

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013-
PA/TC Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD”**

**PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

AUTORA : Bach. Carolina Anaís Alvarez Guarniz

ASESORA: Dra. Marisel Cárdenas Vásquez

TRUJILLO – PERÚ

2016

DEDICATORIA

Dedico mi tesis de grado a mi Dios Todopoderoso, por ser el dador de la vida y sobre todo por salvar la mía a una esperanza de Vida Eterna.

A Mis padres Rosa, Octavio y mis hermanos Octavio José y Oscar Octavio quienes son mi familia a quienes amo y llevo en el corazón siempre. Porque ellos son los que tienen el mérito sobre todos mis logros estudiantiles.

AGRADECIMIENTO

A Dios, mi padre celestial, creador y rey de mi vida.

A mi madre Rosa por su apoyo incondicional y por brindarme lo necesario para culminar mi carrera profesional.

A mi padre por su afecto e instrucción en los momentos de mi infancia y por sustentarme en los gastos escolares.

A mi hermano Octavio por todo su apoyo en los gastos de mi tesis y por ser mi amigo.

A mi hermano Oscar por su carisma y afecto que alegraron mis días estudiantiles.

PRESENTACION

SEÑORES DOCTORES MIEMBROS DEL JURADO:

De mi especial consideración

Dando cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada Antenor Orrego, ponemos a su disposición la tesis titulada:

“LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013-PA/TC Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD”

Esperando cumplir con los objetivos propuestos, sometemos la presente tesis a su evaluación y ponderación respectiva, esperando que la misma pueda ser aprobada.

Agradezco la atención brindada y hago propicia la oportunidad para expresar mi más alta estima personal.

Trujillo, Setiembre del 2016

CAROLINA ANAIS ALVAREZ GUARNIZ

Bachiller en Derecho

RESUMEN DEL TRABAJO

La presente tesis titulada “La aplicación del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC y el Principio de Primacía de la Realidad”, es una investigación que busca aportar enfoques teóricos, doctrinales, y normativos que se manejan actualmente en cuanto a la reposición de los procesos actuales de despido de trabajadores del régimen privado en el sector público.

Proponemos como hipótesis que “La aplicación Del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC vulnera el Derecho al Trabajo al inaplicar el Principio de Primacía de la Realidad” Es por ello que mediante nuestro objetivo general buscamos determinar si la aplicación del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC vulnera el Derecho al Trabajo al inaplicar el Principio de Primacía de la Realidad.

Basados en el tipo de investigación descriptiva para el desarrollo de la presente tesis se ha obtenido como resultado que la aplicación del precedente vinculante N°05057-2013-PA/TC vulnera el Derecho al Trabajo al inaplicar el Principio de Primacía de la Realidad.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
PRESENTACION	iv
RESUMEN DEL TRABAJO	v
ÍNDICE	vi
I. GENERALIDADES	1
1. FUNDAMENTOS DEL TRABAJO	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Justificación	1
2. ASPECTOS INFORMATIVOS	2
2.1. Título	2
2.2. Autora	3
2.3. Asesor.....	3
2.4. Tipo de Investigación	3
2.5. Unidad Académica.....	3
2.6. Lugar donde se realiza la Investigación.....	3
2.7. Duración estimada del trabajo	3
2.8. Personal	4
2.9. Bienes.....	5
2.10. Servicios.....	5
2.11. Presupuesto.....	5
2.12. Financiamiento	7
II. DISEÑO DE LA INVESTIGACION.....	7
1. EL PROBLEMA	7
1.1. Planteamiento del Problema.....	7
1.2. Enunciado	15
2. HIPÓTESIS	15
3. VARIABLES	15

4. OBJETIVOS.....	16
5. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS	17
6. MÉTODOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN	18
6.1. Métodos Generales de Investigación	18
7. IMPORTANCIA DE LOS RESULTADOS.....	19
8. LIMITACIONES	20
III. MARCO TEORICO	21
CAPITULO I.....	21
DERECHOS Y PRINCIPIOS LABORALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ	21
1. Derechos	21
1.1. La Dignidad de la persona	21
1.2. Derecho al trabajo	22
1.3. Protección contra el Despido Arbitrario.....	24
1.3.1. Sobre la regulación del despido injustificado en los tratados internacionales.	27
1.4. El derecho constitucional al procedimiento previamente pre establecido por Ley 29	
2. Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales:.....	30
3. Principios de la Relación Laboral	31
3.1. Principio de Igualdad	31
3.2. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos.....	33
3.2. Principio de Indubio Pro Operario.....	34
CAPITULO II	36
PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y DEL EMPLEO PÚBLICO	36
1. Los principios del Derecho del Empleo Público	36
2. Clasificación de principios	36
3. Principios de naturaleza laboral.....	37
3.1. El principio de favorabilidad	37
3.2. Principio de igualdad de oportunidades.....	38
3.3. Principio de irrenunciabilidad	40
3.4. Protección contra el término arbitrario del Servicio Civil	41

3.5. Primacía de la realidad	42
3.5.1. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Contratación de Trabajadores A Plazo Fijo.	44
3.6. Principio de Continuidad de la Relación Laboral	48
4. Principios propios del empleo público	53
4.1. Principio de mérito	53
4.2. Principio de probidad y ética pública	54
CAPITULO III	58
APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO	58
1. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Espacio y en el Tiempo	58
1.1. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Espacio	59
1.2. La aplicación espacial de las leyes.....	59
1.3. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Tiempo	61
2. Teoría de los Derechos Adquiridos y los Hechos Cumplidos	63
3. Postura adoptada por el sistema jurídico peruano	66
CAPITULO IV.....	67
ANALISIS JURIDICO DEL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013-PA/TC	67
1. Contenido del Precedente Vinculante.....	67
2. Enfoque Constitucional.....	68
2.1. Recurso de Agravio Constitucional	68
2.2. En el Código Procesal Constitucional.....	70
3. El Precedente Vinculante.....	71
3.1. Precedentes vinculantes establecidos o modificados a través de resoluciones aclaratorias.....	76
CAPITULO V	78
PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON ANTERIORIDAD AL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013-PA/TC.....	78
1. Pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional con anterioridad al Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC.....	78
• 00090-2004-AA, Fundamento Jurídico 37 - Derecho al Trabajo	78

• 01944-2002-AA, Fundamento Jurídico 3 – Principio de Primacía de la Realidad.....	78
• 01874-2002-AA, Fundamento Jurídico 3 – Preferencia de la Contratación laboral indefinido	79
• 00008-2005-PI, Fundamento Jurídico 6 – Principio de Irrenunciabilidad	80
• Exp. 1815-2004-AA/TC del 05.07.2004. Despido de trabajador publico protegido por Ley N°24041.....	81
• Sentencia Exp. 1124-2001- AA/TC del 11.07.2002. Caso Telefónica vs. Sindicato de Trabajadores. Cuestionamiento al despido arbitrario e inaplicación del Artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.	86
• Sentencia Exp. 0206-2005-PA/TC del 28.11.2005. Caso Baylon Flores vs. Emapa Huacho. Amparo residual, nuevas regulaciones procesales	93
• Sentencia Exp. 976-2001-AA-2001-AA/TC del 13.05.2003. Caso Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A. Protección preventiva y reparadora contra el despido arbitrario.....	95
• Sentencia Exp. 3361-2004-AA/TC del 12.08.2005 Caso Jaime Álvarez Guillen vs. Consejo Nacional de la Magistratura CNM. Reposición de Magistrados y aplicación del Prospective overruling.	96
• TC 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	97
• STC 2545-2003-PAJTC, 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.	100
• 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.....	102
• 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	103

CAPITULO VI.....	106
ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	106
1. Consecuencias laborales a causa del precedente vinculante 05057-2013-PA/TC.	106
1.1. Vulneración del derecho fundamental al trabajo de los trabajadores del Estado	106
1.2. Inutilización del principio de primacía de la realidad.....	109
1.3. Tratamiento discriminatorio contra los trabajadores del Estado	111
1.4. Traslado de responsabilidades procedimentales propias del Estado como empleador, a los trabajadores que contrata; bloqueándose la aplicación de la reposición como medida resarcitoria.	112
1.5. Abierta exposición de los trabajadores del Estado que por causas ajenas a su voluntad no cumplen los nuevos requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional.	115
1.6. Aplicación inmediata del precedente vinculante, incluso sobre procesos ya en curso.	115
1.7. Inaplicación del Precedente Vinculante	120
CONCLUSIONES.....	123
RECOMENDACIONES.....	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128
ANEXOS.....	132

I. GENERALIDADES

1. FUNDAMENTOS DEL TRABAJO

1.1. Antecedentes

Se realizó la búsqueda correspondiente de los antecedentes al tema central del trabajo de investigación, teniendo resultados negativos en la indagación debido a que es reciente la controversia que se presenta en el tema de estudio.

1.2. Justificación

La aplicación inmediata del Precedente Vinculante 05057-2014-TC/PA), ha quebrantado derechos de los trabajadores, así como principios laborales.

Además, se ha presentado un conflicto social jurídico en nuestra nación, debido a que los procesos por despido de los trabajadores públicos bajo el régimen privado están siendo desamparados en su derecho de reposición en pleno proceso, creándoles inestabilidad laboral, y transgrediendo su derecho al trabajo, quedando el trabajador limitado a tener que renunciar a su derecho a restitución, no teniendo más opción que la indemnización. Además de no cumplir con el Principio de Primacía de la Realidad, habiéndose inaplicado la línea jurisprudencial en la que prima la realidad laboral del trabajador. Por ejemplo, en Arequipa hay 800 trabajadores en esta situación de

inseguridad jurídica y cambio repentino a otra vía procesal, es por esto que jueces en sus fallos están inaplicando el mencionado precedente vinculante, tomándolo como inconstitucional.

Partiendo de ello, a través de esta investigación se aportaría en la aplicación de los enfoques teóricos, doctrinales, y normativos que se manejan actualmente en cuanto al derecho al trabajo, al principio de Primacía de la Realidad, la estabilidad jurídica y sobre el despido de trabajadores en el régimen privado del sector público.

Se debe aplicar las leyes conforme a la carta magna y no la carta magna en sujeción a las leyes; por ello, del resultado de esta investigación daría la oportunidad de concretarse en el ámbito jurídico la idea de modificación del precedente vinculante N°05057-2013-PA/TC, ya que se conoce casos en que el Tribunal Constitucional de otros países y del Perú aplicó el prospective overruling con la finalidad de hacer que la población primero se adecue al cambio de una línea jurisprudencial.

2. ASPECTOS INFORMATIVOS

2.1. Título

La aplicación del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC y el Principio de Primacía de la Realidad.

2.2. Autora

Carolina Anaís Alvarez Guarniz – Bachiller de Derecho y Ciencias
Políticas

2.3. Asesor

Dra. Marisel Cárdenas Vásquez – Doctora en Derecho

2.4. Tipo de Investigación

Descriptiva

2.5. Unidad Académica

Escuela Profesional de Derecho - Facultad De Derecho y Ciencias
Políticas

2.6. Lugar donde se realiza la Investigación

Trujillo-Perú

2.7. Duración estimada del trabajo

20 semanas

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Etapas	Fecha de Inicio	Fecha de término	Dedicación semanal (horas)
Planificación	SEMANA 1	SEMANA2	10 HORAS
Organización	SEMANA3	SEMANA3	10 HORAS
Análisis bibliográfico	SEMANA4	SEMANA4	5 HORAS
Procesamiento de datos	SEMANA5	SEMANA7	20 HORAS
Análisis de Datos	SEMANA8	SEMANA12	50 HORAS
Redacción de borradores	SEMANA13	SEMANA17	50 HORAS
Redacción de informe final	SEMANA18	SEMANA20	40 HORAS

2.8. Personal

La investigadora

El asesor

El digitador

2.9. Bienes

De consumo: Material bibliográfico y de oficina.

De inversión: S/.1500

2.10. Servicios

Movilidad

Internet

Empastado

Fotocopias

2.11. Presupuesto

NATURALEZA DEL GASTO	DESCRIPCION	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
BIENES				S/.	S/.
	Papel Bond A4	05	Millar	15.00	75.00
	Lapiceros	06	½ docena	2.50	15
	Corrector	01	Unidad	3.00	3.00
	Lápiz	06	½ docena	2.00	12.00
	Tajador	01	Unidad	1.00	1.00
	Borrador	01	Unidad	1.00	1.00

	Resaltador	06	½ docena	3.00	18.00
	USB	01	Unidad	40.00	40.00
	Archivador	1	Unidad	6.00	6.00
	Libros	05	Unidad	80.00	400.00
	POST IT	01	DOCENA	7.00	7.00
	BANDITAS	01	DOCENA	8.00	8.00
	SUB TOTAL				S/.586.00
	SERVICIOS				
	Internet	(--)	Servicio mensual	100	600
	Llamadas	(--)	Servicio mensual	50.00	50.00
	Pasajes interprovinciales y locales	(--)	(--)	Local 50 Interprovinc ial 125	700
	Fotocopiado	300	Unidades	0.10	50.00
	Impresión	300	Unidades	0.10	30.00

	Anillados	05	Unidades	3.50	17.50
SUB TOTAL					S/. 1417.50
TOTAL					S/. 2003.50

2.12. Financiamiento

Recursos Propios

La totalidad de los gastos que requiera la presente investigación serán asumidos por la investigadora.

Recursos de Terceros

La presente investigación no requiere recursos de terceros.

II. DISEÑO DE LA INVESTIGACION

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema

Conociendo que la Constitución Política es la norma suprema de nuestro país, tenemos que, el artículo 26 prescribe acerca de los Principios que regulan las relaciones laborales; así tenemos que según

Javier Neves Mujica los Principios Laborales actúan como informantes al ordenamiento jurídico de un país. Es decir, justifican la existencia de normas, tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación, sustitución o cuando se afecte derechos.

El artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), señala que: “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Por ello la continuidad del vínculo se considera ininterrumpida cuando no desaparecen los elementos esenciales y hasta que, en todo caso, no se demuestre lo contrario.

Respecto al Principio de Primacía de la Realidad se tiene que en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 833-2004-AA/TC 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 palabras de Alonso García respecto al ámbito de aplicación del principio de continuidad, señala que “pese a desaparecer el motivo que inicialmente diera lugar al nacimiento de la relación, se determina que,

de no existir formulación expresa en contrario, tal relación laboral prolonga su vida indefinidamente.¹

Teniendo claro esto nos acercamos a la idea de protección de los derechos de los trabajadores, pero en el presente proyecto se realizará el análisis de las consecuencias socio jurídico de la aplicación del Precedente Vinculante EXP. 05057-2013 PA/TC sobre el caso HUATUCO, por ello debemos conocer lo siguiente:

Que en el punto N°3 de la parte resolutive de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional resolvió: “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, 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”.

