



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA
APLICACIÓN DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 728 EN EL SECTOR
PÚBLICO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXP. N° 05057-2013-PA/TC

Brigitte Castillo-García

Piura, enero de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional

Castillo, B. (2016). *Validez constitucional de la aplicación del Decreto Legislativo N° 728 en el sector público. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 05057-2013-PA/TC* (Tesis de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

BRIGITTE KATHERIN CASTILLO GARCÍA

**VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA APLICACIÓN DEL
DECRETO LEGISLATIVO N° 728 EN EL SECTOR PÚBLICO
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EXP. N° 05057-2013-PA/TC**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

2017

APROBACION

Tesis titulada “VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 EN EL SECTOR PÚBLICO ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 05057-2013-PA/TC”, presentada por Lic. **BRIGITTE KATHERIN CASTILLO GARCÍA**, en cumplimiento con los requisitos para optar el Grado de Master en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, fue aprobada por el Asesor de tesis Dr. Luis Castillo Córdova.

Asesor de Tesis

Agradecimiento

A la Universidad de Piura, por mi formación profesional y personal.
A mi asesor Dr. Luis Castillo por su acompañamiento, motivación, orientación y valiosos aportes.

Dedicatoria

A Dios, por las muchas oportunidades que siempre me otorga.
A mis padres, por su motivación y apoyo incondicional.

Resumen

En la sentencia al expediente N° 05057-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional establece una serie de normas constitucionales adscritas relacionadas al ingreso al sector público y la aplicación del decreto legislativo N° 728 a los trabajadores del sector público, específicamente a la cuestión relacionada con la desnaturalización de los contratos de trabajo y la adecuada protección ante un despido arbitrario, estableciendo como precedente vinculante la existencia de dos formas de protección: reposición e indemnización para un trabajador público.

En el presente trabajo de investigación analizamos las razones y fundamentos en los que se basó el Tribunal Constitucional para crear dichas normas adscritas, particularmente la que establece dos formas de protección ante un despido arbitrario, concluyéndose que resulta constitucionalmente cuestionable al menos por dos razones. Una es de tipo formal: el Tribunal Constitucional está sustituyendo al Legislador a quien el Constituyente le ha encargado que concrete la adecuada protección contra el despido arbitrario. Así, cuando el Legislador decide válidamente que la adecuada protección contra el despido arbitrario para los trabajadores del régimen 728 es únicamente la indemnización, el Tribunal Constitucional no podría modificarla. La otra razón es de tipo material: la decisión del Tribunal Constitucional transgrede el derecho a la igualdad al establecer dos formas de protección para un servidor público, condicionando su reposición al acceso por méritos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.1. Descripción de los hechos y formulación del problema jurídico en la sentencia	5
1.2. Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional	7
1.2.1. Sentencia al expediente N° 1124-2001-AA/TC.....	7
1.2.2. Sentencia al expediente N° 976-2001-AA/TC.....	9
1.2.3. Sentencia al Expediente N° 0206-2005-PA/TC.....	10
CAPÍTULO 2 CONTRATACIÓN LABORAL: CONTRATO DE TRABAJO	13
2.1. El Contrato de trabajo	13
2.1.1. Definición.....	13
2.1.2. Los principios del derecho laboral	14
2.2. Los Elementos esenciales del contrato de trabajo	17
2.2.1. Prestación personal de servicios.....	17
2.2.2. Subordinación	18
2.2.3. Remuneración	19
2.3. Modalidades de contratación laboral.....	20
2.3.1. Contrato de trabajo a plazo indeterminado	20
2.3.2. Contrato a tiempo parcial	21
2.3.3. Contrato a plazo fijo o sujeto a modalidad	22
2.4. Causas de extinción del contrato de trabajo	26
2.5. El despido como causa de extinción	29

2.5.1.	Definición	29
2.5.2.	Causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador	29
2.5.3.	Causas de despido relacionadas con la conducta del trabajador	30
2.6.	Regímenes laborales existentes en el Perú	33
2.6.1.	Régimen laboral privado.....	34
2.6.2.	Régimen laboral público.....	36

CAPÍTULO 3 EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO..... 47

3.1.	El significado jurídico del contenido constitucional.....	47
3.2.	El contenido constitucional del derecho al trabajo	53
3.2.1.	Dimensión subjetiva del derecho al trabajo.....	54
3.2.2.	Dimensión objetiva del derecho al trabajo	55
3.3.	En particular, sobre el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad.....	58
3.3.1.	En el sector privado	58
3.3.2.	En el sector público	59
3.4.	El derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario.....	60
3.4.1.	En el sector privado	62
3.4.2.	En el sector público	63

CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 65

4.1.	Una necesaria diferenciación	65
4.1.1.	Norma constitucional directamente estatuida y norma constitucional adscrita a una norma directamente estatuida. Concepto y diferencias	65
4.1.2.	La validez constitucional de las normas constitucionales adscriptas.....	69
4.2.	Las normas constitucionales adscritas creadas por el Tribunal Constitucional	71
4.2.1.	El acceso al empleo público	71
4.2.2.	El acceso en condiciones de igualdad.....	73
4.2.3.	Desnaturalización del contrato de trabajo.....	74
4.2.4.	La distinta protección constitucional ante un despido arbitrario	78
4.2.4.1.	Formulación de la regla	78

4.2.4.2. Principio de méritos como criterio diferenciador	78
4.2.4.3. Igualdad ante la ley o discriminación constitucional	81
4.2.5. Procedencia del amparo	84
4.3. Un comentario a la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC.....	86
4.3.1. Respecto de la Regla 3.1	87
4.3.2. Respecto a la Regla 3.2	89
CONCLUSIONES	91
BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUCCIÓN

Las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales suelen ser formuladas abiertamente de las que se desprenden normas constitucionales con grado relevante de indeterminación, las cuales necesitan concreciones para favorecer su operatividad práctica. Una de estas disposiciones es el artículo 27° de la Constitución, la cual cuenta con un elemento abierto que necesita ser concretado: “adecuada protección. Qué sea adecuada protección no ha sido definido por el Constituyente; esta definición queda en manos de los intérpretes vinculantes de la Constitución, particularmente del Legislador; éste será el encargado de concretar la adecuada protección tanto para los trabajadores del régimen público (decreto legislativo 276), como para los trabajadores del régimen privado (decreto legislativo 728).

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de analizar la constitucionalidad de la decisión legislativa referida a los trabajadores del régimen privado, y su posición ha ido variando en el tiempo. Inicialmente concluyó que la adecuada protección contra el despido arbitrario decidida por el Legislador en el artículo 34° del Decreto legislativo 728, era inconstitucional. Posteriormente decidió que no era inconstitucional sino insuficiente, y así dispuso que la adecuada protección es la reposición o la indemnización a elección del trabajador. Recientemente ha variado parcialmente su modo de entender el asunto y ha concluido que todos los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada tienen derecho a elegir entre reposición o indemnización, salvo los trabajadores que

regulados por el Decreto legislativo N° 728 laboraban para el Estado. Precisamente la finalidad de este trabajo de investigación es analizar la constitucionalidad de esta decisión del Tribunal Constitucional a través del análisis de las reglas jurídicas que este Alto Tribunal ha dispuesto en la sentencia al Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

Particularmente interesa explicar y encontrar las razones por las cuales el Tribunal Constitucional optó por retornar a lo previsto por Ley en materia de despido arbitrario, así como dar con las razones por las cuales efectúa una diferenciación en la aplicación de estas reglas, limitando su obligatoriedad para el sector público y excluyendo de ellas al sector privado, más aún si todas se derivan de la interpretación de normas que provienen de un mismo régimen laboral como lo es el Decreto Legislativo N° 728.

Para conseguir este propósito, y en vista de que el análisis se apoyará fuertemente en la sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC, será importante conocer los hechos que configuran el caso que se resuelve en esta sentencia, para a partir de ellos formular el problema jurídico que se intenta resolver. Para entender este problema jurídico ayudará y mucho describir brevemente la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de lo que el Legislador estableció como adecuada protección contra el despido arbitrario para trabajadores de la actividad privada. A estos propósitos se destina el primer capítulo de esta tesis.

En la medida que el problema jurídico que se aborda en la sentencia referida está relacionado con el derecho fundamental al trabajo, resulta conveniente al análisis constitucional que se pretende en este trabajo, la construcción de un marco dogmático en torno al contrato de trabajo y al contenido constitucional del derecho al trabajo. Al estudio de una y otra categoría jurídica se destinan los capítulos segundo y tercero de este trabajo de investigación respectivamente.

Una vez estudiadas estas elementales categorías jurídicas se estará en condiciones de analizar la sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC. Este análisis consistirá, primero, en identificar las distintas reglas jurídicas que el Tribunal Constitucional ha creado en esta sentencia, así como las razones que ha mostrado para sostenerlas, para en un segundo

momento pasar a establecer si tales reglas se ajustan tanto a la naturaleza de la relación laboral como al derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario y la constitucional exigencia de igualdad entre trabajadores sujetos a un mismo régimen. Este análisis nos permitirá establecer si el Tribunal Constitucional ha incurrido o no en inconstitucionalidad por vulneración.

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de los hechos y formulación del problema jurídico en la sentencia

La sentencia que se analizará en el presente estudio de investigación es la recaída en el Expediente N° 0557-2013-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional el 16 de abril del 2015, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por la señora Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra la sentencia del 20 de mayo del 2013 expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia Junín, que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta.

En la sentencia se advierte que con fecha 6 de diciembre del 2011, la señora Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco interpusó demanda de amparo contra el Poder Judicial con la finalidad que se deje sin efecto su despido incausado; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación en el puesto que venía desempeñando como Secretaria Judicial. Como argumentos señaló que prestó servicios desde el 1 de julio del 2010 hasta el 15 de noviembre del 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; los mismos refiere se desnaturalizaron al haber realizado labores de naturaleza permanente y que, por tanto, deben ser considerados como uno de plaza indeterminado, por lo que sólo podía ser despedida por una causa justa prevista en la Ley. Además,

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

Por su parte, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contestó la demanda argumentando que el proceso de amparo, por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos, no es la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada; asimismo señaló que no se le puede declarar a la señora Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco el derecho de trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo N° 728, por cuanto no ingresó a laborar mediante concurso público de méritos, sino por contratos a plazo fijo, con fecha de inicio y término de la contratación, los mismos que concluyeron indefectiblemente el día de publicación de los resultados del proceso de selección de la plaza de secretaria judicial. Además, señaló que, de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el sector público en materia de contratación de personal, el ingreso se efectúa necesariamente por concurso público de méritos.

De otro lado, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín, dedujo la excepción de incompetencia por razón de territorio, y contestó la demanda alegando que el pedido de reposición y/o restitución al puesto de trabajo solicitado por la señora Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco es un requerimiento de nombramiento en la Corte Superior de Justicia de Junín, el mismo que no podía ser atendido por cuanto sólo se ingresa en una relación laboral de carácter permanente vía concurso público de méritos, hecho que refiere no ha ocurrido en el caso de la demandante, por lo que no puede accederse a lo peticionado. Señaló, además, que la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público, es concluyente al determinar que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidades de las personas, por lo que el vínculo laboral indeterminado sólo se consigue ganando una plaza en concurso interno o externo. Finalmente, argumentó que no se desnaturaliza el vínculo laboral cuando los contratos laborales indican la causa objetiva de la contratación, y que en el caso de la demandante el término del contrato obedeció a la extinción de dicha causa.

El Quinto Juzgado Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 28 de mayo del 2012 declaró infundada la excepción y

con fecha 14 de setiembre del 2012 declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios presentados se había acreditado la desnaturalización de los contratos modales, no sólo porque la demandante desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de Secretaria Judicial que ocupó era de naturaleza permanente y no temporal.

La Sala Superior revisora revocó la apelada, y reformándola, declaró infundada la demanda por considerar que no existió fraude ni simulación a las normas de contratación, ya que la demandante inició y finalizó labores en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo, por lo que no podía alegar fraude en su contratación.

De los hechos descritos en la sentencia recaída en el Expediente N° 0557-2013-PA/TC, se advierte que el problema jurídico gira en torno a determinar si a la señora Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco se le había despedido arbitrariamente por desnaturalización de sus contratos de trabajo, y de ser así, si le correspondía o no la reposición al puesto de trabajo que venía desempeñando, por tratarse de una servidora del Estado.

1.2. Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Para entender la solución que el Tribunal Constitucional otorga al presente caso, es importante remitirnos a la jurisprudencia que en los últimos años ha venido emitiendo respecto a lo que constitucionalmente considera como adecuada protección ante un despido arbitrario de los trabajadores sujetos al Régimen Laboral 728.

1.2.1. Sentencia al expediente N° 1124-2001-AA/TC

La sentencia del 11 de julio del 2002 que resuelve la acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra las empresas de Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto se abstengan de amenazar y vulnerar sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, derecho al debido

proceso, derecho a la legítima defensa, el derecho al trabajo, a la libertad sindical y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en virtud de la aplicación de un plan de despido masivo contenido en un resumen ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandas.

Respecto a la vulneración del derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional partió de la premisa que si Telefónica del Perú despedía con base en el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que regula la indemnización por despido arbitrario, correspondía analizar si ese artículo era compatible o no con la Constitución. En este orden de ideas, afirmó que el derecho al trabajo tiene dos aspectos: acceder a un puesto de trabajo, y conservar el puesto de trabajo o no ser despedido sino es por justa causa. El primer aspecto se concreta en la obligación del Estado de adoptar políticas para fomentar de forma progresiva el acceso al trabajo, conforme está establecido en la 11 Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En lo que se refiere al segundo aspecto, conservación del puesto de trabajo, el Tribunal Constitucional señaló que debe entenderse como la prohibición a ser despedido, salvo por justa causa, es decir, que no admite el despido por alguna otra causa.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional indicó que el artículo 22° de la Constitución está referido más concretamente al segundo aspecto del derecho al trabajo, es decir, conservación del puesto de trabajo, y que, por tanto, el artículo 27° de la Constitución no debe entenderse como la facultad del empleador de despedir arbitrariamente porque de lo contrario afectaría el contenido del derecho al trabajo: conservar el puesto de trabajo.

Por todo ello, concluyó que si el contenido del derecho al trabajo tiene por objeto su conservación y el artículo 34° de la LPCL permite el despido arbitrario que el Tribunal Constitucional denomina incausado – porque no se invoca causa–, esta disposición legal afecta el contenido esencial del derecho al trabajo y, por tanto, deviene en inconstitucional. Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que la “adecuada protección” a la que se refiere el artículo 27° no puede ser económica. Se satisface esta exigencia, en opinión del Tribunal, solo con la reposición en el puesto de trabajo. Con estos fundamentos, declaró inaplicable el

artículo 34° por inconstitucional y nulos los despidos masivos de Telefónica, y ordenó la reposición.

1.2.2. Sentencia al expediente N° 976-2001-AA/TC

Con posterioridad a ello, el Tribunal Constitucional emite un nuevo pronunciamiento respecto a lo que constitucionalmente entiende como adecuada protección ante un despido arbitrario, y cambiando de criterio, con fecha 13 de marzo 2003 expidió la sentencia en el caso de Eusebio Llanos Huayco, también contra Telefónica del Perú. En este proceso de amparo, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 34° de la LPCL no es inconstitucional, porque está de acuerdo con las normas internacionales y con el Protocolo Internacional de San Salvador y porque el artículo 27° de la Constitución le delega al Legislador determinar cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario, la misma que es conforme, con los tratados internacionales. Sin embargo, señaló contradictoriamente que es el trabajador el que puede elegir la protección adecuada contra el despido y que existen 2 tipos de protección para el despido, una protección sustantiva –referida a la protección de la LPCL– la misma que se divide en preventiva y reparadora, y una protección procesal.

En cuanto a la protección sustantiva, estableció que es aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27° de la Constitución, protección que se divide a su vez en:

Protección preventiva, donde la “protección adecuada” que enuncia el artículo 27° de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario y se materializa en el procedimiento para imputar la justa causa establecida en el artículo 31° de la LPCL; y,

Protección reparadora, donde la ley (LPCL) ha previsto la reparación ante el despido arbitrario que es la indemnización, de esta manera el trabajador despedido cobra la indemnización por despido arbitrario o demanda la indemnización en vía judicial, en este caso el trabajador ha elegido que esa es la adecuada protección contra el despido arbitrario.

De otro lado, señaló que existe la protección procesal, es decir, un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario, la cual tiene 2 vías:

Vía ordinaria laboral, que tiene eficacia resarcitoria, en la que el trabajador podrá obtener la reposición por el despido nulo (tiene que ver con la protección sustantiva), e indemnización si demanda despido arbitrario; y,

Vía de acción de garantías, que tiene eficacia restitutoria; en esta vía el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización, sino en reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, esto es, la reposición del trabajador a su centro de trabajo del cual fue despedido arbitrariamente. Por tanto, mediante esta vía el trabajador no pide indemnización por despido arbitrario, sino la reposición en el puesto de trabajo.

