

Universidad Científica del Perú

UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**EL PRECEDENTE HUATUCO Y SU APLICACIÓN EN EL
SISTEMA LABORAL PÚBLICO PERUANO**

REQUISITO PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

Cordova Calle Edwar Edinson

IQUITOS – PERÚ

2015

Dedicatoria:

A Dios, a Santo Tomas de Aquino patrono de los estudiantes, quienes inspiran mi espíritu para la conclusión de mi carrera y en particular de este trabajo de investigación; a mis padres, quienes me dieron la vida, educación, apoyo incondicional y consejos; a mis compañeros de estudio, a mis maestros y amigos quien sin sus ayuda no se hubiera podido realizar este trabajo, a todos ellos les agradezco desde el fondo de mi alma. Para todos ellos va esta dedicatoria: *"La dicha de la vida consiste en tener siempre algo que hacer, alguien a quien amar y alguna cosa que esperar". Thomas Chalmer.*

Edwar Edinson Cordova Calle



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 09:00 horas del día Lunes 11 del mes de Enero del año 2016, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

CORDOVA CALLE EDWAR EDINSON

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**, con el tema **El Precedente Huatuco y su aplicación en el sistema laboral público peruano**.

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Domínio del Tema	3	4	4	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	3	3	3	
Calidad de las respuestas	3	3	3	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	15	16	16	

Calificación final (en letras) DIECISIETE

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Óptima	4

Presidente :Mg. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

(Firma)
(Firma)
(Firma)

Nota: La calificación es en el sistema vigesimal (0-20). El puntaje mínimo aprobatorio es de 14



INDICE

1. Resumen	6
2. Introducción	8
2.1. El trabajo según la Constitución	9
2.1.1. Derecho al trabajo	9
2.1.2. La libertad de trabajo como derecho a elegir la actividad laboral autónoma o dependiente	10
2.1.3. Antecedentes en la legislación nacional.	11
2.1.4. Acuerdos internacionales referidos a la libertad de trabajo	11
2.1.5. El reconocimiento de la libertad de trabajo en algunas Constituciones extranjeras	13
2.1.6. Deber y derecho al Trabajo	15
2.1.7. Contenido del derecho al trabajo	17
2.1.8. Promoción del trabajo	24
2.1.9. Empleo productivo	25
2.1.10. La educación para el trabajo	27
2.1.11. Igualdad ante la ley	28
2.2. El trabajo en la interpretación del Tribunal Constitucional.	31
2.3. El trabajo en la Administración Pública: Disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos	35
2.4. La incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"	40
2.5. El Precedente Vinculante en el caso Huatuco	44
2.6. Relación entre Constitución y Administración Pública	48
3. Planteamiento del Problema	50
3.1. Pregunta General	51
3.2. Preguntas Específicas	51
4. Objetivos	52
4.1. Objetivo General.	5



4.2. Objetivo Especifico	52
5. Métodos.....	53
5.1. Elección del método científico	53
5.2. Punto de partida del problema	53
5.3. Análisis comparativo del problema. Posturas negativas vs posturas positivas.....	57
6. Resultados y Discusiones	72
7. Conclusiones y Recomendaciones	74
7.1. Conclusiones	74
7.2. Recomendaciones	77
8. Bibliografía	79



1. Resumen

Hoy en día el mundo se va integrando más a través de la tecnología, las comunicaciones, los conocimientos. En ese contexto, las empresas y organismos del Estado requieren de personal calificado para estar a la altura de las exigencias internacionales. El mundo laboral se hace cada vez más exigente, más competitivo, donde los más preparados tendrán la posibilidad de obtener un empleo, ya sea en la actividad privada o pública.

La ciencia y el derecho cada vez evolucionan más, las interpretaciones se van ajustando a las nuevas necesidades que se van experimentando.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación trata de explicar porque es necesario implementar políticas que se orienten a establecer como regla básica y principal el concurso público de méritos en igualdad de condiciones y oportunidades para todos para el acceso a un empleo permanente en la administración pública.

En esa línea de ideas, traemos a tratamiento el problema jurídico laboral producido a partir de la dación del Precedente Huatuco con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 05057-2013-AA, de fecha 16 de abril de 2015.

Muchos son los que se oponen a dicha regla jurídica dada por el supremo tribunal, consideran que éste constituye un retroceso en los derechos laborales de los trabajadores, otros consideran que es contrario a los preceptos convencionales, constitucionales y legales.

Todas estas consideraciones nos llevan a realizar una investigación del problema, en lo que respecta a su tratamiento, con análisis normativos convencionales, constitucionales y legales y de la realidad actual de la administración pública. Ello nos permite explicar si efectivamente los que se oponen a la norma jurídica dada por el TC no contribuye en nada al derecho.



A partir de ello, nos planteamos ciertas preguntas que nos ilustraron que no es cierto que la dación de dicho precedente normativo constituía retroceso u atropello a los derechos laborales de los trabajadores.

Nos permitió concluir que la norma si es aplicable a los regímenes laborales principales (D.Leg. 1057, 276 y 728) y otros permitidos por Ley) y no específicamente al D.Leg. N° 728, como equívocamente sostienen los que se oponen a su implementación.

Igualmente, nos permitió establecer que los derechos consagrados en los pactos internacionales y normas constitucionales deben ser interpretados en sentido amplio, no restringido, es decir el derecho de todos a tener un empleo y a la oportunidad para acceder a ella.

Asimismo, explicamos que la única fórmula empleada para reparar un despido arbitrario, la reposición laboral, no necesariamente es la adecuada, pudiéndose optar por la indemnización u otra medida que la ley faculte.

Concluimos precisando que la reposición laboral indiscriminada en la administración pública, que convierte a dichos trabajadores en permanentes a plazo indeterminado, sin que de por medio se valore si su relación laboral obedeció a concurso público, conlleva a una administración ineficiente e ineficaz, por ser éste un personal probablemente no calificado, entre otras conclusiones.



2. Introducción

Los derechos laborales, a lo largo del tiempo, siempre han estado en constante conflicto y evolución, tanto por razones vinculadas a su reconocimiento y respeto, como por su preservación. Son diversos los factores que contribuyen al incremento de la conflictividad de los derechos laborales, comenzando por el aumento permanente de la población laboral activa, los avances tecnológicos, las estrategias y políticas de orden empresarial y comercial, todo lo cual da lugar a que en el mercado laboral no se cumplan o respeten en gran medida los derechos de los trabajadores. Parte de esta conflictividad, aquella que la ley permite, ha sido y es conocida por el Tribunal Constitucional (TC), órgano de control de la Constitución que a través de su jurisprudencia -principalmente la originada en procesos de amparo- ha establecido diversos criterios para la solución de casos concretos en los que se han visto afectados o amenazados derechos fundamentales de carácter laboral.

Desde el año 2002 hasta la fecha los criterios del Tribunal Constitucional han modificado radicalmente las relaciones laborales. Hay temas en los que primero el mencionado tribunal ha modificado la regulación laboral y luego se ha emitido normas de adecuación. Temas individuales o colectivos; regímenes privados o públicos; laborales o previsionales, etc., han tenido participación del TC.¹

¹ Jorge Toyama Miyagusuku, El derecho laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional, primera edición, marzo 2015, Gaceta Jurídica, pag. 7-8



2.1. El trabajo según la Constitución.

2.1.1. Derecho al trabajo.

La importancia del derecho consagrado en el inciso 15) del art. 2 de la constitución, conocida como libertad de trabajo, se ve forzada por una segunda referencia en el artículo 59 de la misma Carta Política, por la que se consagra el Estado como garante de la libertad de trabajo, así como su vinculación con el art. 22, que después de declararlo como deber y derecho lo califica como "(...) base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

El trabajo es un instrumento para obtener la subsistencia y bienestar, tanto del trabajador como de su familia (medio de realización de la persona). "(...) coincide con la vieja idea del derecho natural, según la cual, a nadie puede impedirse el ejercicio de una actividad honesta (...); siendo que el trabajo es además una actividad inherente al ser humano, que recurre a su esfuerzo generalmente como principal o único medio de subsistencia y satisfacción de sus necesidades. El concepto de libertad de trabajo comienza a desarrollarse a partir de la Constitución francesa de 1793, como una reacción contra el Estado corporativo, y se irradia a todas las constituciones del siglo XIX y XX para limitar la eventual injerencia del Estado en la designación de las actividades a que debe dedicarse el ciudadano.

El ejercicio del derecho constitucional de trabajar libremente y con arreglo a ley tiene las siguientes formas de manifestarse:

- a) La elección del tipo de trabajo que se quiere realizar, sobre la base de las aptitudes del trabajador y a las características de su proyecto de vida. Implica tener en cuenta, entre otras cosas, el grado de dedicación al trabajo (tiempo completo, tiempo parcial, labores permanentes o intermitentes), capacitación necesaria, riesgos que implica la ejecución de cierto tipo de trabajos y otras



consideraciones, a fin de poder satisfacer necesidades de otro tipo, como podrían ser educativas, familiares, etc.

- b) El derecho de cambiar el tipo de trabajo en el momento en que lo estime conveniente el trabajador, cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley (comunicación de preaviso en caso de los trabajadores contratados a tiempo indeterminado, o eventual pago de una indemnización por perjuicios en caso de incumplimiento contractual). Este precepto impide la continuación forzada o coercitiva de un contrato de trabajo a plazo fijo cuya continuación no desea el trabajador.
- c) El derecho de oponerse a cualquier forma de trabajo forzoso.
- d) La necesidad de que el trabajo a ejecutarse no sea contrario al ordenamiento legal vigente, en cuanto este pudiera prohibir determinado tipo de actividades por ser contrarias al orden público (por ejemplo, el trabajo que implique una actividad delictiva en su ejecución).

2.1.2. La libertad de trabajo como derecho a elegir la actividad laboral autónoma o dependiente.

La libertad de trabajo se considera como un derecho de elección de la actividad que se va a desarrollar para proveer a la subsistencia del trabajador a través de los ingresos que genera, e implica la no interferencia del Estado en dicha elección. Significa, también, el derecho de discontinuar el ejercicio de dicha actividad si ella no resulta beneficiosa o conveniente para quien la ejerce, y se traduce a la libertad irrestricta para la determinación de la relación laboral por parte del trabajador, o en el derecho de cambiar de una ocupación a otra cuando lo estime conveniente siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por ley.