En cuanto a la aplicación de la norma en el tiempo se debe aclarar algunos conceptos sobre la retroactividad, aplicación inmediata y

¹ ALONSO GARCÍA, Manuel. (noviembre 1891) Curso de Derecho del Trabajo. 7° edición, editorial Abril, p. 258.

ultraactividad; estos se refieren a la forma de aplicación según un determinado momento de vigencia de la norma.

Luego, tenemos las Teorías de los derechos adquiridos y de los Hechos Cumplidos, las cuales se relacionan con la consecuencia de aplicar las normas retroactivas, inmediata y ultraactiva.

Para nuestro análisis debemos comprender que la aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que ésta entre en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Siendo el precedente vinculante doctrina jurisprudencial vinculatoria, según Aníbal Torres Vasquez²; y para el caso Huatuco que es materia laboral, estaría contradiciendo a lo que prescribe la carta magna, porque al tener en trámite un caso de desnaturalización de contrato temporal y al efectuarse el despido arbitrario de un trabajador del sector público bajo el régimen laboral privado se debe aplicar la norma que se encuentre en vigencia cuando ocurrieron los hechos u actuaciones existentes; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha resuelto en su sentencia declarar improcedente los Procesos de Amparo en Trámite en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, dándoles solo protección resarcitoria y suprimiendo la protección restitutoria. Por ejemplo, si el

² <http://www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

precedente vinculante es publicado hoy y existe una demanda laboral por la cual se exige la reposición en el puesto de trabajo dentro del sector público que fue presentada semanas antes, ¿sería correcto decir que el juzgador la declare improcedente argumentando la posición de dicho precedente?

Definitivamente la aplicación inmediata del precedente vinculante en mención, incluso sobre procesos en curso, contraviene con el Derecho al Trabajo, con el Principio de Primacía de la Realidad y el Principio de Continuidad de la Relación Laboral, entre otros principios laborales que han tenido una línea jurisprudencial sólida.

Por otro lado en contraposición con el precedente vinculante 05057-2013 PA/TC, tenemos la Ley N° 24041 que les concede a los servidores públicos contratados a plazo determinado pero que realizan labores de naturaleza permanente, la garantía de no ser despedidos ni destituidos por causas distintas a las contempladas en el Decreto Legislativo N° 276 para los servidores públicos contratados a plazo indeterminado; es decir, les otorga el derecho a la estabilidad absoluta; pero todo ello en la medida que cumplan un año ininterrumpido de servicios.

Debido a esto los trabajadores se vieron perjudicados dado que en muchos casos los empleadores estatales, abusando de la norma, han pretendido desconocer este derecho, contratando a los trabajadores y

cesándolos faltando uno o pocos días para que cumplan el año, generando breves interrupciones, y volviéndolos a contratar días después, de manera que no se configure el carácter “ininterrumpido” del servicio.

Con respecto a las breves interrupciones de las labores por parte de los empleadores a fin evitar la continuidad y, por consiguiente, la protección que otorga la Ley N° 24041, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 1084-2004-AA/TC, estableció que dichas interrupciones no pueden evitar que surta efecto la Ley N° 24041 debido a que atentan contra el artículo 26° de la Constitución.

Vemos que antes era coherente y conforme a la Constitución para el Tribunal Constitucional la reposición de estos trabajadores frente al despido, no solo porque dieron mayor trascendencia a esta ley sino porque antes del Precedente Vinculante 05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ajustaba a una línea jurisprudencial en materia de amparos laborales del régimen público, por ejemplo la STC 01562-2002-PA/TC, STC 2541-2003-PA/TC, en los cuales ordenaban la reposición de aquellos trabajadores de ese sector que ingresaban por contratos temporales o civiles que demostraron haber realizado una labor de naturaleza permanente sujeta a subordinación y dependencia. Sin embargo, el derecho a reposición que adquirieron los trabajadores al transcurrir un año de servicios ininterrumpidos, ahora se ve afectado

con el precedente Huatuco, pese a la STC 1263-2013-AA/TC que prescribe lo siguiente: “El goce de los derechos adquiridos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley”

La labor del Tribunal Constitucional es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la ley.

Por ello para nuestro país, por los años que se ha venido regulando esta normativa para estos casos similares a los del caso Huatuco, este cambio súbito está ocasionando diversas controversias respecto a su inconstitucionalidad, además de la disconformidad de gran parte de trabajadores del sector público.

Por otro lado, los parámetros establecidos según los fundamentos del precedente Huatuco por ejemplo la meritocracia como requisito para ingresar a la función pública a través de modalidades de nombramiento que pasan por concurso público, establecen un orden conforme a ley, sin embargo, es contraproducente por la su aplicación inmediata aun a los procesos en marcha. Además de no ir acorde a la Constitución quiebra parámetros establecidos del Principio de Primacía de la Realidad, Principio de Continuidad de la relación laboral, Principio de Irrenunciabilidad de derechos, el derecho al trabajo y la teoría de los derechos adquiridos, ya que las personas que iniciaron un proceso solicitando reposición con fecha antes de la vigencia del precedente

vinculante en cuestión, esperan que se les resuelva conforme a las normas del periodo en que sucedió el despido y no con una nueva norma que quebrante su derecho alcanzado al acceder al órgano jurisdiccional.

El precedente Vinculante Huatuco vulnera el derecho al trabajo al inaplicar los principios laborales, específicamente el principio de Primacía de la Realidad, siendo este principio uno de los pilares del Derecho del Trabajo que determina 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 realidad.

La aplicación del precedente vinculante en cuestión implica que los trabajadores que tienen casos similares en proceso, renuncien a su derecho a una reposición, que fue adquirida al momento que fueron despedidos, además que la norma les daba protección en el momento de los hechos, sin embargo el Tribunal Constitucional menciona que no vulnera ningún derecho ni principios, sin embargo ello se ve reflejado en miles de trabajadores con inseguridad jurídica e inestabilidad laboral, y juristas viendo este precedente como inconstitucional, por ello, va en contra de la carta magna y genera un gran impacto social – jurídico.

1.2. Enunciado

¿LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL PRECEDENTE VINCULANTE
Nº05057-2013-PA/TC, VULNERA EL DERECHO AL TRABAJO?

2. HIPÓTESIS

LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL PRECEDENTE VINCULANTE Nº 05057-
2013-PA/TC VULNERA EL DERECHO AL TRABAJO, AL INAPLICAR EL
PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

3. VARIABLES

- Variable Independiente:
 - Aplicación Inmediata del Precedente Vinculante Nº05057-
2013-PA/TC.
- Variable Dependiente:
 - Vulneración del Derecho al Trabajo
 - Inaplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

4. OBJETIVOS

a. General

Determinar si la aplicación inmediata del precedente vinculante N° 05057-2013-PA/TC vulnera el derecho al trabajo al inaplicar el Principio de Primacía de la Realidad.

b. Específicos

- Explicar los Derechos y Principios Laborales reconocidos en la Constitución Política del Perú.
- Describir los Principios del Derecho Laboral y del Empleo Público.
- Detallar sobre la Aplicación de la Ley en el Tiempo
- Desarrollar un Análisis Jurídico Del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC.
- Evaluar los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional con anterioridad al Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC.
- Analizar las consecuencias jurídicas del Precedente Vinculante N°05057-2013- PA/TC.

5. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS

5.1. Material

- A. Constitución Política del Perú
- B. Legislación Laboral
- C. Jurisprudencia Constitucional Laboral
- D. Doctrina sobre temas laborales y constitucionales
- E. Revista Jurídica

5.2. Procedimientos

A. De registro de datos

- Fichaje

Se anotó las fuentes bibliográficas como libros, internet, revistas jurídicas.

- Recolección de información y documentos

La revisión de libros, revistas, se recopiló y extrajo información de documentos que contienen datos sobre el participante. Los registros revisados en una investigación pueden ser públicos o privados.

- Análisis de Contenido.

Para esta investigación el análisis de contenido se basó en la lectura de forma sistemática, objetiva, replicable, y válida

B. De procesamiento de datos

- Elaboración de Fichas,

- Análisis de toda la información recaudada,
- Redacción en base a lo contenido.

6. MÉTODOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN

6.1. Métodos Generales de Investigación

Desarrollar un trabajo de investigación requiere la aplicación de un conjunto de estrategias o procedimientos denominados métodos, los que nos van a permitir arribar a los resultados que se busca, en este caso demostrar la hipótesis y cumplir con los objetivos trazados, es así que se emplearon los siguientes métodos generales de investigación: hermenéutica jurídica, descriptivo y analítico.

a) Hermenéutica Jurídica: La hermenéutica representa en el presente trabajo el estudio y la sistematización de los principios y métodos de interpretación que se ha empleado para llegar a las diferentes conclusiones. La interpretación de las leyes nutre sus raíces en la hermenéutica y actúa en el análisis y valoración de las leyes específicas en relación a los casos concretos y en función a su aplicabilidad.

b) Descriptivo: Mediante una técnica descriptiva de la información jurídica recolectada se pretende construir una metodología aplicable a la realidad jurídica peruana, en especial en lo referente al vencimiento de contrato de arrendamiento de duración indeterminada, para lo cual se ha utilizado las reglas básicas para toda investigación.

c) Analítico: Este método empleado para analizar el Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC que establece la no reposición para los trabajadores bajo el régimen privado del sector público que no ingresaron por concurso público.

Técnicas de Investigación

A diferencia de los métodos, las técnicas constituyen elementos de investigación más precisos, específicos y concretos en la ejecución de la investigación, a través de las técnicas operacionalizamos los diversos indicadores en la práctica, entre se empleó la Técnica documental o bibliográfica, la cual nos permitió revisar la documentación teórico doctrinario y las normas legales sobre la materia, elementos de sustento en la ejecución de la tesis.

7. IMPORTANCIA DE LOS RESULTADOS

Debido al impacto socio jurídico en los trabajadores, y al cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional es importante dar una solución jurídica que logre volver a un estado equitativo en el ámbito de la estabilidad laboral de los trabajadores contratados en entidades públicas bajo el régimen laboral privado.

No es de menor importancia que el precedente, materia de estudio, debilite el derecho al trabajo de los trabajadores estatales que en esta condición demandan reposición, pues ahora solo podrán demandar su indemnización.

El Estado debería ser garante de derechos laborales, más aún en su calidad de empleador. Por el contrario, este precedente convalida las prácticas estatales, donde la flexibilización y precarización de los contratos terminan siendo resueltos por el lado más débil, mediante la indemnización y la imposibilidad de demandar una reposición.

La paz laboral en nuestro país se ha logrado en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha podido llegar a un punto intermedio entre la estabilidad laboral absoluta como mandaba la Constitución de 1979 y la flexibilidad laboral absoluta propia de una economía libre de mercado. Por ello se debe siempre velar por el respeto a la Constitución Política del Perú y a fomentar empleos no precarios, así como existe un deber de garantizar un trabajo digno con estímulos a quienes produzcan.

8. LIMITACIONES

Falta de antecedentes por ser un tema controversialmente nuevo. La fecha de publicación del Precedente Vinculante fue en el mes de junio del 2015.

III. MARCO TEORICO

CAPITULO I

DERECHOS Y PRINCIPIOS LABORALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ

1. Derechos

1.1. La Dignidad de la persona

La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación de ejecución y de aplicación de las normas por parte de los operadores jurisdiccionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónoma, donde las posibilidades de los individuos se encuentra legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana.³

Siendo así, el principio de dignidad humana, en el derecho de trabajo interviene en los diversos momentos de la actividad laboral, esto es, al inicio, durante y en la extinción de la relación laboral. En ese sentido, el Estado social de derecho debe ofrecer mecanismos idóneos para efectivizar el principio derecho de dignidad humana.⁴

³ Exp. N° 02273-2005-PHC/TC

⁴ Exp. N°27013-2013-0-1801-JR-LA-03

1.2. Derecho al trabajo

El derecho al trabajo consagrado en la Constitución de 1993⁵ no solo concede la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo a las personas sino, además, a no ser despedido por causa justa.⁶

“Para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (por ejemplo, la aplicación del principio de primacía de la realidad), desarrollo (el derecho a la promoción y ascenso) y extinción (la reposición ante despidos sin expresión de causa) en las relaciones laborales: todas estas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro del contenido. No estamos por consiguiente ante un derecho pragmático.”⁷

“El Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra un despido sin expresión de causa y ello importa que el trabajador tenga derecho a ser repuesto en una acción de amparo”⁸

⁵ Constitución Política del Perú Art. 22 “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”.

⁶ STC N°00090-20014-AA. “Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, de no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, 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, mientras que el segundo 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”.

⁷ Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país. (Agosto 2015) La Constitución Comentada, edición actualizada con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tercera Edición TOMO I

⁸ Ibid.

“Lo que se exige en la Constitución es una protección adecuada contra el despido, y esta exige: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral sino se sanciona con la reposición los casos de despidos incausados...”⁹

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho al trabajo en el art. 22 de la Constitución de la siguiente manera: "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; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. 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"¹⁰

El derecho al trabajo aparece también recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que: “la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca

⁹ Ibid.

¹⁰ Expediente N° 1124-2001-AA/TC

que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (artículo 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (artículo 6); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho del trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (artículo 6)".¹¹

1.3. Protección contra el Despido Arbitrario

Debido a que existe un modelo abierto al legislador sobre la adecuada protección contra el despido arbitrario¹² el Tribunal constitucional incorpora una nueva tipología sobre el despido Arbitrario, a continuación según Joel Cáceres Paredes:

- a) Despido nulo.- este despido se da cuando se violenten derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, tales como el derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a la libre

¹¹ GACETA JURIDICA. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Director Walter Gutiérrez. Tomo I.

¹² BUSTAMANTE BLANCAS, CARLOS. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Capítulo 3ro La Protección contra el Despido Arbitrario. Jurista Editores. Lima- Perú. Pág. 145

sindicalización del trabajador, entre otros. El listado de supuestos del despido nulo es el siguiente:

- ❖ Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- ❖ Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición).
- ❖ Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- ❖ Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- ❖ Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Ley N° 26626).
- ❖ Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Ley N° 27050).

b) Despido incausado.- Opera este despido 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.

c) Despido fraudulento.- este despido se produce cuando se despide a un trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de

manera contrario a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumpla, formalmente, 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; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la fabricación de pruebas.¹³

Javier Neves sostiene que el derecho a la conservación del empleo supone la prohibición del despido arbitrario. En esta línea de pensamiento, Neves considera que "la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo. Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales...". Sin embargo reconoce que la existencia del artículo 27 de la Constitución que delega a la ley se concrete la protección contra el despido arbitrario, le origina determinadas incertidumbres¹⁴

Por otro lado la aplicación jurisprudencial sobre el despido arbitrario se mantuvo por más de diez años como estabilidad laboral parcial es decir, protegiendo este derecho solo con la indemnización, hasta que "el Tribunal

¹³ http://www.mintra.gob.pe/boletin/documentos/boletin_44/doc_boletin_44_1.pdf

¹⁴ NEVES MUJICA, Javier. (diciembre de 2001) Libertad de Trabajo. Derecho al Trabajo v Derecho de Estabilidad en el Trabajo. en Revista Derecho y sociedad N° 17, Lima.