A partir de esta sentencia el trabajador que demande despido arbitrario en la vía ordinaria laboral se le dará la indemnización, y solo cuando demande despido arbitrario en la vía de amparo, se le dará la reposición en su puesto de trabajo. Así vemos que, según el criterio del Tribunal Constitucional es el trabajador quien elige la adecuada protección contra el despido arbitrario.

1.2.3. Sentencia al Expediente N° 0206-2005-PA/TC

Se trata de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 28 de noviembre del 2005, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Cesar Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de Huara, que declaró infundada su acción de amparo.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional no solo reafirma lo establecido en la sentencia al Expediente N° 976-2001-AA/TC, al señalar en su fundamento 7 que el contenido al derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización

o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, sino que también lo declara como precedente vinculante.

Los argumentos en los que fundamenta dicha decisión fueron que la reposición también forma parte del contenido constitucional del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario porque el amparo ordena regresar las cosas al estado anterior de la agresión y ese estado anterior al despido es el del trabajador ocupando el puesto de trabajo que venía desempeñando.

De este modo, lo descrito en las sentencias antes comentadas, nos permiten conocer los criterios con los cuales el Tribunal Constitucional ha venido tratando el tema de la adecuada protección ante un despido arbitrario, así como comprender los motivos por los cuales a través de la sentencia al expediente N° 0557-2013-PA/TC se han establecido reglas con carácter de precedente vinculante respecto a este tema.

CAPÍTULO 2

CONTRATACIÓN LABORAL: CONTRATO DE TRABAJO

2.1. El Contrato de trabajo

2.1.1. Definición

El contrato de trabajo se puede definir como un acuerdo de voluntades mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración.¹

En el régimen laboral de la actividad privada, aplicable a los empleadores privados y muchas instituciones y empresas del Estado, el artículo 4° de la Ley de Productividad y competitividad laboral (LPCL) indica que: “*En toda prestación personal remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado*”. Para una mejor comprensión de los alcances que tiene un contrato de trabajo en la práctica, resulta necesario

¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 49.

analizar los principios fundamentales que deben tenerse en cuenta en toda contratación laboral y que deben regir toda relación de trabajo.

2.1.2. Los principios del derecho laboral

Los principios del derecho del trabajo, como manifiesta Plá Rodríguez, constituyen “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.²

En ese sentido, los principios laborales son líneas directrices que orientan la formación de normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previstos y aparecen para equiparar al trabajador en relación con el empleador y para que éste respete ciertos mínimos establecidos por la norma o en algunos casos prefiera una interpretación o una norma por ser más favorable al trabajador, los principios justifican la existencia de normas tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Entre los principios que fundamentan el derecho laboral destacan los que a continuación se tratan

A. Principio protector

El principio protector es el principio más importante del derecho laboral. Es el que lo diferencia del derecho civil. Parte de una desigualdad, por lo que el derecho laboral trata de proteger a una de las partes del contrato de trabajo para equipararla con la otra, a diferencia del *principio de igualdad jurídica* del Derecho privado. En el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a unas de las partes: el trabajador, para lograr, mediante esa protección, que se alcance una

² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

igualdad sustantiva y real entre las partes, esto es, la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen.

Este principio contiene, a su vez, tres modalidades:

- a) La regla de la norma más favorable: cuando existe concurrencia de normas, se aplica aquella que es más favorable para el trabajador.
- b) Regla de la condición más beneficiosa: una nueva norma no puede desmejorar las condiciones que ya tiene un trabajador.
- c) Regla in dubio pro operario: entre interpretaciones que puede tener una norma, se debe seleccionar la que más favorezca al trabajador. En la Constitución Peruana, artículo 26° inciso 3), se encuentra recogido el principio in dubio pro operario, en los siguientes términos: “*en la relación laboral, entre otros, se respeta el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*”. En consecuencia, en la legislación peruana el principio es una norma jurídica y, por lo tanto, de obligación aplicable por parte del juez o del intérprete. Las condiciones para su aplicación según Deveali son³: cuando exista una duda sobre el alcance de la norma, y siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador

B. Principio de irrenunciabilidad de derechos

La Constitución peruana establece en su artículo 26°, inciso 2) la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Por este principio el trabajador está imposibilitado de privarse, voluntariamente, de los derechos y garantías que le otorga la legislación laboral, aunque sea por beneficio propio. Al respecto, Hernáinz Márquez sostiene que la irrenunciabilidad debe entenderse en su verdadero sentido como “*la no posibilidad de privarse voluntariamente, con carácter amplio y por anticipado, de los derechos concedidos por la legislación laboral*”⁴. Esto evidencia que el principio de la autonomía de la voluntad de Derecho privado se ve severamente limitado en el Derecho laboral. En

³ Idem., p. 42.

⁴ Idem., p. 67.

tal sentido, un trabajador no puede renunciar a su salario, o aceptar uno que sea menor al mínimo establecido por el ordenamiento.

C. Principio de continuidad laboral

Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La Relación laboral no es efímera, sino que presupone una vinculación que se prolonga.

D. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse permanencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Por tanto, en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de control.

E. Principio de razonabilidad

Tanto el trabajador como el empleador deben ejercer sus derechos y obligaciones de acuerdo a razonamientos lógicos de sentido común, sin incurrir en conductas abusivas del derecho de cada uno. Las relaciones en el derecho laboral son muy conflictivas, por lo que surge para ambas partes la necesidad de la razonabilidad para poner fin a esa conflictividad. Por eso, en la práctica, significa que debe existir razonabilidad en las pretensiones de los trabajadores, al igual que en el ofrecimiento de los empleadores. La razonabilidad los acerca a ambas partes para encontrar la solución. Por el contrario, lo irrazonable sirve para agudizar el conflicto por lo que las partes empleador y trabajador deben buscar la forma más razonable de arreglar los problemas evitando por ejemplo las huelgas, tomas de locales, paros, etc.

F. Principio de buena fe

El principio de la buena fe es una presunción: se presume que las relaciones y conductas entre trabajadores y empleadores se efectúan de buena fe. Por el contrario, aquel que invoque la mala fe, debe demostrarla. En tal sentido, el trabajador debe cumplir con su labor prestando sus servicios de la mejor manera; por su parte, el empleador debe abonar todos los derechos que le corresponde a la otra parte.

De otro lado, el trabajador que debiendo producir, no lo hace, afecta el principio de la buena fe, como también, el empleador actúa de mala fe cuando mediante simulación, sale de los alcances del contrato laboral.

Analizado los principios que debe regir en toda relación laboral, resulta entonces necesario continuar con el estudio de los elementos esenciales que deben estar presentes en todo contrato de trabajo.

2.2. Los Elementos esenciales del contrato de trabajo

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. De dicho concepto se derivan los tres elementos esenciales de la relación laboral:

2.2.1. Prestación personal de servicios

El objeto del contrato de trabajo es la actividad prestada por un trabajador determinado. En ese sentido, la LPCL establece que los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso del trabajo familiar).

De este aserto, Javier Neves Mujica señala que se puede desprender los siguientes aspectos⁵:

- a) El trabajador es una persona natural: el trabajador siempre será una persona natural, a diferencia del empleador que puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica.
- b) Prestación personal y directa del servicio: el trabajador, en calidad de persona natural concreta, debe ejecutar la prestación comprometida de manera personal; es decir, no debe contar con la asistencia de dependientes. También se descarta que el trabajador transfiera su actividad en todo o en parte a un tercero.

Cabe precisar que no se pierde la calidad de prestación de servicio personal cuando el trabajador es ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual en la naturaleza de las labores.

2.2.2. Subordinación

Se puede definir la subordinación como aquel vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, por medio del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla.

Según el doctor Jorge Toyama Miyagusuku, la subordinación es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y un contrato de locación de servicios⁶.

La LPCL señala que, por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los

⁵ VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis. *Sistema de Legislación Laboral 2015*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 10.

⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 50-51.

límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

En razón de la subordinación el empleador cuenta con un conjunto de facultades o poderes, las cuales le permiten dirigir, fiscalizar y sancionar:

- a) Poder de dirección: aquella facultad del empleador para dirigir, reglamentar y planificar las labores en la empresa o negocio. Una de las manifestaciones del poder de dirección, es el denominado *ius variandi*, definido como aquella potestad del empleador para modificar las condiciones de trabajo de modo razonable, el cual encuentra sus límites en los derechos de protección del trabajador, en el respeto de los derechos fundamentales, en el perjuicio que este puede ocasionarle en el contenido del convenio colectivo, de acuerdo a la evaluación concreta y razonable.
- b) Poder de fiscalización: Por este poder el empleador tiene la posibilidad de controlar y vigilar las actividades que realiza el trabajador relacionadas al objeto de la prestación del contrato de trabajo. Es llamado también poder de control, debido a que el empleador ejercita dicha potestad con miras a la verificación constante del cumplimiento del desarrollo de las tareas asignadas.
- c) Poder disciplinario: El empleador tiene la facultad de sancionar disciplinariamente al trabajador dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones que tenga a su cargo.

2.2.3. Remuneración

La remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que éste pone a su disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso, y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita. Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero

o especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.

Ahora bien, siguiendo con el estudio del contrato de trabajo, resulta necesario analizar las clases de contratos laborales existentes en nuestra legislación laboral.

2.3. Modalidades de contratación laboral

Nuestro sistema jurídico prevé un sistema de contratación directo (relación directa entre empleador y trabajador) e indirecto (relación con el trabajador por medio de un tercero). En virtud del primer sistema de contratación, pueden constituirse relaciones jurídicas que generan efectos laborales (contratos de trabajo) y no laborales (convenios de formación jurídica y capacitación laborales). Por medio del segundo sistema de contratación, el empleador se vale de mecanismos de intermediación laboral (empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores).

El sistema de contratación laboral directo importa la sujeción a uno de los tres contratos de trabajo siguientes: contratos a plazo indeterminado, a plazo fijo (sujeto a modalidad) y tiempo parcial (por horas). A continuación pasaremos a explicar cada una de estas modalidades⁷:

2.3.1. Contrato de trabajo a plazo indeterminado

Uno de los mecanismos creados por el Derecho Laboral para armonizar los intereses del empleador y trabajador y compensar la posición de debilidad del segundo, es la presunción de que todo contrato laboral es por tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario, es decir, los contratos se presumirán por tiempo indefinido pero las partes pueden pactar que sea determinado siempre y cuando concurren válidamente una de las modalidades de contrato temporal admitidas legalmente.

⁷ Idem., p. 58.

El contrato típico es aquel contrato por tiempo indeterminado, esta es la presunción legal recogida en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL): *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”*.

A partir de ello, podemos establecer las siguientes características del contrato de trabajo a plazo indeterminado⁸:

- a) Es el típico contrato de trabajo, presenta todos derechos y beneficios legales previstos en las normas laborales, en la medida en que se cumplan los requisitos especiales previstos en cada norma; por ejemplo, concluir con el periodo de prueba para tener acceso a la estabilidad laboral.
- b) Es el contrato que goza de presunción legal; por ejemplo, en los casos de simulación laboral, la presunción de laboralidad convierte a la prestación de servicios civiles en una laboral de tiempo indeterminado.
- c) Los supuestos de desnaturalización contractual o de sanción legal conllevan la configuración de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
- d) No existe formalidad. Este es el único contrato de trabajo que no requiere de formalidad alguna, pudiéndose celebrar por escrito o en forma verbal.

2.3.2. Contrato a tiempo parcial

Los contratos a tiempo parcial suelen ser definidos como una prestación regular o permanente de servicios, pero con una dedicación sensiblemente inferior a la jornada ordinaria de trabajo⁹.

⁸ Idem., pp. 60-62.

La LPCL establece que los contratos a tiempo parcial pueden suscribirse sin limitación alguna, en este caso la jornada semanal del trabajador dividida entre 6 o 5 días, según corresponda, debe ser en promedio menor de cuatro horas diarias.

Como características de este contrato tenemos¹⁰:

- a) Con relación a las formalidades y límites, este contrato debe ser celebrado necesariamente por escrito (artículo 13° de la LPCL), y será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince días naturales de su suscripción.
- b) No requieren de una justificación o explicación sobre los motivos de la contratación ni la razonabilidad sobre el número de horas que se prestarán o la distribución del tiempo de tales horas.
- c) Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor.

2.3.3. Contrato a plazo fijo o sujeto a modalidad

Los contratos a plazo fijo, en tanto que son una excepción a la regla de contratación general, se rigen por el criterio de temporalidad, “*en la medida en que para la válida celebración del contrato se exige estricta correspondencia entre la duración del contrato y la naturaleza de los trabajos.*”¹¹ En estos casos, sobre la base de las necesidades de cada empresa, se puede contratar personal por un plazo determinado en

⁹ GARCIA GRANARA, Fernando. “El contrato a tiempo parcial en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo”, en *Revista Laborem*, N° 03, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2003, pp.145 y ss.

¹⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los Contratos de Trabajo...*, ob. cit., pp. 62-64.

¹¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. *Derecho al trabajo*, 24ª edición, Tecnos, Madrid 2015, p. 504.

función de la causa concreta de cada contratación; por lo que, se conoce con antelación la fecha de término del contrato de trabajo o los hechos que motivarán su finalización.

Como características de este contrato, de acuerdo a lo establecido por la LPCL, tenemos las siguientes¹²:

- a) El contrato de trabajo a plazo fijo confiere a los trabajadores acceso a todos los derechos y beneficios sociales previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido.
- b) Deben realizarse por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.
- c) En cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que en ningún caso exceda los cinco años.
- d) En esto contratos, el termino de éste antes del vencimiento del plazo, por causa no prevista legalmente otorga al trabajador el derecho a una indemnización legal equivalente a una remuneración y media por cada mes que faltase por el vencimiento del plazo con un tope de 12 remuneraciones.

Los contratos a plazo fijo o determinado se clasifican en¹³:

A. Contratos de naturaleza temporal

Estos contratos pueden celebrarse por los siguientes motivos:

1. Por inicio o incremento de actividad, es aquel celebrado por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración

¹²TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los Contratos de Trabajo...*, ob. cit., pp. 67-76

¹³VALDERRAMA VALADERRAMA, Luis. *Sistema de Legislación Laboral 2015*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 19-22.

máxima es de 3 años. Se entiende como 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 dentro de la misma empresa.

2. Por necesidades del mercado; se celebra 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, puede ser renovado hasta los cinco años.
3. Por reconversión empresarial, es celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipo, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de 02 años.

B. Contratos de naturaleza accidental

Estos contratos pueden ser:

1. Contrato ocasional, celebrado para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de 06 meses.
2. Contrato de suplencia, celebrado con el objeto de que el empleador sustituya un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Este contrato debe tener fecha de extinción.

3. Contrato de emergencia, se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia.

C. Contratos para obra o servicio

Estos contratos pueden ser:

1. Contrato para obra determinada o servicio específico, que son aquellos celebrados con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria, por lo que las renovaciones podrán celebrarse en tanto resulten necesarias para la conclusión o terminación de obra o servicio objeto de la contratación.
2. Contrato intermitente, son aquellos celebrados para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. En el contrato debe consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el mismo que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación. El término para ejercitar el derecho preferencial es de cinco días hábiles contados a partir de la notificación al trabajador del reinicio de la actividad en la empresa.
3. Contrato de temporada, aquellos celebrados 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 a la naturaleza de la actividad productiva. En estos contratos, debe constar por escrito la duración de la temporada, la naturaleza de la actividad de la empresa y la naturaleza de las labores del trabajador. Con

respecto al derecho de preferencia en la contratación, si el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes; para hacer efectivo tal derecho el trabajador debe presentarse en la empresa dentro de los 15 días anteriores al inicio de la temporada, vencido los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo.

De esta manera, luego de haber estudiado las distintas modalidades bajo las cuales se puede celebrar un contrato de trabajo, pasaremos a revisar las causas por las cuales puede extinguirse, las mismas que serán analizadas en el apartado siguiente.

2.4. Causas de extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo supone la ruptura definitiva del vínculo obligacional entre el trabajador y empleador. La LPCL en su artículo 16° señala como causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) **El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural.** El fallecimiento el empleador extingue la relación laboral si aquel es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio; en este caso el plazo convenido no podrá exceder de 01 año, y deberá constar por escrito y ser presentado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos del registro.
- b) **La renuncia o retiro voluntario del trabajador.** En caso de renuncia, el trabajador debe dar aviso por escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día. La negativa del empleador a exonerar del plazo de preaviso de renuncia, obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo. La puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador, equivale a una renuncia.

