, doña Diana Galán Mendoza, se encontraba con encargatura, y que, por lo tanto, era necesario contratar a la demandante para que desempeñe las funciones de auxiliar judicial a partir del 19 de mayo de 2010 hasta el 31 de enero de 2011.

No obstante, a fojas 93 obra una boleta del permiso de fecha 15 de julio de 2010 otorgado a favor de la demandante en su calidad de asistente judicial; asimismo obra el Informe N.º 011-2012-AI-MC-CSJLA/PJ, de fecha 16 de marzo de 2012, por el cual el Área de Informática del Módulo Civil (f. 94) da cuenta al administrador del Módulo Civil/Chiclayo del historial del usuario de la demandante, en cuya instrumental también figura con el cargo de asistente judicial y, finalmente de las hojas de “Cargo de Entrega de Cédulas de Notificación” (ff. 95 a 104), documentos en los cuales la recurrente suscribe como asistente judicial, pese a que el encargo de la suplencia era para desempeñarse como auxiliar judicial y no como asistente judicial, de lo que se concluye que la entidad emplazada ha simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado.

Por consiguiente, habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato de la demandante, este debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, razón por la que la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en el término de su contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.”
(Fundamentos 3.3.3 y 3.3.4)

Magistrados firmantes:

Calle Hayen,
Mesía Ramírez y
Urviola Hani.

- 6.19 **STC 91-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Aquino Benavides Paz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo, de defensa y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto el demandante y ORDENA que la Municipalidad Provincial de Chiclayo reponga a don Juan Aquilino Benavides Paz como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales, (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“El demandante precisa que no suscribió contrato alguno con la demandada y que laboró desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 15 de octubre de 2010. De autos no se advierte que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad ni ningún otro tipo de contrato, por lo que puede concluirse que las partes no suscribieron un contrato para obra determinada por escrito, habiéndose configurado, por tanto, una relación laboral de naturaleza indeterminada. (...)”

Por lo expuesto y atendiendo a lo establecido por el artículo 4.º del Decreto Supremo 003-97-TR, se concluye que entre las partes existió un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada y que, por tanto, el demandante solo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en su condición de obrero eventual tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 3.3.6 y 3.3.8)

Magistrados firmantes:
Vergara Gotelli,
Eto Cruz y
Urviola Hani.

6.20 **STC 3371-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Pablo Ordoñez Díaz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“HA RESUELTO

- 1. Declarar FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido arbitrario del demandante.*
- 2. ORDENAR que la Municipalidad Provincial de Chiclayo reponga a don Juan Pablo Ordoñez Díaz como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“3.3.3 Respecto a la naturaleza de los servicios que prestó el demandante, debe tenerse presente que la labor de obrero de obras públicas de mantenimiento, mejoramiento y construcción de pavimento de vías públicas está relacionada con una de las actividades principales de los gobiernos locales. Tiene además la característica de ser permanente y subordinada. De otro lado, y por su propia naturaleza, debe estar sujeta a un horario de trabajo impuesto por la Municipalidad emplazada y bajo dependencia, dado que la emplazada debía suministrar al actor los instrumentos necesarios para el ejercicio de sus funciones. También está acreditado que el demandante percibió un pago mensual por la función que cumplía.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.3.4 *Si bien de lo actuado se desprende que el recurrente no suscribió contrato escrito con la Municipalidad emplazada, queda acreditado que prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia de la emplazada, de conformidad con el artículo 4.º del Decreto Supremo 003-97-TR. En mérito a lo expuesto, dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plaza indeterminado.*

3.3.5 *Por consiguiente, habiéndose despedida al demandante sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que justifique el despido, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede su reposición en el cargo que venía desempeñando."*

Magistrados firmantes:
Miranda Canales,
Blume Fortini y
Espinosa-Saldaña Barrera.

7. **Ausencia de presupuestos y premisas para el dictado del precedente Huatuco.**

Como se aprecia de lo explicitado e invocado hasta aquí, no existen los presupuestos y las premisas básicas que dan mérito a un precedente constitucional vinculante como el denominado Precedente Huatuco, por cuanto:

- a) No es consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada ni de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.
- b) Por el contrario, es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Nace sin cumplir tal condición. Como un acto meramente legislativo, que es propio del Poder Legislativo.
- c) No se condice con el rol tuitivo, reivindicativo y garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.
- d) No mejora los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos ni amplía su cobertura ni vela por su cabal ejercicio y respeto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- e) Desprotege a los trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso para plaza vacante y presupuestada, despojándolos de sus derechos constitucionales al trabajo, a la reposición y a la protección contra el despido arbitrario, desconociendo y contradiciendo la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional desde su creación.
- f) Desconoce el principio de la primacía de la realidad.
- g) Otorga un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores del Sector Público frente a los trabajadores del Sector Privado respecto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.
- h) En suma, el Precedente Huatuco desnaturaliza totalmente el sentido y los alcances de lo que es un precedente constitucional vinculante, variando el eje de preocupación y de atención del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, que no es otro que procurar su máxima protección, hacia un eje que le es ajeno: la protección de los intereses del Estado en la contratación de personal.
- i) Finalmente, como se puede colegir, el Precedente Huatuco encierra un propósito adicional: la idea de la simple descarga procesal. Al respecto, como ya lo he manifestado en numerosos votos singulares, cualquier intento de descarga procesal no debe ser ajeno a la siguiente lógica: descargar sin desamparar, descargar sin desguarnecer y descargar sin abdicar.

8. Utilización indiscriminada del precedente vinculante.

El precedente constitucional vinculante, como instituto del Derecho Procesal Constitucional en manos del Tribunal Constitucional, fue incorporado a nuestro sistema jurídico, en el marco de los presupuestos y las premisas antes expuestas, para otorgar certeza y predictibilidad al justiciable y a los operadores jurídicos respecto de la forma de resolución de determinado tipo de casos sobre la base de reglas objetivas creadas jurisprudencialmente, en el marco de las premisas antes referidas y en armonía con el rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.

Empero, el que dicho instituto procesal exista no justifica que, a cada momento y con motivo de la renovación de cada pleno jurisdiccional, se utilice indiscriminadamente. Menos para finalidades que le son ajenas y que lejos de sustentarse en asuntos de auténtica relevancia o de coadyuvar a una función tuitiva, finalista y garantista, tengan por propósito inmediato la simple descarga procesal. Ello, lamentablemente, coloca al Tribunal Constitucional como una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

instancia de rechazo más que como un órgano de indiscutible protección de los derechos esenciales del ser humano.

Sobre esto último, cabe recordar que en los países donde la técnica del precedente se generó, su utilización es esporádica y, por lo general, estrictamente vinculada a casos de indiscutible trascendencia o que en definitiva establezcan grandes derroteros jurisprudenciales, toda vez que postular precedentes frente a casos carentes de toda relevancia general y que más bien se asumen como un pretexto para convalidar posiciones jurídicas con independencia del caso mismo, desdice un correcto manejo de lo que representa el precedente constitucional vinculante.

Y es precisamente lo señalado lo que ocurre con la presente controversia (el caso concreto materia de pronunciamiento), que al margen del natural interés que pueda representar para la parte justiciable y que, obviamente, merece una respuesta razonada más allá del sentido que esta pueda representar, no justifica de ninguna manera el nacimiento de un precedente constitucional vinculante con las connotaciones generales que tiene el Precedente Huatuco.

No hay que obviar que el precedente constitucional vinculante implica la generación de reglas obligatorias, pero vinculadas al supuesto de hecho que se discute en el caso en el que se emite. Esa es su característica principal y al mismo tiempo una de las condicionantes de los propios alcances que tendrá. Dicho de otra forma, no se procede ni cabe crear precedentes para resolver supuestos de hecho que no sean los que plantea el caso mismo sometido a resolución.

De procederse de forma contraria, el creador de los precedentes constitucionales vinculantes (en este caso, el Tribunal Constitucional) terminaría por convertirse en indiscutible legislador ordinario, creando las normas que se le antojen simplemente porque así lo desea. En tal supuesto, los casos concretos terminarían convirtiéndose en un simple pretexto para desencadenar todo tipo de voluntarismo y activismo a nivel jurisprudencial. No es esa la idea del precedente constitucional vinculante ni tampoco de su desarrollo.

El Precedente Huatuco no tiene justificación alguna en base al caso de autos, ya que, como se aprecia del petitorio de la demanda, se refiere a un reclamo laboral formulado por una extrabajadora del Poder Judicial, que, como tal, debería ser analizado en sus estrictos alcances a fin de darle una respuesta en uno u otro sentido.

Sin embargo, el Precedente Huatuco no se refiere a los reclamos laborales de quienes, como la demandante, han formado parte de la estructura del Poder Judicial, sino que se refiere a todos los trabajadores del Sector Público en general, sin precisión ni especificidad alguna, como si todos ellos le hubiesen petitionado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

al Tribunal Constitucional que defina su situación jurídica y su propio estatuto o régimen laboral, así como las posibilidades de lograr su reposición en caso de que no hubiesen ingresado por concurso público con plaza vacante presupuestada. Olvida que lo que la accionante le ha solicitado a la Justicia Constitucional es que defina si ella, como exservidora del Poder Judicial, fue o no objeto de vulneración de su derecho al trabajo y de su derecho a la protección contra el despido arbitrario y si, por consiguiente, puede o no retornar a su puesto de trabajo. No le ha pedido al Tribunal Constitucional que defina cuál es la situación laboral de todos los trabajadores públicos en el país. Comprender esto último resulta esencial para definir la propia legitimidad del Precedente Huatuco.

9. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que: *“La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto²”*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede desvincularse tan fácilmente de lo interpretado y resuelto por el mismo, porque sus propias decisiones lo vinculan. En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, determina que doctrina jurisprudencial exige que: *“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”*.

Podemos decir que: *“El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales³”*, puesto que: *“(…) las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado⁴”*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que: *“La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-*

² STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.

³ STC N° 0020-2005-PI/TC, Fundamento 2.

⁴ STC N° 1333-2006-PA/TC, Fundamento 11.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)*⁵. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional no puede modificar una línea jurisprudencial continua y coherente porque estaríamos afectando la concretización de los contenidos de la Constitución, porque no se mantendría una interpretación perenne.

La legitimidad de un Tribunal Constitucional se obtiene a través de sus decisiones jurisdiccionales, las mismas que deben ser coherentes y generar predictibilidad para los justiciables, y sobre todo mantener la seguridad jurídica, principio que este mismo Colegiado ha declarado que: “(...) *forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad*”⁶.

Por otro lado, no se puede emplear la figura del precedente vinculante para modificar una línea jurisprudencial, pues el precedente está pensado para unificar y ratificar líneas jurisprudenciales establecidas por el mismo Colegiado, ya que siguiendo lo expresado por Domingo García Belaunde, respecto a la figura del presente en el ordenamiento jurídico peruano señala que: “(...) *éste no puede ser mecánico sino prudente, viendo la realidad a la cual se aplica, y sin desnaturalizar la institución, más aun cuando proviene de otro sistema jurídico*”⁷.

10. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del Precedente Huatuco.

En adición a las razones y fundamentos hasta aquí expuestos y desarrollados, que me llevan a discrepar respetuosa pero decididamente de la pertinencia, sentido, contenido y alcances del Precedente Huatuco, debo referirme a su vez a otros criterios igual de errados en torno a su surgimiento. En efecto:

10.1 La posición asumida en el Precedente Huatuco pretende sustentarse en lo establecido en las ejecutorias recaídas en los Expedientes N°s 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-AA/TC para alegar que, como en la comunidad jurídica, en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso, en el

⁵ STC N° 0030-2005-AI/TC, Fundamento 40.

⁶ STC. N° 0016-2002-AI/TC, Fundamento 3.

⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional).” Disponible en: <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/GARCIABELAUNDE.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, supuestamente existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con las disposiciones constitucionales concernientes a la función pública y, en particular, con los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, tal situación permite generar un precedente constitucional vinculante.

10.2 Considero que la citada argumentación distorsiona por completo el sentido que tiene el primer supuesto de generación de precedentes al que se refieren la STC N° 0024-2003-AI/TC y la STC N° 03741-2004-AA/TC. Este último se refiere específicamente a la constatación de jurisprudencia contradictoria existente al interior de un mismo órgano jurisdiccional (en este caso, al interior del Tribunal Constitucional), no a las discrepancias doctrinales o incluso jurisprudenciales que puedan existir entre distintos órganos. De ser cierta la tesis manejada por el Precedente Huatuco tendrían que generarse precedentes vinculantes todos los días, pues, como es bien sabido, las tomas de posición o las concepciones suelen ser de lo más variables o distintas cuando de la interpretación de normas se trata.

10.3 Cabe, por lo demás, puntualizar que tampoco puede aceptarse como cierta la apreciación de que hay jurisprudencia contradictoria en nuestro Colegiado, porque hayan existido en el pasado o existan en el presente votos singulares. La eventual presencia de estos últimos (votos singulares) nada tiene que ver con jurisprudencia contradictoria. Es simplemente la constatación objetiva de que algunos Magistrados Constitucionales, en ejercicio de su derecho como tales, han opinado distinto sobre diversos temas de los que ha conocido el Tribunal Constitucional. Es lo mismo que ocurre en el presente caso, en que el suscrito opina en contra de lo que se ha decidido en este proceso, no generando su opinión jurisprudencia contradictoria, como parece entenderlo la posición descrita en el Precedente Huatuco.

11. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición.