Constitucional emitió los controvertidos fallos, cuyas implicancias han transformado la aplicación del artículo 27 por los jueces y magistrados, retornando, por vía de interpretación constitucional, a un esquema de estabilidad laboral absoluta para los casos de despidos arbitrarios.”¹⁵

Para este caso la estabilidad absoluta en la protección contra el despido arbitrario se refiere a la reposición. Por ende, es el mismo Tribunal Constitucional el que empezó una línea jurisprudencial de una protección restitutoria.

Según los juristas de Gaceta Jurídica el fundamento de la posición del Tribunal Constitucional se basa en una interpretación sistemática de los artículos 22 y 27 de la Carta Magna.

Se considera conforme a derecho el análisis de la Constitución para remediar la problemática del despido arbitrario, ya en que la mejor opción es dar a elegir al trabajador entre indemnización o reposición.

1.3.1. Sobre la regulación del despido injustificado en los tratados internacionales.

En principio, el derecho de estabilidad laboral contenido en el artículo 27 de la Constitución debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales suscritos por el Perú, en virtud del mandato

¹⁵ Ibid

contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.¹⁶

El artículo 7, literal d), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448 de 07 de mayo de 1995, permite la reparación del despido injustificado tanto mediante la indemnización como a través de la reposición en el puesto de trabajo:

Artículo 7°.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

Los Estados Parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, 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: [...]

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

¹⁶ Gaceta jurídica citando a NEVES MUJICA, Javier. (1999) La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y los derechos laborales. En: Revista "Ius Et Ventas". N° 19, Lima.

cualesquiera otras prestaciones previstas por la legislación nacional;
[...]

En nuestro medio, autores como Javier Neves y Miguel Canessa respaldan la protección del trabajador mediante la aplicación del principio de la norma más favorable, según el cual debe preferirse la ley que otorga mayores derechos por encima del tratado incorporado al derecho interno que lo establece en grado menor.

1.4. El derecho constitucional al procedimiento previamente establecido por Ley

El Art. 139º inciso 3 de la Constitución Política indica que el derecho a ser juzgado mediante un proceso previamente establecido en la ley, garantiza que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, “no sean alteradas o modificadas con posterioridad” por otras. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3 del Art. 139º de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos”.

2. Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales:

Según el autor nacional Eloy Espinosa-Saldaña¹⁷, la primera mención a nivel constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, siendo recogida posteriormente esta noción por la Constitución española de 1978. Cabe aclarar que el tratamiento dado en ambas normativas al contenido esencial es totalmente distinto, ya que en el caso alemán se le vincula con la potestad del legislador de limitar en forma razonable los parámetros de ejercicio de algún derecho fundamental, mientras que en la Constitución española el contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra referido a todos los ámbitos de la capacidad normativa del legislador (entre los cuales se incluye la determinación del contenido de los derechos y la generación de obligaciones de carácter positivo, además de la mencionada potestad de limitar derechos). El Tribunal Constitucional peruano, en el caso de los trabajadores del Grupo Telefónica¹⁸, señala en el fundamento 12 de la sentencia de 11 de julio de 2002, que 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. Esto quiere decir que se ha acogido la concepción española de este concepto, orientada a la protección de aquellos rasgos considerados

¹⁷ <http://tc.gob.pe/portal/cec/publicacion/Revista%20Peruana%20Derecho%20Constitucional.pdf>

¹⁸ EXP. N.º 1124-2001-AA/TC

como básicos dentro de cada derecho fundamental, al momento de regularse el ejercicio de los mismos.

3. Principios de la Relación Laboral

3.1. Principio de Igualdad

El principio de no discriminación supone tratar igual a los iguales que se encuentran en igual circunstancia.

En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución Política prevé el principio de Igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue adecuadamente la igualdad ante la ley (art. 2.2.) de la igualdad de trato, apreciándose un tratamiento más adecuado y claro que lo previsto en la Constitución Política del Perú de 1979.

Sobre el tema el Convenio 111 de la OIT, ratificado por el Perú indica lo siguiente (art. 1):

“1. A los efectos de este convenio, el termino discriminación comprende:

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre este precepto que “la igualdad de oportunidades-en estricto, igualdad de trato –obliga a que la conducta, ya se del Estado o de los particulares, en relación con las actividades particulares, no genere una diferenciación no razonable, y por ende, arbitraria”¹⁹

Jorge Toyama Miyagusuku afirma que “el régimen CAS no se alinea a los parámetros constitucionales, en tanto que se priva de derechos laborales esenciales a las personas contratadas bajo modalidad y no existe proporcionalidad en la medida como para sustraer de ciertos derechos laborales a las personas contratadas bajo CAS de los sistemas de beneficios

¹⁹ Exp. N°01875-2006-PA/TC

sociales y protección laboral establecidos en todos los regímenes laborales del Estado. Además, no hay una racionalidad que permita justificar de manera coherente la creación de un “tercer régimen laboral en el Estado” para personas que ocupan puesto de trabajo, desarrollan funciones propias de un trabajador subordinado, es decir, se verifican todos los elementos esenciales de una relación laboral, pero por una disposición legal, tienen menores derechos y beneficios que el resto de trabajadores”.²⁰

3.2. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos

“El principio de Irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter protector en el Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa”.²¹

“El principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos informativos como convenios colectivos de trabajo dado su carácter eminentemente normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación”.²²

²⁰ OBRA COLECTIVA ESCRITA POR 166 DESTACADOS JURISTAS DEL PAIS. (agosto 2015) La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Tercera Edición Tomo I.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

Con relación a los criterios del Tribunal Constitucional, en algunos casos ha aplicado el principio de irrenunciabilidad de la siguiente forma:

“El hecho de que el demandante no haya obtenido puntaje favorable para acceder a una plaza en calidad de nombrado en el concurso promovido, no podía afectar su derecho a permanecer en la entidad en la condición de contratado para servicios de naturaleza permanente: razonamiento este último que se sustenta en los principios constitucionales de jerarquía normativa y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, aplicable en la relación laboral; principios contenidos en los artículos 51 y 26 de la Constitución Política de Estado respectivamente”.

“El caso más frecuente es la utilización de la irrenunciabilidad de derechos cuando una norma estatal deroga un beneficio y el trabajador acude a la vía judicial para mantener el referido derecho”.²³

3.2. Principio de Indubio Pro Operario

El principio de in dubio pro operario tiene un reducido marco de actuación: solamente en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se debe escoger por aquella que favorece al trabajador.

²³ Ibid. Pág. 768.

El Tribunal Constitucional ha mencionado que “este principio será aplicable cuando exista un problema de asignación del significado de los alcances y contenido. Ergo, nace de un conflicto de interpretación más no de integración normativa. La noción de norma abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, reglamentos, convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.”²⁴

²⁴ Exp. N°008-2005-PI/TC.

CAPITULO II

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y DEL EMPLEO PÚBLICO

Tenemos a Javier Arévalo Vela sobre su comentario de los Principios en su informe especial de Gaceta Jurídica:²⁵

1. Los principios del Derecho del Empleo Público

Se considera que los principios del Derecho del Empleo Público, tienen como fuente de origen los principios del Derecho Laboral y los del Derecho Administrativo.

En la Ley N° 28175. Ley Marco del Empleo Público, en el artículo IV de su Título Preliminar señaló como principios que regían el empleo público los siguientes: Principio de Legalidad, Principio de Modernidad, Principio de Imparcialidad, Principio de Transparencia y Rendición de Cuentas, Principio de Eficiencia, Principio de Probidad y Ética Pública, Principio de Mérito y Capacidad, Principios de Derecho Laboral, Principio de Preservación de la Continuidad de las Políticas del Estado y Principio de Provisión Presupuestaria.

2. Clasificación de principios

Los principios del Derecho del Empleo Público admiten distintas clasificaciones; sin embargo, para efectos de este trabajo, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y las normas contenidas en el Artículo III

²⁵ GACETA JURIDICA. (Agosto 2015) Soluciones Laborales. Año 8. Número 92.

del Título Preliminar de la LSC, las clasificaremos de la manera siguiente: principios de naturaleza laboral, principios propios del empleo público y principios administrativos.

3. Principios de naturaleza laboral

Son aquellos principios mínimos fundamentales que deben existir en toda relación de trabajo, incluida la que pueda existir entre una entidad pública y sus servidores. Estos principios se encuentran consagrados en la Constitución Política del Perú, en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

3.1. El principio de favorabilidad

De acuerdo con el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, en toda relación laboral se respeta el principio de “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

Villegas explica este principio en los términos siguientes:

“Tiene una doble expresión, según se trate de un precepto laboral que razonablemente admita interpretaciones diversas, o de la coexistencia de normas laborales de distinto origen formal, razonablemente susceptibles de ser aplicadas. En ambos casos, la duda se resuelve a favor del trabajador”.²⁶

²⁶ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, 9 edición 2010, Legis

La aplicación de este principio exige como condición que se trate de dudas sobre lo que quiere decir una norma legal; es decir, que se trate de un problema de técnica jurídica, y sobre ello se le debe dar la preferencia al trabajador.

El tribunal Constitucional ha señalado que “La aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico- axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”.²⁷

3.2. Principio de igualdad de oportunidades

Este principio, consagrado en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, manifiesta que no pueden establecerse tratos

²⁷ Exp. N°0008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público.

desiguales entre trabajadores que se encuentren en idénticas condiciones laborales, por razones de sexo, religión, raza, nacionalidad, edad, estado civil o por cualquier otro motivo de carácter reprochable.

En el Perú, el principio de igualdad es contemplado por la Constitución, tanto de una manera general en el inciso 2 del artículo 2, que reconoce el derecho de toda persona “A la igualdad ante la ley”; como de una manera especial, en el inciso 1) del artículo 26, el cual dispone que en la relación laboral se respetará el principio de “igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Sobre el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional nos dice:

“(…) c.3.2.) La igualdad de oportunidades

22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

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.

3.3. Principio de irrenunciabilidad

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, en la relación laboral se respeta el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

Sobre el principio de irrenunciabilidad, el Tribunal Constitucional nos dice lo siguiente:

“(…) La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia -y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia-, se perjudique (…)”.²⁸

²⁸ STC Exp. N° 2906-2002- AA, de fecha 20.01.2004

Según Javier Neves Mujica: “Un derecho es irrenunciable desde que se constituye la relación laboral, siempre que este amparado por una norma imperativa, aunque no se hayan producido todavía los requisitos para su disfrute. Lo es, más allá de la relación laboral, mientras no se cumpla con hacerlo efectivo, por lo que comprende los créditos laborales.”²⁹

3.4. Protección contra el término arbitrario del Servicio Civil

El artículo 27 de la Constitución establece que: “La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”.

El Estado no tiene una amplia disponibilidad para dar por terminada la relación de empleo público. El servidor civil tiene derecho a la estabilidad laboral; es decir, a no ser separado del trabajo sin que exista previamente una causa justa debidamente comprobada.

Marcenaro, comentando el artículo 27 de la Constitución, nos dice:

“La doctrina distingue la estabilidad absoluta y la relativa. En la estabilidad absoluta se le niega al empleador la posibilidad de disolver el vínculo laboral por acto unilateral, permitiéndose solamente por causa justificada. En consecuencia, si rescinde el vínculo laboral sin causa justa deberá reincorporar al trabajador y en caso de negarse, la autoridad jurisdiccional le impone el cumplimiento de la obligación. Estamos ante la estabilidad relativa cuando rescindido el vínculo laboral por parte del

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU Centro de Estudios Constitucionales. (2006) Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Palestra Editores.

empleador sin causa justa, no se obliga a la reincorporación del trabajador”.³⁰

3.5. Primacía de la realidad

Legislación que recoge el Principio de Primacía de la Realidad:

El artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo ha recogido el Principio de Veracidad que no es sino el correlato del Principio de la Primacía de la Realidad. Asimismo, este Principio ha sido contemplado en el artículo 2º de la Ley N° 28806 - Ley General de Inspección del Trabajo publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de julio de 2006 y en el artículo 40º de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809-E.P. (8.8.02).

Según el artículo 2.2 de la Ley N°28806 Ley General de Inspección del Trabajo “En caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”. Conocemos que este principio no se encuentra en la Constitución, pero si en la ley citada, asimismo este principio es utilizado con frecuencia para determinar la existencia de una relación laboral, bastando la identificación de tres elementos: subordinación, remuneración y prestación personal conforme a lo establecido en el

³⁰ MARCENARO FRERS, Ricardo. (1995) El trabajo en la nueva Constitución, Cultural Cuzco Editores, Lima

Texto Único Ordenado D.L. 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El principio de primacía de la realidad, uno de los pilares del Derecho del Trabajo, determina 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 realidad.

Tiene como sustrato el principio protector del Derecho Laboral ya que, en muchos casos, las reales condiciones de trabajo no constan en los documentos, o constando no se condicen con lo que verdaderamente sucede en la realidad, por lo que resulta necesario que los jueces deban verificar directamente los hechos mismos. En la mayoría de veces se llega a concluir que las verdaderas condiciones en que los trabajadores realizan sus servicios son muy distintas de las establecidas en el contrato o en otros documentos aparentes.

Según un precedente “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, que consagra al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona y, además, como un objeto de atención prioritaria del Estado”.³¹

³¹ Exp. N° 0689-2003-AA

3.5.1. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Contratación de Trabajadores A Plazo Fijo.

“De acuerdo con lo señalado por el artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), la regla general para una empresa que desea incorporar trabajadores es la contratación a plazo indeterminado o indefinido, es decir, relaciones laborales que no tienen preestablecida una fecha de término.

La temporalidad es, entonces, la excepción en la contratación de trabajadores. Por lo tanto, los contratos de trabajo a plazo fijo proceden únicamente en los supuestos taxativamente señalados en la ley, conforme al siguiente detalle:

- a) Por inicio o incremento de actividad, que se origina justamente por el inicio de una nueva actividad del empleador. Se entiende por nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes.
- b) Por necesidades del mercado, con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Debe sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad

productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

c) Por reconversión empresarial, en virtud de la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.

d) Ocasional, para atender necesidades transitorias a la actividad habitual del centro de trabajo.

e) Por suplencia, con el objeto que una persona sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo.

f) Por emergencia, para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia.

g) Para obra determinada o servicio específico, que tiene un objeto previamente establecido y de duración determinada.

h) Intermitente, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

i) Por temporada, con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas

épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo en función de la naturaleza de la actividad productiva.

Los contratos de trabajo a plazo fijo no pueden ser utilizados indiscriminadamente por las empresas o para cualquier situación. Hacemos hincapié, los contratos de trabajo a plazo fijo proceden únicamente en los supuestos detallados anteriormente.

No obstante, ello, muchos empleadores, por el solo hecho de evitar la contratación indefinida, recurren a este tipo de contratos sin estar situados en los supuestos requeridos.

Esta situación irregular puede ser denominada como fraude y está tipificada como causal de desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo, según lo establecido por el inciso d) del artículo 77 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), teniéndose la relación como una de naturaleza indeterminada.

Podemos citar como situaciones frecuentes en la realidad en las que los empleadores utilizan indebidamente la contratación a plazo fijo, las siguientes:

- La empresa tiene muchos años en el mercado, sigue realizando las mismas actividades desde que entró en funciones y siempre en un mismo volumen promedio de operaciones, empero incorpora nuevos trabajadores bajo el contrato de trabajo sujeto a modalidad por inicio de

actividad. Pese a que no se trata de un nuevo negocio de la empresa, utiliza indebidamente esta modalidad.

- La empresa quiere cubrir un puesto permanente en el organigrama de la corporación, utilizando el contrato de trabajo sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico. Este contrato está dirigido básicamente a cubrir puestos de trabajo que sabemos que se agotarán con el tiempo, cuando se cumpla la obra determinada o se agote el servicio específico.

- Un trabajador ha venido siendo contratado a través del contrato por incremento de actividad porque efectivamente la empresa había aumentado el volumen de sus operaciones y justificó la contratación por ese medio durante tres años, que es el plazo máximo de duración.

Vencido este plazo el empleador, quien desea seguir contando con ese trabajador pero quiere evitar que adquiriera la calidad de indeterminado (indefinido), lo recontracta bajo otra modalidad también a plazo fijo (contrato por necesidades de mercado) sin estar situado en el supuesto de hecho que justifica la contratación.

Las situaciones que hemos descrito no son recomendables por cuanto pueden acarrear la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad y, en consecuencia, que la relación laboral sea considerada en adelante como una de naturaleza indefinida o indeterminada.”³²

³² García Manrique, Álvaro (febrero 2010) ¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico Jurisprudencial. Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica. 1ra Edición

Debemos tener en cuenta que el Principio de Primacía de la Realidad “ha ido gestándose desde la formación del Estado de bienestar dado que las relaciones entre el trabajador y el empleador son asimétricas y que, precisamente, una forma de nivelar la situación es mediante el reconocimiento de la jurisprudencia del principio de primacía de la realidad. Lo contrario es quedarnos en un modelo formalista de aplicación de la ley aun cuando se produzca abuso del derecho o fraude a la ley. La jurisprudencia hasta antes de este precedente se sentó en base al principio de primacía de la realidad”.³³

3.6. Principio de Continuidad de la Relación Laboral

“Este principio laboral no ha sido contemplado en la Constitución Política del Perú ni definido expresamente en alguna norma de rango legal ni reglamentario, aunque sí está reconocido por la doctrina laboral que lo hace aplicable a muchos casos concretos.

En nuestro ordenamiento jurídico existen, por ello, diversas disposiciones que de alguna manera recogen el contenido de este principio, por cuya aplicación viene entendido 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.

³³ LANDA ARROYO, Cesar. (9 de junio de 2014) El precedente vinculante en el caso Huatuco: entrevista a Cesar Landa. En: Enfoque derecho (Asociación Civil Themis).

En palabras de Alonso García respecto al ámbito de aplicación del principio de continuidad, señala que “pese a desaparecer el motivo que inicialmente diera lugar al nacimiento de la relación, se determina que, de no existir formulación expresa en contrario, tal relación laboral prolonga su vida indefinidamente”³⁴

El artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), señala que: “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Así como este enunciado legal viene asociado a otro principio, el de primacía de la realidad como ya ha sido estudiado, también está referido a la aplicación del principio que ahora analizamos porque la continuidad del vínculo se considera ininterrumpida cuando no desaparecen los elementos esenciales y hasta que, en todo caso, no se demuestre lo contrario.

El principio de continuidad viene a funcionar como una garantía para el trabajador. Por ejemplo, el de estabilidad en el empleo y protección de su tiempo de servicio adquirido.

³⁴ ALONSO GARCÍA, Manuel. (noviembre de 1981) Curso de Derecho del Trabajo. 7ª edición, editorial Abril, p. 258.

3.6.1. ¿Cómo se aplica el principio de continuidad en la desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo?

El artículo 77 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), al tipificar las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo, señala que:

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 estas exceden del límite máximo permitido.

Es decir, si cumplido el plazo del contrato el empleador no gestiona la renovación del contrato a plazo fijo pero su trabajador continúa laborando de la misma forma como lo venía haciendo.

Según lo establece la ley, la renovación de los contratos de trabajo a plazo fijo debe seguir el mismo procedimiento para el caso de la celebración del contrato primigenio: por escrito y presentarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Entonces, a pesar de que la fecha de vencimiento del contrato primigenio ya se cumplió, toda vez que el trabajador continúe prestando servicios, opera la continuidad del vínculo laboral, aunque ahora de manera indefinida y ya no a plazo fijo.

El empleador no podría luego justificar la salida del trabajador en un supuesto nuevo vencimiento del plazo por cuanto, reiteramos, el contrato de trabajo se entiende ahora indeterminado. Opera el principio de continuidad en conjunción con la presunción contenida en el artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

b) Cuando se trata de un contrato a plazo fijo 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.

El contrato de trabajo a plazo fijo para obra determinada o servicio específico estará vigente hasta que efectivamente se realice la obra y/o se cumpla el servicio para los que específicamente se suscribió. Si cumplida cualquiera de esas condiciones, vale decir se cumplió la obra y/o el servicio, y a pesar de ello el trabajador continúa laborando en la empresa, se entenderá que el vínculo laboral ha continuado y ahora de manera indefinida.

Supuestamente, al agotarse la obra o el servicio específico que motivó la contratación, el empleador no podría continuar empleando la misma modalidad de contratación para ese trabajador. Si desea seguir contando con ese personal, tendrá que incorporarlo como un trabajador a plazo indefinido o, en todo caso, utilizando otra modalidad de contratación a

plazo fijo siempre que se encuentre en el supuesto de hecho que así lo permita.

c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuase laborando.

En este caso, la ley hace referencia al contrato de trabajo a plazo fijo de suplencia, cuando se requiere cubrir temporalmente a un trabajador permanente cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causal prevista en la ley (incapacidad temporal para el trabajo, licencias con o sin goce de haber, descanso vacacional, etc.).

En estos casos, si la causa de suspensión del vínculo del trabajador permanente sustituido ya se extinguió y, a pesar de ello, no se ha reincorporado y, por el contrario, el trabajador sustituto, continúa laborando, se entiende que opera la continuidad del vínculo laboral respecto de este último, aunque ahora de manera indefinida.

Esta circunstancia hace que el trabajador sustituto pase a formar parte de los trabajadores estables o permanentes de la planilla del empleador.

d) Cuando el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la ley.

Un ejemplo muy frecuente es la utilización por parte de los empleadores de los contratos de trabajo sujetos a modalidad sin estar situados fácticamente en el supuesto de hecho que los habilita a valerse de este mecanismo especial de contratación.

Al operar la continuidad del vínculo laboral a pesar que, en las formalidades, se habría cumplido con la condición que extinguiría el contrato de trabajo a plazo fijo, la principal consecuencia se referirá al tiempo de servicio del trabajador. Y ello se reflejará en el cálculo de la indemnización si el trabajador es despedido de manera arbitraria, porque esta se calculará por años de servicio cumplidos y teniendo como fecha de ingreso aquella cuando el trabajador se incorporó realmente a la empresa, y no la fecha en que el contrato se convirtió a uno de naturaleza indefinida.”³⁵

4. Principios propios del empleo público

Son aquellos que por su contenido resultan aplicables principalmente a los trabajadores al servicio del Estado, aunque en algunos casos cabe que puedan ser aplicados por entidades privadas, pero sin la obligatoriedad y orden público propios del servicio civil.

4.1. Principio de mérito

La Ley del Servicio Civil, en el inciso d) del Artículo III de su Título Preliminar, legisla lo siguiente: “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

³⁵ García Manrique, Álvaro. (febrero 2010) ¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial. Soluciones Laborales Manual Operativo 3. Gaceta Jurídica. Primera Edición.

evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles”.

Sobre el mérito, Villegas Arbelaez nos dice lo siguiente:

“El eje sobre el cual se construye la institución de la carrera administrativa, es el mérito, capacidad o eficiencia en el buen servicio administrativo, por ello, será el mérito la medida para que el mejor o el más meritorio en el concurso u oposición de méritos ingrese al servicio, e igualmente por calificación sea inscrito en carrera y pueda luego permanecer. El sistema de mérito es el de realización de la igualdad frente al merecimiento del empleado y de la administración”.³⁶

4.2. Principio de probidad y ética pública

El inciso d del artículo III del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil, señala que: “El servidor civil promueve una actuación transparente, ética y objetiva de los servidores civiles. Los servidores actúan de acuerdo con los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes que requieran la función pública”.

Haro, comentando este principio, define la probidad de la siguiente manera:

³⁶ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Ob. Cit., p. 330

“El empleado público actúa de acuerdo con los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes, que requiere la función pública.

Se considera a la probidad como la rectitud, honradez y honestidad con la cual debe actuar el empleado público, con el objeto de satisfacer el interés general y desechar así todo provecho o ventaja personal para sí o a favor de terceras personas”.³⁷

Por su lado, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, Reglamento de la Ley del Código de Ética en la Función Pública, Ley N° 27815, define la ética en los siguientes términos: “La ética pública es el desempeño de los empleados públicos basados en la observancia de valores, principios y deberes que garantizan el profesionalismo y eficacia en el ejercicio de la función pública”.

Asimismo, según el Código de Ética de la Función Pública, todo servidor público debe actuar respetando los principios éticos siguientes:

Artículo 6.- Principios de la Función Pública

El servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios:

1. Respeto

Adecúa su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de

³⁷ HARO CARRANZA, Julio Enrique. (2012) Derecho Laboral en la administración Pública. 2da edición, Ediciones Legales.

decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.

2. Probidad

Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

3. Eficiencia

Brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.

4. Idoneidad

Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.

5. Veracidad

Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.

6. Lealtad y obediencia

Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del

caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución.

7. Justicia y equidad

Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.

8. Lealtad al Estado de Derecho

El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública”.

CAPITULO III

APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

1. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Espacio y en el Tiempo

Según Marcial Rubio Correa “Cada Estado contemporáneo establece su propio sistema jurídico:

- En el ámbito espacial, dentro del territorio del Estado del que se trate.
- En el ámbito temporal, a partir de su plena entrada en vigencia. La declaración de voluntad puede, eventualmente, determinar que sus disposiciones rijan retroactivamente, siempre que ello no vaya contra normas legislativas o jurisprudenciales que estatuyan lo contrario.

Los tipos de situaciones en las cuales estos principios generales no tienen aplicación o, al menos, no la tienen tan clara:

- Cuando las propias disposiciones así lo establecen (lo que ocurre esencialmente entre las de naturaleza legislativa). En estos casos, existe la voluntad expresa del autor de la norma, en el sentido de que ella se aplique de manera distinta a la esbozada como principio general; y,
- Cuando se dan situaciones concretas en la realidad que ameritarían una excepción a dichos principios generales según el agente del Derecho, pero el texto normativo ha guardado silencio sobre el problema. Se presentaría, así, una laguna del Derecho.”³⁸

³⁸ <http://elabogadoensulaberinto.bligoo.cl/resumen-libro-introduccion-al-derecho-marcial-rubio-correa-parte-12-0>

1.1. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Espacio

Continúa afirmando Marcial Rubio Correa respecto a la aplicación del sistema jurídico en el espacio que “El territorio peruano es la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo encerrado dentro de sus fronteras. En tierra ello no ofrece dudas desde que nuestras fronteras han sido fijadas por sendos tratados.

Problema particular se presenta en la zona marítima, su respectivo espacio aéreo y sub suelo.

En torno al dominio marítimo, se reconoce actualmente dos zonas diferenciadas, aunque en términos nacionales existe aguda discusión sobre el tema.

El mar territorial, es decir la zona ribereña comprendida entre la costa y doce millas marítimas, el Estado ribereño tiene plena soberanía y jurisdicción de acuerdo al Derecho internacional. Sobre la zona adyacente hasta las doscientas millas, en el Perú existe una importante discusión en el sentido de si es parte integrante del mar territorial o si solo es una zona donde el Estado ejerce derechos de utilización y protección de los recursos económicos y naturales que contiene.”³⁹

1.2. La aplicación espacial de las leyes.

Respecto a la aplicación espacial de las leyes el mismo autor menciona lo siguiente:

³⁹ Ibid.

- “Se aplican en las doscientas millas las normas del Estado en todo lo referente a la protección y explotación de recursos naturales.
- También se aplica dicha zona al mar territorial.

Otros problemas entorno a la a la aplicación espacial del sistema jurídico:

- En materia de derechos ciudadanos persiste una antigua teoría llamada de la personalidad, según la cual los extranjeros no pueden ejercer el derecho político de voto, con excepción de las elecciones municipales en las que los extranjeros pueden participar con ciertos requisitos y limitaciones. Lo propio se aplica al derecho de ser elegidos.
- En materia tributaria y según la legislación pertinente, las personas residentes en el Perú tributan no solo sobre las rentas que obtienen en nuestro territorio, sino también sobre las que obtienen de fuera.
- Las sedes de legaciones diplomáticas gozan de extraterritorialidad. En consecuencia, dentro de su perímetro no se aplica el sistema jurídico del Estado ante el cual se hallan acreditadas sino el de aquel al que representan.
- En materia penal existen varias normas dentro de los artículos 1 al 5 del Código respectivo.
- Existe un complejo campo del Derecho que regula, las relaciones jurídicas compuestas por elementos que, de una u otra manera, involucran a más de un Estado. Tal es el caso de un peruano y una

extranjera que se casan sin que ella adopte la nacionalidad peruana; o de dos empresas de distintos países que firmen un contrato (eventualmente en un tercer país); o de extranjeros propietarios de bienes raíces en territorios de Estados distintos a aquel del que son oriundos, etcétera.

En cualquiera de estas situaciones, hay un conflicto de leyes en el espacio pues, según tomemos como criterio la nacionalidad de las personas involucradas, el lugar donde se hallan los bienes o el lugar donde se realizó el contrato, serían aplicables las leyes de uno u otro Estado.

Según el Derecho Internacional Privado, el juez ante quien se presenta judicialmente el problema debe recurrir a lo que se llaman las normas de conflicto de su sistema jurídico, es decir, a las disposiciones de su propio Estado, en las que constará en principio la solución al caso dado.”

1.3. La Aplicación del Sistema Jurídico en el Tiempo

Para comprender la situación de la aplicación en el tiempo citare a Marco G. Monroy Cabra en lo siguiente: “La regla general en esta materia es que la norma jurídica rige todos los hechos que se produzcan durante su vigencia. Realizados los supuestos jurídicos, se producen de inmediato las consecuencias jurídicas. La misma norma puede especificar la duración o puede tratarse de un tiempo indefinido, más o

menos largo. No hay ningún problema cuando, realizado un supuesto jurídico, las consecuencias jurídicas se extinguen totalmente durante la vigencia de la norma. En este caso, como el hecho es anterior a la ley nueva, y se encuentra totalmente terminado, esta no le es aplicable. Pero también pueden sucederse dos situaciones:

- 1) Si un hecho ha ocurrido bajo la ley antigua, pero las consecuencias jurídicas de este hecho se producen y se desenvuelven bajo la vigencia de la ley nueva;
- 2) Cuando se realiza un hecho jurídico y la ley nueva fija diferentes condiciones o suprime o modifica las anteriores.”⁴⁰

“Para los efectos de la lógica aplicación de la ley en el tiempo, es decir, para resolver el conflicto de las leyes en el tiempo según lo expresa Aníbal Torres Vásquez⁴¹, se debe tener presente, tres criterios:

- a. La irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, esto es no tiene efectos retroactivos ni puede supervivir después de haber sido derogada.
- b. La aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley antigua.

⁴⁰ Romero Penna, Idelbrando. La Ley en el Tiempo y en el Espacio e interpretación de la Ley. Citando a Marco G. Monroy Cabra.

⁴¹ Código Civil, Torres Vásquez Aníbal, (2008) Edit. Grijley

- c. La aplicación ultraactiva de la ley antigua que supervive a la nueva ley. Las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia y carecen de efectos tanto retroactivos, como ultraactivos.”⁴²

De acuerdo al autor Marcial Rubio Correa⁴³ tenemos los siguientes conceptos:

- Aplicación Ultraactiva. - Luego que se deroga, abroga, o termina la vigencia de una norma, esta luego puede seguir regulando hechos o situaciones jurídicas que acontecieron en el tiempo de la vigencia, aunque el proceso este fuera de la vigencia de esa ley.
- Aplicación Retroactiva. - Es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que ésta entra en vigencia, es decir antes de su aplicación inmediata.
- Aplicación Retroactiva Ordinaria. - Modifica los hechos, relaciones y actuaciones anteriores al momento que fue derogada la norma anterior por otra salvo sentencias con calidad de cosa juzgada.

2. Teoría de los Derechos Adquiridos y los Hechos Cumplidos

“Marcial Rubio Correa expone en su trabajo diciendo que existen dos teorías que sustentan la retroactividad de la ley y que son bastante conocidos y tratados:

⁴²http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2002/Contenido_02.pdf

⁴³ Marcial Rubio Correa (2009). Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

- a.- La teoría de los derechos adquiridos. - Conforme a esta teoría, la ley nueva no tiene facultades para dejar sin efectos aquellos derechos que la persona los adquirió antes de la nueva ley, es decir la nueva ley resuelve conflictos posteriores a su vigencia. Esta teoría garantiza la seguridad jurídica de la sociedad, entendiéndose que el Orden Público debe proteger a la sociedad fundamentalmente, respecto a sus derechos. El Código Civil de 1936 adoptó esta teoría para los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo.
- b.- La teoría de los hechos consumados o cumplidos. - Debe entenderse como hecho consumado o cumplido, cuando acto o hecho producido o vigente al momento que regía la ley antigua quedó terminado. Es decir que el acto se resolvió conforme a los presupuestos de ley antigua porque el conflicto quedó resuelto (hecho consumado o cumplido). El hecho está consumado o cumplido. El Código Civil de 1984, adopta la teoría de los hechos consumados.”⁴⁴

Otra definición de la teoría de los derechos adquiridos explica que son: “[...] aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos”⁴⁵ . Esta definición fue expresamente asumida por la jurisprudencia constitucional y ratificada por la sentencia recaída en el Expediente N° 008-1996-AI, mediante la cual el Tribunal Constitucional señaló que “se precisa que los derechos adquiridos son

⁴⁴http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2002/Contenido_02.pdf

⁴⁵ ARECO, Juan Segundo. La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 19748, cap II, P. 56.

aquellos que han entrado en nuestro dominio que ha parte de él, y de las cuales ya no pueden privarnos aquel de quien tenemos”. Esto ha sido ratificado por pronunciamientos tales como los recaídos en los Expedientes Nos 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC.

“La teoría del derecho adquirido opta por defender la seguridad jurídica; la teoría del hecho cumplido, en cambio, opta por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos.

El principio de la prohibición de aplicar retroactivamente las disposiciones del orden jurídico ha sido establecido en el artículo 103 de la Constitución y debe entenderse por tal el modificar hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma. En esto se hallan de acuerdo tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido.

Tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido siguen de acuerdo en manifestar que cuando no hubiera sino simples expectativas en el sujeto al momento de darse la nueva ley, procederá su aplicación para todos los hechos que ocurran a partir de su vigencia.

La ley nueva, una vez vigente, rige las relaciones y situaciones jurídicas existentes: no se sigue aplicando la ley anterior. Constitucionalmente, entonces, la regla general será la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos. La excepción será la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia de contratos.”⁴⁶

⁴⁶ Marcial Rubio Correa. Introducción al Derecho. <http://elabogadoensulaberinto.bligoo.cl/resumen-libro-introduccion-al-derecho-marcial-rubio-correa-parte-12-0>

3. Postura adoptada por el sistema jurídico peruano

Las disposiciones constitucionales acerca de la aplicación de la norma jurídica en el tiempo son los artículos 103°, 62°, 204° y 74°. Por su parte, como normas de desarrollo constitucional encontramos el Código Civil Peruano que regula esta materia en el artículo III del Título Preliminar, el Código Procesal Civil en la Segunda Disposición Complementaria, y el Código Penal en sus artículos 6°, 7° y 8°.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha acogido a la teoría de los hechos cumplidos, que en otras palabras es la aplicación inmediata de la norma; no obstante, ello, existen regímenes que se adhieren a la teoría de los derechos adquiridos, e incluso teorías intermedias. El desarrollo se circunscribe principalmente a la Constitución, puesto que es la norma fundamental y en ella se contemplan los criterios rectores de nuestro sistema jurídico, como bien lo reconoce LÓPEZ MENUDO⁴⁷ cuando señala que *“el único instrumento capaz de gobernar el fenómeno de la retroactividad es la Constitución (...)”*.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha precisado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC que *“nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes”*.

⁴⁷LOPEZ MENUDO, Francisco. El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas; op. cit. p.43.

CAPITULO IV

ANALISIS JURIDICO DEL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013-

PA/TC

1. Contenido del Precedente Vinculante

El viernes 5 de junio de 2015 fue publicado en el diario oficial El Peruano la STC Exp. N°05057-2013-PA/TC, referido a la acción de amparo interpuesta por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial.

Respecto de dicho proceso se proporcionará la siguiente información de acuerdo a Gaceta Jurídica:

Doña Rosalía Huatuco interpuso demanda de amparo contra el Poder Judicial para que se deje sin efecto su despido incausado, y en consecuencia, se disponga su reincorporación al puesto de secretaria judicial del Juzgado de Paz de Huancayo, Junín.

Para este efecto, señaló que trabajó un año, cuatro meses y quince días en dicho Juzgado, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicios específicos. La demandante expresó que realizaba labores de naturaleza permanente, por lo que los contratos modales suscritos se habían desnaturalizado; por ende, su labor debía ser considerada como una de plazo indeterminado, por lo que sólo podía ser despedida por causa justa y previo procedimiento previsto en la ley.

Alegó la vulneración de su derecho al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

El procurador público del Poder Judicial contestó que la demandante no ingresó a laborar mediante concurso público de méritos, expresando que, de acuerdo a la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal respectivo, la contratación de personal se efectúa necesariamente como resultado de un concurso público de méritos.

En primera instancia, el Quinto Juzgado Civil de Huancayo declaró fundada la demanda.

En segunda instancia, la Segunda Sala Mixta de Huancayo, de la Corte Superior de Junín, revocó la sentencia antes mencionada y declaró infundada la demanda.

La demandante interpuso Recurso de Agravio Constitucional, con la finalidad de que el caso sea examinado por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional expidió sentencia de fecha 16 de abril de 2015. Esta sentencia ha sido publicada en el diario oficial, conforme se ha mencionado.

2. Enfoque Constitucional

2.1. Recurso de Agravio Constitucional

“Los procesos constitucionales, al igual que los derechos fundamentales, tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva. Así, estos deben garantizar los derechos fundamentales de la persona (dimensión subjetiva), pero también deben garantizar la supremacía constitucional (dimensión objetiva). Partiendo de la dimensión subjetiva de los procesos

constitucionales, el artículo 18° del Código Procesal Constitucional define al recurso de agravio constitucional como aquel presentado «contra la resolución del segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda». No obstante, si este artículo es interpretado también a la luz de la dimensión objetiva de los procesos constitucionales, la definición del Recurso de Agravio Constitucional (RAC) se amplía, estableciéndose a su vez dos dimensiones de este:

1) Dimensión positiva

Según esta dimensión, el TC debe resolver los RAC cuando:

- i) los operadores jurisdiccionales o administrativos resuelvan con criterios opuestos a los precedentes vinculantes, sentencias normativas y doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional;
- ii) una sentencia estimatoria es contradictoria a los fallos del Tribunal Constitucional porque existe un vacío normativo o varias interpretaciones posibles; o,
- iii) se pretende cambiar la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional. En este caso, el recurso de agravio constitucional es un instituto procesal de la supremacía constitucional.

2) Dimensión negativa

Según esta dimensión, el Tribunal Constitucional debe resolver el RAC cuando se cumpla los requisitos de admisibilidad y procedencia

señalados en la norma. A diferencia de la dimensión positiva, el recurso de agravio constitucional es un recurso del justiciable”.⁴⁸

En el fallo del Tribunal Constitucional en el Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC la dimensión positiva no se cumple porque la Corte Superior de Junín declaró infundada una demanda y al hacerlo cambio la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y cuando la demandante utilizó el recurso de agravio Constitucional, el Tribunal Constitucional, quien defiende la supremacía de la constitución volvió a declarar infundada la demanda. Más adelante se explicará las consecuencias de ello.

2.2. En el Código Procesal Constitucional

Respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, en el caso Huatuco, tiene en cuenta entre otros puntos lo establecido por los siguientes dispositivos legales, contemplados en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:

“Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional. - Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

⁴⁸ Landa, Cesar. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Pag. 91

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

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”.

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”.

3. El Precedente Vinculante

“En Alemania y en los países anglosajones se entiende por jurisprudencia a la ciencia del Derecho, de acuerdo con la vieja tradición romana, que se conservó en todo el continente hasta bien avanzado el s. XVIII. En España, sin embargo, ha terminado imponiéndose una segunda acepción, que es la que hoy en día se utiliza, según la cual el término jurisprudencia debe entenderse referido a un repertorio de resoluciones judiciales.

Por su parte, el precedente judicial en el sistema del common law se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema hacia las Cortes y Juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Es decir, se establece como una referencia para los jueces, por lo que el justiciable debe invocarlo para que el juez lo aplique en un caso concreto.”⁴⁹

En el sistema peruano, el precedente constitucional tiene efectos generales: es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos. Cualquier ciudadano puede invocarlo ante cualquier autoridad, funcionario o persona, sin tener que recurrir previamente ante los tribunales; dado que tiene efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares.⁵⁰

“En la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el caso Salazar Yarlénqué (Expediente N° 03741-2004-AA/TC), se establecieron diversos puntos fundamentales, que aún hoy conservan vigencia; en particular, en sus fundamentos 11 y 36 a 46, que pueden ser revisados. Sin embargo, a continuación, mencionamos de manera sucinta algunos de ellos, por ser relevantes para el análisis:

- a) Dado que la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional implicó la introducción en nuestro sistema jurídico del concepto de

⁴⁹ GACETA CONSTITUCIONAL & Procesal Constitucional. (agosto 2015) Tomo 92,

⁵⁰ Ibid.

precedente constitucional vinculante, es importante esclarecer cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.

b) En la tradición del common law norteamericano, el precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura se dicta cuando concurren tres presupuestos básicos:

- ii. Si se evidencia que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
- iii. Si es necesario llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes.
- iv. Si corresponde expedir un nuevo precedente, que anule otro anterior (la práctica del overruling).

c) En el caso peruano deben tenerse en cuenta además otros presupuestos:

- i. Si los efectos dañinos o violatorios de derechos que han sido denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas.
- ii. Si el acto impugnado y contrario a la Constitución constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general.

d) Constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

- i. La constatación, a partir de un caso sometido al Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones

latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

- ii. La constatación, a partir del mismo caso, que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo que genera una indebida aplicación de la misma.
- iii. La constatación de la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa, que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados de la misma.
- iv. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

e) Son reglas para la emisión del precedente:

- i. Que exista relación entre el caso y el precedente que se va a emitir, lo que puede incluir la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley. La idea es que la emisión de tal precedente sea necesaria para la solución del caso planteado, y que el Tribunal Constitucional no fije una regla con el pretexto de solucionar un caso si en realidad su expedición no está ligada directamente con la solución del mismo.

- ii. El precedente debe constituir una regla de derecho, por lo que no puede referirse a los hechos del caso, más allá de que parta de ellos.
- iii. La regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones. Y es que el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico.
- iv. El Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas polémicos, en los cuales las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica una, práctica prudente, que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso del precedente, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa”.⁵¹

De otro lado, debe expresarse que el artículo 13 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, referido a la Competencia especial del Pleno, dispone lo siguiente:

“Los procesos referidos en el artículo 11, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros. En tales casos se procede conforme al artículo 5 de la Ley N° 28301”

⁵¹ GACETA CONSTITUCIONAL & Procesal Constitucional. (agosto 2015) Tomo 92,

El artículo 5 de la Ley N°28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece lo siguiente:

“El quorum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes”.

De las normas antes mencionadas queda absolutamente claro, entonces, que, de acuerdo a ley, para establecer un precedente vinculante, o apartarse de él, se necesita, contar con cinco votos conformes.

3.1. Precedentes vinculantes establecidos o modificados a través de resoluciones aclaratorias.

“Se trata de casos en los que el Tribunal Constitucional decide crear o modificar un ya creado precedente vinculante a través de una resolución de aclaración. No parece serio, por decir lo menos, que se emplee una resolución de aclaración para decidir acerca de los precedentes vinculantes, no tanto porque no se condiga con el texto del artículo VII del Código Procesal Constitucional, sino y principalmente porque dice mal acerca de la actuación del Tribunal Constitucional en desmedro de la propia institución: o no tuvo la seriedad para establecer los precedentes

que ameritaban ser declarados como tales en la sentencia emitida; o no tuvo la seriedad para contener y no declarar como precedente algo que realmente no tiene la trascendencia para ser presentado como tal.”⁵²

⁵² Castillo Córdova, Luis. Actualidad Constitucional Diciembre N°229 Pág. 181

CAPITULO V

PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON ANTERIORIDAD AL PRECEDENTE VINCULANTE N°05057-2013- PA/TC.

1. Pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional con anterioridad al Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC.

- **00090-2004-AA, Fundamento Jurídico 37 - Derecho al Trabajo**

“Este tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo de no ser despedido por causa justa. Respecto al primero, 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; mientras que el segundo es que resulta relevante para resolver la causa, se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.”⁵³

- **01944-2002-AA, Fundamento Jurídico 3 – Principio de Primacía de la Realidad**

“... a fin de determinar la naturaleza de los servicios que prestó el demandante para la Municipalidad emplazada, es preciso aplicar el

⁵³ Sar Suarez Omar y Álvarez Miranda Ernesto, (marzo 2013) Reporte de Jurisprudencia Precedentes y Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Primera Edición. Editorial Adrus S.R.L. Arequipa-Perú.

principio de Primacía de la Realidad, el que, como lo ha señalado este colegiado, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, está impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, acotándose, en la STC N° 01944-2002-AA/TC, que mediante 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 lo que respecta al caso Huatuco se podría haber tomado en cuenta la realidad de los hechos como se aplicó para este caso, y además lo que implicaría el precedente vinculante N°05057-2013- PA/TC para toda la nación en las entidades públicas.

- **01874-2002-AA, Fundamento Jurídico 3 – Preferencia de la Contratación laboral indefinido**

“El régimen laboral peruano, se rige, entre otros, por el principio de causalidad, 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 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.

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 por tiempo indeterminado”

Con el precedente Huatuco los miles de trabajadores contratados bajo el régimen privado en el sector público que alcanzan un puesto de trabajo de naturaleza permanente, aunque conforme a ley les compete después de un año ser un trabajador de naturaleza indeterminada no podrán acceder a reposición una vez despedidos, en consecuencia si realmente el Tribunal constitucional da preferencia a la contratación laboral por tiempo indefinido no se viera afectado la estabilidad laboral de muchos peruanos en esta condición.

- **00008-2005-PI, Fundamento Jurídico 6 – Principio de Irrenunciabilidad**

“... el trabajador no puede despojarse, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma (...) el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas

taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral.”

Entendiendo este fundamento para el caso como que el trabajador del sector público bajo el régimen laboral privado no puede renunciar a su derecho de un debido proceso, de su derecho al trabajo y lo que conlleva a esto según lo establecido por el Tribunal Constitucional muchas veces en sus jurisprudencias es decir a una Reposición.

- **Exp. 1815-2004-AA/TC del 05.07.2004. Despido de trabajador publico protegido por Ley N°24041**

Respecto al Régimen Laboral de la actividad pública. Debo acotar que los fundamentos antes analizados, han sido objeto de estudio partiendo del enfoque del régimen laboral privado, mas es el sector público “un importante nicho donde ha tenido una evolución legislativa de importancia, sobre todo a partir de la Ley N°24041, publicada el 28 de diciembre de 1984, la misma que introduce un concepto garantista y de tutela para aquellos servidores públicos cuyas labores sean de naturaleza permanente y que tengan más de un año de servicios, los cuales, de acuerdo al alcance de la propia norma, no podrán ser cesados ni destituidos sino por las causales previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él. Se excluye de los alcances de la referida Ley a los servicios públicos contratados para desempeñar:

a) Trabajos de obra determinada

- b) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinadas
- c) Labores eventuales o accidentales de corta duración
- d) Funciones políticas de confianza”⁵⁴

Se puede entender que la premisa de esta norma fue instituir un concepto garantista de la labor del servidor público. “Si bien es cierto que la estabilidad laboral relativa que predominaba en el sector privado se ordenaba por normas marco que definían su situación en un contexto económico afectado por una crisis a nivel internacional, como inclusive sucedió en 1987 al excluirse *motu proprio* el Perú del pago de la deuda externa, las circunstancias de dación de la Ley N° 24041, durante el gobierno del Arq. Fernando Belaunde Terry en 1984, se guiaron por la orientación de extender un régimen de defensa del servidor público que hubiere cumplido requisitos de permanencia temporal y de naturaleza de labores en el sector público.

Es así que en esa línea, el Tribunal Constitucional ha venido concediendo tutela a través de diversos fallos a aquellos servidores que hubieren cumplido estos requisitos base y es reiterativa la posición del Tribunal Constitucional sobre todo respecto de la calificación errónea que hizo el empleador Estado al contratar en

⁵⁴ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

servicios no personales, como usualmente lo hace a fin de disminuir sus costos laborales al máximo, a muchos de sus servidores más otorgándoles como responsabilidad la ejecución de tareas permanentes, vale decir, de trabajadores estables.

Surge aquí pues una discrepancia interpretativa de rigor, pues el Estado asumía que contrataba en un régimen sin beneficio alguno para el locador, como lo era el servidor contratado, en tanto que el correctamente llamado trabajador asumía que su contratación era de orden temporal pero al verificar, con el concurso de la Autoridad Judicial, que efectivamente la labor desarrollada era de naturaleza laboral, evidentemente se inclinaba dicho servidor a plantear que se efectuara el reconocimiento de su tiempo de servicios y por ende de su condición de trabajador estable.

En relación pues a esta problemática de los servidores estatales contratados sin protección legal alguna, más cumpliendo requisitos de la Ley N°24041, es que diversas sentencias del Tribunal Constitucional han venido desarrollando una tesis garantista de protección del derecho al trabajo, como se ha esbozado ya y en forma inicial en las sentencias antes aludidas respecto del sector privado, a lo cual debemos agregar que tenemos adicionalmente los reconocimientos que el Tribunal Constitucional ha venido efectuando respecto de servidores públicos que han alegado despido por parte del empleador pero que a su vez, vía amparo, han solicitado la

reposición a sus labores habituales, pretensiones a las que el Tribunal Constitucional ha accedido bajo la concepción de que los trabajadores en servicios no personales unas veces, u otras aquellos que han sido contratados en forma irregular, han cumplido requisitos procedimentales de rigor para tener derecho a una permanencia en el empleo.

Lo comentado es lo que desarrolla la presente sentencia en la cual la recurrente amparista, servidora de una entidad estatal, interpone acción de amparo contra la Dirección Regional de Salud de Moquegua, solicitando que se deje sin efecto el memorando circular N°400-2002-DRSM-RED-MOQ, de fecha 18 de diciembre de 2002, que dispone la culminación de su vínculo laboral con la entidad demandada, y que se ordene su restitución en el puesto de trabajo que venía desempeñando o en uno de similar categoría. Alega la recurrente que ingreso a trabajar de manera ininterrumpida desde el 15 de MAYO DE 1997 hasta el día 30 de junio de 2003, oportunidad en la que se le comunico de manera verbal el cese de sus funciones como secretaria, argumentando que, debido al tiempo laboral, se encuentra dentro de los alcances del artículo 1 de la Ley 24041.

El 2do Juzgado Mixto de Mariscal Nieto de la corte Superior de Moquegua declaró fundada la demanda por considerar que la accionante ha acreditado la existencia de una relación laboral que se prolongó por más de 6 años. La recurrida revocó la apelada en parte

y la reformó declarándola infundada, por considerar que la accionante no ha acreditado que el periodo laborado lo haya hecho de forma ininterrumpida.

En el razonamiento del Tribunal Constitucional se determina que para ser aplicable el beneficio de la Ley N°24041, necesariamente deben constatarse dos requisitos:

- a) Haber realizado labores de naturaleza permanente
- b) Tener más de un año ininterrumpido de labores anteriores a la fecha del supuesto cese.

En ese orden de ideas advierte el Tribunal Constitucional que la demandante realizó labores ininterrumpidas de naturaleza permanente, acreditadas con los partes de asistencia y permanencia así como recibos por honorarios y en tal sentido, en aplicación del principio de primacía de la realidad, considera que la actora trabajó en condiciones de subordinación, dependencia y permanencia propias de una relación laboral, rechazándose de este modo, la alegación de la parte emplazada a la naturaleza eventual de las mismas. Por consiguiente, a la fecha de su cese, la demandante ya estaba amparada por la Ley N°24041 y, por ende, solo podía ser despedida por las causales previstas en el Decreto Legislativo N°276.

El conflicto que la presente sentencia suscita, como podrá apreciarse, es la interpretación otorgada a la naturaleza de las labores de la amparista. En rigor, para la emplazada no ha existido sino una labor

de naturaleza eventual en tanto que los partes de asistencia y permanencia demuestran y comprueban, a criterio del Tribunal, que no se ha configurado una naturaleza eventual sino permanente sobre todo atendiendo al tiempo transcurrido desde la fecha de inicio de labores mayo de 1997, hasta la conclusión incausada de la relación laboral, es decir junio del 2003, habiéndose establecido como tiempo de servicios un estimado de seis años.”⁵⁵

Es evidente que el Tribunal Constitucional pudo haber seguido esta misma línea jurisprudencial con el caso Huatuco, ya que la Sra. Huatuco realizó labores de naturaleza permanente por más de un año por consiguiente le correspondería la reposición a sus labores.

- **Sentencia Exp. 1124-2001- AA/TC del 11.07.2002. Caso Telefónica vs. Sindicato de Trabajadores. Cuestionamiento al despido arbitrario e inaplicación del Artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.**

La sentencia presenta el cambio de tendencia del Tribunal Constitucional respecto al enfoque en sede constitucional del despido arbitrario como lesivo del derecho constitucional al trabajador. Los fallos en forma excepcional implicaron antes algún tipo de tutela laboral, que al parecer significaron solo una posición previa a pesar que se convirtió en un precedente vinculante

⁵⁵ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

Tomando en cuenta también “la sentencia 02 de octubre de 1995 del exp. 2004-94 Lambayeque, que declara fundado un amparo y ordena reponer a un trabajador separado de la Cooperativa Agraria Pucalá, invoca como fundamento el art. 22° conjuntamente con los artículos 23°, 26° y 27° de la Constitución, sin explicar la relación de cada uno con el caso ni el contenido de cada cual. En sentido similar se pronuncia la sentencia TC del 13 de junio de 1997 (Exp. 111-96-AA/TC) al disponer la reposición del accionante a su puesto del trabajo, por considerar no probada la causa de despido invocada. Esta sentencia se basa exclusivamente en el art. 22°, y como tal debe ser protegido de toda forma de abuso que pretende transgredirlo. La conexión entre derecho al trabajo y estabilidad es evidente, aun cuando no se explicita el contenido de aquel.”⁵⁶

Blancas Bustamante menciona lo siguiente “En otras ocasiones, la reposición del trabajador dispuesta en un proceso de amparo se ha basado en la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa, sin invocar el derecho al trabajo, como en el caso de la sentencia Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1997 (Exp. 976-96-AA/TC). Sin embargo, hay otras sentencias en que la invocación del derecho al trabajo se relaciona con la violación concurrente de otros derechos constitucionales, como es el caso en

⁵⁶ Blancas Bustamante, Carlos; citado por Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

que el Tribunal Constitucional considera vulnerado concurrentemente el derecho al trabajo como consecuencia de la lesión al derecho constitucional a la presunción de inocencia.”⁵⁷

Sin embargo, el antecedente más relevante y directamente relacionado con la sentencia en análisis, son un grupo de sentencias del Tribunal Constitucional referidas al despido de numerosos trabajadores de la empresa Telefónica del Perú, cuyas acciones de amparo fueron declaradas fundadas y se ordenó su reposición. Tal es el caso de las sentencias del 21 de enero de 1999 (Exp.1112-98-AA/TC, Lima), de 4 de noviembre de 1999 (Exp. 712-99-AA/TC y Exp. 525-99-AA/TC) y 12 de diciembre de 1999 (Exp. 469-99-AA/TC, Ica). En la primera de estas sentencias, recaída en el amparo seguido por varios trabajadores encabezados por el señor Cesar Antonio Cossio, y que sirve de molde para la fundamentación de las otras, se invoca explícitamente el derecho al trabajo como fundamento, pero se considera que este deviene vulnerado como consecuencia de la lesión a otros derechos constitucionales, en especial el derecho a la defensa y al debido proceso. Así, tras relacionar detalladamente las diversas violaciones al derecho de la defensa, al principio de tipicidad de la causa justa de despido, la sentencia señala: “La circunstancia de que se haya despedido a todos los demandantes a través de actos lesivos

⁵⁷ Ibid. Pág. 105

a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo la afectación del derecho al trabajo reconocido por el Artículo 22° de la Constitución del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica, ha sido conculcado por un acto desprovisto de juricidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”.⁵⁸

Acota la sentencia: “Como puede apreciarse, la importancia de esta sentencia y de las que siguieron, reside tanto en que invoca el derecho al trabajo, lo que, como hemos visto, ya había ocurrido en sentencias anteriores, sino que incluye una interpretación de éste, al hacer mención a la conservación de un puesto de trabajo, como una de sus implicancias, lo que demuestra que ya en esta fecha el Tribunal Constitucional, venía resolviendo causas en base a una interpretación aun no suficientemente desarrollada del artículo 22° de la constitución. Interesa destacar que la sentencia considera que todo despido desprovisto de juricidad es violatorio del derecho al trabajo, lo que contrario sensu, significa la exigencia de que el despido se ajuste a causas señaladas por la ley y a garantías formales, como el derecho a la defensa” Sin embargo, ninguno de estos casos estuvo basado en la aplicación del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competencia Laboral, algunas sentencias del Tribunal Constitucional convalidaron

⁵⁸ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

la validez del referido precepto, como se advierte en las de fecha 28 de setiembre de 1998 Exp. 597-96-AA/TC, Lima. Esta ultima de forma explícita señala que: “El segundo párrafo del Artículo 34° del T.U.O de Decreto Supremo 003-97-TR, dispone que cuando el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°...” (Fundamento 3). Por ello, concluye que no se ha vulnerado, en consecuencia, ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante. (Fundamento 5).⁵⁹

Un análisis de los considerados previos vertidos por el autor referido, nos brinda la idea objetiva de posiciones distintas del Tribunal Constitucional en casos si los similares puestos en su consideración. Mas prevalece un factor de relieve en los últimos años, cual es la referencia a un desarrollo aún muy inicial de artículo 22° de la constitución en las sentencias que favorecían los amparos laborales de los trabajadores. Concordado dicho artículo con otros derechos esenciales como la conservación del empleo o de un proceso, la sistematización de la esencia restitutoria de los amparos laborales fue adquiriendo una solidez aun embrionaria, matices que fueron luego desarrollados bajo un criterio positivo y de precedencia vinculante, por la sentencia aclaratoria 1124-2001-AA/TC del 16 de setiembre de

⁵⁹ Ibid

2002, publicada el 18 del mismo mes y año, resultando mérito de dicha sentencia haber centrado dos aspectos sustanciales:

- a) Haber interpretado con un criterio de desarrollo explícito el artículo 22° de la constitución;
- b) Inaplicar el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competencia Laboral, por considerarlo incompatible con la Constitución.

Sin perjuicio de que el análisis de esta sentencia deba ser concordado con la sentencia 206-2005-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2005, instrumento que señala una clara racionalización del amparo laboral, resulta importante aclarar en vía de antecedente que el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL), logran, en resumen, que se declare fundada su acción de amparo, inaplicable el artículo 34° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y se ordene la reincorporación al trabajo de los servidores afiliados a los sindicatos demandantes que fueron despedidos por el empleador, así como dispone que este se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución respecto de los afiliados que continúen trabajando. Con anterioridad el Primer Juzgado Corporativo Especializado en Derecho Público, con fecha 17 de julio de 2000, había declarado fundada la demanda por haberse demostrado la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los

accionantes. La sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, a su turno, declaró improcedente la acción de amparo, al considerar que el proceso se obtuvieron pruebas ilícitas, puesto que tenían el carácter de confidenciales (se refería a un Plan de despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de Telefónica del Perú S.A.A.). Añade que, en el caso concreto, no está acreditada la amenaza, porque “el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de 2000, antes de iniciarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos”

En ese orden de ideas la resolución unilateral del vínculo laboral por parte del empleador, debe ser analizada, según el Tribunal Constitucional, en la perspectiva de protección de los derechos constitucionales de orden laboral que no pueden ser soslayados por ninguna relación de trabajo.⁶⁰

En conclusión, respecto al Exp. 1124-2001- AA/TC “resulta objetivo constatar, consecuentemente que el resultado concreto de la presente acción de amparo, en su calidad de instrumento principal de las modificaciones que se generaron luego de esta primera sentencia en setiembre de 2002, fue una inaplicación de normas (artículo 34° de la

⁶⁰ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral) como consecuencia de un acto de control difuso, potestad de que está revestido el Tribunal Constitucional, precisando a su vez un efecto de abstención de la demandada al determinarse que Telefónica del Perú S.A.A., se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado Artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúen trabajando. Vale decir el efecto de tutela de derechos en sede constitucional no solo involucra en este caso a los servidores despedidos sino a aquellos cuyos derechos constitucionales puedan verse amenazados por actos a futuro de la empleada.”⁶¹

- **Sentencia Exp. 0206-2005-PA/TC del 28.11.2005. Caso Baylon Flores vs. Emapa Huacho. Amparo residual, nuevas regulaciones procesales**

La sentencia 206-2005-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2005 establece precedentes vinculantes inmediatos en materia de amparos laborales genera nuevos criterios de procedibilidad a ser tenidos en cuenta por todas las instalaciones del Poder Judicial.⁶²

Es decir en este precedente “restringe la procedencia de los procesos de amparos laborales, de conformidad con los fundamentos sétimo y

⁶¹ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

⁶² Ibid pág. 114

décimo sexto de la sentencia en comento, solo aquellos despidos sin imputación de causa, fraudulento y nulos, siempre que revistan afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, criterio que a su vez involucra una evaluación en sede constitucional de si existe la protección urgente que se requiere del derecho cuya tutela se invoca.”⁶³

Con las restricciones introducidas en la mencionada sentencia, la naturaleza del amparo reasumió su figura residual, en tanto solo quedaron reconocidos tres tipos de amparo laboral a nivel propio del Tribunal Constitucional.

La decisión de fondo del Tribunal Constitucional fue determinar una menor asignación de carga procesal en su ámbito reasignando las decisiones de fondo definitivas de instancia de los procesos laborales ordinarios y contencioso – administrativo a las Salas Superiores y en casos específicos, a la corte Suprema. De esta manera solo llegaría al Tribunal constitucional las causas con recurso de agravio constitucional, que hayan merecido sentencia desestimatoria para la parte demandante. A su vez, los procesos laborales ordinarios y contenciosos administrativos concluirán en las Salas Superiores, una vez apeladas las causas.

⁶³ Ibid pág. 115

- **Sentencia Exp. 976-2001-AA-2001-AA/TC del 13.05.2003. Caso Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A. Protección preventiva y reparadora contra el despido arbitrario.**

“El Tribunal Constitucional desarrolla a su vez otros conceptos: la protección preventiva del despido arbitrario y la protección reparadora, que ya esta obra se había desarrollado antes como la obra restitutoria y la de orden resarcitorio, respectivamente en caso de despido arbitrario. Tiene lugar la protección preventiva cuando mediante ley se prevé que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que esta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el art. 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

La protección reparadora contra el despido arbitrario tiene lugar cuando el legislador desarrolla el contenido del derecho regulado por el art. 27° de la Constitución, de modo tal que ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

Destaca el Tribunal constitucional que esta orientación jurisprudencial en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.”⁶⁴

- **Sentencia Exp. 3361-2004-AA/TC del 12.08.2005 Caso Jaime Álvarez Guillen vs. Consejo Nacional de la Magistratura CNM. Reposición de Magistrados y aplicación del Prospective overruling.**

Esta sentencia señala en su parte resolutive que declara infundada la demanda de amparo en aplicación del prospective overruling.

Con relación al overruling, dentro del sistema del common law norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia Patterson vs. Malean Credit Union, 1989,172) se ha sostenido lo siguiente: “Nuestros precedentes no son sacrosantos porque nosotros hacemos overruling respecto de decisiones previas cuando la necesidad y la prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que cualquier salida de la doctrina del stare decisis demanda una especial justificación. En este sentido la técnica del overruling permite cambiar un precedente en su núcleo normativo aplicando el nuevo precedente. Precisamente

⁶⁴ Figueroa Gutarra, Edwin. El Despido Arbitrario Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial. Primera edición 2009. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima – Perú.

la técnica prospective overruling se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita de una modificación

El Precedente Vinculante N°05057-2013- PA/TC se encuentra en similar aspecto en el sentido que ofrece un inminente cambio modificando repentinamente las reglas que ya estaban establecidas.

- **TC 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**

Se resolvió: "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° 003-97-TR, por lo que, al no actuar conforme al procedimiento antes citado, la emplezada ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo del recurrente." (Fundamentos 3 y 4)

- **STC 2541-2003-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Vicente Marnani 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**
Se resolvió: "1. Declarar FUNDADA la acción de amparo. 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 (c.)"

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos: "Mediante la Resolución de Alcaldía N° 1499-2002-MPSR-J/ALC'A, de fecha 26 de diciembre de 2002, de fojas 2, ha quedado acreditado 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.° 728. Por tal razón, a la fecha de su cese, había adquirido protección contra el despido arbitrario de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10° del Decreto Supremo N. 0003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 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 válido y surte efectos jurídicos; situación que es corroborada con los documentos ofrecidos por el recurrente que corren de fajas 4 a 22, 26 a 28 y 62 a 97, en los que constan memorando, notas de pedido dirigidas al actor e informes de las labores realizadas como grifero municipal. Consecuentemente, y en

virtud de la precitada norma, no podía ser destituido en forma unilateral por la emplazada, sino por las causas previstas en los artículos 16°, 22° y ss. del Decreto Supremo N° 003-97/TR, Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedido sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso." (Fundamentos 1 a 3).

- **STC 2545-2003-PAJTC, 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.**

Se resolvió: Declarar FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable la carta A1° 002-2003-Pdle-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 Ajas 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. 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-T1), 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).

- **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**

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 (cojas 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. 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 firma 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).

- **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**

Se resolvió: "1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, nula la Carta N° 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'.

En el presente caso, con el Certificado de Servicios SNP N° 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° 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 tocadores, 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 IV.° 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)

CAPITULO VI

ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Consecuencias laborales a causa del precedente vinculante 05057-2013-PATC

La delimitación de la aplicación de la reposición como medida de resarcimiento de los trabajadores del Estado únicamente en favor de aquellos que ingresaron mediante concurso público genera las siguientes consecuencias laborales plausibles de cuestionamiento:

1.1. Vulneración del derecho fundamental al trabajo de los trabajadores del Estado

Consagrado en el artículo 22 de la Constitución y en diversos tratados internacionales suscritos por el Perú.

Y es que como bien a reconocido el propio Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente 1124-2001-AA, de fecha 11 de julio de 2002, el derecho al trabajo se encuentra conformado por dos (2) aspectos: el acceso a un puesto de trabajo, y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Es en virtud precisamente de este último aspecto que el artículo 27 de la Constitución contempla un “mandato de protección” dirigido al legislador para que a través de la ley, establezca los mecanismos adecuados de protección frente al despido arbitrario, en salvaguarda del contenido

esencial del derecho al trabajo; habiendo ya esclarecido acertadamente el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, la validez de la reincorporación como mecanismo de resarcimiento ante la violación del derecho fundamental en cuestión; conforme se encuentra previsto en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Y es que como bien advierte a través de la sentencia referida, “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 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.”⁶⁵

Dicho esto, y tomando en consideración que los derechos constitucionales deben alcanzar los mayores niveles de protección considerando que son mandatos de optimización (como bien lo expresó el propio Tribunal mediante la sentencia citada líneas arriba); resulta cuestionable que el Tribunal Constitucional en abierta contradicción con la Constitución y tratados internacionales haya emitido un precedente

⁶⁵ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015

vinculante que vulnere desmedida e injustificadamente el derecho al trabajo de los trabajadores del Estado.

Corresponde advertir igualmente, que el Tribunal Constitucional a través del precedente vinculante emitido, pareciera fundar su decisión en el “acceso a la función pública en condiciones de igualdad”, derecho que únicamente se limita a definir como aquel en virtud del cual debe otorgarse igualdad de oportunidades a los postulantes, respetándose el mérito y capacidad.

Así, el Tribunal Constitucional omite advertir la contraposición del derecho referido con el derecho al trabajo, derecho fundamental por demás trascendental y que se encuentra protegido por el bloque de constitucionalidad (Constitución Política y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos); omitiendo consecuentemente la realización de una ponderación orientada a la consecución de la menor afectación de los derechos involucrados.⁶⁶

Es decir, nuestro Tribunal Constitucional no solo no advierte la confluencia de ambos derechos, sino que tampoco efectúa análisis alguno, así lo evidencia la sentencia emitida, limitándose únicamente a ordenar la primacía del derecho de igualdad al acceso al empleo público,

⁶⁶ MIRANDA HURTADO, Guillermo. Pronunciamiento publicado el 2 de junio, a través de su cuenta de Facebook (redes sociales).

sobre el derecho fundamental al trabajo, no midiendo las graves consecuencias que su decisión generará.⁶⁷

1.2. Inutilización del principio de primacía de la realidad

A través del cual se establece el imperio de la realidad sobre lo formal para la determinación de la existencia de un vínculo laboral; bastando la identificación de la existencia de subordinación, remuneración y prestación personal como elementos esenciales de la relación laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Productividad Laboral.

En efecto, y es que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, los trabajadores del Estado ya no podrán solicitar por la vía judicial su reposición en los casos en que se demuestre la real existencia de un vínculo laboral con su empleador (aplicación del principio de primacía de la realidad); sino que verán supeditada la aplicación de dicho mecanismo de resarcimiento a la existencia de tres (3) prerrequisitos adicionales ajenos a su responsabilidad y manejo:

- Que su ingreso se haya producido por concurso público.
- Que exista una plaza presupuestada.
- Que la entidad cuente con una vacante de duración indeterminada.

¿Acaso lo expuesto, no deja sin efecto al principio de primacía de la realidad? ¿Cuál sería ahora su utilidad, si determinada la existencia de

⁶⁷ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015. Pág. 123

un vínculo laboral, habría requisitos adicionales ajenos al trabajador, para definir la procedencia de su reposición?

El principio de primacía de la realidad “ha ido gestándose desde la formación del Estado de Bienestar dado que las relaciones entre el trabajador y el empleador son asimétricas y que, precisamente, una forma de nivelar la situación es mediante el reconocimiento en la jurisprudencia del principio de primacía de la realidad. Lo contrario es quedarnos en un modelo formalista de aplicación de la ley aun cuando se produzca abuso de derecho o fraude a la ley. La jurisprudencia hasta antes de este precedente se sentó en base al principio de primacía de la realidad”.⁶⁸

La anulación del principio en cuestión conlleva la vulneración del 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 de la Constitución Política.

En lo referente al Precedente Vinculante N°05057-213-PA/TC, los trabajadores del estado ya no podrán solicitar por la vía competente su reposición, aunque demuestren su real existencia de un vínculo laboral con su empleador, es decir se aplique el principio de la realidad; por ello si determinado este vínculo se le agregan requisitos adicionales como los

⁶⁸ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015 citando a Landa Arroyo Cesar

establecidos en el precedente en mención, se daría por inutilizado este principio.

1.3. Tratamiento discriminatorio contra los trabajadores del Estado

A los trabajadores del estado se les establece requisitos adicionales en comparación con los trabajadores del Sector Privado, para la procedencia de la reposición como medida de resarcimiento.

Al respecto, cabe recordar que la igualdad se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un principio y un derecho fundamental; así como en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el propio Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en relación al referido derecho:

“(...) se encuentra reconocida en el artículo 2 inciso 2), de nuestra Norma Fundamental, que comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”.⁶⁹

En virtud de lo expuesto, resulta pues cuestionable que el Tribunal Constitucional no haya efectuado en la sentencia emitida, análisis jurídico alguno tendiente a determinar en primer lugar, si realmente existe una

⁶⁹ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015

causa objetiva que diferencie a los trabajadores del Estado de los del Sector Privado, y en segundo lugar, si esta (de existir) resulta suficiente para justificar la anulación de la reposición como medida de resarcimiento a la afectación del derecho al trabajo de los trabajadores del Estado, considerando la aplicación de criterios de gradualidad y proporcionalidad tendientes a procurar la menor afectación posible.

1.4. Traslado de responsabilidades procedimentales propias del Estado como empleador, a los trabajadores que contrata; bloqueándose la aplicación de la reposición como medida resarcitoria.

Y es que acaso la realización de un procedimiento previo para la contratación, como lo es un concurso público, ¿no es organizado y llevado a cabo por el Estado? ¿Es factible negarle a un trabajador el derecho a ser repuesto ante la vulneración de su derecho al trabajo, por el no desarrollo de un proceso que escapa de su voluntad y manejo?

Peor aún en el caso de los trabajadores que mantenían y mantienen un vínculo laboral oculto con el Estado. ¿Es lógico acaso que no pudiendo si quiera ser reconocidos como trabajadores, pueda exigírseles que para hacer valer sus derechos tengan que haber pasado por un concurso público previo?

Y es que como bien señala César Landa. “Si bien es razonable que los trabajadores del sector público ingresen a este sector por sus méritos acreditados en un concurso público; la responsabilidad y sanción por no

haberse realizado un concurso público no debe recaer sobre ellos, sino más bien sobre el Estado que utiliza estas modalidades”.

No es posible obviar que, durante años, el manejo de austeridad pública ha llevado a que al interior de las instituciones estatales se apliquen disposiciones normativas y presupuestarias, como por ejemplo la prohibición de nombramiento de personal; evidenciándose de esta manera el intento de evasión que la propia autoridad estatal ha venido realizando a través de la emisión de fórmulas que no contradigan leyes restrictivas en materia de nombramiento.⁷⁰

Por lo tanto, a través del precedente vinculante emitido, el Tribunal Constitucional estaría adoptando una concepción por demás legalista y utópica, en tanto partiría por considerar que, en la realidad, el ingreso al sector público sí se ha venido realizando única y exclusivamente conforme lo prevé la ley, lo cual no es cierto.

Y es que resulta importante resaltar que la mayoría de trabajadores que laboran en el sector público (más de 1'400,000.00 trabajadores en el año 2014, de acuerdo al “Informe de Implementación de la Reforma del Servicio Civil” emitido por Servir) han sido contratados sin concurso público alguno.⁷¹

Dicho esto, consideramos que, en este caso puntual, el Tribunal Constitucional, lejos de cumplir con su labor de interpretar la ley conforme

⁷⁰ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015

⁷¹ Ibid pág. 125

a la Constitución, velando por la primacía y respeto de los derechos consagrados en esta última; ha interpretado la Constitución conforme a las disposiciones previstas por la ley, adecuándola de esta manera a una norma de menor jerarquía.

Lo expuesto, como bien advierte el magistrado Blume a través de su voto singular, “estaría convalidando 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 los 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 (...)”.

Asimismo, Cesar Landa afirma que “supone un giro, pues no combate el fraude a la ley del Estado, sino que facilita el abuso de derecho con el despido de estos empleados públicos”.

1.5. Abierta exposición de los trabajadores del Estado que por causas ajenas a su voluntad no cumplen los nuevos requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional.

“Siendo blanco fácil de despidos, en tanto el Estado verá factible su aplicación siempre que vaya acompañada del pago de una indemnización. Y es que finalmente el trabajador, de una u otra manera, no podrá volver a ocupar su puesto de trabajo”.⁷²

1.6. Aplicación inmediata del precedente vinculante, incluso sobre procesos ya en curso.

“¿Qué pasa con los trabajadores que se encuentran hace ya varios años inmersos en un proceso laboral a través del que han solicitado su reposición? ¿La demora en sus procesos, considerando la vigencia de la antigua Ley Procesal del Trabajo y la carga judicial existente, no han sido acaso obstáculo suficiente para la obtención de su tan ansiada reposición? ¿Es admisible acaso, que luego de años de espera inmersos en un proceso, se pretenda ahora anular la pretensión por la que tanto han luchado?

La aplicación inmediata del precedente vinculante incluso sobre procesos en curso, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, contraviene el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por

⁷² GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015

la ley, el mismo que se encuentra reconocido expresamente en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución.

Del mismo modo, el artículo 103 de la referida norma suprema, prohíbe la emisión de normas con fuerza o efecto retroactivo, salvo que esta resulte favorable.

Asimismo, contradice la propia jurisprudencia del Tribunal constitucional, en tanto de manera reiterada, y uniforme ha precisado que el derecho al procedimiento preestablecido por 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 (...).

En concordancia con lo indicado, el magistrado Blume Fortini advierte a través del punto 3.4. de su voto singular, que el establecimiento de la aplicación inmediata del precedente vinculante emitido, incluso sobre los procesos en curso, “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”.

Igualmente, el magistrado Ramos Núñez, con quien coordinó la misma idea de su fundamento de voto, manifiesta su disconformidad con la aplicación inmediata del precedente vinculante. Así indica que “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. 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).

El magistrado advierte igualmente que la aplicación inmediata del precedente vinculante ordenada a través de la sentencia indefectiblemente “generará un alto nivel de inseguridad jurídica para el justiciable”. Sustenta su desacuerdo resaltando que “nuestra jurisprudencia ha sido pacífica en reconocer que la predictibilidad 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.

En todo caso, la emisión de un precedente vinculante que pretenda delimitar las pretensiones de los demandantes, modificando, anulando o ratificando las medidas de resarcimiento aplicables; debería ordenar expresamente su aplicación posterior a la publicación del precedente vinculante que así lo precise. Lo contrario, evidencia un actuar irresponsable de parte del Tribunal Constitucional, ajeno a toda consideración y evaluación de las consecuencias nefastas que su pronunciamiento generará en afectación de los derechos fundamentales.

En virtud de lo expuesto, resulta pues evidente que incluso los propios conformantes del Tribunal Constitucional son conscientes y reconocen que la adaptación de sus pronunciamientos a los “nuevos contextos”, no les brinda en forma alguna “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”, como lo señala expresamente el magistrado Ramos Núñez.”⁷³

Es lamentable que para muchos trabajadores del sector público bajo el régimen privado que han estado varios meses o años en un proceso legal solicitando su reposición, se les cambie de vía procesal para que solo puedan acceder a solicitar indemnización por despido arbitrario, teniendo ellos que renunciar al derecho al trabajo, y los principios laborales conforme a ley.

Conocemos que, en el Perú se adopta la teoría de los hechos cumplidos, sin embargo, en la aplicación de la sentencia del caso Huatuco, debió hacerse una excepción dando una aplicación inmediata motivada en los hechos adquiridos, por considerarse un precedente vinculante que traería cambios drásticos a los trabajadores del Estado. El Tribunal Constitucional no consideró los derechos y principios vulnerados al confirmar la sentencia, es por ello, que algunos abogados mantienen la idea de haberse dado una aplicación retroactiva en la mencionada sentencia, lo cual sabemos que sería inconstitucional.

La aplicación inmediata juntamente con la teoría de los derechos adquiridos son conceptos que menguarían lo abrupta que fue

⁷³ GACETA JURIDICA. Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto 2015

considerada la posición del Tribunal Constitucional en el Precedente Vinculante mencionado.

1.7. Inaplicación del Precedente Vinculante

Corte Suprema precisa seis casos en los que no se aplica el Precedente Huatuco

“Al resolver el caso de un trabajador que solicitó su reposición alegando desnaturalización de su contrato de trabajo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema fijó seis supuestos en los que no es aplicable el precedente vinculante del Tribunal Constitucional que eliminó el derecho de reposición de los trabajadores estatales que no pasaron por concurso de mérito.

Como se recuerda, el precedente vinculante N° 5057-2013-PA/TC-Junín –emitido por el Tribunal Constitucional en abril de 2015 y más conocido como Precedente Huatuco– había establecido que no podían acceder al derecho de reposición aquellos trabajadores públicos que no postularon por concurso. Este criterio fue ampliamente criticado, al punto de reportarse casos en los que jueces de cortes superiores se apartaban del mismo para ordenar la reposición de los demandantes.

En suma, la situación abrió el escenario para que la Corte Suprema concluyera que el llamado Precedente Huatuco no puede ser aplicado en los siguientes casos:

- 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° 276) o incluidos en la Ley N° 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.

En su resolución, la Suprema detalla que actualmente se presentan numerosos casos a nivel nacional en los que se discute la correcta aplicación y/o la 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.”⁷⁴

⁷⁴ <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/tag/cas/>

CONCLUSIONES

Primero. - Los derechos constitucionales vulnerados son: El derecho al trabajo, la dignidad de la persona, el derecho constitucional al Procedimiento Pre Establecido. El derecho al trabajo, no solo concede la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo, sino también a no ser despedido sino por causa justa. La vulneración de este derecho y principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, desestabiliza el sistema laboral generando inseguridad jurídica a los trabajadores.

Segundo. – El principio de Primacía de la Realidad como principio mínimo fundamental de naturaleza laboral, debe encontrarse en toda relación de trabajo, incluida la que pueda existir entre una entidad pública y sus servidores. Sin embargo, el Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC lo inaplicó e inutilizó aun cuando se encuentra en nuestro marco normativo peruano, en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

La anulación del principio en cuestión conlleva la vulneración del 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 de la Constitución Política.

Tercero. – En la aplicación de la ley en el tiempo, la regla general es que la norma jurídica rige para todos los hechos que se produzcan durante su vigencia. Realizados los supuestos jurídicos, se producen de inmediato las consecuencias jurídicas. La misma norma puede especificar la duración o puede tratarse de un tiempo indefinido, más o menos largo. En el caso Huatuco el Tribunal Constitucional no consideró los derechos y principios vulnerados al confirmar la sentencia, es por ello, que algunos juristas mantienen la idea de haberse dado una aplicación retroactiva en la mencionada sentencia, lo cual sabemos que sería inconstitucional.

La jurisprudencia del Tribunal constitucional, de manera reiterada, y uniforme ha precisado que el derecho al procedimiento preestablecido por 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.

Cuarto. – Sobre el análisis jurídico del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC en su enfoque constitucional y según la dimensión positiva, el Tribunal Constitucional debe resolver los Recursos de Agravio Constitucional cuando los operadores jurisdiccionales o administrativos resuelvan con criterios opuestos a los precedentes vinculantes. En el fallo emitido por el Tribunal Constitucional del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC, la dimensión positiva no se cumple porque la Corte Superior de Junín declaró infundada una demanda y al hacerlo cambió la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y cuando la demandante utilizó el recurso de agravio

Constitucional, el Tribunal Constitucional, quien defiende la supremacía de la Constitución volvió a declarar infundada la demanda.

Quinto. - La línea jurisprudencial que ha venido construyendo el Tribunal Constitucional en materia de amparos laborales del régimen público, ha sido garantista, ya que, aplicaba el principio de primacía de la realidad y ordenaba la reposición de los trabajadores del Sector Público despedidos que ingresaban por contratos temporales o civiles, que demostraban haber realizado una labor de naturaleza permanente, sujeta a subordinación y dependencia. A diferencia de las reglas establecidas por el Precedente Huatuco, con una concepción legalista y utópica, en tanto partiría por considerar que, en la realidad, el ingreso al sector público sí se ha venido realizando única y exclusivamente conforme lo prevé la ley, lo cual no es cierto. Y es que resulta importante resaltar que la mayoría de trabajadores que laboran en el sector público han sido contratados sin concurso público alguno.

Sexto. - El Tribunal Constitucional a través del Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC, funda su decisión en el acceso a la función pública en condiciones de igualdad; derecho que únicamente se limita a definir como aquel en virtud del cual debe otorgarse igualdad de oportunidades a los postulantes, respetándose el mérito y capacidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional omite advertir la contraposición del derecho referido con el derecho al trabajo, derecho fundamental por demás trascendental y que se encuentra protegido por el bloque de constitucionalidad (Constitución Política y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos); omitiendo, la realización de una ponderación orientada a la consecución de la menor

afectación de los derechos involucrados, y originando la inutilización del Principio de la Primacía de la Realidad para los trabajadores del sector público bajo el régimen privado.

El Precedente Vinculante N°05057-2013-PA/TC se apartó de la línea Jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional, inaplicando el Principio de Primacía de la Realidad, y por consiguiente vulneró el Derecho al Trabajo de los empleados del sector Público bajo el régimen privado.

RECOMENDACIONES

1. Que el Tribunal Constitucional expida una nueva aclaratoria de la sentencia, constando que se dará una aplicación inmediata solo para casos nuevos un año después de publicada la sentencia, por excepción y argumentando las evidentes razones.
2. Mantener la práctica del overruling en los casos que deba darse un giro radical en la línea jurisprudencial, o sea evidente la controversia y consecuencias a generarse en la sociedad que puedan impactar negativamente en los derechos de las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NEVES MUJICA, Javier (2003). Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

NEVES MUJICA, Javier (2004). Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

RUBIO CORREA, Marcial (2009). Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

MORALES CORRALES, Pedro G. Profesor de la Universidad de Lima Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

PAREDES INFANZÓN, Jelio. Juez Superior. Estabilidad Laboral en el Perú

HABERLE, Peter (2007). El estado Constitucional. Buenos Aires. Editorial Astrea

HABERLE, Peter (2003). El estado Constitucional. Fondo Editorial de la PUCP

HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto (2012) Derecho Constitucional Peruano. Segunda Edición. Tomo II.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional
Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad

OBRA COLECTIVA ESCRITA POR 166 DESTACADOS JURISTAS DEL PAÍS. (2015).

La Constitución Comentada, edición actualizada con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tercera Edición TOMO I Agosto

GACETA JURIDICA. (2015). Soluciones Laborales. Año 8. Número 92. Agosto

GACETA JURIDICA. (2015). Gaceta constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 92

CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. (2005) El Control de la Constitucionalidad de las Leyes. Primera Edición. pág. 90

Gaceta Jurídica (2008). El Proceso Laboral. Soluciones Laborales. Año 1- N°5 Sistema Integral de Información para Jefes de Recursos Humanos, Asesores Legales, Administradores y Gerentes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU (2006). Centro de Estudios Constitucionales. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Palestra Editores.

CASTILLO CORDOVA, Luis. (2004). Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data. ARA Editores E.I.R.L. Lima.

SAR SUAREZ, Omar y ALVAREZ MIRANDA, Ernesto (2013). Reporte de Jurisprudencia Precedentes y Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. Primera Edición Marzo. Editorial Adrus S.R.L. Arequipa-Perú.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. (2005). Temas Actuales de Derecho Laboral
Obra Colectiva. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo – Perú.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. (2009) El Despido Arbitrario Estudio Constitucional,
Comparado y Jurisprudencial. Primera edición. Editorial San Marcos E.I.R.L.
Lima – Perú.

OBRA COLECTIVA ESCRITA POR 166 DESTACADOS JURISTAS DEL PAIS. La
Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Tercera Edición Agosto 2015 Tomo
I

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. (2010) ¿Cómo se está aplicando los principios laborales
en el Perú? Un enfoque Teórico Jurisprudencial. Soluciones Laborales, Gaceta
Jurídica. 1ra Edición Febrero 2010

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Actualidad Constitucional Diciembre N° 229

PAGINAS CONEXAS

-  <http://legisprudencia.pe/blogs/blog/aplicacion-de-la-ley-en-el-tiempo/>
-  <http://elabogadoensulaberinto.bligoo.cl/resumen-libro-introduccion-al-derecho-marcial-rubio-correa-parte-12-0>
-  <http://tc.gob.pe/porta/cec/publicacion/Revista%20Peruana%20Derecho%20Constitucional.pdf>
-  <https://asociacionratioiuris.wordpress.com/2015/07/19/precedente-huatuco/>
-  <http://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

ANEXOS

ANEXO 1

SENTENCIA DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Nº05057-2013-PA-TC