- c) **La terminación de la obra o servicio**, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo. Esto se da en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad, tal y conforme se analizó en el apartado III del presente capítulo.
- d) **El mutuo disenso entre trabajador y empleador**. El acuerdo de las partes que ponen fin a la relación laboral debe constar por escrito en documento autónomo o en la misma liquidación de beneficios (artículo 19° de la LPCL). Este acuerdo puede producirse antes o después de iniciada la prestación efectiva del servicio por el trabajador.
- e) **La invalidez absoluta permanente**. Siendo una de las notas distintivas del contrato de trabajo, la prestación personal y directa del servicio, la muerte del trabajador o cualquier hecho que ocasione la incapacidad absoluta con carácter definitivo constituyen causas de extinción del contrato de trabajo. En este caso, para fundamentar la extinción de invalidez absoluta y permanente de un trabajador, es necesaria la constatación profesional de ESSALUD o el Ministerio de Salud o Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú.
- f) **La jubilación**. El artículo 21° de la LPCL, referida a la jubilación como causal de extinción del contrato diferencia 02 tipos de jubilación obligatoria; de un lado la jubilación obligatoria automática, que opera en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario; y la jubilación obligatoria potestativa, donde el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre la pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión. El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador, con el fin que este inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

- g) **La terminación de la relación laboral por causa objetiva.** Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo¹⁴ el caso fortuito y la fuerza mayor, si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá dentro del plazo de suspensión de 90 días solicitar la terminación de los respectivos contratos de trabajo. También son los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la extinción de los contratos de trabajo por esta causa sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al 10% del total del personal de la empresa.

Del mismo modo es una causa objetiva la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; adoptado el acuerdo de disolución de la empresa por el órgano competente de ésta, conforme a la Ley General de Sociedades y en los casos de liquidación extrajudicial o quiebra de la empresa, el cese se producirá otorgando el plazo previsto por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial. Los trabajadores tienen primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa quebrada o en liquidación que les permita continuar o sustituir su fuente de trabajo. Y finalmente lo es también la reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845, su procedimiento se encuentra regulado en la Ley General del Sistema Concursal.

- h) **El despido.** Por su especial trascendencia conviene tratarlo por separado como se hará a continuación.

¹⁴ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Palestra, Lima, 2013, pp. 557-568

2.5. El despido como causa de extinción

2.5.1. Definición

El despido es un acto unilateral y que contiene la voluntad extintiva del empleador. Según la LPCL, es un acto extintivo de aplicación individual, que debe ser comunicado por escrito y sustentado en causa justa contemplada en la Ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

2.5.2. Causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador

Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas que impiden el desempeño de las tareas del trabajador, siempre que no exista un puesto vacante al que pueda ser transferido y que no implique riesgo para su seguridad y salud o la de terceros.

El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, con rendimiento deficiente nos referimos a cualquier tipo de carencia del trabajador que determina una incapacidad del mismo para efectuar con suficiencia los deberes laborales a los que se comprometió por el contrato de trabajo¹⁵. Para la verificación del rendimiento deficiente el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del sector al que pertenezca la empresa. En este caso se debe excluir a los supuestos de invalidez.

La negativa injustificada a someterse a las medidas de salud e higiene, esto es, cuando el trabajador se niega a someterse a examen

¹⁵Idem., p. 532.

médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. La negativa injustificada se considera como aceptación de la causa justa de despido.

2.5.3. Causas de despido relacionadas con la conducta del trabajador

- A. La comisión de falta grave, esto es, la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:
- a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.
 - b) b) La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta. Para que se configure las reiteraciones aquí señaladas, el empleador debe haber requerido previamente por escrito al trabajador, por la comisión de falta laboral.
 - c) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa. Para la

configuración de esta falta, las partes podrán presentar pericias o informes técnicos debidamente sustentados.

- d) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor.
- e) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal.
- f) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo.
- g) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente.
- h) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta.
- i) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de

ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

- j) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.

Las faltas graves se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

- B. La condena penal por delito doloso: Se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador. Aquí no importa si esa condena definitiva va acompañada de una pena privativa de libertad efectiva o no, lo relevante es que haya quedado firme la sentencia condenatoria. Cabe precisar que por delito doloso se entiende la comisión intencional de un acto tipificado como delito, por lo que se excluyen los actos cometidos sin intención o también llamados delitos culposos.
- C. La inhabilitación del trabajador: Es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más; pues si es inferior solo acarrea la suspensión del contrato.

En este punto, cabe señalar que conforme lo establecido por la LPCL sólo existen tres clases de despidos: El despido por causa justa que no genera indemnización ni reposición para el trabajador, el despido arbitrario que otorga indemnización al trabajador, el despido nulo que tiene como efecto la reposición del trabajador y el

despido indirecto que otorga al trabajador el derecho a una indemnización; no obstante con la sentencia al Expediente N° 976-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional establece una nueva clasificación de despidos con efectos restitutorios (readmisión en el empleo):

- a) El despido nulo, tal y como lo contempla el artículo 29° de la LPCL,
- b) El despido incausado, que se produce 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, y,
- c) El despido fraudulento, que se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, 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.

Los efectos de esta nueva clasificación de despidos serán de gran importancia para el estudio los puntos a tratar en el capítulo III del presente estudio, exactamente en lo que respecta al despido arbitrario.

Habiendo culminado con el estudio del contrato de trabajo, los principios en los que se basa, sus elementos esenciales, clasificación y causas de extinción, resulta necesario realizar un estudio interno de los regímenes laborales bajo los cuales se encuentran los trabajadores tanto en el sector privado como público, análisis que se desarrollará a continuación.

2.6. Regímenes laborales existentes en el Perú

Nuestro ordenamiento constitucional, a grandes rasgos, reconoce y sustenta la existencia de dos regímenes laborales claramente diferenciados: el del servicio público y el de la actividad privada.

La Constitución Política se refiere a los trabajadores del sector privado en los artículos 22° a 29°, ubicados en el Capítulo II de su Título I, mientras que de la función pública se ocupa en los artículos 39° a 42°, ubicados en el Capítulo IV de ese mismo título. El régimen público es de naturaleza estatutaria y se encuentra regulado por el derecho administrativo, es decir, un conjunto de normas que regulan la organización y actividad de la Administración Pública. El régimen privado es de naturaleza contractual y está regido por el derecho laboral.

2.6.1. Régimen laboral privado

El sector privado tiene su norma laboral general que regula los contratos de trabajo. Se trata del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 denominado Ley de la Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

El régimen laboral de la actividad privada se define como el cuerpo normativo que establece los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo. La LPCL establece que los contratos de trabajo pueden ser indeterminados o sujetos a modalidad, tal y como se explicó en el apartado III) del presente capítulo.

Se establece un periodo de prueba de tres meses, no obstante, las partes pueden pactar un término mayor en caso que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada, debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto, con el periodo inicial de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

En cuanto a la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. El trabajo que exceda la jornada ordinaria del centro de trabajo, se considera horas extras y por tanto deben ser pagadas. La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la ley de la materia.

Los trabajadores comprendidos bajo este régimen tienen derecho – de cumplir las condiciones que la ley prescribe– a gozar de vacaciones anuales por 30 días, a percibir dos gratificaciones anuales equivalentes a un sueldo cada una en los meses de julio y diciembre, a la compensación por tiempo de servicios (CTS) en un monto algo superior a una remuneración por año, pagos a Essalud por el empleador, AFP y un procedimiento para dar por concluida una relación laboral.

El régimen laboral privado coexiste con regímenes especiales de carácter sectorial, algunos basados en las características específicas de la labor por realizarse, entre los cuales podemos mencionar¹⁶:

A. Trabajadores del hogar

La remuneración o salario se define por voluntad de las partes, no existe ni máximo ni mínimo; lo que si se ha establecido es la compensación por tiempo de servicios, la misma que equivale a 15 días de remuneraciones para cada año de servicios; el descanso semanal que debe ser de 24 horas, además de gozar de descanso los días feriados. Igualmente, cuentan con 15 días de vacaciones por año de servicios. Tienen derecho a gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad.

B. La Micro y Pequeña empresa

Tienen su régimen laboral. En este caso, se determina beneficios que disminuyen lo que dice la Ley General; en este régimen las vacaciones son de 15 días e incluso se pueden disminuir; se establece inscripción previsional y otros aspectos que se encuentran enumerados en la norma aplicable a las micro y pequeñas empresas del país.

C. Régimen agrario

El Régimen Agrario, ha sido bastante funcional y realmente ha estimulado el empleo. La norma recoge las particularidades del sector agrario y la competencia ha permitido un mayor desplazamiento de los trabajadores. Existen regulaciones como aquellas que las vacaciones son

¹⁶VALDERRAMA VALADERRAMA, Luis. *Sistema de Legislación Laboral 2015*, Ob. cit., pp. 355-426.

15 días, el pago previsional a Essalud de solo el 4% y el pago por Compensación por Tiempo de Servicios está incluida en la remuneración mínima diaria. Igualmente, existe indemnización por despido arbitrario.

D. Construcción civil

La Ley Laboral de Construcción Civil, es mucho más abundante en beneficios a favor del trabajador. Los trabajadores de construcción civil, tienen una amplia protección; entre ellos, sus vacaciones son de 30 días, tienen gratificaciones por navidad y Fiestas Patrias; se ha establecido remuneraciones mínimas para el maestro, operario o peón. Se les asigna escolaridad, y también por fallecimiento de familiar. Gozan de CTS la misma que es equivalente al quince por ciento (15%) de las remuneraciones básicas percibidas por el trabajador durante el tiempo de servicios que laboró para un mismo empleador.

E. Régimen laboral de la minería

Tienen una protección positiva en lo laboral. La labor realizada por sus trabajadores no solo se limita a un aspecto remunerativo, sino que se orienta a una regulación exhaustiva de las condiciones de trabajo y que atienden a circunstancias especiales de la actividad. Entre los aspectos particulares se encuentra la edad de jubilación, que es menor a otros regímenes.

Por último, cabe señalar que en el sector privado también existe el contrato de locación de servicios mediante el cual se contrata a una persona natural o jurídica para que preste un servicio, sin existir una relación de dependencia, subordinación, horario de trabajo, ni los derechos establecidos para un trabajador sometido bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728.

2.6.2. Régimen laboral público

En la actualidad, existen distintos regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen

implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos. A continuación pasaremos a explicar cada uno de ellos¹⁷.

A. La carrera administrativa

La carrera administrativa se define como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que con carácter estable presten servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública; y se encuentra regulada por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su reglamento el Decreto Supremo 005-PCM-90.

El ingreso a la carrera administrativa se realiza obligatoriamente mediante un concurso público de méritos; con excepción de los servidores contratados, quienes no están comprendidos dentro de la carrera administrativa; no obstante, con la promulgación de la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo público, en el 2005, se estableció que el acceso se realice mediante concurso público sin excepción.

La capacitación constituye un deber y un requisito previo para acceder a los mecanismos de promoción contemplados en la Ley de bases de la carrera administrativa. Asimismo, constituye un derecho de los servidores públicos, pues cada entidad debe establecer programas de capacitación adecuados para cada nivel de carrera, con la finalidad de mejorar el servicio público e impulsar la promoción del servidor público. El ascenso del servidor público se produce mediante promoción al nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos, por lo que se encuentra prohibida la promoción automática. En este régimen, la evaluación de desempeño laboral es un proceso obligatorio que debe realizarse en forma permanente y se califica periódicamente de acuerdo con los criterios y puntajes que se establezcan.

¹⁷El Servicio Civil Peruano, pp. 18-88, 2012, <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano.PDF>

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 276, la remuneración de los funcionarios y servidores públicos se compone de tres elementos básicos: haber básico, bonificaciones y beneficios. A estos conceptos se fueron añadiendo otros conceptos remunerativos aprobados en normas posteriores, los cuales implicaron incrementos en la remuneración mensual.

Con esta Ley se reconoce el derecho a la estabilidad laboral de los servidores de carrera, motivo por el cual ningún servidor puede ser cesado ni destituido por causas ajenas a las previstas en la Ley y sin previo proceso administrativo disciplinario. La única excepción al procedimiento administrativo es la condena penal privativa de libertad por delito doloso, en cuyo caso la destitución se realiza en forma automática. De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento, la carrera administrativa concluye exclusivamente por motivos de fallecimiento, renuncia, cese definitivo y destitución. Por otro lado, las causales justificadas para el cese definitivo según la Ley de bases de la carrera administrativa son: Superar el límite de edad de setenta años; pérdida de la nacionalidad; incapacidad permanente física o mental; ineficiencia o ineptitud comprobada para el desempeño del cargo; la supresión de plazas originada en el proceso de modernización institucional aplicado en los gobiernos regionales y gobiernos locales, con arreglo a la legislación de la materia; y negativa injustificada de servidor a ser transferido a otra plaza fuera de su residencia.

B. Régimen laboral de la actividad privada

La aplicación de este régimen en las entidades del sector público supuso la aplicación de normas supletorias, como la Ley Marco del Empleo Público (LMEP)- Ley N° 28715, que establece los derechos y deberes generales de los servidores públicos bajo el Régimen laboral de la actividad privada, una nueva clasificación de personal y las reglas de acceso al trabajo.

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

del proceso de selección, se requiere: una plaza vacante y presupuestada, identificación del puesto vacante, descripción de las competencias y los méritos, definidos por la entidad en el MOF, criterios de puntuación y determinación de la remuneración.

Una vez concluido el proceso de selección, se procede a contratar a la persona bajo las condiciones del régimen laboral de la actividad privada, estableciendo un contrato por tiempo indeterminado. El período de prueba para los servidores públicos es de tres meses, el cual puede ser prorrogable. En el caso del personal de confianza, el periodo de prueba se extiende a seis meses y, en el caso de los directivos, a un año. Luego de culminar el período de prueba de forma satisfactoria, se adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario. El ingresante tiene derecho a una inducción inicial, que lo oriente sobre la política institucional e indique sus derechos, obligaciones y funciones. No obstante, ello, también se admite la contratación de personal mediante contrato sujetos a modalidad.

De acuerdo con la LPCL, la capacitación es un derecho del servidor cuyo fin es mejorar su productividad y sus ingresos. Para ello, los programas de capacitación y productividad deben ser implementados en cada entidad con la finalidad de actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del personal, desarrollar habilidades asociadas a nuevas tecnologías y preparar al servidor para ocupar vacantes o puestos de nueva creación. Sin embargo, no existen documentos o evaluaciones que determinen la efectividad e impacto de las capacitaciones a la mejora del servicio público.

Debido a que el régimen laboral de la actividad privada constituye un sistema de puestos, no existen mecanismos legales para la promoción o ascensos del personal que ya está trabajando. Sin embargo, algunas entidades públicas han implementado concursos internos en los que un trabajador puede acceder a alguna plaza vacante de mayor jerarquía. Cuando existen, estos mecanismos de promoción están desarrollados en los reglamentos internos de trabajo de cada entidad. Este régimen no regula la evaluación del personal, pues habiendo sido diseñada para la actividad privada, deja a criterio del empleador las formas de evaluación que considere más convenientes.

La remuneración del servidor está constituida por el íntegro de lo que percibe por sus servicios, sea en dinero o especie, siempre que sea de libre disposición. La periodicidad de pago es determinada por la entidad. Adicionalmente, la norma legal contempla otros beneficios con los que cuentan los servidores del régimen de la actividad privada: Gratificaciones por fiestas patrias y navidad, Escolaridad, Compensación por tiempo de servicio (1 remuneración anual), Vacaciones anuales (30 días), Seguro social, Pago de pensiones (sistema público o privado) e indemnización por despido arbitrario.

Se establecen claramente las causales de extinción del contrato de trabajo; tal y como se explicó en el apartado 2.4. del presente capítulo.

C. Régimen especial de contratación administrativa de servicios

El régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS) está normado por el Decreto Legislativo N° 1057, promulgado el 27 de junio de 2008, y su reglamento, promulgado en 2008 (modificatoria promulgada en 2011). Este régimen constituye una modalidad contractual laboral temporal especial, propia del Estado. Mediante Ley 29849- Ley que Establece la eliminación progresiva del Régimen Especial Del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales, se estableció la eliminación progresiva del D.L. N° 1057 y se otorga derechos laborales a los servidores bajo esta modalidad. En general, todas las entidades de la administración pública pueden contratar personal bajo el régimen CAS, con excepción de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública.

La modalidad CAS fue creada en reemplazo de los servicios no personales (SNP), modalidad contractual creada en los años noventa como respuesta a las restricciones presupuestales impuestas a la contratación de nuevo personal, con el objetivo de ahorrar costos laborales y crear un mercado laboral más flexible.

Cabe señalar, que a partir del 2010 debido a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Exp. 00002-2010-PI/TC), el CAS debe interpretarse como un régimen especial de contratación de naturaleza laboral para el sector público, el cual es compatible con el marco constitucional. Al afirmarse su naturaleza laboral, la Ley N° 29849

establece que el servidor bajo este régimen se considera dentro del ámbito de la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del código de ética de la función pública, debiendo ajustarse a la misma y completar su regulación en términos de los derechos laborales que le competen.

De acuerdo con las normas legales anteriores a la Ley N° 29849, los únicos requisitos para una convocatoria CAS eran la existencia del requerimiento de la unidad usuaria y la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto. La Ley 29849 estableció que el acceso al régimen se realiza obligatoriamente mediante concurso público. La convocatoria se lleva a cabo a través del portal institucional de la entidad convocante, en el Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en el Portal del Estado Peruano, entre otros. La contratación mediante CAS es diversa y no ofrece estabilidad. En este contexto, es preciso resaltar que el régimen CAS supone una contratación temporal por un periodo restringido a un año fiscal, renovable.

El reglamento que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios permite a los servidores públicos contratados bajo este régimen CAS estar comprendidos dentro de los procesos de capacitación de las entidades. En este régimen, no existe la promoción o ascenso debido a que este régimen especial es un sistema de puestos (abierto). El reglamento señala que la evaluación de las personas bajo la modalidad CAS solo puede ser utilizada para identificar necesidades de capacitación y no para justificar la separación por bajo desempeño.

Las personas contratadas bajo la modalidad CAS perciben una remuneración mensual que no puede ser menor a la remuneración mínima vital. Las remuneraciones son negociadas contrato por contrato y no existe escalas remunerativas aprobadas en cada entidad, salvo algunas excepciones. La remuneración puede verse reducida temporalmente por el incumplimiento de las horas de servicio (máximo 48 horas semanales), pero no se incrementa por el sobretiempo realizado.

Los beneficios adicionales otorgados por la norma que regula el régimen CAS y su reglamento son: vacaciones por 30 días calendario; afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD; afiliación a un régimen pensionario, opcional para aquellos que ya venían prestando

servicios al Estado; licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, entre otras; derechos a que hace referencia la Ley N° 29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo; y derechos colectivos de sindicalización y huelga.

El contrato CAS se extingue por las siguientes causales: fallecimiento; extinción de la entidad contratante y renuncia (previo aviso con 30 días de anticipación); mutuo disenso; Invalidez absoluta permanente sobreviniente; resolución arbitraria o injustificada; Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses y vencimiento del plazo del contrato. Cuando el contrato administrativo de servicios es resuelto por la entidad, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, se genera el derecho de pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres.

D. Servicios no personales

Sin ser formalmente un grupo de empleados públicos, se ha conformado un conjunto de trabajadores que bajo la modalidad de “servicios no personales” o “locación de servicios” se han venido incorporando a realizar labores de naturaleza permanente. Este grupo de trabajadores no figuran en planilla y cobran por recibo de honorarios.

Este tipo de contratación, no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal. Cabe señalar que es la sexta disposición transitoria, complementaria y final de la Ley Marco del Empleo Público (LMEP)- Ley N° 28715, el único dispositivo legal en donde se estableció mención sobre los Servicios No Personales (SNP), al especificar que los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales, con vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Marco, otorgándosele una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios prestados a la Administración Pública, en caso de empate con otro postulante.

La dación del CAS, tuvo como finalidad entre otras, la eliminación de esta clase de contratación en el estado, sin embargo, en la actualidad se sigue contratando personal bajo esta modalidad.

E. Régimen de la Ley del Servicio Civil

La Ley N° 30057-Ley del Servicio Civil publicada el 3 de julio del año 2013, tiene como objetivos: a) establecer un régimen exclusivo y único para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, y b) Introducir la Meritocracia tanto para el ingreso al nuevo régimen, como para el ascenso y la permanencia en el Servicio Civil, con la finalidad de elevar la calidad de los servicios que el Estado brinda a los ciudadanos.

En este sentido, esta Ley establece un régimen laboral aplicable a los trabajadores del sector público, tanto a los nuevos trabajadores como a los antiguos servidores que perteneciendo a los regímenes laborales de los decretos legislativos 276 (carrera administrativa), 728 (régimen laboral privado) y 1057 (régimen CAS) decidan voluntariamente migrar al nuevo régimen. No obstante, la norma excluye a las empresas públicas y a diversas instituciones del Estado (como el Congreso de la República, el BCR, etc.) así como a las entidades que tienen regímenes laborales especiales; por lo que finalmente en la práctica no existirá un único régimen laboral como se pensaría, sino que seguirán coexistiendo varios regímenes laborales en el Estado. La aplicación de la norma será progresiva, debiendo concluir en un plazo de seis años.

El ingreso al nuevo régimen laboral del servicio civil se efectuará por concurso público, excepto para el caso de servidores de confianza (quienes sólo deben cumplir los requisitos mínimos para el puesto). Este concurso público es obligatorio inclusive para los antiguos servidores que perteneciendo a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 (carrera administrativa), 728 (régimen laboral privado) y 1057 (régimen CAS) decidan migrar al nuevo régimen.

La norma señala un período de prueba de tres meses para los trabajadores de este nuevo régimen, excepto para los antiguos servidores que perteneciendo a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos

N° 276 (carrera administrativa), 728 (régimen laboral privado) y 1057 (régimen CAS) decidieron migrar al nuevo régimen.

La norma establece un sistema de evaluaciones para los servidores públicos, que se aplicará inclusive a quienes decidieron permanecer en los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 (carrera administrativa) y 728 (régimen laboral privado). Habrá evaluaciones de desempeño anuales que están concebidas para medir el desenvolvimiento del servidor según el puesto que realice, está previsto además que la desaprobación de la evaluación constituye causal de cese.

En materia remunerativa se eliminan los diversos conceptos de ingresos y se determina que la compensación estará conformada por la Valorización Principal (ingresos comunes a toda la familia de puestos) y la Valorización Ajustada (ingresos propios de determinados puestos). Excepcionalmente puede abonarse una Valorización Priorizada (por riesgo de vida, condiciones geográficas, y otras situaciones atípicas).

Se dispone además que los aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad equivalen a una remuneración (y no a un monto fijo mínimo como en la actualidad). La remuneración vacacional también equivale a una remuneración, pero a diferencia del régimen laboral privado su falta de goce oportuno no da derecho al pago de una remuneración adicional como indemnización. La Compensación por Tiempo de Servicios se pagará al cese del servidor y consistirá en el promedio de las 36 últimas remuneraciones multiplicado por el número de años laborados. Si el trabajador tiene menos de 36 meses de servicios el cálculo del promedio será proporcional. Las madres trabajadoras seguirán gozando de su descanso pre y postnatal con pago, tal como ocurre en la actualidad donde el subsidio es pagado por EsSalud.

En materia de derechos colectivos se regulan los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga sólo para los servidores civiles, quedando excluidos los funcionarios públicos, los directivos y los servidores de confianza. La huelga procede luego de agotados los mecanismos de diálogo y con un preaviso de 15 días. Mientras dure la huelga la entidad puede contratar personal temporal para garantizar sus actividades.

Los servidores de los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 (carrera administrativa) y 728 (régimen laboral privado) podrán continuar en dichos regímenes hasta finalizar su vínculo laboral. En cambio, los servidores del régimen CAS que decidan permanecer en el mismo sólo podrán hacerlo hasta que concluya el proceso de implementación de la nueva norma en la entidad en la que laboren (cuyo plazo máximo es seis años).

F. Regímenes de las carreras especiales

Otro grupo de trabajadores que tienen normas específicas en algunos sectores ocupacionales como son el magisterio, los diplomáticos, docentes universitarios, policías, militares y trabajadores de la salud, que tienen normas específicas que regulan la particularidad de la prestación de sus servicios. Sus categorías de designación, nombramiento o contratación son análogas a los del Decreto Legislativo N° 276.

La primera disposición del Decreto Legislativo N° 276, establece que los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de carrera, regulados por leyes específicas, continúan sujetos a su régimen privativo, no obstante, lo cual deben aplicárseles las normas del Decreto Legislativo N° 276, en tanto no se opongan a tal régimen.

La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece en su artículo III, que los trabajadores sujetos a regímenes especiales se regulan por dicha ley, y en el caso de las particularidades en la prestación de sus servicios, por sus leyes específicas.

CAPÍTULO 3

EI CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO

En el presente capítulo abordaremos el tema relacionado al contenido constitucional del derecho al trabajo. Para ello definiremos en primer lugar qué es lo que se entiende por contenido constitucional, para a partir de ahí determinar cuál es el contenido constitucional del derecho al trabajo, y según ello definir cuál es la adecuada protección ante un despido arbitrario y si la adecuada protección reconocida en nuestra legislación se encuentra conforme a las normas constitucionales e internacionales.

3.1. El significado jurídico del contenido constitucional

Para definir el contenido constitucional de un derecho, es necesario primero hablar de Derechos Constitucionales, los mismos que se definen como aquéllos derechos reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución.

En la Constitución política peruana, se habla de derechos fundamentales y derechos constitucionales, sin embargo conforme lo establecido por el artículo 3° de la Constitución¹⁸, todos los derechos

¹⁸Artículo 3° de la Constitución Política: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, no otros de

constitucionales son derechos fundamentales, por lo que es lo mismo hablar de derechos fundamentales que de derechos constitucionales.

Los derechos fundamentales son los propios derechos humanos que se encuentran plasmados en la Constitución, de tal manera que derechos humanos y derechos fundamentales son lo mismo, por lo que hablar del contenido esencial del derecho humano equivale a hablar del contenido esencial del derecho fundamental, el mismo que al estar recogido en la Constitución se denomina contenido constitucional. Es importante señalar esto, porque los derechos humanos al provenir de la propia naturaleza humana, no pueden ser realidades que se contrapongan entre sí, por lo que no pueden existir derechos fundamentales que en su contenido constitucional entren en conflicto entre sí.

En tal sentido, podemos señalar que: “El contenido constitucional de un derecho fundamental es su contenido esencial, y éste es el conjunto de atribuciones que el derecho depara a su titular y hace que el derecho sea ese derecho y no un derecho diferente; de tal manera que el contenido esencial es todo el contenido constitucional del derecho fundamental. El contenido esencial no tiene dos partes, una esencial y otra no esencial, sino que el contenido es uno sólo, es, en este sentido, un contenido único”.¹⁹

No obstante lo anterior, en la doctrina comparada existen cuatro teorías que tratan de definir qué es lo que debe entenderse como contenido constitucional²⁰. Tales Teorías son las siguientes:

- a) Teoría subjetiva, que señala que el objeto de protección es solo el ámbito individual o de libertad, es decir, el derecho fundamental de cada persona en concreto, por lo que toda vez que una regulación

naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

¹⁹CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 14, Madrid, 2010, p. 99.

²⁰CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, pp. 255-261.

objetiva atentatoria de un derecho fundamental afecte su ámbito individual, será declarada inconstitucional.

- b) Teoría objetiva, que señala que el objeto de protección es solo la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, esto es, el derecho como institución jurídica, por lo que mientras no se altere el contenido esencial del derecho-institución, no hay inconstitucionalidad.
- c) Teoría absoluta, que señala que el contenido esencial brinda una protección en sentido fuerte, absoluta que no cede ante nada. Refiere, además, que cada derecho fundamental tiene un contenido esencial y otro no-esencial, por lo que el contenido total de un derecho estaría conformado por dos círculos concéntricos, el primero es el núcleo duro del derecho y vincula de modo absoluto al legislador, de manera que no puede ser limitado, ni restringido; y el segundo que es el círculo alrededor del núcleo, que no vincula al legislador y puede ser limitado, restringido o sacrificado para salvar a otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional, siempre que supere el test de proporcionalidad.
- d) Teoría relativa, que señala que el contenido esencial es un límite en sentido débil, relativo, por lo que depende de algo distinto del contenido mismo del derecho que se trate. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental esta formulado por un único contenido, y no en dos partes, con contenido homogéneo, y por tanto todo él vincula al legislador, pero no de modo absoluto sino de modo débil y relativo, y puede ser limitado. En consecuencia, toda vez que la limitación de derecho fundamental se encuentre debidamente justificada, se habrá respetado la Constitución, por lo que la garantía del contenido esencial es una garantía de que toda limitación estará justificada.

Todas estas teorías parten de una falacia, al desconocer por ejemplo en el caso de las teorías subjetivas y objetivas, que los derechos fundamentales son, a la vez, derechos subjetivos indispensables para el desarrollo e instituciones de las que depende el ordenamiento jurídico-político del Estado, lo cual requiere que la garantía del contenido esencial del derecho contemple ambas dimensiones.

Asimismo, respecto de las teorías absoluta y relativa, si bien parten de la idea de la existencia de una esencia o contenido del derecho que nadie puede limitar, finalmente terminan presentando contradicciones en su definición del contenido constitucional del derecho, ya que también hablan de una limitación del derecho fundamental causando con ello su desnaturalización y su vaciado de contenido, pues ya sea total o parcial, quedará a disposición del legislador, quién siempre tendrá justificaciones para restringir derechos fundamentales.

Además, partiendo de la Constitución se advierte que estas teorías son contrarias a la Unidad de la Constitución (El principio de Unidad de la Constitución, por el cual toda interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático)²¹, al permitir la posibilidad de limitar un derecho para salvar otro, lo que significaría que sus contenidos se contraponen y que por ende no hay coherencia en la Constitución; lo que conllevaría a su vez a la vulneración del principio de normatividad ya que unos derechos serían vinculantes y otros no, en la medida que unos pueden ser limitados cuando entran en conflicto con otros derechos, desvirtuando así la plena obligatoriedad de la Constitución como un todo normativo (El principio de fuerza normativa de la Constitución, según el cual la interpretación constitucional debe estar orientada a la respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica vinculante en todo, dicha vinculación alcanza a todo poder público y a la sociedad).²²

Habiendo dejado claro que es lo que debe entenderse por contenido constitucional del derecho, es menester señalar que, para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental, resulta necesario tener en cuenta ciertos criterios o parámetros en su determinación. Siguiendo al profesor Castillo Córdova²³:

²¹ Exp. N° 5854-2005-PA/TC, del 08 de noviembre de 2005.

²² Ibidem.

²³ CASTILLO CORDOVA, Luis. "¿Existen los llamados Conflictos entre derechos fundamentales?", en *Cuestiones Constitucionales* N° 12, 2005, p. 119.

- a) Para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental primero debemos recurrir a la Constitución, esto es, fijarse en la concreta disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se trata de determinar así como a todas aquellas disposiciones relacionadas con la disposición que recoge el derecho fundamental; asimismo debemos acudir a la Norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú y la jurisprudencia que hayan emitido los tribunales internacionales sobre esta normativa, ello de conformidad con lo establecido por la IV disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.
- b) Además, se debe tomar en consideración las circunstancias de cada caso a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo, es decir que el contenido del derecho fundamental no es estático, sino que debe determinarse en cada caso particular, se trata pues, de definir en cada circunstancia concreta los alcances de un derecho fundamental con el fin de determinar si se encuentra dentro de sus parámetros constitucionales y por ende si su pretensión conforma el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental.

En este sentido, los profesores Toller y Serna, señalan que: “Determinar el contenido esencial es, en nuestra opinión, mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional, es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”²⁴

Por su parte, el profesor Cianciardo, respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales, señala ciertas pautas²⁵:

²⁴ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 42.

²⁵ CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, pp. 278-279.

- a) El respeto el contenido esencial de los derechos fundamentales, constituye una valla infranqueable para el legislador, y no existen razones que permitan su avasallamiento,
- b) La determinación del contenido esencial guarda relación con el examen de su finalidad, en tal sentido, puede prohibirse toda aquella conducta que no resulta apta para alcanzar inmediata ni mediatamente la finalidad de alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.
- c) El contenido esencial es una noción abierta y su determinación depende al menos en parte de las circunstancias históricas; lo que origina la admisibilidad constitucional de variaciones sincrónicas y diacrónicas en su determinación.

Por tanto, en mérito a lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el contenido constitucional de un derecho, es único porque es uno solo, y vincula en su totalidad a todos los poderes públicos, limitado en el sentido que tiene sus propios límites internos que nacen de la naturaleza del propio derecho, ilimitable por lo que no puede ser limitado por el legislador, y delimitable ya que tendrá que delimitarse cuales sus fronteras y alcance razonable en cada caso concreto con la finalidad de determinar si una pretensión se encuentran dentro de sus alcances constitucionales. En tal sentido, y partiendo del principio de unidad de la Constitución nunca se puede hablar de conflictos de derechos, lo que hay son pretensiones contrapuestas, debido a los intereses individuales de cada una de las partes.