Ha sido el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y, más propiamente, de los contenidos normativos de las disposiciones constitucionales, el que ha efectuado toda una construcción jurisprudencial del amparo laboral, a partir de la consideración de que el derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, son derechos fundamentales protegidos por el proceso de amparo, por lo que frente a su afectación procede que la Justicia Constitucional retrotraiga las cosas al estado anterior a la agresión y restituya su pleno ejercicio, lo cual significa la reposición del trabajador perjudicado si éste opta por reclamar dicha opción y la situación responde a las causales correspondientes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal construcción jurisprudencial tiene su origen por el año 1997 (hace casi 20 años) al poco tiempo que el Tribunal Constitucional iniciara sus funciones, como puede verificarse revisando, entre otras, la STC N° 111-1996-AA/TC (Caso Hugo Putman Rojas), del 13 de junio de 1997, y la STC N° 1112-1998-AA/TC (Caso César Antonio Cossío y otros), del 21 de enero de 1999, y se consolida en la STC N.º 976-AA-2001-AA/TC, en la que establece claramente la posibilidad de recurrir vía amparo en los casos de despido incausado, despido nulo y despido fraudulento, cuando resulte evidente la violación del derecho constitucional y no sea igualmente satisfactoria la vía paralela, por no constituir un remedio idóneo.

Al respecto, resulta ilustrativa la afirmación del maestro argentino Nestor Pedro Sagués, quien sostiene:

“No basta, pues, que haya una vía procedimental (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para ‘lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate’,...” (SAGUÉS, Néstor Pedro, “El Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1889, p. 169).

Durante el largo recorrido efectuado por el Tribunal Constitucional desde aquellos años hasta la fecha, como se comprueba de las sentencias referidas al mencionar su línea jurisprudencial en el punto 6 del presente voto singular, se ha consolidado el amparo laboral frente a casos de reclamos por despidos incausados, nulos o fraudulentos de trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso y demostraron haber efectuado labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de subordinación y dependencia, por aplicación del principio de la primacía de la realidad.

12. Aplicación y efectos en el tiempo del Precedente Huatuco.

El Precedente Huatuco elimina y proscribela reposición o reincorporación de los servidores públicos despedidos que ingresaron al servicio del Estado sin concurso público y con plaza presupuestada vacante, irradiando efectos inmediatos en el tiempo, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Peruano” a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, cualquiera que sea la etapa en que se hallen, y manda declarar improcedentes las nuevas demandas que se presenten.

Discrepo rotundamente de la aplicación y efectos en el tiempo que dispone el Precedente Huatuco, pues la generación de precedentes constitucionales vinculantes con incidencias retroactivas, aun cuando está permitida, no habilita de ninguna manera un uso indeterminado o arbitrario de dicha facultad, ya que en cualquier circunstancia ha de estarse al respeto de la propia Constitución y de su catálogo de derechos y principios constitucionales.

En efecto, si a los justiciables que iniciaron sus reclamos en una época en la que el amparo les permitía reclamar reposición se les aplica un precedente en el que se les dice que ya no hay reposición, sino sólo indemnización y que esta sólo se obtiene únicamente a través del proceso ordinario, dicha alternativa contraviene expresamente el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley reconocido expresamente en el artículo 139.º, inciso 3), de nuestra Norma Fundamental. Contraviene incluso nuestra propia jurisprudencia que en forma constante, reiterada y uniforme, ha enfatizado que “el derecho al procedimiento preestablecido por la ley [...] garantiza [...] que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba no debe ser la inmediatamente aplicable al caso [...]” (Cfr. Exps. N.ºs 2928-2002-HC/TC, 1593-2003-HC/TC, 5307-2008-PA/TC, entre otras).

Conviene recordar, por lo demás, que si nuestro propio legislador ordinario se encuentra expresamente prohibido de emitir normas con fuerza o efecto retroactivo, salvo que las mismas favorezcan (artículo 103.º de la Constitución Política del Perú), no encuentro sustento alguno para que el Tribunal Constitucional haga exactamente lo contrario, tanto más cuanto que el precedente en mención, lejos de favorecer, termina perjudicando o restringiendo derechos para el amparista que antes podía lograr una reposición, que la nueva regla, inusitadamente y de forma inmediata, elimina y proscribire.

13. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, definitivamente voto en contra de la aprobación del Precedente Huatuco, toda vez que estimo que la posición asumida utiliza erradamente la figura del precedente constitucional vinculante, adopta una posición jurisprudencial notoriamente lesiva a los derechos de los trabajadores o servidores públicos despedidos, o que se despidan en el futuro, que no ingresaron por concurso público con plaza vacante y presupuestada,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lesionando sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución y en las normas laborales reglamentarias y complementarias, eliminando y proscribiendo su reposición o reincorporación, contrariando la línea jurisprudencial uniforme sentada desde la creación del Tribunal Constitucional, y extiende sus efectos inmediatos en el tiempo a todos los procesos de amparo ya iniciados, en trámite o por iniciarse, con una evidente aplicación retroactiva de un precedente constitucional vinculante a todas luces restrictivo. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia peligrosamente de ella y de los derechos que por deber y convicción el Tribunal Constitucional está obligado a respetar, proteger y garantizar.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL