



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”**

**ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“PRECEDENTE VINCULANTE “CASO HUATUCO”,
SENTENCIA QUE AFECTA EL FORTALECIMIENTO DE LA
PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO
ARBITRARIO EN EL SECTOR PÚBLICO RESPECTO DE LOS
SERVIDORES COMPRENDIDOS EN EL DECRETO
LEGISLATIVO N° 728, VULNERÁNDOSE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL AL TRABAJO”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

AUTORA

Abog. LEYSLI CRISTINA CALDERON PORRAS

ASESOR

**Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE
BARRENECHEA**

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018

“PRECEDENTE VINCULANTE “CASO HUATUCO”, SENTENCIA QUE AFECTA EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL SECTOR PÚBLICO RESPECTO DE LOS SERVIDORES COMPRENDIDOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 728, VULNERÁNDOSE EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO”

LEYSLI CRISTINA CALDERON PORRAS
AUTORA

CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE
BARRENECHEA
ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

APROBADO POR:

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE

Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
SECRETARIO

Mg. OSCAR VILCHEZ VELEZ
VOCAL

OCTUBRE, 2018

La presente TESIS, se la dedico a mi familia:

A mi Padre Celestial, por iluminar mi camino y derramar sus bendiciones sobre mí.

A mis padres Sara y Miguel por el esfuerzo de cada día para formar una profesional, estaré siempre agradecida.

A mi esposo Carlos por brindarme su apoyo y darme aliento para seguir adelante.

A mis hijas Gabriela y Abigail que son mi fuente de inspiración y motivación para superarme cada día y ser un ejemplo para ellas a seguir.

A mis hermanos Sara y Robert, a mi suegra María y mi cuñada Brunella, quienes me apoyan incondicionalmente.

Agradezco a mis profesores de la maestría por sus enseñanzas y a todas las personas que colaboraron con sus aportes para la culminación de mi tesis y especialmente le agradezco a mi asesor Carlos Cevallos de Barrenechea por haberme apoyado incondicionalmente para lograr esta nueva meta en mi vida.

INDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE	5
TABLA DE ABREVIATURAS	10
RESUMEN	11
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	14

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	21
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	27
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	33
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	33
1.4.1 Justificación	33
1.4.2 Importancia	36
1.5. OBJETIVOS	38
1.5.1. General	38
1.5.2. Específicos	38
1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES	40
1.6.1. Hipótesis	40
1.6.2. Variables	40

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTE DEL PROBLEMA	45
------------------------------------	----

2.2 BASE TEORICA.....	49
2.2.1 DESPIDO	49
2.2.1.1 Antecedentes	49
2.2.1.2 Concepto de Despido	53
2.2.1.3 Características	55
2.2.1.4 Clases	56
1) El despido como acto causal – despido justificado	56
2) El despido injustificado - Su tipología legal	65
2.2.2 CONTRATO DE TRABAJO	74
2.2.2.1 Elementos esenciales de Contrato de Trabajo	74
1) La prestación personal de servicios	74
2) La subordinación o dependencia	75
3) La remuneración	75
2.2.2.2 Clases de Contratos Laborales	76
2.2.3 PROTECCION DEL DERECHO AL TRABAJO	77
2.2.3.1 Los Derechos Laborales en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	77
2.2.3.2 El Derecho al Trabajo, a la Estabilidad Laboral y a la adecuada Protección contra el Despido Arbitrario	81
1) El trabajo como derecho y/o deber	82
2) La estabilidad laboral	87
3) El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario....	91
2.2.3.3 Estabilidad laboral vs Contratos Laborales: de la complementariedad a la Contradicción	94
2.2.3.4 La Contratación Indefinida como regla Constitucional y el Derecho al Trabajo	100

2.2.4 DESNATURALIZACION DE LOS CONTRATOS MODALES.....	108
2.2.4.1 Presunción legal de Contratación Indefinida como límite al incumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad	108
1) Definición de presunción y ámbito de actuación	108
2) La preferencia sobre el fraude de ley	111
2.2.4.2 La Contratación Temporal en las entidades estatales	113
1) La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública	113
2) Condiciones de ingreso a la administración pública y su impacto en los mecanismos de protección de la contratación indefinida.....	115
2.2.4.3 Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas	116
2.2.5 PRECEDENTE VINCULANTE	119
2.2.5.1 Precedente Vinculante Huatuco constituye un cambio en la Línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional	119
2.2.5.2 Cuestionamiento a la validez del Precedente	125
2.2.5.3 Vulneración de los Parámetros de Constitucionalidad relativos al derecho al Trabajo	129
2.2.5.4 Fórmula del apartamiento del precedente	134

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN, DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	140
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	141
3.2.1 Población	141

3.2.2 Muestra	144
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	147
3.4. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS.....	148
3.5. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS	150

CAPITULO IV: ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO PARA CON LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE NO INGRESARON POR CONCURSO PÚBLICO Y ESTÁN SUJETOS A LA CONTRATACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO	152
4.1.1 Tendencia Constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario	162
4.1.1.1 Formas de despido arbitrario del trabajador público sujeto al régimen privado	169
4.1.1.2 Protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la Constitución Política del Perú	181
4.1.2 Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional ha sido evolutiva en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario.....	189

4.1.2.1 Protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior al Precedente Huatuco.....	195
4.2 ANÁLISIS DE LA PREVALENCIA EN EL PRECEDENTE HUATUCO DE LA LEY Nª 28175, MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO, QUE EN SU ARTÍCULO 5 ESTABLECE QUE EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO SE REALIZA SOLAMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO Y ABIERTO	201
4.2.1 Restricción del ingreso al Sector Público por reposición judicial a quienes no han cumplido con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley Nª 28175, que refiere que el ingreso a la Administración Pública se realiza exclusivamente previo concurso público de méritos	206
4.2.2 Carácter vinculante del Precedente Huatuco	213
4.2.2.1 Interpretación obligatoria que deben seguir todos los órganos jurisdiccionales	223
4.3 PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO	241
CONCLUSIONES	244
RECOMENDACIONES	247
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	249
ANEXOS	255

TABLA DE ABREVIATURAS

ART.	Artículo
T.U.O.	Texto Único Ordenado
C.P.	Constitución Política
C. P.C.	Código Procesal Constitucional
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. S.	Decreto Supremo
L.O.T.C	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.C.	Tribunal Constitucional
LPCL	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
P.S.S	Protocolo de San Salvador

RESUMEN

El problema planteado es: ¿Por qué razón los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”?; teniendo como objetivo determinar las razones por las cuales los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y por ende afecta el derecho fundamental reconocido constitucionalmente como es el derecho al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”; en ese sentido la hipótesis planteada es: Los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”, el cual fue emitido por el Tribunal Constitucional para hacer prevalecer el artículo 5 de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, que establece que el ingreso al empleo público se realiza únicamente mediante concurso público y abierto.

La presente investigación se realiza con la finalidad de explicar que la reposición del trabajador es el remedio más efectivo contra el despido arbitrario, garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo y el ejercicio real de otros derechos como la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución.

ABSTRACT

The problem raised is: For what reason, public servants who are subject to the contracting of the private labor regime included in Legislative Decree N° 728 are affected in the adequate protection against arbitrary dismissal and the constitutional right to work; with the establishment of the Binding Precedent "Caso Huatuco"?, with the purpose of determining the reasons why public servants who are subject to the contracting of the private labor regime included in Legislative Decree N° 728 are affected in the adequate protection against arbitrary dismissal and therefore affects the fundamental right constitutionally recognized as is the right to work; with the establishment of the Binding Precedent "Huatuco Case", which was issued by the Constitutional Court to enforce Article 5 of Law N° 28175, Public Employment Framework, which establishes that the entry to public employment is made only by public and open competition.