Respecto a este tema, esto es, el “conflictos de derechos”, resulta necesario abordar lo señalado por los profesores Toller y Serna, quienes sostienen que los derechos a diferencia de los intereses de las personas, son armónicos, pues nacen ajustados entre sí, y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política en que viven los titulares de los mismos; en tal sentido, cuando se generan un conflicto de interés o pretensiones de las partes, se debe partir siempre de la interpretación de los derechos en forma armónica y no como contradicciones, y la metodología adecuada para intentar armonizar los derechos, parte por considerar cada uno de los derechos desde su contenido esencial ya que permite no recurrir a unos derechos que ceden

ante otros, ni a límites externos impuestos; por tanto solo a través de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental llegaremos a una interpretación idónea y armónica del derecho, conforme a su naturaleza, y obtendremos la solución justa en el caso concreto, sin entrar en cuestiones de jerarquías o ponderaciones de derechos²⁶.

Teniendo claro el concepto y los criterios a seguir para definir el contenido constitucional de un derecho fundamental, pasaremos a determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo.

3.2. El contenido constitucional del derecho al trabajo

Como señalamos en el apartado anterior en el ordenamiento constitucional peruano no es posible diferenciar entre derechos fundamentales y derechos constitucionales debido a que todos ellos tienen el mismo rango constitucional, por lo que al hablar del derecho al trabajo en el ordenamiento constitucional peruano, podemos señalar que es tanto derecho constitucional como derecho fundamental, y por ende también tiene un contenido constitucional que debe ser delimitado en cada caso en concreto y merece protección constitucional.

Como mencionamos en el apartado primero, para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental, debemos seguir ciertos criterios, así en primer lugar debemos recurrir al propio texto constitucional. En la Constitución política peruana, son varios los dispositivos constitucionales que hacen referencia al derecho constitucional al trabajo; tenemos el artículo 2° inciso 15) de la Constitución que hace referencia a la libertad de trabajo, el artículo 22° y 23° de la Constitución que hace referencia al derecho social al trabajo. De tales dispositivos constitucionales, se advierte que el derecho al trabajo implica de un lado la libertad de trabajar por lo que el contenido constitucional de aquel significará en primer lugar la facultad de decidir libremente tanto si se accede como si se permanece en un determinado puesto de trabajo; y de otro lado también implica una actividad

²⁶SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional...*, ob. cit., pp.40-43.

prestacional por ser objeto de atención prioritaria del Estado, de tal manera que su contenido constitucional también vendrá definido por aquellas acciones que realice el Estado para fomentar y acceder a un puesto de trabajo.

Lo señalado en el párrafo anterior, se relaciona directamente con lo que se conoce como la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, según la cual *“todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad”*²⁷. En tal sentido, esta doctrina debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el contenido esencial de todo derecho fundamental, en este caso en particular en lo que respecta al derecho al trabajo.

3.2.1. Dimensión subjetiva del derecho al trabajo

Como señalamos anteriormente, la definición del contenido constitucional empieza desde la misma norma constitucional. En tal sentido, el primer alcance del derecho al trabajo lo encontramos en el artículo 2º inciso 15) de la Constitución: *“Todos tienen el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley”*, este dispositivo constitucional hace alusión a la dimensión de libertad o subjetiva del derecho al trabajo, según la cual su titular tiene la libertad de elegir libremente acceder a un puesto de trabajo y elegir libremente permanecer en él.

La libertad de trabajo ha sido definida por el Tribunal Constitucional *“como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así*

²⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido Constitucional del Derecho al Trabajo y el proceso de amparo”, en *Asesoría Laboral*, 2004, p.11.

como de cambiarla o de cesar de ella”²⁸. Con otras palabras, el derecho a la libertad de trabajo “comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”²⁹.

En tal sentido, a nadie se le puede obligar a trabajar o a trabajar en un determinado puesto de trabajo; no obstante, cabe señalar también que dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la Ley, con las limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. Por tanto, según lo anteriormente expuesto cuando a alguien se le obligue a trabajar o seguir en un puesto de trabajo, en contra de su voluntad, se estaría vulnerando el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo en su dimensión subjetiva o de libertad, y de esta manera nace para él la facultad de reclamar su protección y defensa a través de un proceso constitucional.

3.2.2. Dimensión objetiva del derecho al trabajo

Como señalamos anteriormente el derecho constitucional al trabajo también implica una parte social del derecho, así lo manda el artículo 23° de la Constitución cuando establece: “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad, y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo*”, en este caso nos referimos a la dimensión prestacional u objetiva. Esta dimensión está referida a dos momentos: el acceso de la persona a un puesto de trabajo, y su permanencia en él.

A. Derecho de acceso

En este caso nos referimos a que forma parte del derecho constitucional, la obligación que tiene el poder político de promover las

²⁸ Exp N° 008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, f. j. 26.c.

²⁹ Exp N° 0661-2004-AA/TC, del 16 de agosto de 2004, f. j. 25

condiciones para el progreso social y económico, mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo, queda claro que esta dimensión no nos faculta a que el Estado nos otorgue un puesto de trabajo en concreto, sino que su obligación radica en adoptar acciones concretas que fomenten el acceso a un puesto de trabajo, esto es, políticas que hagan accesible poder conseguir un trabajo.

Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “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 derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado.”³⁰

B. Derecho a permanecer en el puesto de trabajo

Al respecto, para determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión de permanencia en el puesto de trabajo, debemos recurrir a los siguientes textos constitucionales: por un lado, a lo contemplado por el artículo 27° de la Constitución cuando establece literalmente: “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”; y de otro lado a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en la que se ha establecido que: “*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”. Ambas disposiciones serán necesarias tener en cuenta, cuando exista un conflicto que involucre pretensiones referidas a determinar el alcance del derecho a permanecer en el puesto de trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo.

Según lo dispuesto por los dispositivos constitucionales antes expuestos, podemos advertir que el artículo 27° de la Constitución reconoce la existencia de despidos arbitrarios en nuestro ordenamiento jurídico, también llamados injustificados o incausados, frente a lo cual, la propia Constitución ha dispuesto que sea el legislador quien decida cuál

³⁰Exp. N° 1124-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002, f. j. 12.

debe ser adecuada protección ante este tipo de despidos; de tal manera que el legislador debe disponer cual es la adecuada protección al trabajador sin vaciar el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión de permanencia, de entre todas las posibilidades de protección al trabajador, ha optado por la indemnización, tal y conforme lo establece el artículo 34° de la LPCL cuyo texto señala: *“si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido”*. De esta manera vemos, que forma parte del contenido constitucional al derecho al trabajo, la posibilidad de que un trabajador sea despedido arbitrariamente, ante lo cual el único medio de reparación será la indemnización prevista por ley.

No obstante ello, mucho se ha discutido si es constitucionalmente valido que la indemnización sea el único medio de reparación ante un despido arbitrario y, por tanto, forme parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, ante lo cual se puede señalar que, teniendo en cuenta que todas las normas constitucionales se interpretan de conformidad con lo previsto por los acuerdos internacionales de los que el Perú es parte, tenemos que la indemnización prevista por el legislador en nuestro ordenamiento, se encuentra de conformidad con lo establecido por las normas internacionales vinculantes para el Perú, en concreto con el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos económicos, sociales y culturales, el mismo que ha reconocido *“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 cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”*.

En tal sentido, podemos advertir que forma parte del contenido constitucional al derecho al trabajo en su dimensión prestacional, referida a la permanencia en un puesto de trabajo, la posibilidad de un despido arbitrario y la indemnización como medio de reparación, por encontrarse conforme a lo previsto por la Constitución y las normas internacionales vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico.

3.3. En particular, sobre el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad

En este apartado nos centraremos en analizar el derecho de acceso al trabajo, en lo que respecta a aquellas personas que desean acceder a un puesto de trabajo tanto en el sector privado como en el sector público.

3.3.1. En el sector privado

La Constitución en su artículo 2º inciso 15) señala que todas las personas tiene derecho a trabajar libremente, de lo cual se advierte que cada quién es libre de trabajar donde mejor estime de acuerdo a sus intereses; sin embargo este artículo se encuentra estrechamente vinculado con el artículo 23º de la Constitución, en el sentido que impone al Estado la obligación de fomentar acciones que faciliten el acceso a un puesto de trabajo, por lo que no sólo se trata de querer acceder a un puesto de trabajo sino también de las acciones que desarrolle el Estado para que este acceso se concrete en la práctica.

Así, en lo que respecta a los trabajadores que opten por prestar sus servicios en el sector privado, la LCPL no precisa literalmente las condiciones o procedimiento que se debe seguir para acceder a un puesto en el sector privado, sino que faculta al empleador a contratar indeterminadamente o a plazo fijo, según el puesto de trabajo o funciones que desempeñe el trabajador, ello en concordancia con la libertad de contratación establecida en el artículo 62º de la Constitución.

Y es precisamente en base a esta libertad de contratar reconocida al empleador, que éste tiene la facultad de reglamentar las condiciones que debe reunir un trabajador para acceder a un determinado puesto de trabajo, condiciones que obviamente no puede vulnerar en ningún caso los derechos reconocidos por la Constitución ni por la Ley.

En la práctica los empleadores suelen realizar convocatorias para contratar personal ya sea a contrato indeterminado o fijo, dichas convocatorias suponen la realización de varios exámenes con la finalidad de elegir al personal más apto para el puesto que se trata cubrir.

3.3.2. En el sector público

Al respecto, la Constitución en su artículo 40° establece: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos...” De ello se advierte que es el legislador quién determina por ley el procedimiento que se debe seguir para acceder a un puesto en el sector público.

Así tenemos, que el Decreto Legislativo N° 276-Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, establece en su artículo 12° los requisitos para el ingreso en la carrera administrativa, precisando en su inciso d) el presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión, de lo cual se advierte que el ingreso a la carrera administrativa se realiza obligatoriamente mediante un concurso público.

En el caso de los servidores públicos, que prestan servicios bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada, la selección y contratación de personal bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley Marco del Empleo Público (LMEP)- Ley N° 28715 (artículo 5°), que establece que el ingreso a las entidades bajo este régimen se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base del mérito y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades. Una vez concluido el proceso de selección, se procede a contratar a la persona bajo las condiciones del régimen laboral de la actividad privada, estableciendo un contrato por tiempo indeterminado. El período de prueba para los servidores públicos es de tres meses, el cual puede ser prorrogable.

En lo que respecta al régimen CAS, la Ley 29849 -Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales, establece en su artículo 9° que el servidor bajo este régimen se considera dentro del ámbito de la Ley Marco del Empleo Público, y en su artículo 8° recuerda que la Ley N° 29849 estableció que el acceso al régimen se realiza obligatoriamente mediante concurso público.

Por su parte, La Ley N° 30057 -Ley del Servicio Civil publicada el 3 de julio del año 2013, tiene como uno de sus objetivos introducir la

meritocracia tanto para el ingreso al nuevo régimen, como para el ascenso y la permanencia en el Servicio Civil, por lo que el ingreso a este nuevo régimen laboral del servicio civil se efectuará por concurso público, excepto para el caso de servidores de confianza (quienes sólo deben cumplir los requisitos mínimos para el puesto). Este concurso público es obligatorio inclusive para los antiguos servidores que perteneciendo a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 (carrera administrativa), 728 (régimen laboral privado) y 1057 (régimen CAS) decidan migrar al nuevo régimen.

En el caso de los regímenes especiales del sector público, también se rigen por lo establecido por la Ley Marco del Empleo Público, por lo que el ingreso a un puesto también se efectuará por concurso público.

En mérito a lo anteriormente manifestado, vemos que en el sector privado la forma o procedimiento a seguir para acceder a un determinado puesto de trabajo viene determinado por el empleador en función a su libertad de contratar, mientras que en el sector público la forma de acceder a un puesto de trabajo viene determinado por ley, por tanto, vemos que el ingreso a un sector u otro, es regulado de manera distinta de acuerdo a lo previsto por lo Constitución.

3.4. El derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario

En este apartado, nos centramos en particular a analizar el significado de la atribución de la permanencia en el puesto de trabajo, en tanto que dicha dimensión se encuentra vinculada directamente con la figura del despido arbitrario y su adecuada protección.

Como señalamos anteriormente, el artículo 27° de la Constitución Política ha establecido que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, ante lo cual el Legislador mediante la dación del artículo 34° de la LPCL, ha previsto que la adecuada protección ante el despido arbitrario es la indemnización, protección que se encuentra conforme las normas internacionales, en concreto con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, dicho esto, sería importante cuestionarse si dicha opción legislativa por la indemnización forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, y en consecuencia si es constitucional.

Respeto a ello, en un primer momento el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC señaló que el artículo 34° de la LPCL era incompatible con la Constitución porque vaciaba el contenido esencial del derecho al trabajo, ya que uno de los aspectos del contenido esencial era la proscripción del despido salvo por causa justa, y el artículo 34° al habilitar el despido arbitrario estaba vaciando dicho contenido.

Como vemos en dicha postura adoptada, el Tribunal Constitucional no consideró que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que el derecho al trabajo debe interpretarse tomando en consideración las normas internacionales sobre ese derecho, esto es, no consideró que el contenido al derecho al trabajo no sólo se forma con lo que señala las normas constitucionales sino también por lo que hayan dispuesto las normas internacionales vinculantes para el Perú, como lo es el ya mencionado Protocolo Adicional, en el cual se reconoce la estabilidad de los trabajadores en el puesto de trabajo, a la vez que se establece a la indemnización como una de las posibles respuestas al despido incausado o arbitrario. Por tanto, si la norma constitucional le ha otorgado al legislador la facultad de determinar la adecuada protección ante el despido arbitrario, y la indemnización es una de las formas de protección que otorga la norma internacional, la indemnización forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana, y por tanto la indemnización como adecuada protección ante el despido arbitrario es perfectamente constitucional.

Es precisamente por ello, que posteriormente en el Expediente N° 0976-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse respecto a este tema, y retractándose señala que el artículo 34° de la LPCL es constitucional porque se encuentra de conformidad con las

normas internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento, pero incorrectamente señaló que quien determinaba la adecuada protección en un caso concreto era el trabajador, lo que significa que si el trabajador despedido arbitrariamente no quiere ser indemnizado sino volver a su puesto de trabajo, la adecuada protección en dicho caso sería la reposición.

Claro está, que dicho criterio adoptado por el Tribunal Constitucional resulta inconstitucional e incoherente, porque lo inadecuado o adecuado de la protección contra el despido arbitrario pasaría a ser determinado por el trabajador, cuando el artículo 27° CP establece que dicha determinación le compete únicamente al Legislador; y como bien señalamos lo que ha determinado la Ley es constitucional porque la indemnización como respuesta a un despido arbitrario forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo.

En mérito a ello, resulta necesario analizar cómo opera la adecuada protección en los trabajadores del sector público y privado.

3.4.1. En el sector privado

Los trabajadores de este régimen, se rigen por el Decreto Supremo N° 003-97-TR Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, también llamada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Ley que respecto al despido arbitrario y la adecuada protección en su artículo 34° señala que *“El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente...”*, y el artículo 38° señala que: *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.”*

Asimismo, en el caso de los trabajadores con contratos de trabajo sujeto a modalidad se aplica lo dispuesto por el artículo 76° de la Ley que señala: *“Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”*.

En consecuencia, conforme a la normativa antes citada, se advierte que los trabajadores del sector privado bajo el régimen laboral de la actividad privada, tienen prevista a la indemnización como adecuada protección ante el despido arbitrario.

3.4.2. En el sector público

Como señalamos en el apartado quinto del capítulo II, en el sector público existen diversos regímenes laborales que regulan la relación trabajador público-Estado. En este contexto, resulta importante señalar que para los trabajadores públicos que se encuentran sometidos bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728 y el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), se establece la adecuada protección ante un despido arbitrario.

En lo que respecta a los trabajadores públicos sometidos al Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728, se aplica las mismas normas que para los trabajadores del sector privado (artículo 34° y 38 de la LPCL), por lo que un trabajador público que ha sido despedido arbitrariamente, sin causa justificada prevista en la ley, tendrá derecho a la indemnización prevista en la LPCL.