2.1.3. Antecedentes en la legislación nacional.

La inclusión de dicho precepto dentro del texto constitucional constituye una repetición del mismo concepto, expresado en términos no necesariamente iguales desde la Constitución Vitalicia de Bolívar (1826), de efímera duración, hasta la vigente que también lo contiene, tanto por las razones históricas señaladas como por el hecho de que se trata de un concepto universalmente reconocido.

En lo que se refiere a las Constituciones del siglo pasado, en todas ellas (1920, 1933, 1979 y 1993), se reconoce este principio, que está también plasmado en diversos instrumentos internacionales como en las constituciones de otros países, lo que lo convierte en un principio aceptado universalmente.

2.1.4. Acuerdos internacionales referidos a la libertad de trabajo.

El derecho al trabajo es un derecho reconocido por las principales declaraciones internacionales actuales de Derechos Humanos:

- a) El artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".
- b) En el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se precisa: "toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.
- e) El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1996), estableció como compromiso (acápito 1) que: "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o



aceptado, y tomaran medidas adecuadas para garantizar este derecho".

- d) También encontramos una referencia en el artículo 11 del Convenio sobre la Política del Empleo, 1964, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1964) que señala expresamente: "Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema de desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido".

- e) El artículo 5 literal e, numeral i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adaptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 que declara que los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos sociales y culturales, en particular, el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria.

- f) Asimismo, encontramos una referencia similar en el artículo 1 O.A de la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo Social, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969, que señala: "La garantía del derecho al trabajo en todas las categorías y el derecho de todos a establecer sindicatos y asociaciones de trabajadores y a negociar en forma colectiva; el fomento del empleo productivo, la eliminación del desempleo y el subempleo, el establecimiento de condiciones de



trabajo justas y favorables para todos, inclusive el mejoramiento de la salud y de las condiciones de seguridad en el trabajo; la garantía de una remuneración justa por los servicios prestados sin discriminación alguna, así como el establecimiento de un salario mínimo suficiente para asegurar condiciones de vida decorosas; la protección del consumidor".

- g) En el artículo 12 de la Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales, aprobada por el Parlamento europeo mediante resolución de 16 de mayo de 1989: 1º Todos tienen derecho a elegir libremente su profesión y su lugar de trabajo y a ejercer libremente su profesión. 2º Nadie podrá ser privado de su trabajo por razones arbitrarias y a nadie se le podrá obligar a un trabajo determinado.

- h) Finalmente, el artículo 6.1 del Protocolo de San Salvador indica: "Toda persona tiene derecho al trabajo, el que incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada².

2.1.5. El reconocimiento de la libertad de trabajo en algunas constituciones extranjeras.

La naturaleza universal del derecho a trabajar libremente y de acuerdo a ley tiene reconocimiento universal en los textos constitucionales, pudiéndose mencionar, entre otras:

- a) **Constitución de la República argentina, artículo 14:** "Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a

² Fernando Elías Mantero, *La Constitución Comentada*, Tomo 1, Primera Edición, Diciembre 2005, Gaceta Jurídica, págs. 166 - 169.



las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

- b) Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 5: "Todos son iguales ante la ley sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) XIII) Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las calificaciones profesionales que la Ley establece".

- c) Constitución de la República de Costa Rica, artículo 56: "El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo".

- d) Constitución de Italia, artículo 4: "La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho. Todo ciudadano tendrá el deber de elegir, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concorra al progreso material o espiritual de la sociedad".

- e) Constitución de Chile, artículo 19, inciso 16: "La Constitución asegura a todas las personas: la libertad de trabajo y su protección.



Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución".

2.1.6. Deber y derecho al Trabajo.

El derecho al trabajo ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que es, seguramente, el derecho que suele ser más utilizado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de amparo laborales. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de receptividad aplazada, se ha pasado a un derecho con contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía.

Se ha pasado, por consiguiente de un contenido del derecho al trabajo equivalente a la libertad de trabajo -como concepto genérico- a un contenido del derecho al trabajo concreto que se manifiesta en el acceso, desarrollo y extinción de la relación laboral.

Conviene precisar que la esfera del deber al trabajo no será materia de análisis. El deber de trabajo descrito en el art. 22 viene a ser como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es una suerte de "llamada a la participación en el interés general (...), de lo que se trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social.

En primer lugar estamos frente a un hecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (artículo 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación



profesional, la ocupación plena y productiva (artículo 6); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (artículo 6).

Todo este contenido forma parte de la Constitución, a tenor de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Carta Magna, que introduce a los instrumentos internacionales dentro de la interpretación constitucional. Ahora bien, conviene diferenciar este derecho al trabajo de la libertad de trabajo recogida en el numeral 15 del artículo 2 de la Constitución. La libertad de trabajo importa la concesión general a favor de toda persona para determinar la forma, lugar, modalidad de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena), así como la obligación del Estado de no tener injerencia sobre la libre determinación de las personas. En tanto, el derecho del trabajo viene atado de una actuación estatal de brindar y garantizar las condiciones de trabajo mínimas para que las personas puedan trabajar.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha indicado (expediente N° 661-2004-AA/TC):

"(...) 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".

En nuestra opinión, el contenido esencial del derecho del trabajo tiene dos aristas: uno general, como principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es,



el principio protector como pauta de actuación del Estado, y otro concreto que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc.).

Sobre la primera manifestación del derecho al trabajo, el propio Colegiado Constitucional ha indicado:

"El derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el Derecho Civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica" (expediente N° 0628-2001-AA/TC).

2.1.7. Contenido del derecho al trabajo.

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

Veamos primero la interpretación sobre el acceso a las instituciones laborales. En tanto acción de amparo, el demandante debe basarse en una norma constitucional para interponer la acción. En la gran mayoría de ocasiones el Tribunal ha indicado que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución y, sobre ellos, ha declarado fundadas las acciones de amparo (Expediente N° 991-2000-AA/TC):



"El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de realización de la persona (artículo 22) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos".

Por otro lado, el criterio del Alto Tribunal sobre los alcances del derecho al trabajo también se extiende a los supuestos de ascensos o promociones que no son otorgados por los empleadores al personal:

"Debe entenderse que la relación laboral surgida entre el actor y la emplazada -independientemente de que se haya suscrito un contrato a plazo fijo- es de duración indeterminada, toda vez que, como alega el recurrente a fojas 223 de autos, la convocatoria al mencionado concurso público no señaló plazo de contratación alguno para el puesto sometido a prueba, argumento que no ha sido contradicho ni desvirtuado por la demandada. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, al haberse dado por concluida la relación laboral, se ha vulnerado el derecho al trabajo previsto por el numeral 22 de la Carta Magna" (Expediente N° 2226-2003-AA/TC).

Finalmente, el tema más controvertido. El Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra un despido sin expresión de causa, y ello importa que el trabajador tenga derecho a ser repuesto en una acción de amparo.

Para el Tribunal el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución, importa la imposibilidad de no ser despedido sino por causa



justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución:

"Este tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo contenido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa". (Expediente N° 1124-2001-AAffC).

En nuestra opinión, la Constitución solo desarrolla los lineamientos genéricos, buscando "contener" solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes (estabilidad de salida) y, de otro, se permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo a las circunstancias (estabilidad de entrada).

Como se ha advertido, el tribunal estima que el despido incausado supone una lesión a la libertad de trabajo, no brindándose la protección adecuada ante el despido arbitrario. No se puede, sin embargo, dejar de tener en cuenta que el derecho al trabajo (artículo 22) tiene en la propia Constitución un desarrollo que es el mandato al legislador para regular la protección contra el despido arbitrario (art. 27). Así, no puede existir una lectura aislada del derecho al trabajo sin tener en consideración la delegación legal para brindar la protección adecuada ante el despido (artículo 27). Se pueden afirmar que el artículo 22 de la Constitución prevé un contenido genérico que es desarrollado o delimitado por el artículo 27



al referirse a la delegación legal sobre el desarrollo de la protección ante un despido.

Entonces, cuando el legislador ha indicado que la protección es el pago de una indemnización, ha observado el mandato constitucional. Al respecto, se ha indicado:

"La opción legislativa por la improcedencia de los despidos que no se adecuan a los requisitos formales exigidos es -pese a las críticas que puedan hacerse- una opción legal y constitucionalmente válida (...) y sobre todo, en cuanto al legislador ha tenido buen cuidado en salvar los mínimos de inconstitucionalidad, sancionando con nulidad los despidos que vulneren derechos fundamentales".

En España, hasta las reformas del año 1994 se construyó la doctrina jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos, por los cuales se sancionó, ante una falta de regulación precisa en las normas legales, que la reposición era la protección adecuada ante un despido incausado, ante un despido verbal. Luego, cuando las normas legales reformularon el sistema legal del Estatuto de trabajadores e indicaron que los despidos por lesión de forma (léase incausados) no concedían la reposición al centro de trabajo sino el pago de una indemnización y devengados o reposición a opción del empleador, parte de la doctrina española criticó esta variación pero no se consolidó y, a la fecha, la mayoría admite que no existe una lesión a un derecho fundamental cuando nos encontramos ante un despido incausado.

El sistema español donde se reconoce a nivel constitucional el derecho al trabajo (al igual que en el Perú), no impone como inobservancia a los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales del despido -llamados despidos improcedentes-, la reposición al centro de trabajo, pues se confiere al empleador la posibilidad de optar entre la reposición al centro de trabajo o el pago de la indemnización. Ciertamente, debemos reconocer que hay quienes inicialmente criticaron la modificación legal por



afectar a los trabajadores y no responder a conferir una reparación adecuada ante un despido, pero también hay otros -que, entendemos, es la posición que habría ido consolidándose- que la apoyan y la consideran como válida dentro del esquema normativo, hasta se ha dicho que la nulidad de los despidos improcedentes ha pasado a ser una "curiosidad histórica". Más todavía, los pocos pronunciamientos judiciales no han cuestionado la nueva protección legal.

Finalmente, lo que se exige en la Constitución es una protección adecuada contra el despido, y esta existe: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral si no se sanciona con la reposición los casos de despido incausados. El contenido esencial de la estabilidad laboral supone una protección que, en función del mandato constitucional y a las normas internacionales -como veremos en el siguiente punto-, tiene contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo y otra forma de protección) y no único (como la declara el tribunal).

Sin perjuicio de lo indicado, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. Ante ello el Tribunal ha indicado que el Protocolo Adicional no es aplicable pues es una norma mínima que puede ser mejorada por la normativa interna (aplicación de la norma más favorable). Nos preguntamos: ¿Cuál es la norma nacional más favorable que contempla el derecho a la reposición ante un despido incausado? No existe ninguna norma. Más bien, se ha desplazado la norma aplicable (Protocolo Adicional) por una interpretación aislada del contenido de la protección adecuada ante el despido incausado.

Estimamos que el Colegiado Constitucional no ha utilizado adecuadamente los criterios de interpretación normativa. En efecto, la



Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución expresamente anota que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la materia aprobados por el Perú. En esta línea, el contenido del derecho al trabajo y de la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional que se refieren a los mismos derechos. Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección contra el despido arbitrario. En suma, se delega a cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario.

El legislador peruano ha optado por la indemnización a favor de todo trabajador despedido. Así como se ha indicado, nos encontramos ante un esquema legislativo "no por razones naturales (o intrínsecas), sino porque esta es la opción de política jurídica cristalizada en la ordenación legal del despido injustificado.

En este sentido, resulta ajustado a la Constitución que el artículo 27 indique que la protección contra el despido arbitrario será precisado por el legislador. Y el legislador peruano ha establecido que la protección se contrae en el pago de una indemnización tasada, "sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen *ex lege* causados por el despido o derivados sin más de éste, indemnizándose la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que esta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan.

Para conocer el contenido de un derecho fundamental, se debe acudir a las normas internacionales y si estas establecen una determinada regulación, ella se debe observar por el Alto Tribunal para apreciar la constitucionalidad de un dispositivo de nivel primario. De no haber



regulación en las normas internacionales, recién sería posible interpretar el contenido de un derecho fundamental.

Al existir un tratado internacional que no contempla a la reposición como una sola fórmula de protección contra el despido arbitrario sino que se prevé un contenido genérico, no se puede limitar el criterio de interpretación y establecer una excluyente protección ante el despido incausado: la reposición al centro de trabajo. En suma, para la apreciación del contenido del derecho al trabajo, el Tribunal ha inaplicado el Protocolo Adicional y brindando un contenido único al despido incausado: la reposición al centro de trabajo.

Algunos sostienen que el Protocolo Adicional prevé la causalidad del despido como contenido del derecho al trabajo, en la medida que dicho pacto indica que todo trabajador tiene derecho a "La estabilidad (...) en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación". En tal sentido, se indica que el propio Protocolo Adicional contiene la institución de la causalidad en el despido; sin embargo, consideramos que la instauración de la causalidad del despido no trae consigo que, en caso de transgresión, la protección sea exclusivamente la reposición en el centro de trabajo. Es el propio Protocolo que prevé que la protección puede ser la indemnización, reposición, seguro de desempleo u otra forma prevista legalmente. Hay, pues, un abanico de protección laboral que debe ser determinado por el legislador en cada país.

Por lo demás el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición como medio de reparación al centro de trabajo. Al respecto, se ha dicho, en función al referido convenio que: "Nada impide, por tanto, al legislador nacional regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro



caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada".

Por lo expresado, consideramos que la tesis del Tribunal que el artículo 22 de la Constitución importa que todo despido sin expresión de causa sea inconstitucional, no se adecua a nuestro esquema constitucional. Se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto en el artículo 27 de la Constitución que delega a la ley la forma de protección ante un despido arbitrario, además de que se obvia la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana³.

2.1.8. Promoción del trabajo.

Esta disposición es una de carácter programático, que coloca como responsabilidad del estado la promoción de condiciones para el progreso social y económico, con incidencia en las políticas de empleo productivo y de educación para el trabajo.

El marco de esta disposición trasciende el campo estrictamente laboral y se complementa con otras disposiciones constitucionales relativas al derecho al trabajo (artículo 22), la actuación de los poderes públicos en cuanto diseñan y ejecutan las políticas públicas, así como con disposiciones del régimen de economía social de mercado, en el que el estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa (artículo 58 y 59) y las políticas educativas y de formación profesional a fin de mejorar los niveles de aprendizaje para incorporar a la actividad laboral.

En efecto, las políticas a cargo de los poderes públicos se dirigen a cumplir la previsión del derecho al trabajo que tienen los individuos frente al estado. Desde esta perspectiva hay una necesaria complementariedad

³ Jorge Toyama Miyagusuku, La Constitución Comentada, Tomo 1, Primera Edición, Diciembre 2005, Gaceta Jurídica, págs. 512 - 519.



y desarrollo. Es más, el derecho al trabajo resulta ser un presupuesto para la aplicación de las políticas de empleo y estas revisten un carácter instrumental para la plasmación del derecho al trabajo, como lo anota con precisión sastre en referencia a la constitución española.

Corresponde al estado establecer las políticas dirigidas al progreso social y económico, aunque en estricto esta es la finalidad y la razón de ser de la existencia del estado para el bienestar general. De entre todas las políticas que realiza el estado, la norma constitucional destaca las que se dirigen especialmente al fomento del empleo productivo y a la educación para el trabajo. Nos ubicamos aquí ante normas que establecen reglas de actuación de los poderes públicos, tanto en el diseño y proyección de las políticas como en su aplicación práctica.

Aunque se trata de una norma de carácter programático, la referencia particular a las dos políticas como expresión de la promoción de las condiciones para el progreso social y económico denota una obligación del estado de incorporarlas de modo expreso a la competencia y función de las entidades públicas, así como establecer mecanismos dirigidos a verificar su existencia. Tal es el caso de una incorporación en las normas y programas de los diferentes ministerios o entidades públicas, cuyas funciones no solo aluden expresamente al empleo productivo y a la educación para el trabajo, sino que realizan actividades concretas o programas con ese objetivo.

2.1.9. Empleo productivo.

Las políticas de empleo comprenden todas aquellas medidas de los poderes públicos encaminadas para la consecución y mejoramiento del empleo tanto en cantidad como en calidad. Una acepción más restringida, desde la perspectiva jurídico-laboral, alude "solo a las actuaciones directas de los poderes públicos sobre los elementos y sobre el funcionamiento del mercado de trabajo para conseguir los objetivos



clásicos que se suelen proponer en cuanto a cantidad, calidad y forma de ocupación de la población activa".

Las políticas de empleo distinguen aquellas políticas activas de empleo, dirigidas a la colocación e información laboral, medidas de fomento del autoempleo, o temporales en programas del estado, etc., y medidas de promoción a la formación; de aquellas denominadas políticas pasivas, dirigidas a brindar cobertura y apoyo a los desempleados. La norma constitucional alude expresamente a las políticas de fomento del empleo productivo, enfatizando entonces las políticas activas, pero con la connotación de dirigirse al empleo productivo.

Por empleo productivo debemos entender aquel que persigue un fin económico, una compensación por la actividad desarrollada, por oposición a las no productivas. Al respecto, señala neves que "el trabajo es productivo cuando se encamina a reportar un beneficio económico, de cualquier magnitud, a la persona que lo realiza". En el mismo sentido, rubio señala que "el empleo productivo es aquel que genera nueva riqueza".

Se privilegia entonces como política aquella dirigida a que los ciudadanos puedan acceder a un trabajo en los términos planteados por el derecho al trabajo contenido en el artículo 22 de la constitución y a que este sea productivo.

Ahora bien, el empleo puede ser dependiente, propio de la realización subordinada, o puede tratarse de un empleo autónomo siempre que la finalidad sea la obtención de un beneficio económico.

Un aspecto que debe formar parte de esta idea de empleo productivo es el doble sentido que adquiere tanto para efectos cuantitativos (número de puestos de trabajo) como también la calidad del mismo, es decir, el



acceso a derechos laborales y a la seguridad, lo que ha sido apuntado por la organización internacional del trabajo como el trabajo decente.

2.1.1 0. La educación para el trabajo.

Se apunta con ello al interés en la formación para el desarrollo de las aptitudes laborales que permitan una incorporación en la actividad laboral. Al margen de la terminología, esta disposición recoge el interés de las políticas educativas y laborales de formación para el trabajo que refuerzan la empleabilidad, es decir, la aptitud para el desempeño laboral a través de la formación continua, tanto a nivel educativo, como en los centros de formación profesional y en el desarrollo mismo de la actividad laboral. En este sentido, la enseñanza y preparación para el trabajo comprenden todos los niveles y entidades.

La empleabilidad apunta a mejorar la aptitud en las habilidades y conocimientos teóricos y prácticos para el desarrollo de la actividad laboral, especialmente en un contexto de cambio tecnológico y social. Una adecuada formación ayuda al trabajador a conservar su empleo, ya que aquella le permite adaptar mejor a los cambios, asumir nuevas tareas y mejorar su rendimiento.

Convergen aquí la política educativa, la política laboral y la propia política económica en la necesidad de identificar y promover políticas, así como destinar recursos a las tareas de mejoramiento de los niveles de formación para el trabajo, la cual puede ser impartida desde el nivel educativo y en las entidades de formación, así como en diferentes entidades o en el aprendizaje previo al trabajo.

Desde la perspectiva de la formación, la educación para el trabajo formación parte de las políticas activa de empleo, tal como lo reconoce el convenio N° 122 de la organización internacional del trabajo, pues el trabajador debe gozar de todas las posibilidades para adquirir la



formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar, en este empleo esta formación, reconociendo la importancia de incrementar los medios de producción y de lograr el pleno desarrollo de las aptitudes humanas, por ejemplo, por medio de la educación, de la orientación y de la formación profesionales. Otros convenios y recomendaciones, así como instrumentos internacionales desarrollan tanto a nivel internacional como en el caso de los países andinos, la formación.

Así, la formación se convierte en un "instrumento estratégico" capaz de contribuir a orientar la contratación laboral hacia el "capital humano de los trabajadores y no a basarse en su disposición a ocupar a bajo precio". Ya la OIT destaca el papel de la formación frente a los retos de la competitividad mundial, así como a las demás del mercado, con el desarrollo de las capacidades, destrezas y eficacia de los trabajadores mejorando su empleabilidad.

2.1.11. Igualdad ante la ley.

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, por la expresión que la contiene. La dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido en su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una expresión vacía, no significa nada. En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio ha expresado: "decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa, si no se especifica de que entes se trata y respecto a que cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, y b) ¿igualdad en qué?"

Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no prohíbe en todo alguno la



pluralidad, la diferenciación; solo proscribire el trato desigual arbitrario, cuyos alcances desarrollaremos más adelante.

Pero la tarea de dotar de significado al concepto de igualdad se complica cuando comprobamos que este derecho finalmente, lo mismo que todos los de su género, son derechos históricos, en el sentido de que contenido va formándose gradualmente, al extremo de llegar a puntos radicalmente distanciados. Píncese, por ejemplo, en la igualdad en Grecia antigua, en donde existía y era legal la esclavitud; o la igualdad en la democracia norteamericana en pleno siglo XX, en donde se reconocía la doctrina "separados pero iguales", que no era otra cosa que un modo morigerado de discriminación de discriminar a los hombres de raza negra de dicho país. Estas concepciones de la igualdad parecen pálidas expresiones de este derecho cuando las comparamos con los alcances a que ha llegado en el siglo XXI. Así, actualmente se llega a hablar de una "igualdad social", es decir, una concepción de la igualdad en la que el papel del estado se orienta hacia la promoción de condiciones de equidad entre los individuos, ya que si bien se reconocen las diferencias entre estos, es necesario también garantizar un trato justo e igualitario a cada persona, mejorando, en tal sentido las condiciones de vida y posibilidades de desarrollo de quienes se encuentran en una posición desfavorable.

Adicionalmente, el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho-principio de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad.



De ese modo, la igualdad es un permanente desafío para el desarrollo, más aun es un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante. Si hay un rasgo verdaderamente humano es ese afán, que compartimos todos por diferenciarnos, si algo caracteriza a la sociedad moderna es precisamente el pluralismo, el derecho a que se conozca nuestra identidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir garantizarse el derecho a la igualdad.

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falta identidad



22. El trabajo en la interpretación del Tribunal Constitucional:

Dentro de los conceptos generales que la doctrina establece sobre el significado de trabajo, encontramos algunas diferencias, aunque todos determinan directrices conceptuales en común, consistiendo en una actividad humana, generadora de diferentes formas de riqueza y producción, que conlleva por lo general a una retribución económica o en especie. En esta vista panorámica, el tribunal constitucional estableció una idea conceptual sobre el trabajo, en los términos siguientes:

"al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con toda sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc."

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación (...).

"el trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no solo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en cierto sentido se hace más hombre"⁴.

El Tribunal Constitucional ha expresado que el trabajo se configura con base en un doble ámbito de desarrollo que lo establece en lo personal (inherencia) y necesario (sustento) en el fundamento siguiente:

"el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque

⁴ STC Exp. N° 0008-2005-PI, fojas 18.



del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza"⁵.

El supremo colegiado constitucional, en su labor interpretativa de la Constitución ha señalado que la importancia del trabajo se sostiene en tres aspectos de orden sustantivo, los cuales son la estructura de esta actividad de la persona tanto individual como colectiva, permitiendo el desarrollo en óptimas condiciones de la actividad laboral. Veamos:

"es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- ./ Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- ./ Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- ./ Carácter social de la función, ya que solo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros"⁶.

El Estado dentro de las responsabilidades delegadas normativamente por la Constitución Política vigente (art. 23), se encuentran una serie de compromisos que trascienden las políticas públicas de los gobiernos de turno, debido a que estas responsabilidades son ineludibles y de imperioso cumplimiento, para lograr el debido ejercicio del derecho al trabajo y consecuentemente la estabilidad y el progreso socioeconómico del país. Así encontramos dentro de la jurisprudencia constitucional que el Tribunal Constitucional reconoce estas responsabilidades en los términos siguientes:

⁵ Ídem

⁶ STC Exp. N° 0008-2005-PJ, fojas 18.



"De conformidad con lo que dispone el artículo 23 de la Constitución, el estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:

- ./ Promover las condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
- ./ Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- ./ Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.
- ./ Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido"⁷.

Nuestro Tribunal Constitucional, dentro del contexto del trabajo decente, también ha expresado, que el acceso al trabajo decente, es uno de los pilares en la lucha contra la reducción de la pobreza en el mundo:

"La comunidad mundial ha establecido diez ambiciones metas de desarrollo del milenio entre las que figuran la de reducir la pobreza y el hambre, el acceso al agua potable, a la atención médica y la educación, y la puesta en práctica de estrategias nacionales de desarrollo sostenible. Todas estas metas interesan directamente a las personas que viven en las zonas rurales. No cabe duda de que asegurarles a los trabajadores rurales un empleo seguro y condiciones decentes de vida y trabajo son hitos clave para reducir la pobreza y conseguir medios de vida sostenibles"⁸.

⁷ STC Exp. N° 0008-2005-Pi, fojas 19.

⁸ STC Exp. N° 0027-2006-Pi, fojas 42.



El Tribunal Constitucional, en su labor otorgada por la Constitución Política vigente ha establecido en el art. 22: "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". La dignidad como elemento esencial del ser humano, está presente en la actividad del trabajo, para que sea realizado en condiciones que permitan que las personas no sean afectadas en sus derechos. Sobre la dignidad del trabajo, encontramos que la jurisprudencia constitucional ha tratado ese aspecto fundamental para el ejercicio del derecho al trabajo, en los términos siguientes:

"[A] la Doctrina Social de la Iglesia, fuente fundamental de la Economía Social de Mercado, no le es extraño el tratamiento conceptual diferenciado en procura de alcanzar las condiciones especiales para la valoración del trabajo en el campo como instrumento esencial para la realización integral de la persona humana. Así, se señala en la encíclica *Laborem Exercens* que:

(...) el trabajo es un bien del hombre. Si este bien comporta el signo de un *bonum arduum*, según la terminología de Santo Tomás, esto no quita que, en cuanto tal, sea un bien del hombre. Y no solo un bien útil o para disfrutar, sino un bien digno, es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, un bien que expresa esta dignidad y la aumenta. Queriendo precisar mejor el significado ético del trabajo, se debe tener presente ante todo esta verdad (...) porque mediante el trabajo el hombre no solo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza así mismo como hombre, es más, en un cierto sentido se hace más hombre (...) por consiguiente, en muchas situaciones son necesarios cambios radicales y urgentes para volver a dar a la agricultura el justo valor como base de una sana economía, en el conjunto del desarrollo de la comunidad social. Por lo tanto es menester proclamar y promover la dignidad del trabajo, de todo trabajo, y, en particular, del trabajo agrícola, en el cual el hombre,



de manera tan elocuente, somete a la tierra recibida en don por parte de Dios y afirma su dominio en el mundo visible"⁹.

2.3 El trabajo en la Administración Pública: Disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos¹⁰.

En el capítulo IV "De la función pública" de la Constitución (artículos 39° a 42°) se regulan determinadas disposiciones respecto de los funcionarios y servidores públicos. De la interpretación de dichas disposiciones y otras que resulten relevantes en función de lo discutido en el presente caso, se desprenden los siguientes contenidos de relevancia constitucional:

- a) La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (Expediente N.º 00025-2005-PUTC y otro, FJ 52).

El concepto "función pública" en el derecho de acceso a la función pública comprende dos tipos de función que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por

⁹ STC Exp. N° 0027-2006-PI, fojas 62.

¹⁰ STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas 4 al 8.



funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa -a la que se designa específicamente como "cargo"- ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31^o, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de Presidente de la República, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración estatal regional o municipal, y, desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible.

Conforme a lo expuesto, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

- b) La carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional. Al respecto, el artículo 40^o de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador. (Exp. N.º 00008-2005-PUTC FJ 44).
- e) Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa. El artículo 40^o de la Constitución establece que "La ley regula el ingreso



a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos". Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley. La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

En diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda el principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal. Dicha reserva legal debía entenderse como una de "acto legislativo", y que la misma no era omnicompreensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley -como puede ser el caso de una ordenanza municipal por ejemplo-, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad.

Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que "G.) no es posible



interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica" (Opinión Consultiva 6/86, párrafo 26), y que la "G...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado" (párrafo 27). Sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no "(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafo 36).

- d) Prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos. De una interpretación literal del capítulo IV de la Constitución, sobre la "función pública", es evidente la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, estableciendo sus objetivos principales ("que están al servicio de la Nación"); que existe una carrera administrativa y que el ingreso a ésta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante ley; quiénes no están comprendidos en dicha carrera administrativa; determinadas obligaciones de los funcionarios y servidores públicos; la exigencia de que por ley se establezcan las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles de éstos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros asuntos.



Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes.

- e) Acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PUTC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de



toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (FJ 50).

2.4. La incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"¹¹.

- a) Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

- b) En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad

¹¹ STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas al 10.



estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012-PI/TC FJ 56).

- c) No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: "Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles". Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67.º de la referida ley.
- d) Asimismo, según lo previsto en la Ley N.º 30057, se busca garantizar que el principio del mérito esté presente tanto en el ingreso como en la permanencia del personal, por lo que el acceso a los puestos del referido régimen laboral se dará mediante concursos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso también estará regido por concursos de méritos. Del mismo modo, en el Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley General del Servicio Civil, se regula el acceso al servicio civil mediante concurso público de méritos (artículos 161.º, 165.º y siguientes).
- e) De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto. Esto unificará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, ente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte



ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.

- f) Los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no sólo deberán evaluar en los participantes : i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursará, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza .

- g) En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 supra, cabe establecer que cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

- h) En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y



vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de confianza, a quienes no les corresponde la reposición.

- i) En esa perspectiva, este Tribunal, en su jurisprudencia, ha establecido que en los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para que un ex trabajador sea reincorporado, cuando se interponga y admita una demanda debe registrarse como una posible contingencia económica que es necesario prever en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimatoria (SSTC N° 34700-2012-PA!TC, 00404-2013-PA!TC, 04763-201 LPA!TC, 01214-2012-PA!TC, 00276-2013-PAffC, 04225-2012-PAfTC, entre otros), siempre y cuando se verifique que el demandante ha ingresado mediante concurso público de méritos y abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.



2.5. El Precedente Vinculante en el caso Huatuco¹²:

El Tribunal Constitucional ha establecido como PRECEDENTE VINCULANTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia:

1. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.
2. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

¹² STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas 10 al 12.



En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.º 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.º 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.º de la mencionada Ley N.º 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD)



Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11.º y la Novena Disposición Final de la Ley N.º 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

3. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
4. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal



de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

5. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.



2.6. Relación entre Constitución y Administración Pública:

La relación entre Constitución y Administración Pública es tan evidente y significativa que esta última tiene que proceder de acuerdo con las disposiciones que establece la máxima norma. No en vano señalaba el maestro español García de Enterría que el Derecho Administrativo es la última concretización de la Constitución. La administración es, pues, un concepto que engloba al conjunto de organizaciones estatales que realizan la función administrativa del Estado de acuerdo con un ordenamiento jurídico vigente y, por su función, se pone en contacto directo con la ciudadanía a través de su poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata.

Bajo la directriz de la Constitución Política, la Administración Pública ejerce sus más diversas potestades administrativas (inspectora, ordenadora, prestadora, de inspección, sancionadora y de solución de controversias) con el objetivo de servir al interés general, pero respetando siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el respeto general del ordenamiento jurídico nacional. Pero en este punto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional juega un rol sumamente relevante, porque son los criterios de este Tribunal los que fijan la orientación y sentido de la actuación o desarrollo de la Administración Pública. Ella sirve para consolidar el respeto a los derechos fundamentales en sede administrativa y, particularmente el principio de legalidad que sustenta el ámbito del Derecho Público, de modo que el Estado no rebase sus atribuciones. Se logra con ello evitar que se incurra en arbitrariedades haciendo uso abusivo del *ius imperium*.

El quehacer diario del Estado presenta un importante componente contractual. A varios niveles de la Administración Pública se contrata con los particulares a fin de adquirir bienes, servicios, vender o



arrendar, así como atribuyéndoles derechos y obligaciones para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura. La Administración consiente en acudir a esta figura jurídica que, desde la teoría general del Derecho o de una teoría general del contrato, presenta como característica primaria la obligatoriedad de sus términos y, derivada de ella, la inhabilidad de las partes contratantes para desentenderse de dichas obligaciones, sea modificando lo convenido, sea extinguiéndolo.

Pero cuando la administración pública contrata es innegable que detrás de ella hay una función administrativa llevada a cabo y que se expresa en un sinnúmero de actos y hechos puestos al servicio del interés público, elementos que supondrán brindar una cobertura especial a los contratos suscritos, sea a través de una normativa especial o sectorial, como también en reconocerle sendas situaciones de ventaja respecto de sus cocontratantes que generalmente se entienden como prerrogativas -derivadas de su *ius imperium*-, las cuales en el tráfico jurídico común entre privados no es posible ostentar¹³

¹³ Carlos R. Santos Loyola, *La Administración Pública en la Constitución*, Primera Edición, Julio 2009, Gaceta Jurídica, pág. 5 al 13



3. Planteamiento del Problema

Desde la dación del precedente Huatuco, el 16 de abril de 2015, muchos han sido las reacciones que se han dado al respecto, muchos en contra y algunos a favor.

La gran mayoría de posturas negativas provienen de la clase trabajadora, entre ellos los sindicatos de trabajadores del Perú, de algunos Juristas estudiosos en materia laboral hasta de los propios magistrados del mismo TC y del Poder Judicial.

Muchas son las posturas negativas al respecto, el principal claro está, que se dice que dicho precedente representa un claro retroceso en los derechos de los trabajadores, que ya no existiría en el Perú la estabilidad laboral, que se ha vulnerado ciertos derechos fundamentales, entre ellos la dignidad de la persona.

De las pocas posturas a favor del precedente, postura que asumimos desde un principio, incluso desde mucho antes de la dación de dicha regla jurisprudencia!, radica en el sentido de que un Estado en vías de desarrollo en un mundo moderno y globalizado, en donde el interés general debe primar sobre el interés particular, y sobre todo donde debe prevalecer primero el respeto a la Ley, que la administración pública cumpla con su finalidad de servir al pueblo con eficacia y eficiencia; consideramos que esto sucederá, entre otros factores, cuando se incorporen servidores públicos altamente calificados a través de un proceso de selección con igualdad de condiciones y oportunidades para toda nuestra clase trabajadora profesional del país, sin discriminación política.

Consideramos un retroceso considerar que servir al pueblo es servir a cualquier cosa y que como tal, muy aparte de que la gran mayoría de la clase politiquera ve al servicio público como un "negocio" para hacer dinero, el hecho que se tenga que incorporar material humano que en su gran



mayoría y en el mejor de los casos no tienen la formación adecuada, no tiene la capacitación y/o especialización adecuada. En el peor de los casos, no tienen siquiera secundaria completa.

El problema parte de allí, no solo basta con decir que todos tenemos derecho a trabajar y elegir nuestro trabajo, o que tenemos derecho a estabilidad laboral, sino que dichos derechos deben satisfacerse con pleno respeto a la ley, no con fraude, sino que el trabajo elegido corresponda a nuestra profesión u oficio, que no perjudique o limite el ejercicio de los derechos de terceros o entre en conflicto con el interés general.

3.1. Pregunta General:

¿Por qué se dice que el precedente Huatuco es un claro retroceso en los derechos de los trabajadores?

3.2. Preguntas Específicas:

./ ¿Por qué razones muchos consideran que el precedente huatuco es contrario a las normas internacionales, constitucionales y legales referidas al derecho del trabajo?

./ ¿Qué efecto tiene el precedente huatuco en los demás regímenes laborales existentes en la administración pública peruana?

./ ¿En qué condiciones la inaplicación o apartamiento del precedente huatuco coadyuva a una administración pública eficaz y eficiente en el marco de la modernización del Estado?



4. Objetivos

4.1. Objetivo General:

El trabajo tiene como objetivo principal establecer si el precedente Huatuco representa un claro retroceso en relación a los derechos de los trabajadores.

4.2. Objetivo Específico:

A partir del objetivo general ya señalado, nuestros objetivos específicos se basa en:

- ./ Establecer si el citado precedente constitucional es contrario a las normas convencionales, constitucionales y legales.
- ./ Si dicho precedente es aplicable a todos los regímenes laborales existentes en la administración pública peruana.
- ./ Si la inaplicación o apartamiento del referido precedente coadyuva a una administración pública eficaz y eficiente en el marco de la modernización del Estado.



5. Métodos

5.1. Elección del método científico

Para la realización del presente trabajo, utilizaremos el método descriptivo explicativo de investigación científica, que son aquellos trabajos donde se muestra preocupación, se centra en determinar los orígenes o las causas de un determinado conjunto de fenómenos, donde el objetivo es conocer porque suceden ciertos hechos a través de la delimitación de las relaciones causales existentes o, al menos, de las condiciones en que ellas producen.

Este, es el tipo de investigación que más profundiza nuestro conocimiento de la realidad, porque nos explica la razón, el porqué de las cosas y es por lo tanto más complejo y delicado pues el riesgo de cometer errores aumenta considerablemente.

5.2. Punto de partida del problema

Tomando como referencia el tipo de investigación científica tomada en este trabajo, a fin dilucidar el problema planteado reproduciremos la entrevista realizada al magistrado Ornar Toledo, Presidente de la Cuarta Sala Laboral de Lima¹⁴.

ENTREVISTA AL MAGISTRADO OMAR TOLEDO, PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA LABORAL DE LIMA

¿Qué opinión tiene sobre el precedente Huatuco?

El precedente Huatuco afecta derechos constitucionales y, sobremanera, principios del derecho laboral que han sido establecidos por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia laboral. Me refiero a la primacía de la realidad, a los principios de continuidad y protector, así como al contemplado en el artículo 23 de la Constitución que establece que ninguna relación laboral puede menoscabar la dignidad del trabajador. Asimismo, afecta el principio de progresividad de los

¹⁴ Actualidad Jurídica, La Ley, Setiembre 2015, pág. 46-47.



derechos laborales que, junto con el de primacía de la disposición más favorable a la persona humana, constituyen principios laborales de segunda generación. También afecta el principio de igualdad en las relaciones laborales y, finalmente, el de no contradicción con los actos propios.

¿Un juez laboral podría aplicar el precedente huatuco?

El precedente vinculante está regulado en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y, como tal, tiene carácter normativo; esto es, se asimila a una norma jurídica y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento. Evidentemente, uno puede expresar su opinión contraria, como lo hemos hecho en nuestros pronunciamientos. Sin embargo, considero que deben acatarse dentro de sus términos y, en ese sentido, nosotros hemos desarrollado en nuestros pronunciamientos la figura del *distinguishing*.

¿Cómo ha venido aplicando el *distinguishing*?

Se trata de identificar el supuesto de hecho que ha servido para la emisión del precedente vinculante y, en este caso, es una trabajadora que labora bajo un contrato sujeto a modalidad, que había sido objeto de un despido incausado y que solicitaba su reposición. El TC, en el precedente Huatuco, establece que solo podrán tener derecho a la reposición los trabajadores que hayan ingresado previo concurso público y exista plaza presupuestada vigente, quiere decir, los trabajadores comprendidos en el D.Leg. N° 728, quienes estaban amparados por la presunción de laboralidad establecida en el artículo 4 de su TUO. Si no se dan estas condiciones, no es posible que el trabajador pueda lograr su reposición en su puesto de trabajo.

Pero la constitución no reconoce en estricto la reposición frente a un despido arbitrario ...



La Constitución, en el artículo 27, garantiza la adecuada protección frente al despido y, en ese sentido, existen pactos internacionales como el Protocolo de San Salvador, el cual establece que esta protección puede ser la reposición o una indemnización. Y precisamente esto hay que analizarlo de cara al principio de progresividad y no regresividad de los derechos laborales que están establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen que la proyección de los derechos laborales es ir creciendo y no retrocediendo. Es decir, por tratarse de derechos vinculados a la dignidad de la persona, si nosotros hemos logrado determinado estatus a través de las sentencias del TC, ya sea en el caso Baylon Flores o en el caso Llanos Huasca (en los que el propio tribunal Constitucional ha desarrollado las figuras de despido fraudulento y del despido incausado reforzando ya lo previsto en el D.Leg. N° 728 acerca del despido nulo), dado el avance y la regulación de los derechos laborales, no podríamos retroceder. Pero lastimosamente, la sentencia del caso Huatuco constituye un claro retroceso.

¿Cree que el sistema de precedente vinculante que existe en nuestro ordenamiento es compatible con la independencia judicial?

El TC es el tribunal de cierre del sistema constitucional. Pero, precisamente en virtud de la independencia judicial que garantiza la Constitución, nosotros podemos distinguir determinados supuestos que no están considerados dentro del precedente vinculante. Y en ese sentido, a través de la figura del *distinguishing* hemos identificado algunos casos que no forman parte de lo abarcado por el precedente. Así, no sería de aplicación cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición, sino que, al existir prestación de servicios vigentes, se pide la declaración de existencia de relación laboral de tiempo



indeterminado por primacía de la realidad en los casos de locación de servicios o la desnaturalización de contratos modales o contratos CAS, esto además por interpretación a *contrario sensu* del fundamento 10 del auto aclarado del precedente del caso Huatuco.

¿En qué otros casos no se aplicarían el precedente Huatuco?

No se aplicaría el precedente huatuco cuando no existe el vínculo laboral vigente y la demanda contiene la solicitud de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado pro primacía de la realidad, contrato de locación de servicios, o la desnaturalización de contratos modales y contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el cas, indemnización por caso de despido arbitrario. Tampoco se aplicaría el precedente cuando la demandada sea una de las instituciones excluidas de la Ley Servir, como es en el caso de los obreros municipales, o de trabajadores estatales que no están comprendidos en la función pública por mención expresa del artículo 40 de la constitución. Igualmente, no podía aplicarse el precedente cuando estemos ante un despido discriminatorio por ser portadora del VIH, por su actividad sindical o una trabajadora embarazada.

¿Habría otros casos?

Si, a mi criterio, tampoco sería de aplicación este precedente a los trabajadores que han sido contratados temporalmente de acuerdo al D.Leg. N° 276 o aquellos trabajadores que se acogen a la Ley N° 24041, que son trabajadores públicos que han desarrollado labores permanentes durante un año. Tampoco sería de aplicación cuando se interpongan nuevas demandas sobre desnaturalización de contratos ni cuando el trabajador ya ha logrado una sentencia que le declare trabajador a tiempo indeterminado, o cuente con una resolución administrativa, pues en este caso existe la cosa decidida.



5.3. Análisis comparativo del problema. Posturas negativas vs posturas positivas.

Resumiendo la postura negativa diferenciadora del magistrado Ornar Toledo, y la postura positiva de nuestra parte tenemos en cuanto al problema principal el siguiente análisis.

1. ¿Por qué se dice que el precedente Huatuco es un claro retroceso en los derechos de los trabajadores?

Precedente Huatuco	
Posturas negativas	Posturas positivas
<p>Al igual que el magistrado Ornar Toledo, muchos consideran al precedente Huatuco como un retroceso en los derechos de los trabajadores porque:</p> <p>Afecta los principios de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Primacía de la realidad • De continuidad • Protector • Dignidad del trabajador, • Progresividad y no regresividad de los derechos laborales • Además de los principios, que el precedente va en contra de los tratados internacionales en materia de protección frente al despido. 	<p>Al igual que la mayoría de los magistrados del TC, algunos consideramos al precedente Huatuco no como un retroceso sino como un avance en materia laboral, porque prima entre ellos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El principio de igualdad, mediante el cual todos los profesionales peruanos tienen la oportunidad de acceder a un empleo. • El principio de meritocracia, a través del cual cualquier ciudadano peruano accederá a un puesto de trabajo a base de calificaciones y aptitudes profesionales y personales óptimas.



	<ul style="list-style-type: none">• El derecho a no ser discriminado por razón de ideología política. Hoy en día la administración pública viene siendo usado como una agencia de empleos que satisface o responde a favores políticos. Si no eres del partido gobernante de turno no tienes oportunidad de laborar.• Sobre todo, lo más importante, el principio de legalidad, mediante el cual la administración pública debe ajustar su actuación, a las normas convencionales, constitucionales y legales.• En cuanto a los principios que se dice afecta el citado precedente, consideramos que estas no se encuentran limitadas o afectadas sino muy por el contrario estas hallaran legitima vigencia a partir del cumplimiento del mandato legal, esto es, ingresar a la administración pública por mérito propio, en igualdad de condiciones.
--	--



1.1. ¿Por qué razones muchos consideran que el precedente huatuco es contrario a las normas internacionales, constitucionales y legales referidas al derecho del trabajo?

Precedente Huatuco	
Posturas negativas	Posturas positivas
<p>Los que sostienen que el precedente Huatuco es contrario a las normas internacionales, constitucionales y legales referidas al derecho del trabajo, básicamente son los que consideran que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1996), estableció como compromiso (acápito 1) que: "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomaran medidas adecuadas para garantizar este derecho". 	<p>Los que sostienen que el precedente Huatuco no es contrario a las normas internacionales, constitucionales y legales referidas al derecho del trabajo, básicamente son los que consideran que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si bien es cierto que el Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de otros pactos y/o tratados, reconocen el derecho a trabajar; sin embargo, consideramos que el juzgador hace una errónea interpretación al reducir dicha norma solo al ámbito individual. La norma citada se proyecta en sentido general, es decir a toda persona, que comprende el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

<ul style="list-style-type: none">• Que la constitución Política del Estado en sus articulo Artículos 2, inciso 15 y Articulo 22, del cual se desprende que, toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a Ley, que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.• Asimismo que, según el Art. 27, se otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. El juzgador ha brindado un contenido único al despido incausado: la reposición al centro de trabajo.	<ul style="list-style-type: none">• Igualmente la Constitución del Estado en su artículos 2 inciso 15 y artículo 22, nos habla del derecho de todo ciudadano peruano de trabajar libremente con sujeción a ley, además de que el trabajo es un deber y un derecho como base de bienestar social y un medio de realización de la persona. Nuevamente aquí se proyecta la norma en sentido general, amplio, por lo que mal diríamos que dichos preceptos están referidos a unos individuos o solo a la administración pública.• En cuanto a lo que establece el art. 27 de la Constitución, en el Perú, en el régimen laboral público, no existe una norma específica que regule la protección contra el despido arbitrario, que prevea la indemnización, reposición, seguro de desempleo u otra forma de protección prevista legalmente. El juzgador opta por la reposición como única alternativa.
---	---



1.2. ¿Qué efecto tiene el precedente huatuco en los regímenes laborales existentes en la administración pública peruana?

En el Perú, existen diversos regímenes laborales, en cuanto a la Administración Pública tenemos que la mayor concentración del recurso humano se encuentra en los siguientes regímenes laborales¹⁵:

- ../ D.Leg. N° 1057, Ley que regula el Contrato Administrativo de Servicios.
- ../ D.Leg. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- ../ D.Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Igualmente, tenemos con una menor presencia de recurso humano a los regímenes laborales especiales siguientes:

- ../ La carrera de los profesionales de la salud
- ../ La carrera de los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud
- ../ La carrera pública del profesorado y la carrera pública magisterial
- ../ La carrera de los docentes universitarios
- ../ La carrera diplomática
- ../ La carrera judicial
- ../ Las carreras especiales de las fuerzas armadas
- ../ La carrera policial
- ../ La carrera penitenciaria
- ../ La carrera fiscal

¹⁵ Autoridad Nacional del Servicio Civil, "El Servicio Civil Peruano, Antecedentes, Marco Normativo Actual y Desafíos para la Reforma", a o de 2012, pág. 19.



Teniendo en cuenta que los regímenes más importantes que acogen la mayor cantidad de trabajadores en el sector público se encuentran regulados por el D.Leg. N° 1057, D.Leg. N° 276 y D.Leg. N° 728, a continuación explicaremos porque un sector está de acuerdo con que el precedente vinculante se aplique a los demás regímenes laborales y otro sector que se opone a su aplicación extensiva, basándose únicamente que dicho precedente debe aplicarse en el régimen del D.Leg. N° 728, caso en el que fue desarrollado.

1.2.1. Posturas positivas

Recogiendo las aclaraciones dadas en el Auto del TC¹⁶, respecto de la Sentencia Recaída en el Exp. 05057-2013-AA/TC (caso Huatuco), en el que se estableció el precedente vinculante materia de investigación, consideramos que el mismo debería aplicarse en los regímenes laborales del D.Leg. N° 1057, D.Leg. N° 276, y otros regímenes permitidos por Ley.

El Tribunal Constitucional en dicha resolución aclaratoria nos dice:

"Asimismo, en el ámbito del Tribunal Constitucional, en un proceso de inconstitucionalidad en el que se declaró constitucional el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), se sostuvo que "se puede extraer, como segunda conclusión, que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto" (Expediente 00002-2010-PlffC, fundamento 30). En el punto resolutivo 4 de dicho

¹⁶ STC. Exp. 05057-2013-AA/TC, Auto Aclaratorio del TC, de fecha 07 de Julio de 2015, pág. 1-4.



expediente se dispuso lo siguiente: "De conformidad con los artículos 81 y 82 del C.P.Cons., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales".

"Es claro que tanto las decisiones antes mencionadas, entre otras, como aquel contrapuesto conjunto de decisiones que no toma en cuenta la exigencia de concurso público para una plaza presupuestada y de duración indeterminada (fundamento 5 de la sentencia) configuran divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, lo que justifica que el Tribunal Constitucional fije una posición interpretativa que resuelva dichas divergencias".

"Por tanto, se cumple el supuesto "a" establecido en los Expedientes 00024-2003-AlffC y 03741-2004 para el dictado de un precedente vinculante, correspondiendo aclarar el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA, en el sentido expuesto en los fundamentos 2, 3 y 4 del presente.

"También debe aclararse que una lógica consecuencia del precedente de autos, que resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, es que: i) en cada institución pública se deberán actualizar los respectivos Cuadros de Asignación de Personal (CAP); ii) se deberá convocar prontamente a concurso público aquellas plazas presupuestadas y de duración indeterminada que existan en cada entidad pública; y iii) se deberán realizar las gestiones necesarias para la ampliación del



número de plazas presupuestadas y de duración indeterminada que se requiere en cada institución estatal, lo que deberá ser considerado en la respectiva Ley de Presupuesto General de la República".

"Finalmente, es necesario insistir que el precedente de autos ha tenido por finalidad instaurar un conjunto de reglas jurisprudenciales sobre asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se han manifestado en la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, destacando, entre otros aspectos, la importancia de la meritocracia en el acceso y permanencia en la Administración Pública, la misma que no sólo constituye un principio consustancial del derecho de acceso a la función pública en condición de igualdad, sino también una exigencia que vincula constitucional y legalmente de forma ineludible a todos".

Estando a la posición dada por el supremo Tribunal, concluimos precisando que dicha regla normativa debería aplicarse también en los casos similares que versen sobre los regímenes del D.Leg. N.º 1057 y D.Leg. N.º 276, dado que en ambos se precisa que:

"El ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición".
Artículo 28 º del D.S. N.º 005-90-PCM, Reglamento del D.Leg.

Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

"Para suscribir un contrato administrativo de servicios las entidades públicas deben observar un procedimiento que incluye las siguientes etapas: preparatoria, convocatoria, selección, suscripción y registro de contrato. Art. 3º del D.S. Nº 075-2008-PCM, Modificado por D.S. Nº 065-2011-PCM Reglamento del D.Leg. Nº 1057, que regula el contrato administrativo de servicios.

1.2.2. Posturas Negativas

Los críticos del precedente Huatuco han encontrado una fórmula para evadir su aplicación desarrollando la figura de *distinguishing*.

Estos afirman que, a través de la figura del *distinguishing* se ha identificado algunos casos que no forman parte de lo abarcado por el precedente.

Así, no sería de aplicación cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición, sino que, al existir prestación de servicios vigentes, se pide la declaración de existencia de relación laboral de tiempo indeterminado por primacía de la realidad en los casos de locación de servicios o la desnaturalización de contratos modales o contratos CAS, esto además por interpretación a contrario sensu del fundamento 10 del auto aclarado del precedente del caso Huatuco.

Sostienen igual, que no se aplicaría el precedente huatuco cuando no existe el vínculo laboral vigente y la demanda contiene la solicitud de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad, contrato de locación de servicios, o la desnaturalización de contratos modales y contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el caso,



indemnización por caso de despido arbitrario. Tampoco se aplicaría el precedente cuando la demandada sea una de las instituciones excluidas de la Ley Servir, como es en el caso de los obreros municipales, o de trabajadores estatales que no están comprendidos en la función pública por mención expresa del artículo 40 de la constitución. Igualmente, no podía aplicarse el precedente cuando estemos ante un despido discriminatorio por ser portadora del VIH, por su actividad sindical o una trabajadora embarazada.

Finalmente, creen que habría otros casos en que tampoco sería de aplicación este precedente a los trabajadores que han sido contratados temporalmente de acuerdo al D.Leg. N° 276 o aquellos trabajadores que se acogen a la Ley N° 24041, que son trabajadores públicos que han desarrollado labores permanentes durante un año. Tampoco sería de aplicación cuando se interpongan nuevas demandas sobre desnaturalización de contratos ni cuando el trabajador ya ha logrado una sentencia que le declare trabajador a tiempo indeterminado, o cuente con una resolución administrativa, pues en este caso existe la cosa decidida.

Sobre esta posición, creemos que la figura del *distinguishing* podría aplicarse en alguno de los casos allí mencionados, como por ejemplo el pago de beneficios sociales.

Creemos también que, no solo la reposición es una forma de proteger al trabajador frente a un despido, sino que podría operar la indemnización, entre otras fórmulas que la ley establezca.

Consideramos si el trabajador tenía un contrato temporal, la manera más adecuada de resarcir el daño ocasionado sería disponiendo una indemnización, más no con una reposición laboral que de hecho le convierte en un trabajador a plazo indeterminado.



Tratamiento que no estaría amparado por cuando éste no fue contratado ni ingreso por concurso público para una plaza de tal naturaleza.

Sostenemos que esta manera indiscriminada de hacer justicia en nuestro país (reposición laboral) cada vez más nos lleva a la deriva como país, cada cuatro o cinco años, cuando se releven los gobiernos de turno se presentan ante el Poder Judicial un sinnúmero de demandas laborales, aduciendo despido arbitrario, estas son repuestas al centro laboral, lo que sumado a los que contrató el nuevo gobierno se genera en un caos económico y administrativo que afecta gravemente el interés general de los ciudadanos, esto es, los servicios públicos.

1.3. ¿En qué condiciones la inaplicación o apartamiento del precedente huatuco coadyuva a una administración pública eficaz y eficiente en el marco de la modernización del Estado?

Los que sostienen que el precedente Huatuco es una regla jurídica que va en contra de los principios convencionales y constitucionales, consideran que el derecho y la oportunidad de trabajo es de algunos y no de todo los ciudadanos, y cuya protección al despido únicamente hallan reparo en la reposición al centro laboral convirtiéndolos en servidores con vínculo laboral indeterminado, sin que de por medio el reclamante haya en principio accedido al empleo a través de un concurso público de méritos en igualdad de condiciones para todos y no con fraude obedeciendo a un favor político.

A manera de ilustración, con el propósito de explicar las razones por el cual el acceso al empleo público en una plaza de naturaleza indeterminada debe ser a través de un concurso público de méritos en igualdad de condiciones; de los resultados de la encuesta realizada en



una población de cincuenta (50) trabajadores en la Municipalidad Provincial de Mariscal Ramón Castilla, muestra que el 50% fue reincorporado judicialmente, 50% tiene más de quince (15) años de servicios, el 100% no ingresó por concurso público, solo el 30% tiene grado de instrucción superior, el 70% tiene una carrera profesional que no está relacionada a su labor, el 10% está capacitado para desempeñar sus labores.

ENCUESTA LABORAL A PERSONAL MUNICIPAL

1. ¿Fue reincorporado judicialmente?

SI NO **D**

2. ¿Cuántos años presta servicios a la entidad edil?

Menos de 5 D Más de 5 y menos de 10 D

Más de 10 y menos de 15 D Más de 150

3. ¿Cuándo inicio su relación laboral por primera vez con la entidad lo hizo porque gano un concurso público? SI D NO D

4. ¿Cuál es su grado de instrucción?

Secundaria completa D Secundaria incompleta D

Superior completa D Superior incompleta D

5. ¿La carrera profesional que estudió está relacionado a su labor?

SI **D** NO **D**

6. ¿ha recibido capacitación para el desempeño de sus labores?

SI **D** NO **D**



Lo que mostramos a partir del resultado de esta encuesta es el fiel reflejo de lo que hoy en día sucede en todos los aparatos del Estado, es decir, el potencial humano que toma las riendas del servicio público a la ciudadanía en general.

Cada vez más se va perdiendo el respeto a la Ley, al principio de igualdad y de meritocracia, se va haciendo más ajeno a la verdadera necesidad de cambio en la Administración Pública, más prima el favoritismo político, el fraude a la ley, y los juzgadores no están ajeno a ello, pues con un criterio cerrado y equívoco, con las reincorporaciones laborales, vienen contribuyendo a ello, a que el servicio al país es cualquier cosa menos un privilegio, un mérito.

Hoy en día la posición que adoptamos se ve reflejada en cifras oficiales del Gobierno, así tenemos que la ejecución del presupuesto público al primer semestre del ejercicio fiscal 2015 alcanzó una cifra desalentadora¹⁷.

1. Avance de Ejecución de Inversiones de los tres niveles de gobierno.

Al término del Primer Semestre del 2015, el sector público del Perú registró un avance en la ejecución de inversiones de 29.1%; el conjunto de los gobiernos regionales, registra un mayor avance que el gobierno nacional y los gobiernos locales.

¹⁷ Ranking de Ejecución de Inversiones del Sector Público del Perú: Año Fiscal 2015 (Al Primer Semestre), Juan Carlos Eguren -euenschwander, Congresista de la República, Lima, Julio de 2015, pág. 2-3.

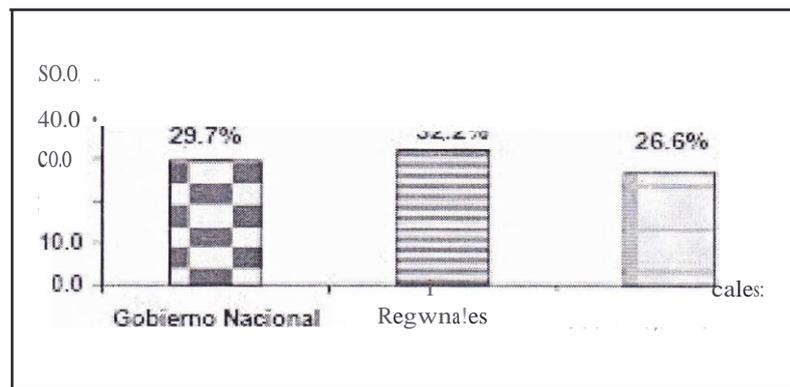


Avance de Ejecución de Gastos de Inversión en relación al Marco Presupuestal: Año 2015 {al Primer Semestre} {En Nuevos Soles y Porcentajes}

Nivel del Gobierno	Marco Presupuestal de Inversiones	Monto Ejecutado	Avance %
GOBIERNO NACIONAL	18,565,718,368	5,509,006,684	
GOBIERNOS REGIONALES	6,012,465,191		32.2
GOBIERNOS LOCALES	11,186,531,205		26.5
TOTAL	35,964,720,764		29.1

Fuente: Elaborado en base a cifras del MEF

Avance: porcentual de ejecución de inversión en relación al marco presupuestal por niveles de gobierno
Año 2015 (al primer semestre)



Fuente: Elaborado en base a cifras del MEF.

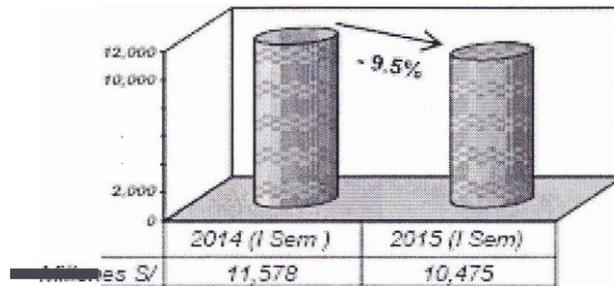
2. Comparativo del Avance de Ejecución de Inversiones

La ejecución de Inversiones del Sector Público al Primer Semestre del año 2015 arroja los siguientes resultados:

- ./ El monto ejecutado (S/. 10,475 millones) en el 2015 (Primer Semestre) es menor en 95% a lo ejecutado en el 2014 (Primer Semestre).
- ./ En términos de avance porcentual de ejecución, en el 2015 (Primer Semestre) se alcanzó un ratio inferior (29.1 %) respecto al logrado en el Primer Semestre del 2014 (31.2%).

Montos de Ejecución de inversiones por el Sector Público del Perú:
2015 (I Sem) versus 2014 (I Sem)

(En Millones de Nuevos Soles)

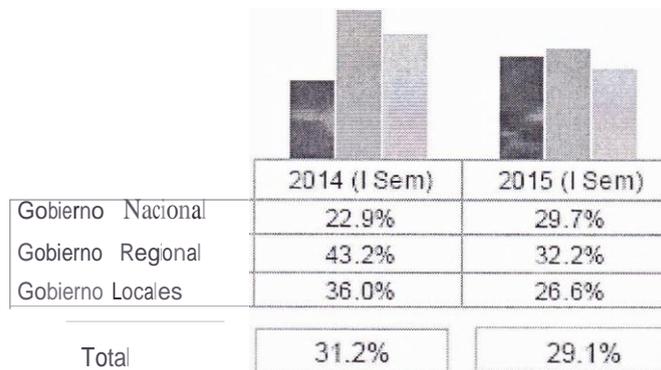


Fuente: Elaborado en base a cifras del MEF.

El monto ejecutado en inversiones al 30 de junio 2015 (S/. 10,475 millones) es inferior al registrado el 2014 (S/. 11,578 millones), es decir que se invirtió *S/.* 1,103 millones menos.

Comparativo del Avance Porcentual de Ejecución de Inversión del Sector Público del Perú :
2015 (I Sem) versus 2014 (I Sem)

(En Porcentaje)



Fuente: Elaborada en base a cifras del MEF.

El avance porcentual de ejecución de inversiones del conjunto de entidades del Sector Público, al término del Primer Semestre del año



2015, alcanzó el 29.1 %, porcentaje inferior al registrado en el mismo período del 2014 (31.2%).

Respecto de los datos sobre ejecución del presupuesto de inversiones del sector público al primer semestre del año fiscal 2015, creemos que uno de los factores que limitan la ejecución presupuesta es la falta de recursos humano calificado en las entidades del Estado, he ahí la importancia y la necesidad de incorporar personal calificado, a través de concurso público de méritos en igualdad de condiciones para todos.

Sostenemos que, al igual que la deficiente ejecución del presupuesto público, cada año, por no decir cada mes, el costo de la planilla del estado se va incrementando considerablemente, perjudicándose gravemente el interés general, ya que ellos, los ciudadanos de a pie, a cada día, son los que más sufren las consecuencias de un estado ineficiente en el servicio.

Así tenemos que actualmente el costo de la planilla del Estado alcanza los S/.12.317 millones y abarca a los servidores comprendidos en los tres regímenes laborales generales: D.Leg. 276 (carrera administrativa), D.Leg. 728 (régimen privado) y D.Leg. 1057 (contrato administrativo de servicios-CAS). Fuente: MEF.

6. Resultados y Discusiones

En un mundo globalizado y competitivo, en el marco de la modernización del estado cuyo horizonte es el avance en su desarrollo, es necesario implementar políticas que hagan posible el ingreso de personal calificado para el servicio a la nación, con méritos y aptitudes profesionales y personales óptimos, a través de concurso público y abierto, con sujeción al



principio de igualdad y oportunidades para todos. En ese sentido el Precedente Huatuco coadyuva a dicho propósito.

Resulta discutible el apartamiento del PRECEDENTE HUATUCO a través de la técnica del *distinguishing*, en algunos casos, como el pago de beneficios sociales.

7. Conclusiones y Recomendaciones

El presente trabajo de investigación concluye y recomienda:

7.1. Conclusiones

1. El precedente HUATUCO, no constituye un retroceso en los derechos laborales de los trabajadores básicamente porque el derecho al trabajo y la oportunidad para acceder a ella es de todos, no de uno; en consecuencia, lo que debe primar para el acceso a un empleo en plaza vacante de carácter indeterminado es el concurso público de méritos abierto para todos en igualdad de condiciones.
2. El precedente HUATUCO, no resulta contraria a las normas convencionales, constitucionales y legales por las razones dichas anteriormente.
3. El citado precedente, como una iniciativa para lograr el cambio y la concreción de las reformas en marcha, debería aplicarse a los demás regímenes laborales, consideramos que así debería hacerse, sin embargo, algunos juzgadores vienen apartándose de su aplicación a través de la figura del *distinguishing*.
4. El apartamiento del precedente Huatuco podría darse a partir de la figura del *distinguishing*, solo en algunos casos, como el pago de beneficios sociales.
5. No existe en el país una norma legal específica que regule la protección adecuada contra el despido arbitrario contenida en el Art. 27 de la Constitución, en consecuencia, el juzgador como única medida de protección opta por la reposición laboral, haciendo posible con ello el incremento indiscriminado de la población laboral en la administración pública con relación laboral indeterminada, cuyo costo para el pago de planillas se incrementa cada vez más,



perjudicándose gravemente el servicio público, es decir el interés general.

6. No existe una norma específica que regule los procesos de selección de personal, específicamente, los criterios de evaluación tanto curricular, de conocimiento y psicológico, y la entrevista personal. Creemos que en aras de cultivar una sana administración, con honestidad y transparencia, deberían regularse tales condiciones, en donde la evaluación curricular, de conocimiento y psicológico deberían contener el mayor puntaje del total en relación a la entrevista personal.
7. La responsabilidad civil y administrativa en la contratación de un personal para la administración pública es del titular del pliego, y solidariamente los jefes de recursos humanos o de servicios; en tal sentido, se debería implementar una norma que faculte al juzgador a imponerle una multa o en su defecto asumir el costo de la indemnización laboral.
8. Concluimos igual que, tanto el empleador como el empleado convienen mutuamente para ingresar al empleo público al margen de los procedimientos establecidos por la ley, consideramos que de por medio prima el favoritismo político o la amistad, en ese sentido, ¿Cómo se explicaría su vínculo laboral? ¿acaso para contratar la administración pública está facultado para actuar con discrecionalidad, en privado?.
9. La inobservancia de las reglas contenidas en el precedente Huatuco o su apartamiento a través de la figura del *distinguishing*, no coadyuva a una administración pública eficaz y eficiente en el servicio público, los reflejos se muestran por ejemplo en la ejecución del gasto público. No tenemos suficiente personal calificado al



servicio de la nación, ello se debe a que el juzgador opta como única medida de protección frente al despido la reposición laboral, convirtiéndolos en trabajadores permanentes con vínculo indeterminado, de ellos mayormente sin contar con el perfil mínimo para el servicio.

10. Si tendríamos una Constitución que regule el derecho al trabajo como lo regula la Constitución brasileña, claro ejemplo de progreso y desarrollo, ninguna de estas divergencias se estarían presentando hoy en día. Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 5: "Todos son iguales ante la ley sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) XIII) Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las calificaciones profesionales que la Ley establece".

11. Finalmente, a manera de reflexión concluimos precisando que el servicio al país implica servir a todos, en tal sentido, debería ser un privilegio y un placer servir; en la realidad esto no es así, pocos son los servidores públicos que sienten al servicio público como tal, al contrario muchos muestran mal trato al administrado, son desidiosos, negligentes, piensan que el servicio público es solo cumplir las ocho horas de trabajo. Esos detalles son los que hoy en día nos llevan más al atraso, son los que provienen de servidores que nunca se han esforzado para lograr su empleo, porque simplemente ello obedeció a un favor político y a la reposición laboral dada por un juez; nunca han experimentado la necesidad que otros experimentan para lograr tal empleo, esto es, grandes esfuerzos, sacrificios, y sobre todo méritos, y como tal valoran su trabajo, aman su trabajo



saben que hay muchos más que están detrás de él necesitando se ese mismo empleo. Esto no sucede con aquellos.

7.2. Recomendaciones:

1. A los juzgadores, asumir la interpretación de las normas en un sentido más amplio, es decir, en el sentido que el derecho al trabajo y la oportunidad de acceder a ella no es cuestión de unos sino de todos, a partir de allí, que el ingreso a la administración pública para una plaza de naturaleza indeterminada debe hacerse necesariamente a través de un concurso público de méritos en igualdad de condiciones y oportunidades para todos.
2. A los titulares de pliego de los diversos aparatos del Estado, cumplir y hacer cumplir la ley.
3. Al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, promover iniciativas legislativas que regulen las medidas de protección frente al despido arbitrario: la reposición, la indemnización, el seguro de desempleo, entre otros, conforme a los pactos internacionales.
4. Al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, promover iniciativas legislativas que regulen los procesos de selección de personal, específicamente, los criterios de evaluación tanto curricular, de conocimiento y psicológico, y la entrevista personal. Creemos que en aras de cultivar una sana administración, con honestidad y transparencia deberían regularse tales condiciones, en donde la evaluación curricular, de conocimiento y psicológico deberían contener el mayor puntaje del total en relación a la entrevista personal.
5. Al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, promover iniciativas legislativas que faculte al juzgador a imponer una multa o



en su defecto asumir el costo de la indemnización, al titular del pliego, y solidariamente a los jefes de recursos humanos o de logística y servicios, ante la contratación de un personal para la administración pública sin concurso público.

6. Al personal de la administración pública, procurar estar en constante capacitación y/o actualización para brindar un mejor servicio y estar acorde al mundo globalizado y competitivo.



8. Bibliografía

1. Jorge Toyama Miyagusuku, El derecho laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional, primera edición, marzo 2015, Gaceta Jurídica, pág. 7-8.
2. Fernando Elías Mantero, La Constitución Comentada, Tomo I, Primera Edición, Diciembre 2005, Gaceta Jurídica, págs. 166 - 169.
3. Jorge Toyama Miyagusuku, La Constitución Comentada, Tomo I, Primera Edición, Diciembre 2005, Gaceta Jurídica, págs. 512 - 519.
4. Carlos R. Santos Loyola, La Administración Pública en la Constitución, Primera Edición, Julio 2009, Gaceta Jurídica, pág. 5 al 13.
5. Actualidad Jurídica, La Ley, Setiembre 2015, pág. 46-47.
6. Autoridad Nacional del Servicio Civil, "El Servicio Civil Peruano, Antecedentes, Marco Normativo Actual y Desafíos para la Reforma", Mayo de 2012, pág. 19.
7. Ranking de Ejecución de Inversiones del Sector Público del Perú: Año Fiscal 2015 (Al Primer Semestre), Juan Carlos Eguren Neuenschwander, Congresista de la República, Lima, Julio de 2015, pág. 2-3.
8. STC Exp. N° 0008-2005-PI, fojas 18.
9. STC Exp. N° 0008-2005-PI, fojas 19.
10. STC Exp. N° 0027-2006-PI, fojas 42
11. STC Exp. N° 0027-2006-PI, fojas 62.
12. STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas 4 al 8.
13. STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas 8 al 10.
14. STC Exp. N° 05057-2013-AA, fojas 10 al 12.
15. STC. Exp. 05057-2013-AA, C, Auto Aclaratorio del TC, de fecha 07 de Julio de 2015, pág. -L