The present investigation is carried out with the purpose of explaining that the replacement of the worker is the most effective remedy against the arbitrary dismissal, guarantees the protection of the constitutional right to work and the real exercise of other rights such as unionization, collective bargaining and strike, also recognized by our Constitution.

INTRODUCCIÓN

El régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley de fomento del empleo (Decreto Legislativo N° 728), la cual fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

Durante la última década, se han producido grandes cambios para el sector público ante los desequilibrios y dificultades financieras del Estado, que hicieron cada vez más insostenible en el presupuesto estatal la manutención del pago de planillas que significaran para el Estado un gasto extra. Frente a ello, se proyectaron procesos de ajuste y la llamada “laborización” del empleo público, que no es otra cosa que la privatización del empleo, concediendo una flexibilización estatal que permitía al empleador (que seguía siendo el Estado), facultades frente a los trabajadores que les permitieran adecuarse al mercado.

Para poder contratar personal bajo la modalidad de contratos temporales se debe tener el carácter de excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos

especiales para este tipo de contratos e incluso sanciones cuando a través de éstos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.

En la actualidad se viene manteniendo esta privatización o “laborización” del sector público y muchas veces contratan personal a través de contratos temporales (que no cumplen con las formalidades y condiciones señaladas por ley) para realizar labores de carácter permanente, (fragmentándose en varios contratos una labor que podría gozar de una unidad contractual, produciéndose en el marco de la realidad una invasión de contratos temporales o de plazo fijo), sin duda he aquí estamos ante la evidente desnaturalización de la contratación, pues se estaría encubriendo una contratación a plazo indeterminado.

Es decir el empleador en base a su poder contrata y expulsa arbitrariamente a sus trabajadores. Tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo (bien jurídico protegido por la Constitución), cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales. Y ante ello la jurisprudencia previa en materia de derechos laborales es, contraria al precedente emitido en el Caso Huatuco, en la cual la reposición sí es un remedio eficaz contra el despido arbitrario.

Con la polémica generada por nuestro Tribunal Constitucional, tras emitir una sentencia donde estableció el Precedente Vinculante conocido como “Precedente Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC), en el cual sostiene: 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 N° 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 para el Sector Privado e incluso los trabajadores de entidades públicas (de distintos regímenes laborales).

La presente Investigación a desarrollarse es importante, porque aportará al conocimiento de una realidad en la cual vemos como en nuestro país se abusa y transgrede los derechos laborales constitucionalmente protegidos, puesto que la reposición del trabajador ante un despido arbitrario garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo; es un derecho que sirve de garantía al trabajador para poder satisfacer sus necesidades básicas y es la garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales reconocidos también por nuestra Constitución.

El problema planteado en la presente investigación es: ¿Por qué razón los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”? Teniéndose como objetivo demostrar que el Precedente Vinculante, que bajo su vestidura constitucional viola y transgrede derechos laborales que protege nuestra Constitución Política.

La elección del presente problema de investigación se realiza porque nuestra máxima Institución intérprete de la Constitución por medio de esta sentencia pretende que muchos trabajadores sujetos al régimen laboral privado, que tienen el perfil de servidores públicos por trabajar en instituciones del Estado y que no ingresaron a laborar por medio de concurso de mérito a pesar de ser víctimas de despidos injustificados y deseen optar por reclamar su reposición a través de un proceso judicial; se quedan desempleados sin hacer valer su derecho y sólo podrían optar por la indemnización. Existiendo desigualdad en su aplicación si se tratase de un trabajador de entidad privada.

La presente investigación tiene como objetivo general determinar las razones por las cuales los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y por ende afecta el derecho fundamental reconocido constitucionalmente como es el derecho al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”. Los objetivos específicos son: a) Explicar que, para el despido de un trabajador, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley, de lo contrario deviene en arbitrario. b) Explicar que mediante un contrato de trabajo los empleadores y trabajadores pueden vincularse laboralmente mediante la celebración de tipos de contrato de trabajo. c) Explicar que la protección del derecho constitucional al trabajo, se garantiza cuando se ordena la reposición del trabajador. d) Analizar que la desnaturalización de la contratación se da cuando las entidades públicas mediante modalidades de contratación de personal suscriben contratos

temporales (que no cumplen con las formalidades y condiciones señaladas por ley), encubriéndose una contratación a plazo indeterminado. e) Demostrar que con la emisión del Precedente Vinculante Caso Huatuco, el Tribunal Constitucional ha variado su criterio en torno al despido arbitrario, al considerar cuando ha existido vicio en el pase de un trabajador del Estado de la modalidad temporal a la de plazo indeterminado o desnaturalización del servicio sujeto a plazo, no procede reposición en el empleo, sino únicamente la indemnización. f) Demostrar que la Línea Jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en relación con los derechos constitucionales de los trabajadores respecto a la protección contra el despido arbitrario y el trabajo optando por la reposición del trabajador. g) Demostrar que el Precedente Vinculante Caso Huatuco, vulnera los derechos constitucionales al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario de los servidores públicos al imponer una condición discriminatoria frente a los trabajadores del Sector Privado, que si pueden acceder a la reparación restitutiva que le ley prevé para quienes prueban que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

La hipótesis arribada en la presente investigación es que los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”, el cual fue emitido por el Tribunal Constitucional para hacer prevalecer el artículo 5 de

la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, que establece que el ingreso al empleo público se realiza únicamente mediante concurso público y abierto.

Es por ello, que el presente trabajo de investigación se encuentra constituido de la siguiente manera: el primer capítulo está referido al análisis del objeto de estudio, su realidad problemática, formulación del problema, justificación, importancia, hipótesis; el segundo capítulo es el marco teórico que comprende la base teórica antecedentes, concepto de despido, características, clases de despido, contrato de trabajo, elementos esenciales, clases de contratos y entre otros; el tercer capítulo corresponde al marco metodológico comprende tipo y nivel de investigación, población y muestra además de las técnicas e instrumentos de recolección así como del análisis estadístico de los datos y en el cuarto capítulo se analiza y discute los resultados de la investigación, refiriéndome a la vulneración del derecho constitucional al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario para con los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado, y la prevalencia en el Precedente Huatuco de la ley N° 28175, Marco del Empleo Público, que en su artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza solamente mediante concurso público y abierto; y finalizamos la presente investigación con las conclusiones, recomendaciones, bibliografía general y anexos.

CAPITULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En América Latina durante la década del noventa se experimentó por efecto directo de una economía globalizada, procesos de flexibilidad laboral. Los niveles de flexibilidad introducidos en América Latina varían su intensidad en cada país. El Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo ha declarado que la flexibilidad en ningún caso debe afectar a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a las normas que protegen la vida y la salud de los trabajadores.

Existen diferentes clasificaciones del fenómeno de la flexibilización establecidas en función de distintos criterios, se puede diferenciar entre la «flexibilidad interna» y la «flexibilidad externa». La primera, según Ermida, se refiere a aspectos tales como el horario, la jornada, las condiciones de trabajo y la movilidad dentro del centro de trabajo, mientras que la segunda «[...] supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo».¹

En suma, la flexibilidad «externa» incide sustancialmente sobre la contratación laboral y la extinción de la relación laboral. En el primer

¹Ermida Uriarte, Óscar. «La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas». *Ius et Veritas* (Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), III, 4 (1992), p. 14.

caso, debilitando el principio de la contratación de duración indefinida, según el cual este constituye la regla y la contratación temporal la excepción, para estimular esta última forma de contratación a través de la creación de una serie de nuevas modalidades de contratos de duración determinada. Contratos en los que, muchas veces, la temporalidad de estos contradice la naturaleza permanente de la labor del trabajador. En el segundo caso, se persigue reducir o, incluso, derribar las barreras que limitan la facultad del empleador de despedir al trabajador para permitirle una mejor gestión del personal para fortalecer su competitividad en un mercado dinámico y exigente. En este sentido, la eliminación de la «estabilidad laboral», en sus diferentes versiones, suele ser un objetivo claramente definido en todas las propuestas flexibilizadoras.

En la actualidad, existen 15 regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

La Ley reconoce como “servidor público” a todo ciudadano que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de trabajo, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución en periodos regulares.

El régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley de fomento del empleo (Decreto Legislativo N° 728 promulgado el 8 de noviembre de 1991), la cual fue creada con la finalidad de permitir a los

empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual) aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia.

Así, este régimen laboral permite gestionar de manera flexible los recursos humanos, tanto en la contratación, en la determinación de las remuneraciones, en la asignación de tareas, en la evaluación de su desempeño, como en la aplicación de sanciones ante el incumplimiento. En esta lógica, cada entidad aprueba su propio reglamento interno, sus propios grupos ocupacionales y sus propios niveles al interior de cada grupo.

Durante la última década, se han producido grandes cambios para el sector público ante los desequilibrios y dificultades financieras del Estado, que hicieron cada vez más insostenible en el presupuesto

estatal la manutención del pago de planillas que significaran para el Estado un gasto extra. Frente a ello, se proyectaron procesos de ajuste y la llamada “laborización” del empleo público, que no es otra cosa que la privatización del empleo, concediendo una flexibilización estatal que permitía al empleador (que seguía siendo el Estado), facultades frente a los trabajadores que les permitieran adecuarse al mercado.

En este cambio, varios organismos, cuyos trabajadores eran eminentemente públicos, fueron cambiando el régimen de aplicación. Tales organismos variaron su régimen laboral de público a privado de acuerdo a lo establecido por la ley, entre ellos podemos nombrar al Congreso de la República, Contraloría General, Poder Judicial, entre otros.

Pero no es sólo la última década la que me preocupa, sino que en la actualidad se viene manteniendo esta privatización o “laborización” del sector público. Si bien es cierto el Estado es una empresa que debe contar con administradores preparados y adecuados que como puedan administrarlo de una manera adecuada, también es cierto que es necesario mantener un equilibrio eficiente con los trabajadores que le permitan solicitar sus derechos de acuerdo a lo que les corresponde.

El período de prueba para los servidores públicos es de tres meses, el cual puede ser prorrogable. En el caso del personal de confianza, el periodo de prueba se extiende a seis meses y, en el caso de los

directivos, a un año. Luego de culminar el período de prueba de forma satisfactoria, se adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario. El ingresante tiene derecho a una inducción inicial, que lo oriente sobre la política institucional e indique sus derechos, obligaciones y funciones.

Javier Neves Mujica,² sobre, este mismo tema manifiesta que "...en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida (programática), cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata (autoaplicativa) cuando recae sobre un puesto específico". Menciona, como ejemplo de este último supuesto, el caso de un trabajador que postula a un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal caso, manifiesta, el trabajador tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Concluye manifestando que sólo en este caso el trabajador tendría derecho a una acción de amparo basado en su derecho al trabajo, si es que por alguna razón se lesione dicha norma constitucional en su aspecto de preceptividad inmediata originando que no se concrete la prestación de servicios, a pese de haber sido seleccionado en el concurso respectivo.

En cuanto al otro aspecto del derecho al trabajo, es decir, cuando la persona accedió a un puesto y lo viene desarrollando, igualmente la

²NEVES MUJICA. Javier. Libertad de Trabajo. Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. en Revista Derecho y sociedad N° 17, Lima. Diciembre de 2001. p. 25.

doctrina sostiene que tal trabajador tiene el derecho a "conservar el trabajo."³

Javier Neves sostiene que el derecho a la conservación del empleo supone la prohibición del despido arbitrario. En esta línea de pensamiento, Neves considera que "la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo. Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales...". Sin embargo reconoce que la existencia del artículo 27 de la Constitución que delega a la ley se concrete la protección contra el despido arbitrario, le origina determinadas incertidumbres.⁴

Es arbitrario aquel despido que no está fundado en una causa justa. Ello significa, en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nótum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido

³MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultural CUZM, S.A. Editores, Lima, Perú, 1995, p. 47.

⁴NEVES MUJICA, Javier. op. cit. p. 26.

esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un ciudadano cuando accede a un puesto de trabajo y su contratación supera el periodo de prueba adquiere estabilidad laboral, es decir adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

La continuidad en el trabajo resulta fundamentalmente beneficioso para las relaciones laborales, tanto para el empleador y como para el empleado. Para el trabajador contar con un trabajo fijo le da la garantía de poder satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia puesto que asegura la sobrevivencia y sostenimiento familiar; otorgándole una tranquilidad psicológica y económica al poder contar con un ingreso seguro, que al alcanzar su prolongación en el tiempo podrá alcanzar el beneficio de su jubilación y más allá de eso, le permita una vida digna. Mientras que la empleadora contará ante dicha continuidad con una mayor lealtad y compromiso por parte del trabajador y este último habrá adquirido en el tiempo una mayor experiencia y eficiencia para la realización de su labor.

El derecho de la permanencia en el empleo; está amparado en nuestra Constitución Política por medio del derecho al trabajo se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 15, el cual comprende tanto el derecho de acceder a un puesto de trabajo como el mantenimiento en él. Asimismo se encuentra en plena concordancia con el artículo 22

que consagra que el trabajo es un deber y un derecho. Y el artículo 27, contiene un mandato expreso al legislador para que disponga una protección adecuada contra el despido arbitrario. Por ello las normas y principios del derecho laboral se aplican en todas las instituciones del Estado.

Un trabajador puede ser despedido por alguna de las razones señaladas por la Ley, es decir la existencia de una causa lícita, probada y debe realizarse cumpliendo con el procedimiento formal, lo cual da validez al despido. Por lo tanto cualquier despido que se realice al margen de estas condiciones se considera ilícito o arbitrario.

Cuando se da un despido arbitrario la Ley señala que el trabajador despedido tiene derecho a una indemnización como única reparación por el daño sufrido, sin embargo desde hace años el Tribunal Constitucional viene pronunciándose a través de sus sentencias que la indemnización por despido arbitrario prevista en la ley no corresponde con la naturaleza especial del derecho al trabajo, sobre lo cual ha señalado que el trabajador despedido arbitrariamente bajo una de las modalidades podrá optar no solo por la indemnización sino alternativamente por la reposición.

Sin embargo con fecha 16 de Abril del año dos mil quince, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado de los trabajadores del sector público, a pesar de acreditar la desnaturalización de sus contratos temporales o civiles, tan solo por

no haber obtenido una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos.

Es decir nuestra máxima Institución intérprete de la Constitución por medio de esta sentencia pretende que muchos trabajadores sujetos al régimen laboral privado, que tienen el perfil de servidores públicos por trabajar en instituciones del Estado y que no ingresaron a laborar por medio de concurso de mérito a pesar de ser víctimas de despidos injustificados y deseen optar por reclamar su reposición a través de un proceso judicial; se quedan desempleados sin hacer valer su derecho y sólo podrían optar por la indemnización. Existiendo desigualdad en su aplicación si se tratase de un trabajador de entidad privada.

Neves Mujica señala que el precedente Huatuco elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado, por lo que a diferencia de sus pares en la actividad privada, éstos no podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización), sino solo la segunda, y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Con este precedente vinculante se pretende influir en los fallos por emitir de procesos que se encuentran en trámite y otorga la oportunidad de redirigir los procesos en la vía correspondiente o juzgado competente con la posibilidad de otorgarle al demandante de poder variar la pretensión sino lo archivaran. Asimismo obligan que las demandas nuevas sean declaradas improcedentes sino cumplen con

el requisito de plaza obtenida por concurso, negándole el derecho y la posibilidad de reincorporarse en su centro de trabajo al servidor que no cumpla con dicha condición violentando de esta manera muchos derechos constitucionales reconocidos el derecho de igualdad de trato, derecho al trabajo, derecho de protección contra el despido arbitrario. Y prácticamente favoreciendo a las instituciones públicas para que transgredan el derecho al trabajo e indiscriminadamente despidan arbitrariamente a sus trabajadores sin poder lograr su reposición.

Sin embargo se ha venido dando con bastante frecuencia en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y otras entidades del Estado que pese a no existir causa justa para el despido, relacionada con la capacidad o incluso con la conducta del trabajador, el empleador opta por el despido incausado o arbitrario, sin pagar la correspondiente indemnización. Este tipo de despidos origina procesos judiciales. La respuesta sigue siendo la misma: la reparación se da a través de la reposición o la indemnización.

De otro lado, se debe tener en cuenta que despido "arbitrario" o "sin causa justa", o "injustificado" o "*ad nutum*": son sinónimos.⁵

Entonces, cuando el artículo 27 de la Constitución, en consonancia con el artículo 22 delega a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario ("la ley otorga al trabajador

⁵ "Thesaurus Gran Sopena – Sinónimos antónimos y Asociación de ideas". Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona 1995, Tomo I, p. 131.

adecuada protección contra el despido arbitrario"), lo único que está haciendo es decirle al legislador que a través de la ley establezca cuál debe ser la reparación a que tiene derecho el trabajador en caso de un despido injustificado, arbitrario o ad nutum. Ese es el encargo constitucional.

El legislador peruano, teniendo precisamente en cuenta que el derecho al trabajo implica su mantenimiento en el puesto ya conseguido, ha legislado para reparar la violación de ese derecho, y lo hace recogiendo lo establecido en el Convenio N° 158 de la OIT. en concordancia con el Protocolo de San Salvador.

La revisión de las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales nos lleva a concluir que en nuestro ordenamiento jurídico existen, cuando menos, tres disposiciones de rango constitucional que no pueden ser ignoradas o dejadas de lado a la hora de establecer cualquier regulación en materia de despido. Estas se refieren a: i) el derecho al trabajo, ii) la estabilidad en el empleo, y iii) la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 se incentiva la contratación temporal en actividades permanentes de la Empresa. Aquí es donde se produce el conflicto. Se deja de lado la relación complementaria entre contratación indefinida y contratación temporal, y se da paso a una relación conflictiva en las actividades con vocación de permanencia de la empresa.

Para poder contratar personal bajo la modalidad de contratos temporales se debe tener el carácter de excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos e incluso sanciones cuando a través de éstos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.

Es decir, al contratar las entidades públicas personal a través de contratos temporales (que no cumplen con las formalidades y condiciones señaladas por ley) para realizar labores de carácter permanente, sin duda he aquí estamos ante la evidente desnaturalización de la contratación, pues se estaría encubriendo una contratación a plazo indeterminado.

En la actualidad se contrata personal jurisdiccional a través de contratos temporales a pesar de que las labores que realizan son de carácter permanente, fragmentándose en varios contratos una labor que podría gozar de una unidad contractual, produciéndose en el marco de la realidad una invasión de contratos temporales o de plazo fijo de personal en actividades de carácter permanente.

Es decir el empleador en base a su poder contrata y expulsa arbitrariamente a sus trabajadores. Tal hecho vulnera directamente el

derecho al trabajo (bien jurídico protegido por la Constitución), cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, puesto que no solo asegura la permanencia del trabajador en la empresa o institución pública sino que le garantiza el ejercicio real de otros derechos como la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55).

1.3 FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Por qué razón los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”?

1.4 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

a) Justificación del Problema

El presente estudio se decidió realizar ante la polémica generada por nuestro Tribunal Constitucional, tras emitir una sentencia donde estableció el Precedente Vinculante conocido como “Precedente Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC), en el cual sostiene lo siguiente:

i) 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 N°

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 para el Sector Privado. ii) que, en los procesos de amparo en el cual el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que solicite la indemnización que corresponda. El juez laboral competente otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda, transcurrido dicho plazo sino realiza la respectiva adecuación se procederá al archivo del proceso y iii) que, las demandas de amparo presentadas luego de la publicación del precedente objeto de estudio 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, serán declaradas improcedentes de plano, sin que opere la reconducción.

Al haberse pronunciado el Tribunal Constitucional mediante este precedente, lo que va a generar, es flexibilizar los despidos y convalidar la forma abusiva, lesiva e irresponsable como el Estado precariza el empleo con la contratación pública laboral, perjudicando a sus trabajadores o funcionarios públicos cuando éstos sean despedidos arbitrariamente solo podrán recurrir a la

indemnización y no a la reposición como un remedio adecuado frente a la violación de sus derechos siempre que no hayan accedido al puesto que ocupan mediante un concurso público de méritos y su plaza no esté presupuestada; y esta regla no resulta de aplicación para el Sector Privado. De lo expuesto a toda luz es evidente la violación del derecho constitucional al trabajo y al de igualdad ante la ley.

La jurisprudencia previa en materia de derechos laborales es, contraria al precedente emitido en el Caso Huatuco, en la cual la reposición sí es un remedio eficaz contra el despido arbitrario, en virtud El Tribunal Constitucional ha tenido desde sus inicios una posición bastante garantista en relación con los derechos de los trabajadores. Prueba de ello son las sentencias, que ha detallado el Magistrado Blume Fortini en su voto singular que ha emitido en el precedente Huatuco, mediante las cuales se evidencian, que el Colegiado optó por la reposición y la indemnización como remedios adecuados frente al despido arbitrario después no pueden cambiar su postura, sin perjuicio de incurrir en responsabilidad internacional.

De los procesos constitucionales mencionados por el Magistrado Blume Fortini se encuentra mencionado mi caso **STC 3014-2013-PA/TC**, proceso de amparo en contra de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, sentencia favorable que obtuve por decisión del Tribunal Constitucional porque era evidente

que la entidad demandada había simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado, razón por la cual sólo podía ser despedida por una causa justa relacionada con la conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en el término del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales y en este caso se acredita que la entidad demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo.

Es por ello que me siento identificada con el Tema y es mi obligación tener que brindar mis aportes en esta investigación ante la necesidad de contribuir a la solución de esta problemática. Asimismo el presente estudio será tomado como tema de Tesis a desarrollar para obtener el grado de Magister.

b) Importancia del Problema

La presente Investigación a desarrollarse es importante, porque aportará al conocimiento de una realidad en la cual vemos como en nuestro país se abusa y transgrede los derechos laborales constitucionalmente protegidos, puesto que la reposición del trabajador ante un despido arbitrario garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo; es un derecho que sirve de garantía al trabajador para poder satisfacer sus necesidades básicas y es la

garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales reconocidos también por nuestra Constitución.

Además con el desarrollo del Tema de la aplicación del Precedente Huatuco señala que solo en aquellos procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes han ganado concurso público para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada y que hayan acreditado la arbitrariedad del despido se deberá proceder a la respectiva reposición, lo cual genera desconcierto porque existiría una vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la Ley.

Tenemos aquí un Precedente Vinculante, que bajo su vestidura constitucional viola y transgrede derechos laborales que protege nuestra Constitución Política.

Esta investigación está dirigida especialmente a los Legisladores porque ellos son los que tienen la misión de crear normas legales que contribuyan a la adecuada protección contra el despido arbitrario del trabajador, siendo responsables de que estas resulten conforme a la Constitución y la normatividad internacional. Además el presente estudio, está dirigida a los jueces, abogados, estudiantes de derecho, trabajadores jurisdiccionales y todas aquellas personas que tengan interés en conocer si las contrataciones de personal realizadas por las Entidades Públicas del Estado son respetuosas de la Constitución y la normatividad internacional. Es una contribución al conocimiento

científico en materia jurídica pues brindará aportes en forma de apreciaciones y conclusiones.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General:

Determinar las razones por las cuales los servidores públicos que están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y por ende afecta el derecho fundamental reconocido constitucionalmente como es el derecho al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”.

1.5.2. Objetivos Específicos:

- Explicar que, para el despido de un trabajador, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley, de lo contrario deviene en arbitrario.
- Explicar que mediante un contrato de trabajo los empleadores y trabajadores pueden vincularse laboralmente mediante la celebración de tipos de contrato de trabajo.
- Explicar que la protección del derecho constitucional al trabajo, se garantiza cuando se ordena la reposición del trabajador.

- Analizar que la desnaturalización de la contratación se da cuando las entidades públicas mediante modalidades de contratación de personal suscriben contratos temporales (que no cumplen con las formalidades y condiciones señaladas por ley), encubriéndose una contratación a plazo indeterminado.
- Demostrar que con la emisión del Precedente Vinculante Caso Huatuco, el Tribunal Constitucional ha variado su criterio en torno al despido arbitrario, al considerar cuando ha existido vicio en el pase de un trabajador del Estado de la modalidad temporal a la de plazo indeterminado o desnaturalización del servicio sujeto a plazo, no procede reposición en el empleo, sino únicamente la indemnización.
- Demostrar que la Línea Jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en relación con los derechos constitucionales de los trabajadores respecto a la protección contra el despido arbitrario y el trabajo optando por la reposición del trabajador.
- Demostrar que el Precedente Vinculante Caso Huatuco, vulnera los derechos constitucionales al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario de los servidores públicos al imponer una condición discriminatoria frente a los trabajadores del Sector Privado, que si pueden acceder a la reparación restitutiva que la ley prevé para quienes prueban que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

1.6 HIPOTESIS Y VARIABLES

1.6.1. Hipótesis

Los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho constitucional al trabajo; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”, el cual fue emitido por el Tribunal Constitucional para hacer prevalecer el artículo 5 de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, que establece que el ingreso al empleo público se realiza únicamente mediante concurso público y abierto.

1.6.2. Variables

X = Variable independiente: Vulneración del Derecho Constitucional al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario para con los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado.

Indicadores:

X1 = Tendencia Constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario

X2 = Línea Jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional ha sido evolutiva en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario

Y = Variable dependiente: Prevalencia en el precedente Huatuco de la Ley N^a 28175, Marco del Empleo Público, que en su artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza solamente mediante concurso público y abierto.

Indicadores:

Y1 = Restricción del ingreso al Sector Público por reposición judicial a quienes no han cumplido con lo prescrito en el Artículo 5 de la Ley N^o 28175, que refiere que el ingreso a la administración público se realiza exclusivamente previo concurso público de méritos.

Y2 = Carácter Vinculante del Precedente Huatuco

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICAS
VULNERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO PARA CON LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE NO INGRESARON POR CONCURSO PÚBLICO Y ESTÁN SUJETOS A LA CONTRATACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO.	TENDENCIA CONSTITUCIONAL HACIA LA PROTECCIÓN ADECUADA AL TRABAJADOR CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO	FORMAS DE DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR PÚBLICO SUJETO AL RÉGIMEN PRIVADO	Despido Nulo	Fichaje
			Despido Incausado	Encuesta
			Despido Fraudulento	
			Artículos 4, 22 y 77 del D. S. N° 003-97-TR	Fichaje
	LÍNEA JURISPRUDENCIAL DESARROLLADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA SIDO EVOLUTIVA EN FAVOR DE UNA PROTECCIÓN ADECUADA AL TRABAJADOR, QUE HA SIDO SUJETO A UN DESPIDO ARBITRARIO	PROTECCION ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO IMPUESTO EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ	Artículos 22, 23,26 y 27 de la C.P.P	Fichaje
				Encuesta
			Artículo 7 del Protocolo de San Salvador	Fichaje
				Encuesta
		PROTECCION ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO IMPUESTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTERIOR AL PRECEDENTE HUATUCO	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior al Precedente Huatuco Mencionado por el Magistrado Blume Fortini en su voto singular emitido en el Precedente en estudio.	Encuesta

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICAS
PREVALENCIA EN EL PRECEDENTE HUATUCO DE LA LEY N° 28175, MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO, QUE EN SU ARTÍCULO 5 ESTABLECE QUE EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO SE REALIZA SOLAMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO Y ABIERTO.	RESTRICCIÓN DEL INGRESO AL SECTOR PÚBLICO POR REPOSICIÓN JUDICIAL A QUIENES NO HAN CUMPLIDO CON LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N° 28175, QUE REFIERE QUE EL INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICO SE REALIZA EXCLUSIVAMENTE PREVIO CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS.	INGRESO COMO TRABAJADOR INDETERMINADO AL SECTOR PÚBLICO ES POR CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS SEGÚN LA LEY N° 28175	Artículo 5 de la Ley N° 28175	Fichaje
				Encuesta
		REPOSICION JUDICIAL DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO	Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial	Fichaje
				Encuesta
	CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE HUATUCO	INTERPRETACION OBLIGATORIA QUE DEBEN SEGUIR TODOS LOS ORGANOS JURISDICCIONALE S	Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional	Fichaje
				Encuesta

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2. 1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

- La tesis denominada “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional” una investigación realizada por el Abogado Ricardo Arturo Marcenado Frerspara obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, publicada en el año 2009.

Esta tesis ha investigado aquellos derechos laborales que son comunes en el Derecho Constitucional Laboral comparado. Para poder realizar este análisis comparativo ha recopilado 24 constituciones europeas y 19 latinoamericanas, también ha incorporado instrumentos jurídicos supranacionales, tales como convenciones de derechos humanos e instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Esta investigación se diferencia del tema que pretendo desarrollar puesto que solo se analizara el Derecho Constitucional: Al Trabajo y la contra el despido arbitrario lo cual tiene rango constitucional y como dichos derechos se transgreden por las contrataciones efectuadas por las entidades públicas, se demostrara que la reposición de trabajador garantiza el ejercicio real de otros derechos como la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución.

- La tesis denominada “Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad (contrato de Obra determinada y Servicios Específicos)” es una investigación realizado por Eddy Omar Monteza Chanamé estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo para obtener el Título de Abogado, publicada en el año 2011.

El presente trabajo se ha desarrollado teniendo en cuenta el análisis del expediente 3983–2007 el mismo que trata de un proceso de amparo con contenido laboral, referente a la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad (contrato de obra determinada y servicio específico) a través de su vencimiento del plazo de dicho contrato y se analiza el principio de continuidad y principio de causalidad, teniendo en cuenta que para suscribir un contrato a plazo fijo, i) Debe existir una situación extraordinaria que justifica la contratación de un trabajador que estará vinculado al empleador el tiempo estrictamente necesario que lleve su atención; y ii) El plazo de vigencia del contrato de trabajo vendrá impuesto no por la voluntad de las partes del contrato de trabajo sino, desde fuera, por la duración que lleve la atención de la situación extraordinaria que se ha presentado.

Esta investigación se diferencia del tema que pretendo desarrollar puesto que no solamente se analizaran las modalidades de contrato suscritas por las entidades públicas sino que se demostrara como las instituciones incurren en despido arbitrario al momento de rescindir un contrato laboral.

- La tesis denominada “La normativa del despido arbitrario y su ineficacia para proteger los derechos del trabajador” es una investigación realizada por Jesús Enrique Aguinaga Saavedra estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo para obtener el Título de Abogado, publicada en el año 2013.

El presente trabajo ha desarrollado el tema del despido arbitrario (indicado en el artículo 27º de nuestra Constitución), como resultado de un proceso de cambios desarrollados sobre la estabilidad laboral desde las teorías economistas que surgieron en los años ochenta que atentaban contra los derechos laborales y el orden constitucional. Y que actualmente, gracias a la intervención de nuestro Tribunal Constitucional, la fórmula legal del mismo ha sido reducida como “aquel despido que se realiza con una causa no demostrada en juicio”.

Esta investigación se diferencia del tema que pretendo desarrollar puesto que se demostrara que la jurisprudencia previa en materia de derechos laborales es, contraria al precedente emitido en el Caso Huatuco, en la cual la reposición sí es un remedio eficaz contra el despido arbitrario. Y ahora tenemos un Precedente Vinculante, que bajo su vestidura constitucional viola y transgrede derechos laborales que protege nuestra Constitución Política.

- La tesis denominada “El despido y la adecuada protección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013” es una

investigación realizada por el Magistrado Eloy Albert Coaguila Mita estudiante de la Escuela de Post Grado de la Universidad José Carlos Mariátegui para obtener el grado académico de Magister con mención en Derecho Constitucional, publicada en el año 2016.

El presente trabajo ha desarrollado el tema como: El Tribunal constitucional a través de sus sentencias, define y clasifica el despido laboral y aplica de manera adecuada la protección contra el despido, para ello analizado más de treinta sentencias expedidas por el máximo intérprete de la Constitución, de manera directa, en relación al despido arbitrario, nulo y Fraudulento con el objetivo de conocer la institución del despido laboral y los principios que garantizan el derecho al trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional además de explicar y describir los tipos de despido y su configuración objetiva en el proceso laboral constitucional, pasando por conocer los mecanismos de protección adecuada contra los diversos tipos de despido.

Esta investigación se diferencia del tema que pretendo desarrollar puesto que a pesar de la abundante jurisprudencia emitida por nuestro TC a favor de la adecuada protección contra el despido arbitrario, teniendo como resultado la reposición del trabajador; nuestro Tribunal Constitucional en el año 2015 haya emitido un Precedente Vinculante en la STC 05057-2013-PA/TC, la cual impide que los trabajadores del sector público que no ingresaron a laborar mediante concurso público y se encuentran contratados bajo el régimen laboral privado recurran el proceso amparo con la

finalidad de obtener su reposición en caso de haber sido despedidos arbitrariamente por la entidad pública.

2.2 BASE TEÓRICA

2.2.1 DESPIDO

2.2.1.1 Antecedentes

En el mundo: En tiempos antiguos, se dieron formas de subordinación como la esclavitud en la época antigua, la servidumbre en la edad media, aprendices, compañeros, oficiales, maestros en Francia. Así observamos que la estabilidad laboral ha variado desde una relación permanente, estable, duradera, hasta llegar a la inestabilidad del trabajador en el siglo XVIII, como consecuencia de la industrialización sobre todo a partir del siglo XIX con el maquinismo, con la revolución industrial inglesa; a la centuplicación de la producción que trajo como consecuencia la eliminación de masas de trabajadores de los establecimientos industriales, por la automatización, lo que llevó a muchos obreros a considerar como su primer enemigo a las máquinas. Iniciando la lucha por la estabilidad laboral.

Es por ello que en esa época mucho de los principales levantamientos proletarios tenían como objetivo la destrucción de las máquinas y el asesinato de sus inventores; porque miles de trabajadores quedaron en la desocupación, miseria y se veían muchas veces en la necesidad de ofrecer su trabajo bajo

condiciones inhumanas y por una exigua remuneración por la competencia; problemas que originaron las luchas sindicales y su manifestación a través de los convenios colectivos de trabajo con el propósito de lograr mejorar las condiciones de vida de los trabajadores, de su familia y el desarrollo de la industria con el logro del incremento de la producción y productividad.

Ahora en estos tiempos, nuevamente nos encontramos en riesgo debido a la realidad socioeconómica que vivimos y las leyes laborales, cuya tendencia flexibilizadora del contrato de trabajo con miras al incremento del empleo, no han logrado su objetivo.

En el Perú: constituyen antecedentes, la Ley N° 4916, promulgada el 7 de febrero de 1924, durante el gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, la cual confirió libertad al empleador de poner término al vínculo laboral, siempre que cumpla con el pre-aviso de 90 días o le facultó el pago de la indemnización equivalente a este lapso; obligó al trabajador en caso de retiro voluntario a dar aviso con 40 días de anticipación; en consecuencia, legisló el pre aviso y el elemento indemnizatorio⁶.

Asimismo, por Decreto Supremo del 5 de junio de 1953, se legisló sobre el derecho que tenían los trabajadores con 20 años o más de trabajo continuo a favor del mismo empleador para no ser

⁶ La Estabilidad Laboral en el Perú. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos10/establab/establab.shtml#ixzz2jL76QEZT> (visitado el 10.11.16)

despedidos arbitrariamente de su centro de trabajo. Fue el inicio de la protección del trabajador, basada en el criterio de la antigüedad en el trabajo; además, el Decreto Supremo del 04 de noviembre de 1958, estableció que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 del 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo debía ser aprobada por dicho Ministerio.

En 1962, la Ley N° 14221 estableció que el empleador para poner término a los servicios de un obrero debería darle aviso con 15 días de anticipación, norma que fue derogada por el Decreto Ley N° 14857 de fecha 29 de enero de 1964.

En 1970, durante el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N° 18471 de fecha 10 de noviembre de 1970, se institucionalizó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. Esta disposición significó que transcurrido el período de prueba el trabajador sólo podía ser despedido por faltas graves o despido colectivo; lo cual requería la autorización de las autoridades laborales, siendo la empresa la que debía demostrar la existencia de la causa justa para el despido del trabajador, y la autoridad administrativa de trabajo determinaba si éste procedía o no, si se determinaba que el despido era injusto,

la empresa debía pagar todos los salarios devengados y el trabajador podía elegir entre la reposición o la indemnización correspondiente y la liquidación de beneficios sociales. Por lo que para realizar el despido efectivo del trabajador, la empresa debía de negociar con él mismo.