De otro lado, el servidor público que se encuentre bajo los alcances del CAS, en caso de resolución arbitraria de su contrato, se le aplicará lo dispuesto por el artículo 10° de la Ley N° 29849, que señala: *“Extinción del contrato: ...La Resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del pago contra actual, con un máximo de tres...”*

Por su parte, la Ley del Servicio Civil Ley N° 30057, ha contemplado la posibilidad de ser repuesto o indemnizado ante una destitución nula o injustificada, al respecto el artículo 36° de la referida Ley señala: “*La destitución declarada nula o injustificada por el Tribunal del Servicio Civil o el Juez otorga al servidor civil el derecho a solicitar el pago de una indemnización o la reposición...*”, con lo que se deja en manos del trabajador la posibilidad de elegir el tipo de protección ante una destitución nula o injustificada.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

4.1. Una necesaria diferenciación

4.1.1. Norma constitucional directamente estatuida y norma constitucional adscrita a una norma directamente estatuida. Concepto y diferencias

Cuando hablamos de normas constitucionales, inmediatamente se viene a nuestra mente mirar hacia su fuente que es la Constitución, y es precisamente por encontrarse recogidas en esta máxima y suprema norma de todo ordenamiento jurídico, que reciben el nombre de normas constitucionales. Como normas constitucionales, recogen en ellas los derechos fundamentales que rigen al ser humano, los cuales no son otra cosa que los derechos humanos que tiene toda persona por el hecho de ser tal y que brotan de su propia naturaleza. Así, la Constitución y exactamente las normas constitucionales se convierten en el medio por el cual estos derechos cobran vigencia y se hace efectivo su reconocimiento y realización en nuestro ordenamiento jurídico. De modo, que en palabras del profesor Luis Castillo: *“Una Constitución que no reconozca y trate como fin a la persona a través del reconocimiento y aseguramiento de sus derechos humanos (derechos fundamentales), no es una verdadera Constitución, aun cuando ella misma se autodenomine*

como tal, porque estaría negando la esencia de lo que es Constitución”³¹.

La Constitución a través de sus normas recoge el conjunto de valores, exigencias de justicia, principios y derechos que se formulan en torno a la persona como fin en sí mismos, no obstante muchas de estas normas contienen enunciados generales y abiertos, como por ejemplo: el derecho fundamental a la vida, a la libertad, a la igualdad, etc, que necesitan ser precisados sobre todo al momento de resolver un caso concreto, esto es, requieren ser interpretados, a fin de determinar su alcance y significado, ya que ninguna disposición constitucional resuelve por sí misma una controversia jurídico constitucional.

Y es precisamente en esta labor de interpretación, que el Tribunal Constitucional juega un rol importante, ya que en virtud del artículo 201° de la Constitución Política del Perú, tiene el encargo de controlar la Constitución, esto es, velar por el efectivo y pleno cumplimiento de la Constitución, encargo que se cumple solo interpretando los dispositivos constitucionales. Por lo que siendo necesario interpretar para controlar, el Tribunal Constitucional, no solo es el supremo controlador sino también es a su vez el supremo intérprete de la Constitución.

Para desarrollar este encargo de controlador debe previamente interpretar las disposiciones constitucionales, de lo contrario no podrá delimitar su alcance y significado material, para ello debe primero recurrir a la disposición constitucional materia de análisis, interpretarla concluyendo de ella la norma constitucional directamente estatuida y a partir de ella formular la concreción directa de tal norma, con la finalidad de resolver el problema jurídico que se ha presentado. En tal sentido, la interpretación formulada de la norma interpretada, al ser una concreción directa de la misma norma constitucional, se convierte en una norma constitucional adscrita.

³¹CASTILLO CORDOVA, Luis. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* N° 39, p.23.

El Tribunal Constitucional al momento de interpretar una norma directamente estatuida para solucionar una controversia jurídica, concreta y delimita la norma, creando una nueva norma constitucional la misma que se adscribe a la norma directamente estatuida, y que será adscrita por ser una concreción de la norma interpretada, así pues, el Tribunal Constitucional al momento de interpretar la Constitución crea derecho.

De lo anterior podemos advertir, que constitucionalmente hablando, existen dos clases de normas³²: Una es, la norma constitucional directamente estatuida, que es aquella creada por el mismo constituyente y brota de la misma Constitución, limitándose el Tribunal Constitucional a sacarla a la luz, expresando su contenido deóntico: *esta ordenado, está permitido, está prohibido*; y la otra es la norma constitucional adscrita a la directamente estatuida que es aquella creada por el Tribunal Constitucional, fruto de su labor interpretativa, a través de la cual concreta las disposiciones constitucionales, por lo que al adherirse a la norma concretada, se convierte en norma adscrita a la norma directamente estatuida.

Sobre este tema, Robert Alexy señala que las normas de derechos fundamentales pueden, dividirse en dos grupos³³: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscritas. Respecto a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas, señala que son normas de derecho constitucional que confieren derechos fundamentales, según se expresa claramente en las disposiciones de derecho fundamental de la Constitución: “Para catalogar como válida una norma de derecho constitucional directamente estatuida basta con la referencia a su positivación constitucional”³⁴, es decir del texto constitucional se deduce claramente que se confiere un derecho subjetivo al ciudadano.

De otro lado, respecto de las normas adscritas de derecho fundamental, señala que para su validez jurídica como norma

³²CASTILLO CORDOVA, Luis. “Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional”, en *Themis Revista de Derecho* N° 67, 2015, p. 288.

³³ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 70.

³⁴*Ibidem*.

iusfundamental requiere todo un proceso de fundamentación: "Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta"³⁵, por tanto, según ello, el que una norma adscrita sea constitucional depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible, esto es cuando sus adscripciones son realizadas conforme a derecho.

Por su parte, Juan Cianciardo señala que existen dos razones por las cuales los Tribunales crean normas constitucionales adscritas³⁶: por un lado, la existencia de derechos fundamentales no reconocidos por una norma iusfundamental positiva, y de otro lado, la necesidad de reducir la amplitud habitual de las normas iusfundamentales positivas. En el primer caso solo cabría en aquellos ordenamientos en los que no existe un *numerus clausus* de derechos fundamentales, es decir, en aquellos en los que se admite la existencia de derecho no positivizados en el texto constitucional, por lo que su reconocimiento como tal requiere la enunciación por los tribunales de normas cuyo carácter iusfundamental les vendrá principalmente de las normas directamente estatuidas a las que se adscribe. En el segundo caso, estaremos ante normas abiertas que requieren de precisión por parte del Tribunal al momento de dilucidar una situación concreta.

Basándonos en la definición sobre las normas constitucionales adscritas, resulta ahora necesario analizar sobre la validez constitucional de esta norma, esto es, si las normas adscritas son o no siempre normas materialmente constitucionales, supuesto que pasaremos a exponer a continuación.

³⁵Idem., p. 71.

³⁶CIANCIARDO, Juan. El conflictivismo en los derechos fundamentales, ob. cit., pp. 189-193.

4.1.2. La validez constitucional de las normas constitucionales adscriptas

Como señalamos en el apartado anterior, la Constitución, por ser máxima norma de todo ordenamiento jurídico que recoge las principales exigencias de justicia de la persona humana, normalmente recoge mandatos abiertos, que son los que necesitan ser concretados para así establecer de modo vinculante lo que la Constitución realmente manda, dicha labor de concreción la realiza el Tribunal Constitucional a través de la interpretaciones que de las normas constitucionales realiza, y que se exteriorizan a través de la resoluciones que emite en un caso concreto.

Sin embargo, cabe la posibilidad que dichas concreciones puedan ser contrarias a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, en cuyo caso nos encontraremos ante una norma formalmente constitucional, como consecuencia de haber sido estipuladas por el supremo intérprete constitucional, pero materialmente inconstitucional porque contraviene lo que la norma constitucional pretende concretar, con lo cual hablaríamos de normas adscritas inconstitucionales.

Al respecto, cabe señalar que dicha posibilidad, esto es, que el Tribunal Constitucional pueda crear normas adscritas formalmente constitucionales, pero materialmente inconstitucionales, se debe a que las razones para la formulación de una norma adscrita y su aplicación al caso concreto son incorrectas, lo que originara consecuentemente que la decisión o fallo emitido también sea inconstitucional.

En este punto, cabe mencionar lo que el profesor Luis Castillo, señala sobre las razones y su implicancia en la creación de una norma adscrita: “En una resolución debemos diferenciar, los fundamentos de la decisión y la decisión en sí misma, y de los fundamentos de la decisión hay que diferenciar las normas constitucionales adscritas y las razones. Estas, a su vez, pueden ser de dos tipos, unas razones serán las que justifica la creación de la norma adscrita y otras razones son las que justifican la aplicación de tal norma en la solución del caso concreto. Las normas constitucionales adscritas y la decisión en una sentencia, serán constitucionales o inconstitucionales, mientras que las razones serán tenidas como correctas o incorrectas. En tal sentido, de la corrección

tanto de las razones que justifican la creación de una concreta norma adscrita así como las razones que justifican su aplicación en la construcción de la decisión que adopta el Tribunal Constitucional, dependerá la constitucionalidad de la norma adscrita y de la decisión adoptada.”³⁷

En mérito a lo anterior podemos decir que la constitucionalidad de una decisión emitida por el Tribunal Constitucional dependerá de la constitucionalidad de las normas adscritas por él creadas, y ellas serán constitucionales, cuando las razones que justifican su creación y su aplicación en el caso concreto, sean correctas. Por tanto, la constitucionalidad de una decisión del Tribunal Constitucional dependerá de las razones que le sirven de sustento.

Según lo antes expuesto, podemos señalar que siempre existe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional al momento de interpretar una norma constitucional directamente estatuida, cree normas adscritas que sean formalmente constitucionales, pero materialmente inconstitucionales, por cuanto las razones que las justifican no son correctas por ser contrarias a lo que manda la norma directamente estatuida, lo que conllevará, a su vez, que la decisión que adopte el Tribunal Constitucional en el caso concreto, sea inconstitucional.

No obstante, cabe dejar claro que aun dándose esta posibilidad, esto es, la emisión de una norma adscrita materialmente inconstitucional, la norma creada por el Tribunal Constitucional será siempre formalmente constitucional y por ende vinculante a los demás intérpretes de la Constitución, por razones de seguridad jurídica.³⁸

La interrogante que se nos formularía a partir de esta premisa, sería qué hacer con este tipo de normas que generan a su vez decisiones inconstitucionales, ante lo cual solo podríamos recurrir a los siguientes

³⁷CASTILLO CORDOVA, Luis. “La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional”, en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 154, p. 253.

³⁸CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* 2da ed., Gaceta Jurídica, Lima 2015, pp. 17-35.

mecanismos³⁹: a) Los mecanismos internacionales, siempre que el Estado haya suscrito un tratado internacional en el cual haya reconocido la competencia contenciosa de un órgano Internacional, que resolverá según las normas internacionales, b) que la norma constitucional adscrita sea manifiestamente inconstitucional, por contravenir las exigencias de justicia que se formulan en torno a la persona, en cuyo caso dejara de ser norma por ser injusta y al ser manifiestamente injusta no será derecho, por lo que el Juez podrá justificar su inaplicación en el caso concreto; y c) la posibilidad de prever un nuevo recurso contra las sentencias inconstitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional, el cual con la finalidad de respetar su posición de supremo controlador de la constitucionalidad deberá ser resuelto por él mismo, como una oportunidad de que advierta su inconstitucionalidad y declare su invalidez.

Habiendo analizado el alcance y significado de la norma constitucional adscrita, resulta necesario identificar en base a ello, cuales son las normas adscritas que se pueden desprender de la sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC, a esto se destinan las paginas siguientes.

4.2. Las normas constitucionales adscritas creadas por el Tribunal Constitucional

4.2.1. El acceso al empleo público

En la mencionada Sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional ha creado reglas jurídicas relacionadas con el acceso al empleo público y a la desnaturalización del contrato de trabajo. Así, tiene establecido el Tribunal Constitucional en el apartado a) del fundamento 8 lo siguiente:

Regla 1: La función pública debe entenderse como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.

³⁹CASTILLO CORDOVA, Luis. “Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional”, en *Themis Revista de Derecho* N° 67, 2015, pp. 290-291.

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por el tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado. Formulada esta regla, conviene analizar su contenido material.

Para definir el concepto de función pública, el Tribunal Constitucional exige entenderlo de manera amplia, es decir, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. De tal manera que, para el Tribunal, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por un tipo de contrato o vínculo del trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de sus funciones.

El Tribunal Constitucional parte de lo establecido por la Constitución en sus artículos del 39° al 42°, para definir lo que debe ser entendido como función pública, ya que la Constitución solo se limita a señalar que los funcionarios están al servicio de la nación, quiénes se consideran como tal y que por Ley se regula el ingreso a la carrera administrativa, los derechos y deberes de estos servidores. En tal sentido, interpretando dichos textos normativos llega a la conclusión de que un servidor público, se reconoce como tal, no por el contrato que tenga con la Administración Pública sino por la función que desempeñe, concretizando lo directamente estatuido por la Constitución. En consecuencia, la norma adscrita formulada por el Tribunal es constitucionalmente válida tanto formal y materialmente, al no contradecir lo directamente establecido por la Constitución.

En mi opinión, y sin dejar de ser constitucional lo establecido por el Tribunal, en dicha norma adscrita se debió añadir que la función pública viene definida no sólo por el desempeño de las funciones en las entidades públicas, sino también por la finalidad de la función, pues como bien sabemos lo que distingue y caracteriza a la función pública es que se trata de un servicio que tiene por finalidad satisfacer y cumplir con las necesidades del Estado.

4.2.2. El acceso en condiciones de igualdad

Otra regla relacionada con el acceso al sector público, es la que se deriva del apartado e) del fundamento 8, y que puede ser enunciada de la siguiente manera:

Regla 2: El acceso a la función pública debe darse en condiciones de igualdad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que, si bien la Constitución no contiene en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, no obstante, forma parte del ordenamiento constitucional peruano al estar reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los que el Estado peruano es parte. En este punto, precisa que el contenido de este derecho está conformado por los siguientes aspectos: a) ejercerla plenamente, b) ascender en la función pública y c) condiciones iguales de acceso. Asimismo, señala que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio constitucional el principio de mérito, el cual vincula al Estado y debe estar presente tanto en el ingreso a la carrera administrativa como en la permanencia en la actividad estatal; por tal motivo, es que la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece en su artículo 5° que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidades de las personas

Al respecto, cabe señalar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25° inciso c) establece: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2°, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 23° numeral 1, literal c) establece que: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Ahora bien, analizando constitucionalmente dicha regla podemos decir que el inciso 2) artículo 2° de la Constitución Política del Perú,

señala que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole”, esto es todos somos iguales ante la ley, y esta igualdad se predica en todos los ámbitos de nuestra esfera como persona, incluyendo la que se refiere al ámbito laboral en el sector público en este caso preciso; en ese sentido la Regla 2 resultaría una concreción del Derecho a la Igualdad en concordancia con las disposiciones que regulan la función pública.

Asimismo, cabe señalar que conforme lo establecido por el artículo 55° de la Constitución, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico peruano, y partiendo de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que señala que todos los derechos establecidos por la Constitución se interpretan conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos y Tratados Internacionales, el Tribunal Constitucional establece la norma de que todo acceso en la función pública siempre debe darse en condiciones de igualdad, la misma que es constitucionalmente válida, tanto formal y materialmente, por encontrarse conforme a nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

4.2.3. Desnaturalización del contrato de trabajo

De otro lado, respecto a la desnaturalización del contrato de trabajo en el Sector Público, el Tribunal Constitucional en su fundamento 18 ha establecido la siguiente regla, que además constituye precedente vinculante:

Regla 3: En los casos de desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil en el sector público, no puede ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que la modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos para una plaza indeterminada. Esta regla sólo se aplica a los contratos que se realizan en el sector público, no para el sector privado.

Esta norma adscrita se puede subdividir en las siguientes normas:

Regla 3.1: En el sector Público solo se puede adquirir una plaza indeterminada bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, mediante concurso público de méritos.

Regla 3.2: En el sector público solo procede la reposición de un trabajador, si ingresó a través de un concurso público y abierto, en caso de desnaturalización del contrato de trabajo o civil no se tiene el derecho a la reposición.

Respecto a la primera norma Regla 3.1, se advierte que el Tribunal Constitucional al establecer que el ingreso a la función pública se realiza en condiciones de igualdad y que el acceso debe observar el principio de mérito, realiza una nueva interpretación y concluye que en la administración pública solo podrá adquirirse el vínculo de indeterminado bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, mediante concurso público de méritos.

Analizando constitucionalmente la norma adscrita, advertimos que en su elaboración el Tribunal Constitucional ha partido de lo establecido por el artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que establece la meritocracia para el acceso al empleo público, Ley que a su vez se encuentra de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, que establece que en la función pública, por ley se regula el ingreso a la carrera administrativa, derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. En tal sentido, podemos decir que se trata de una norma adscrita a una norma constitucional adscrita creada por el parlamento, que concretiza y complementa lo regulado por la Ley N° 28175, por lo que, al encontrarse de conformidad con la Constitución y la ley, estamos ante una norma adscrita constitucional.

No obstante, es indispensable señalar que el Tribunal Constitucional con la dación de esta norma adscrita, al mismo tiempo e indirectamente establece otra regla, esto es, que: en la Administración Pública no se puede adquirir la condición de indeterminado bajo los supuestos de desnaturalización del contrato contemplados en el artículo 77° del TUO del Decreto Legislativo N° 728; ya que según su

interpretación sólo se puede adquirir el carácter de indeterminado mediante concurso público.

Al respecto, el artículo 77° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 establece: “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;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.

Como podemos advertir, esta norma establece que en los casos de desnaturalización del contrato, un trabajador adquiere la condición de indeterminado bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, lo que se configura como un derecho que tiene el trabajador que se encuentra bajo las alcances de dicho régimen, sin embargo, con la dación de esta norma adscrita el Tribunal Constitucional ha inaplicado indirectamente los supuestos de desnaturalización del contrato de trabajo en el sector público, ya que bajo los criterios meritocráticos un trabajador solo puede tener la condición de indeterminado mediante un concurso público de méritos.

Es por ello que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 19 de la presente sentencia, enfatiza que los encargados y responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado deben cumplir con las formalidades señaladas en la Constitución, la Ley y en la sentencia, con la finalidad de evitar la desnaturalización de los contratos de trabajo,

pues caso contrario le serán aplicables las sanciones administrativas respectivas.

Por tanto, con la dación de esta norma adscrita el Tribunal Constitucional no solo busca garantizar y respetar el criterio meritocrático en la Administración Pública, sino también evitar la desnaturalización de contratos de trabajo que a la larga culminen perjudicando los derechos de los trabajadores.

Respecto a la segunda norma Regla 3.2, el Tribunal Constitucional establece que en los casos de desnaturalización del contrato en el sector público no procede la reposición, solo procede en los casos en que se haya ingresado por un concurso público de méritos.

Esta norma adscrita se deriva de la Regla 3.1, pues como en ella se explicó en el sector público solo se adquiere una plaza indeterminada por medio de un concurso público y abierto de méritos; esto es, el Tribunal Constitucional parte de este supuesto, como sustento suficiente, para formular y establecer que sólo aquellos trabajadores que tengan la condición de indeterminado por concurso de méritos serán repuestos en el trabajo en el sector público. Cabe precisar que ambas normas adscritas solo serán aplicables para el sector público.

No obstante, lo curioso y cuestionable de esta Regla 3.2, está en el hecho que el Tribunal Constitucional vincule el principio meritocrático de la Administración Pública con la reposición en el puesto de trabajo, permitiendo la reposición de un trabajador solo en aquellos casos en que ingresa por concurso público de méritos, como si el hecho de ingresar por concurso público a una entidad del Estado otorgase el derecho a ser repuesto bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, más aun cuando el legislador ya estableció cual es la adecuada protección en los casos de despido arbitrario. El análisis constitucional de dicha norma se expondrá en el siguiente apartado.

4.2.4. La distinta protección constitucional ante un despido arbitrario

4.2.4.1. Formulación de la regla

En la mencionada Sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional en el fundamento 22 ha creado la siguiente norma adscrita relacionada a la adecuada protección contra el despido arbitrario, que además resulta solo aplicable para el sector público y constituye precedente vinculante en la presente sentencia:

Regla 4: En los casos en que un proceso de amparo, el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que solicite la indemnización conforme lo previsto por el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728.

Conforme a dicha regla, se advierte que para el Tribunal Constitucional existen dos clases de protección ante el despido arbitrario de un trabajador de la administración pública:

- a) Los servidores públicos que hayan ingresado por concurso público de méritos, tendrán derecho a reposición
- b) Los servidores públicos cuyo contrato se haya desnaturalizado y que no hayan ingresado por concurso público de méritos, no tendrán derecho a la reposición sino a la indemnización prevista por el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728.

4.2.4.2. Principio de méritos como criterio diferenciador

En mérito a lo anterior, se advierte que el Tribunal Constitucional al interpretar la función pública y el principio de méritos en la Administración Pública, introduce dos formas de protección ante un despido de un trabajador que se encuentra bajo el mismo régimen laboral como lo es el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728, la misma que dependerá según se ingrese o no por concurso público de méritos.

Establecida la regla, resulta necesario analizar su contenido constitucional. Así, al referirnos a esta norma adscrita, inmediatamente surge la siguiente pregunta: porqué el Tribunal Constitucional interpreta y crea dos formas de protección ante un despido arbitrario en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, cuando la propia Ley, esto es, el TUO del Decreto Legislativo N° 728, ya establece en su artículo 34° la adecuada protección ante un despido arbitrario, que es la indemnización, pues como bien sabemos este artículo señala: *“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido...”*.

Como hemos señalado, el artículo 27° de la Constitución faculta al legislador para establecer cuál es la adecuada protección ante un despido arbitrario, y éste ha establecido que la adecuada protección es la indemnización ante un despido arbitrario, sin embargo y pese a ello el Tribunal Constitucional interpreta, crea y formula un precedente vinculante, sobre este tema y establece una nueva norma. Al respecto, cabe precisar que si bien, como máximo Órgano constitucional, le compete el control de la Constitución, esto es, interpretarla y concretar sus disposiciones, ello no lo faculta a desconocer una facultad otorgada por la misma Constitución al legislador, y asumir una función que no le corresponde: establecer cuál es la adecuada protección ante el despido arbitrario. En otras palabras, le corresponde al Tribunal Constitucional interpretar, precisar y concretizar normas a través de la dación de normas adscritas, pero ello no lo faculta a suplantar funciones que vienen asignadas constitucionalmente a otro órgano del Estado.

En consecuencia, si el legislador peruano de conformidad con el artículo 27° de la Constitución, estableció que es la indemnización la adecuada protección ante un despido arbitrario, la misma que como hemos señalado en apartados anteriores es constitucional por encontrarse de conformidad con los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional no debió crear otra regla ni establecerla como precedente vinculante, pues lejos de aclarar el tema lo que está ocasionando es llevar a confusión al introducir dos formas de protección a un trabajador que se encuentra en un mismo régimen laboral, más cuando ésta ya se encuentra regulada por Ley.

Vemos que, si bien la intención de Tribunal Constitucional es tratar de esclarecer el tema de la adecuada protección ante el despido arbitrario, debido a las varias sentencias que se han emitido respecto a ello, sin embargo, vuelve a caer en confusión al desconocer una vez más lo establecido por el Legislador.

En este sentido, dicha norma adscrita resulta materialmente inconstitucional al vulnerar la dimensión objetiva del contenido constitucional del derecho al trabajo, pues desconoce la facultad del legislador para establecer la adecuada protección ante un despido arbitrario y por ende a la indemnización como única forma de reparación ante este tipo de despido, y en lugar de ello se atribuye una función que no le compete ni para la cual está facultado y establece dos formas de protección ante una misma clase de despido: la indemnización y la reposición.

Asimismo, cabe resaltar los fundamentos que introduce el Tribunal Constitucional para justificar la adecuada protección ante un despido arbitrario, haciendo basar la reposición de un trabajador del sector público sujeto al régimen privado, en el previo acceso mediante concurso de méritos, cuando los fundamentos correctos para señalar que no cabe la reposición son otros: que el legislador estableció como única reparación la indemnización ante un despido arbitrario, que dicha elección se encuentra acorde a la Constitución, y que por lo tanto esa debe ser la regla general ante un despido arbitrario, independientemente se ingrese o no por concurso público de méritos.

De otro lado, cabe señalar que en la creación de esta regla el Tribunal Constitucional crea un supuesto de diferenciación entre los trabajadores de un mismo régimen laboral, basándose en su forma de acceder a la función pública, entonces la pregunta que surge es la siguiente: ¿Es constitucionalmente válido diferenciar la forma de protección ante un despido arbitrario según la forma en que accede a la administración pública? ¿Se afecta el principio de igualdad? Ambas interrogantes se analizarán en el apartado siguiente.

4.2.4.3. Igualdad ante la ley o discriminación constitucional

La Constitución en su artículo 2° inciso 2) señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley, por lo que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. En tal sentido, este principio se constituye como un límite para la actuación de los poderes públicos, un mecanismo de reacción frente al hipotético uso arbitrario del poder y como una expresión de demanda del actuar del Estado para remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de los hombres.

Asimismo, el derecho a la igualdad implica: a) La igualdad ante la Ley, que hace referencia a que el legislador ordinario o el legislador reglamentario están impedidos de configurar supuestos normativos, distintos para aquellas personas que se encuentran en idéntica situación, circunstancia, status o rol ciudadano; y b) La igualdad de trato ante la Ley, esto es, que el juzgador u operador del derecho interprete y aplique la ley de manera efectivamente semejante para todas aquellas personas que se encuentren en la misma condición o circunstancia.

No obstante, cabe precisar que el derecho a la igualdad no debe entenderse como una proscripción al establecimiento de legítimas diferenciaciones de trato, pues en algunas situaciones se permitirá el tratamiento diferenciado, si la finalidad perseguida es legítima, objetiva y razonable, y existe proporcionalidad entre los medios empleados y fines buscados.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin, y que prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación”⁴⁰, por lo que el tratamiento diferenciado constituiría el medio por el cual el Legislador o Juzgador, pretende alcanzar una finalidad.

⁴⁰Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, de 25 de abril de 2006, f. j. 66.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo relacionado al principio de igualdad, y volviendo a la norma adscrita -Regla 4- creada por el Tribunal Constitucional respecto a la distinta protección que tiene un servidor público bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, en caso se haya ingresado o no por concurso público de méritos, podemos señalar que si la finalidad del tribunal al establecer dicha norma es o bien que todos los que accedan a la función pública lo hagan mediante concurso público para garantizar la idoneidad del personal en la Administración Pública, o bien que no haya reposición ante la desnaturalización de un contrato donde se acredite el despido arbitrario, lo cierto es que existían otros medios que podrían garantizar dichas finalidades sin la necesidad de crear normas que introduzca diferencias de protección a un trabajador que se encuentra bajo un mismo régimen laboral.

Tan es así que si la finalidad del Tribunal Constitucional es implantar el principio de meritocracia en la Administración Pública, para garantizar la idoneidad del personal, ello se podía conseguir, estableciendo, como en un principio lo hace, la regla de que el acceso al sector público se haga mediante concurso público, independiente del régimen bajo el cual se encuentre, impidiendo la contratación de personal bajo los supuestos de contrato bajo modalidad, y estableciendo en su lugar la contratación de personal bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1057, contratación administrativa de servicios, el mismo que justamente se creó para contratar personal por un tiempo determinado en la Administración Pública; o en su defecto exigir concurso público incluso para aquellas personas que prestan servicios bajo contratación modal.

De otro lado, si la finalidad del Tribunal Constitucional era que en los casos que el servidor que demande despido arbitrario por desnaturalización del contrato de trabajo no obtenga la reposición, únicamente debió recurrir a lo establecido por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, y reafirmar la indemnización como única reparación ante este tipo de despidos, sin necesidad de crear una norma que establezca diferente tipo de protección, según la forma en que accedas al sector público, y vulnerando de este modo el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo en su dimensión objetiva.

Por tanto, al existir otros medios por los cuales el Tribunal Constitucional podía conseguir las finalidades antes previstas, la norma adscrita creada respecto a la distinta protección según se haya ingresado a la carrera pública por concurso público o no, afecta el derecho a la igualdad, por cuanto el tratamiento diferenciando no está justificado y existen otros medios para llegar a la finalidad que tenía prevista, y afecta al mismo tiempo el contenido constitucional del derecho al trabajo por excederse en sus funciones y crear un tipo de protección no contemplada por ley.

En consecuencia, desde el ámbito del derecho a la igualdad, la norma adscrita que crea el Tribunal Constitucional respecto a la adecuada protección ante el despido arbitrario, genera una discriminación constitucional en su aplicación, por cuanto no hay proporcionalidad entre la finalidad que el Tribunal Constitucional buscaba mediante la dación de la norma y los medios que utiliza para cumplir con el fin propuesto, toda vez que existen otros medios alternativos para aclarar el tema sin necesidad de hacer distinción de protección según sea la forma de acceso, como lo es tan solo recurrir a la ley y reafirmar la indemnización como adecuada protección ante el despido arbitrario.

Estamos ante un tratamiento diferenciado desigual que viene dado por el propio Tribunal Constitucional al momento de interpretar las normas relativas a la función pública, desnaturalización del contrato de trabajo y la protección ante un despido arbitrario, todo ello por pasar por alto lo establecido por la Constitución en su artículo 27°.

Cabe señalar que todo acto discriminatorio conlleva una consecuencia jurídica de distinción, preferencia, exclusión restricción o separación, tendentes a menoscabar la dignidad o impedir el pleno goce de derechos fundamentales, y ello se produce o bien por obra del legislador o como consecuencia de una arbitraria interpretación en la aplicación de la Ley.

En el presente caso, es el propio intérprete constitucional el que introduce un tratamiento diferenciado y discriminatorio en la forma de proteger a un servidor público ante un despido encausado –lo que hace a la norma Regla 4 materialmente inconstitucional-, según sea su forma de

acceder a la administración pública, al no basarse en una razón suficiente objetiva para hacerlo, y más aún cuando respecto a este tema ya había un pronunciamiento establecido por el legislador que no solo establecía una única forma de protección ante el despido arbitrario sino que además era constitucional.

4.2.5. Procedencia del amparo

Por último, cabe señalar la norma adscrita que establece el Tribunal Constitucional respecto a la procedencia de los procesos de amparo y que es precedente vinculante, la misma que se puede apreciar en el fundamento 23 de la sentencia. Esta norma adscrita puede formularse de la siguiente manera:

Regla 5: Todas las demandas de amparo en las que no se acredite haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deben ser declaradas improcedentes.

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional solo procede la acción de amparo cuando el demandante, servidor público, acredita haber ingresado a la Administración Pública mediante concurso público de méritos, de lo contrario la demanda será declarada improcedente.

Ahora bien, respecto a la procedencia del amparo la Constitución en su artículo 200° inciso 2) establece que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución que no protege el habeas corpus o el habeas data.

Asimismo, el Código Procesal Constitucional en su artículo 37° establece los derechos protegidos por el amparo, señalando en su numeral 10) que: el amparo procede en defensa del derecho al trabajo; por lo que el amparo procede ante la vulneración o amenaza del derecho al trabajo.

Con la dación de esta norma adscrita, el Tribunal Constitucional establece una nueva forma en la que se considera afectado el derecho al trabajo y que habilitaría la procedencia de una demanda de amparo:

procede el amparo cuando se pretenda la reposición de un servidor público que acredite haber ingresado por concurso público.

Analizando dicha norma adscrita, se puede advertir que el Tribunal Constitucional está estableciendo indirectamente con ella una nueva forma de afectación o vulneración al contenido constitucional del derecho al trabajo en su concreción de la adecuada protección contra el despido arbitrario: cuando el trabajador del sector público acredite haber ingresado por concurso público de méritos, por lo que en estos casos procede el amparo y en consecuencia la reposición a su puesto de trabajo. En sentido contrario, si no ingresaste por concurso público de méritos no hay vulneración del derecho al trabajo y por lo tanto no procede al amparo; por lo que abra o no vulneración del derecho al trabajo y procede o no el amparo según se ingrese o no por concurso público.

Así, vemos que el Tribunal Constitucional interpretando las normas labores aplicables en el sector público, introduce una nueva causal de procedencia del amparo en la cual se considera afectado constitucionalmente el derecho al trabajo, y permite la reposición para volver las cosas al estado anterior.

Desde un estudio constitucional de dicha regla podemos decir que como señalamos en el Capítulo Tercero del presente trabajo, el derecho al trabajo tiene una doble dimensión, una dimensión subjetiva, que supone la libertad de acceder a un puesto de trabajo y permanecer en él; y una dimensión prestacional que implica el derecho a acceder y permanecer en el puesto de trabajo.

Respecto a la permanencia en el puesto de trabajo, la Constitución en su artículo 27° ha facultado al legislador a establecer la adecuada protección contra el despido arbitrario, y éste ha previsto mediante el artículo 34° de la LPCL que sea la indemnización, la misma que además se encuentra conforme a las normas internacionales. En tal sentido, la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo y por lo tanto es constitucional.

En mérito a ello, podemos decir que con la norma adscrita Regla 5 respecto a la procedencia del amparo y su vinculación con el acceso por

concurso de méritos, el Tribunal Constitucional está desconociendo la dimensión objetiva del derecho al trabajo que reconoce a la indemnización como única adecuada protección contra el despido arbitrario, y en lugar de ello introduce una nueva forma de vulneración al contenido al derecho de trabajo y una nueva forma de protección ante el despido arbitrario.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional al desconocer en la formulación de la Regla 5 lo establecido por la Constitución y la Ley respecto a la constitucionalidad de la indemnización como adecuada protección al despido arbitrario, crea una norma adscrita materialmente inconstitucional, que no solo crea dos formas de protección sino que además hace depender la vulneración de un derecho y la procedencia de una acción constitucional del hecho de que se ingrese o no por concurso público de méritos, como si el factor mérito formará parte del contenido constitucional del derecho al trabajo.

4.3. Un comentario a la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC

En el presente análisis a la sentencia al Expediente N° 05057-2016-PA/TC seguido por Rosalia Huatuco (en adelante Huatuco), resulta necesario hacer mención a la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC emitida con fecha 23 de junio del 2016 por el Tribunal Constitucional, cuando este trabajo de investigación estaba prácticamente finalizado.

En esta sentencia, se dilucida sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por el señor Richard Nilton Cruz Llamos, obrero de la Municipalidad distrital de Pátapo, contra la resolución emitida por la Sala en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que confirma la primera instancia que declara improcedente la demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Pátapo, en la cual solicitaba se deje sin efecto el despido arbitrario del que había sido víctima y que por consiguiente se le reincorpore como obrero. El demandante alegó como fundamentos que suscribió contratos civiles pero que su relación laboral se ha desnaturalizado y por tanto se

han vulnerado sus derechos al trabajo, a la remuneración, de defensa y al debido proceso.

El Tribunal constitucional, analizando los hechos, llega a la conclusión de que existe vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, por cuanto los contratos civiles suscritos escondían una relación laboral y se le despidió arbitrariamente, por lo que le corresponde la reposición en el cargo que venía desempeñando.

No obstante, y lo curioso de esta sentencia, son los argumentos en que basa su decisión pues en ellos se evidencia una modificación a las normas establecidas como precedente vinculante en la sentencia Huatuco, las cuales pasaremos a detallar a continuación.

4.3.1. Respeto de la Regla 3.1

Como señalamos anteriormente, el Tribunal Constitucional en su fundamento 18 en la sentencia Huatuco, estableció la siguiente regla (como precedente vinculante): *Regla 3.- En los casos de desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil en el sector público, no puede ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que la modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos para una plaza indeterminada. Esta regla solo se aplica a los contratos que se realizan en el sector público, no para el sector privado.*

Dicha norma adscrita, como se recordará, se subdividió en las siguientes normas:

Regla 3.1: En el sector Público solo se puede adquirir una plaza indeterminada bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, mediante concurso público de méritos.

Regla 3.2: En el sector público solo procede la reposición de un trabajador, si ingresó a través de un concurso público y abierto, en caso de desnaturalización del contrato de trabajo o civil no se tiene el derecho a la reposición.

El Tribunal Constitucional con la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, modifica la Regla 3.1, al señalar en su fundamento 8 que la exigencia del concurso público de méritos para ocupar una plaza indeterminada no es para el ingreso a la administración pública sino sólo para aquellos que ingresan a la carrera administrativa, esto es, para el Tribunal Constitucional no toda persona que ejerce función pública necesariamente realiza carrera administrativa; y, por tanto sólo a estos últimos corresponde se les aplique las reglas establecidas en la sentencia Huatuco.

Argumenta dicha postura en la distinción entre función pública y carrera administrativa; y así señala que la función pública en forma amplia debe entenderse como la realización de funciones en la entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado; mientras que la carrera administrativa es un bien constitucionalmente protegido y que cuenta con reserva de ley para su configuración (Fundamento 4).

Agrega que históricamente siempre se ha distinguido entre los servidores “de carrera” del resto de empleados del Estado, incluso la Constitución en su artículo 40° hace referencia a la carrera administrativa distinguiéndola de otras modalidades de función pública, y en similar sentido la Ley del Servicio Civil establece la existencia del “servidor civil de carrera” distinguiéndolo de otro tipo de funcionarios del Estado (Fundamento 6).

Asimismo, señala que el precedente con la Sentencia Huatuco si bien parte de un marco amplio de función pública, se sustenta en bienes jurídicos relacionados directamente con la idea de carrera administrativa y no con una noción genérica de función pública, por lo que el bien que se busca proteger con este precedente es el de la carrera administrativa.

En tal sentido, llega a la conclusión que la exigencia del concurso público de méritos para ocupar una plaza determinada en el Estado, solo se pedirá para ocupar aquellas plazas que forman parte de la carrera administrativa, más no para todo ingreso a la administración pública, en otras palabras, el concurso público de méritos para una plaza indeterminada solo se exigirá para las plazas que formen parte de la

carrera administrativa, no para cualquier plaza de la Administración Pública.

Con dichos argumentos el Tribunal Constitucional modifica la Regla 3.1, de tal manera que la nueva norma adscrita sería: En el sector Público, solo se puede adquirir una plaza indeterminada que forma parte de la carrera administrativa, bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, mediante concurso público de méritos.

4.3.2. Respecto a la Regla 3.2

El Tribunal Constitucional en la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, teniendo en cuenta que el bien jurídico que se trata de proteger con la sentencia Huatuco es la carrera administrativa y que por ende el concurso público de méritos solo debe exigirse para ocupar una plaza que forma parte de la carrera administrativa, concluye en su fundamento 11 que la Regla 3.2 establecida en la sentencia Huatuco, sólo resulta de aplicación cuando se trate de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa y no frente a otras modalidades de función pública.

Afirma que en el sector público, existen regímenes legales que forman parte de la carrera administrativa (trabajadores del Decreto Legislativo N° 276, Ley del Servicio Civil) y otros que no forman parte de ella (como lo son los obreros de la actividad privada, trabajadores CAS, funcionarios de confianza o trabajadores de las empresas del estado), y que por tanto sólo para aquellos que forman parte de la carrera administrativa se les aplicara las normas creadas respecto a la reposición y la exigencia de concurso público de méritos creados en la Sentencia Huatuco.

En mérito a lo anterior, se concluye que a partir de la sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, solo podrán ser repuestos en una plaza que forma parte de la carrera administrativa, aquellos que previamente hayan adquirido la plaza mediante concurso público de méritos.

De tal manera que la Regla 3.2 establecida en la sentencia Huatuco, quedaría modificada de la siguiente manera: En el sector público solo procede la reposición de un trabajador que forma parte de la carrera administrativa, si ingresó a través de un concurso público y abierto, en caso de desnaturalización del contrato de trabajo o civil no se tiene el derecho a la reposición.

Es en base a estas modificaciones que el Tribunal Constitucional con su sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, resuelve por la reposición de un obrero municipal, pues si bien se trata de un trabajador de la Administración Pública, su plaza no forma parte de la carrera administrativa, y por tanto no procede en su caso la exigencia de haber ingresado por un concurso público de méritos para ser repuesto.

Como vemos, el Tribunal Constitucional al expedir la Sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, en su afán de “explicitar” las normas creadas como precedente vinculante en la sentencia Huatuco, termina modificándolas y agrega el requisito de que dichas normas se aplicaran sólo cuando se trate de plazas de la carrera administrativa, de tal manera que el concurso público de méritos solo se exigirá cuando se trate de una plaza de la carrera administrativa, más no para cualquier cargo en la administración pública, y por ende solo exigirá el concurso público de méritos cuando se trate de la reposición de una plaza de la carrera administrativa, agregando con ello un factor más en los casos que procede la reposición de un trabajador del sector público, en lugar de volver a lo previsto por el Legislador para el tema de despido de arbitrarios: indemnización para todos casos independientemente de sí se ingresó o no por concurso público de méritos o de sí se trata de una plaza de la carrera administrativa.

CONCLUSIONES

De lo dicho hasta aquí en los distintos capítulos del presente trabajo podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Todos los derechos fundamentales tienen un contenido esencial o constitucional que se caracteriza por ser único y al ser uno solo vincula en su totalidad a todos los poderes públicos, por ser limitado en el sentido que tiene sus propios límites internos que nacen de la naturaleza del propio derecho, por ser ilimitable ya que no puede ser limitado por el legislador, y por ser delimitable ya que en cada caso concreto tendrá que determinarse cuales sus fronteras y alcance razonable con la finalidad de analizar si una pretensión se encuentran dentro de sus alcances constitucionales.
2. El contenido esencial del derecho al trabajo se encuentra conformado por una doble dimensión: dimensión de libertad o subjetiva y dimensión prestacional u objetiva. La primera de ellas supone la libertad de acceder a un puesto de trabajo y permanecer en él, mientras la segunda implica el derecho al acceso y el derecho a la permanencia en el puesto de trabajo.
3. En referencia a la dimensión objetiva del derecho al trabajo, relacionado a la permanencia en el puesto de trabajo, la Constitución delega al legislador la facultad de establecer la adecuada protección contra el despido arbitrario, y éste ha optado por la indemnización, la

misma que se encuentra conforme a los tratados internacionales de los que nuestro ordenamiento jurídico es parte. Así, la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo y por lo tanto es constitucional.

4. En materia constitucional, existen dos clases de normas: la norma constitucional directamente estatuida, que es creada por el mismo constituyente y brota de la misma constitución, limitándose el Tribunal Constitucional a sacarla a la luz; y la norma constitucional adscrita, que es aquella creada por el Tribunal Constitucional, fruto de su labor interpretativa, a través de la cual concreta las disposiciones constitucionales.
5. Existe la posibilidad que el Tribunal Constitucional al momento de interpretar una norma constitucional directamente estatuida, cree normas adscritas que sin dejar de ser formalmente constitucionales, pueden ser materialmente inconstitucionales, por cuanto las razones que las justifican no son correctas por ser contrarias a lo que manda la norma directamente estatuida, lo que conllevará, a su vez, que la decisión que adopte el Tribunal Constitucional en el caso concreto, sea inconstitucional.
6. En lo concerniente a la sentencia al EXP. N° 05057-2013-PA/TC, se puede apreciar de sus fundamentos que el Tribunal Constitucional ha tratado de determinar y definir las reglas que deben regir en materia laboral en la Administración Pública, en tal sentido, interpretando los artículos de la Constitución y de la Ley de Fomento al Empleo Público, crea las siguientes normas adscritas: a) La función pública se entiende como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado y b) el acceso a la función pública debe ser en condiciones de igualdad: la aplicación obligatoria del principio de meritocracia para acceder, ascender y ejercer la función pública.
7. Respecto a la desnaturalización de los contratos de trabajo y su vinculación al principio meritocrático, el Tribunal Constitucional establece que en la Administración Pública solo se puede adquirir el vínculo con carácter indeterminado cuando se ingresa por concurso público de méritos, por lo que en casos de desnaturalización de

contrato de trabajo no se podrá adquirir la condición de indeterminado y mucho menos corresponderá reposición. Dicha regla se convierte en precedente vinculante para el sector público.

8. Con referencia al despido arbitrario en el sector público, el Tribunal Constitucional deja establecido dos formas de protección ante el despido arbitrario de un trabajador del sector público y la convierte en precedente vinculante: por un lado, la reposición para los trabajadores que ingresaron al sector público por concurso público de méritos; y la indemnización para los casos de desnaturalización de los contratos de trabajo en el sector público. Esta regla solo se aplica para el sector público.
9. Resulta constitucionalmente cuestionable la norma adscrita relacionada a la adecuada protección contra el despido arbitrario bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728 en el sector público, no solo porque implica un exceso de facultades del Tribunal Constitucional al desconocer lo ya establecido por el Legislador respecto al tema: indemnización como única protección ante un despido arbitrario para un trabajador que se encuentra bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, sino también porque transgrede el derecho a la igualdad al establecer dos formas de protección para un servidor público, condicionando su reposición al acceso por méritos.
10. Con relación al amparo, el Tribunal Constitucional establece como precedente vinculante una nueva regla: son improcedentes las demandas de amparo en las que el demandante no acredite haber ingresado al sector público por concurso público de méritos; en sentido contrario, se considera afectado el derecho al trabajo cuando se haya despedido arbitrariamente a un servidor público que haya ingresado por concurso de méritos y por lo tanto procede el amparo, no siendo así en los casos de no haber ingresado por concurso público. En tal sentido, el Tribunal Constitucional establece indirectamente que el acceso por concurso público de méritos forma parte del contenido esencial del trabajo, al considerar que solo se verá afectado y procede el amparo cuando se ingrese por concurso de méritos. Constitucionalmente hablando dicha norma resulta

cuestionable al hacer depender de un concurso público de méritos la vulneración de un derecho constitucional.

11. En la Sentencia al Expediente N° 06681-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional vuelve a interpretar las normas creadas como precedente vinculante en la sentencia Huatuco, termina modificándolas y agrega el requisito de que las normas creadas en dicho precedente relacionadas a la exigencia de un previo concurso público de méritos para adquirir una plaza o para ser repuesto, se aplicaran sólo cuando se trate de plazas de la carrera administrativa, más no para cualquier cargo en la administración pública, ya que diferencian entre función pública y carrera administrativa; agregando con ello un factor más en los casos que procede la reposición de un trabajador del sector público.
12. Se sugiere una clara diferenciación en las facultades y funciones de los poderes del Estado, por un lado el Legislativo tiene la función de crear normas según lo establecido por la Constitución y sin contradecirla, tal y como correctamente lo hace en el tema del despido arbitrario, y de otro lado al Tribunal Constitucional le compete interpretar la Constitución y crear normas para resolver temas en los cuales no hay claridad, y recalco solo en los temas de vacío y falta de claridad en la norma, no en aquellos casos en los que ya hay normas que claramente fijan criterios válidos, como lo es el tema relativo a la adecuada protección contra del despido arbitrario.
13. Cabe dejar claro que no se cuestiona si es constitucional la reposición o indemnización como adecuada protección ante un despido arbitrario, lo que se cuestiona es que el legislador conforme a sus facultades constitucionalmente otorgadas ya estableció a la indemnización como única y adecuada protección ante el despido arbitrario, y pese a ello, el Tribunal Constitucional en sus repetidas sentencias continua una u otra vez desconociendo lo establecido por el legislador e introduce otra forma de protección no reconocida por nuestro ordenamiento jurídico e incluso lo constituye como precedente vinculante.
14. Resulta destacable que en la labor interpretativa que realiza el Tribunal Constitucional al expedir esta sentencia, cree normas que

deben regir en el sector público como es la restauración del principio meritocrático, tan olvidado en las entidades del Estado, y que conviene rescatarlo con la finalidad de reclutar personal idóneo en la administración pública. Sin embargo, lo que no debió hacer es combinar dicha regla con la adecuada protección contra el despido arbitrio, pues carece de sustento constitucional ingresar por concurso de méritos para determinar si se es repuesto o indemnizado, son dos aspectos diferentes que no debieron ser vinculados por el Tribunal Constitucional para establecer normas respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Lo mismo se predica con relación al amparo, no se puede hacer depender la vulneración de un derecho constitucional, como lo es el derecho al trabajo, y la consecuentemente procedencia del amparo del acceso o no por concurso de méritos.

15. Por tanto, el Tribunal Constitucional al momento de crear normas adscritas respecto a temas trascendentales, como lo es la adecuada protección contra el despido arbitrario, deber tener en cuenta siempre lo previsto por la Constitución y la Ley, lo contrario solo generará una inseguridad jurídica y jueces que al momento de decidir otorguen distintas formas de protección en situaciones iguales, unos seguirán al legislador y optaran por la indemnización y otros seguirán los criterios del Tribunal Constitucional y optarán por la reposición. De lo que se trata es buscar uniformidad de criterios y no dudas ni elecciones respecto al tema, más aún cuando la Ley es clara y constitucional respecto a este tema.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2013.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 14, Madrid, 2010.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “¿Existen los llamados Conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales* N° 12, 2005.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido Constitucional del Derecho al Trabajo y el proceso de amparo”, en *Asesoría Laboral* N° 167, 2004.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* N° 39.

- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional”, 1era ed., *en Themis Revista de Derecho* N° 67, 2015.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional”, *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 154.
- CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* 2da ed., Gaceta Jurídica, Lima 2015.
- CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
- El Servicio Civil Peruano, 2012, <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano.PDF>
- FERRO DELGADO, Víctor. “La Protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *en Derecho PUCP* N° 68.
- GARCIA GRANARA, Fernando. “El contrato a tiempo parcial en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo”, *en Revista Laborem*, N° 03, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2003.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. *Derecho al trabajo*, 24ª edición, Tecnos, Madrid 2015.
- NEVES MUJICA, Javier. “El Despido en la Legislación y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *en Themis Revista de Derecho*, N° 67, 2015.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

VALDERRAMA VALADERRAMA, Luis. *Sistema de Legislación Laboral 2015*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.