En el año 1978, el general Morales Bermúdez estableció la estabilidad relativa a través del Decreto mediante la Ley N° 22126, el periodo de prueba se extendió de tres meses a tres años, lo cual redujo la importancia de la estabilidad laboral.

Posteriormente este derecho alcanzo el rango constitucional al aprobarse la Constitución de 1979.

En junio de 1986, durante el gobierno de Alan García, se redujo otra vez el periodo de prueba a tres meses a través de la Ley N° 24514 y una gran porción de trabajadores adquirieron súbitamente la estabilidad laboral absoluta. Esta ley implicó un alto grado de rigidez durante el periodo 1986 – 1991⁷.

Con el gobierno del ingeniero Fujimori se flexibilizo el mercado de trabajo eliminándose la estabilidad absoluta reemplazándose por la relativa. En 1991 se introdujeron varias modificaciones que tenían como objetivo flexibilizar el mercado laboral y reducir los

⁷ SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo. Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano. Grade, Lima, Febrero, 2000. Disponible en: <http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/ddt/ddt28.pdf> (visitado el 10.12.16)

costos de despido y contratación a través del Decreto Ley N° 728 (Ley de Fomento del Empleo). Una de las intenciones de la reforma era abolir la estabilidad laboral. Sin embargo, la misma era un derecho establecido en la Constitución Política de 1979, por lo que sólo pudo ser eliminada parcialmente, afectando sólo a aquellos trabajadores que fuesen contratados después de la promulgación de la ley.

Así, durante el periodo comprendido entre 1991 y 1995, coexistieron dos regímenes. Los trabajadores contratados antes de noviembre de 1991 podían seguir exigiendo la reposición o el pago de la indemnización, si no se lograba mostrar que el despido era justificado, mientras que los trabajadores contratados después de esa fecha debían esperar que el juez apruebe la reposición o la indemnización.

Bajo el marco de la nueva Constitución de 1993, la Ley N° 26513 de julio de 1995 reemplazó a la estabilidad laboral absoluta por la protección contra el despido arbitrario, eliminando así la posibilidad de reposición del trabajador y otorgándose sólo el pago de la indemnización en caso de despido injustificado.

2.2.1.2 Concepto de Despido

El despido es la consecuencia de un conflicto producto de una relación laboral y por decisión unilateral del empleador el

trabajador deja de prestar sus servicios, decisión que puede ser justificada en la medida en que se han presentado las causales que configuran la extinción del contrato de trabajo, o simple y llanamente arbitraria que conlleva la lesión de derechos constitucionales del trabajador.

El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual que debe ser comunicado por escrito⁸.

Por su parte, Manuel Alonso García citado por Carlos Blancos Bustamante, define al despido como el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo⁹.

El despido es aquella forma de extinción del contrato de trabajo que se produce por voluntad unilateral del empleador y por lo tanto juega un rol fundamental y decisivo que puede materializarse con o sin justificación.

En nuestra legislación no existe una definición de despido propiamente dicha, pero sí establece en que supuestos estamos frente a un despido justificado, nulo etc.

⁸ Arce Ortiz, Elmer Derecho Individual del Trabajo en el Perú, Desafíos y deficiencias, Lima 2008. p. 522.

⁹ Blancos Bustamante, Carlos El despido en el Derecho Laboral Peruano, Lima 2006. p. 46

El Despido en el Marco Constitucional: El artículo 23° de la Constitución Política del Estado establece que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado..., mientras que el artículo 27°, precisa que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Del análisis de la redacción de ambos artículos se puede sostener que no existe estabilidad laboral absoluta, por lo tanto está permitido el despido, pero éste no debe materializarse mediante la arbitrariedad del empleador, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral, puesto que a tenor de lo señalado por el artículo 103°, último párrafo, de la norma fundamental se encuentra prohibido el abuso del derecho.

2.2.1.3 Características

El despido, consiste en la extinción de la relación laboral mediante el cual el trabajador deja de prestar servicios para su empleadora por motivos ajenos a su voluntad laboral y se basa exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador; produciéndole un daño al trabajador ya que no podrá seguir percibiendo su remuneración.

Montoya Melgar, citado por Carlos Blancos Bustamante señala al despido como extinción de la relación de trabajo, fundada

exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador. En este orden de ideas, el despido presenta los siguientes caracteres:¹⁰

- i) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante;
- ii) Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente;
- iii) Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada; y,
- iv) Es un acto que produce la extinción contractual en cuanto *cesan ad futurum* los efectos del contrato.

2.2.1.4 Clases

1) El despido como acto causal – despido justificado

Una de las formas de extinción de la relación laboral, y quizá la que más controversias suscita debido a la contraposición de intereses de las partes que conforman la misma, es el despido. Debido a la naturaleza de la relación laboral, informada por el principio de continuidad¹¹, la terminación de la misma se ha configurado como un acto de naturaleza excepcional. Tal excepcionalidad radica en la necesidad de una causa justificante y el cumplimiento de un

¹⁰ Blancos Bustamante, Carlos El despido en el Derecho Laboral Peruano, Lima 2006. p. 46

¹¹ Uno de los aspectos de este principio, sino el más importante, es la preferencia por la duración indeterminada de las relaciones de trabajo. Es expuesto por DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, 16ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 222.

procedimiento. Es en base al primer requisito que puede decirse que el despido es una institución causal¹². Se requiere de una causa justificante en el despido puede estar basada en la voluntad del empleador (sentido amplio del despido justificado) debido a la falta grave imputable al trabajador (sentido restringido del despido injustificado). Ya sea que la causa justa resida o no en una falta grave imputable del trabajador, el mismo que se resolverá mediante un procedimiento de despido.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 22º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa del rompimiento del vínculo laboral debe estar acreditada y le corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido; además se debe tener en cuenta que la protección contra el despido arbitrario es sólo para aquellos trabajadores cuya jornada laboral sea de 4 horas a más; excluyéndose, de tal manera, a los trabajadores que tienen un contrato a tiempo parcial.

¹² ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAMONDE, Emilia, Derecho del Trabajo, 4ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 385.

1.1) Causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador

Tenemos las siguientes:

- a)** El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b)** El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c)** La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Estas causas están relacionadas con el estado físico emocional que pudiera estar atravesando el trabajador, sin embargo no estamos frente a una incapacidad física que podría ser producto de un accidente laboral o similar, porque si fuera este el caso estaría subsidiado y si persiste la incapacidad puede hasta estar con una pensión de invalidez.

1.2) Causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador

Tenemos¹³:

a) La comisión de falta grave; Se entiende como falta grave a la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. El artículo 25º del D.S. N° 003-97-TR, TUO del D. Leg. N° 728, de manera taxativa estipula como faltas graves los siguientes hechos:

1) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada, fehacientemente, con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo o, en su defecto, de la Policía o de la Fiscalía, si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

¹³ JIMENEZ CORONADO, Ludmin G. *El Despido en el Perú*. Actualidad Empresarial, N° 178 - Primera Quincena de Marzo 2009 p. v-5

- 2) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;
- 3) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;
- 4) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;
- 5) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como

reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;

6) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y falta miento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;

7) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta; Para que proceda esta causal se requiere la intencionalidad, es decir, que exista la voluntad de actuar del trabajador, por lo tanto, no se considerarían los daños que han sido cometidos en forma involuntaria o por actividades ajenas al trabajador.

8) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas

disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones. Para que no se configure el abandono de trabajo, toda ausencia al centro de trabajo, deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia. El plazo se contará por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo.

b) La condena penal por delito doloso, esta causal se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador. En este punto, sí debemos de tener en cuenta que lo que se requiere es una sentencia condenatoria, vale decir que no se admiten sólo procesos, actuaciones, audiencias; se necesita una sentencia condenatoria y firme; todo ello porque se desea saber con exactitud o con certeza la responsabilidad penal del trabajador.

c) La inhabilitación del trabajador, la inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por

autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un período de tres meses o más. En una sentencia, el Juez podría decidir sobre una inhabilitación, del mismo modo existen cargos que por su naturaleza necesitan permisos especiales para que puedan ejercerlo, si en caso el trabajador fuera privado o se le restringe esta situación, entonces se podría invocar la causal analizada.

1.3) Requisito previo para el despido justificado

El empleador antes de proceder con el despido del trabajador por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador debe otorgarle un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formularen, salvo en aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta (30) días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

El empleador puede exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo por el tiempo que dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, siempre y cuando no se perjudique su derecho de defensa, se le abone la

remuneración y demás derechos y beneficios que le correspondan. La exoneración debe constar por escrito.

Con este procedimiento se le da la oportunidad de poder realizar su defensa de los cargos que se le hubieran podido imputar y así el trabajador no se encuentre en estado de indefensión, pues el derecho a conservar el trabajo, está protegido constitucionalmente; y esto también tiene que ver con el derecho a la defensa; por ello el empleador antes de tomar la decisión unilateral del despido debe otorgar un plazo razonable de seis días (el mismo que podría ser mayor si es que lo desea el empleador) para que pueda el trabajador presentar sus descargos, los mismos que podrían acompañar los elementos probatorios u similares y de esta manera crear convicción en su empleador y éste pueda dejar sin efecto la medida del despido.

La carta de preaviso de despido, debe de indicar con claridad los hechos por las cuales es materia de sanción, existiendo la posibilidad de poder equivocarse en la base legal invocada de las faltas, pero no en su contenido. La formalidad que deben de tener estas comunicaciones, no lo establece la norma laboral; pero al no establecerlo solo se debería de enviar al domicilio que el trabajador haya otorgado a su empleador, si es que otorgó un domicilio inexistente o no válido; no es responsabilidad del empleador que no hayan llegado las notificaciones para los descargos,

situación que no debería invalidar estas comunicaciones, excepto que se demuestre que el trabajador consignó en sus datos una dirección válida y el empleador de una manera haya hecho parecer todo lo contrario.

Comportamiento del empleador que sí podría ser cuestionada por el trabajador y alegar el despido en forma arbitraria. Es por ello que cuando existen irregularidades en los datos consignados o el trabajador se niegue a recepcionarla, se puede remitir a través de un notario o juez de paz de ser el caso; los mismos que darán fe sobre la no recepción de las cartas u otras situaciones que puedan suceder.

En el sector público, cuando un servidor comete una falta: existe todo un procedimiento, donde las decisiones, las investigaciones lo hará un comité de disciplina o de procesos administrativos, es decir un órgano colegiado cuyas decisiones serán en forma conjunta y no en forma unilateral.

2) El despido injustificado - Su tipología legal.

Al despido que adolezca de una causa justificante lo denominaremos, en contraposición al despido descrito en el párrafo anterior, despido injustificado¹⁴.

¹⁴ El artículo 22º de la LPCL establece que para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es

La protección que otorga nuestra legislación laboral para ciertos hechos, es una forma de salvaguardar los derechos de los trabajadores que se encuentren inmersos en ciertas actividades particulares. Las clases del despido injustificado diseñadas por el legislador nacional en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL, la doctrina, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, han ido delineando conceptualmente algunos tipos de despido y son las siguientes:

1) Despido Arbitrario: el artículo 34º de la LPCL establece que —si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poder demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización. En consecuencia; los despidos que carezcan de justificación alguna o que al ser impugnados en vía judicial no pueda comprobarse la motivación legal en que se sustentaron serán considerados como arbitrarios. La tutela que frente a éstos se le brinde al trabajador será de índole resarcitoria, es decir, traducida en una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada año laborado hasta un máximo de 12 remuneraciones.

En este tipo de despido solo importa la decisión del empleador en terminar el vínculo laboral, desde luego que sin afectar los derechos constitucionales (despido nulo). En ese sentido, si es

indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada

que un empleador decide prescindir de los servicios de un subordinado, bastara comunicarle y pagarle la indemnización antes descrita.

2) Despido Nulo: Es nulo el despido que fundamentaban su procedencia en las circunstancias que tipifica el artículo 29° de la LPCL, ya que consideró que tales motivos responden a diversas manifestaciones de ciertos derechos fundamentales del trabajador, por lo que su desconocimiento lleva implícito un efecto o resultado lesivo¹⁵.

Es nulo el despido que tenga por motivo¹⁶:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Así como es un derecho constitucional el trabajo, también lo es formar sindicatos o participar en actividades sindicales; esta protección radica, principalmente, en que los empleadores no busquen extinguir a aquellos servidores que hacen uso de su derecho a poder pertenecer a un sindicato, es decir, a esa agrupación que tiene como objetivo dialogar con la empresas y proponer mejoras para los trabajadores.

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad. A diferencia del supuesto anterior, aquí no existe un sindicato ya sea porque no se ha

¹⁵ Al respecto Arce Ortiz explica: —Pues, lo que caracteriza, en definitiva, la noción jurídica del despido nulo peruano no es la decisión extintiva unilateral del empleador sin más, sino, por el contrario, el efecto o resultado lesivo que ella provoca, ARCE ORTIZ, Elmer. La Nulidad del Despido...op cit. Pág. 132.

¹⁶ JIMENEZ CORONADO, Ludmin G. *El Despido en el Perú*. Actualidad Empresarial, N° 178 - Primera Quincena de Marzo 2009 p. v-7

deseado o porque no cumplen con el número mínimo de trabajadores, lo que sí hay es una asociación de trabajadores, agrupados para velar intereses colectivos. En ese sentido, la protección será para los candidatos a dirigir o para el representante, mas no hace extensión para los que forman esta organización o asociación.

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25º del D.S. N° 003-97-TR. Este supuesto protege al trabajador que haya participado en alguna queja contra su empleador, por la terminología es ante un órgano administrativo; los motivos pueden ser diversos, puede darse el caso que haya sido a través un proceso que podría ser también de cualquier materia, no necesariamente que haya sido sobre temas laborales, pues se puede dar la posibilidad que se hayan instaurado procesos penales, civiles u otros. En el artículo 47º del D.S. N° 00196-TR, detalla que se configura la nulidad del despido; si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida

que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento.

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; Esta protección tiene que ver con lo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, en cuanto a los derechos fundamentales de la persona; en lo que respecta a la igualdad y no ser discriminado por razones eminentemente por razones subjetivas como es la raza, el idioma, etc. El artículo 48º del D.S. N° 001-96-TR, precisa que se considera discriminatoria, para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores.

En esta precisión, aplica términos como notoria desigualdad, es decir, que pueden darse desigualdades no tanto notorias o simuladas o indirectas, pero que en la realidad si afectan al trabajador, es difícil de acreditarlas, podría ser, pero no dejan de ser desigualdades que afectan al trabajador. Del mismo modo, hace mención a un trato marcadamente diferenciado, es decir que las sublimidades, las indiferencias personales u otros hechos que no sean marcadamente visibles, no podrían ser actos discriminatorios, sin embargo; tan igual como en el caso anterior, siguen siendo actos que afectan al trabajador.

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días

posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente punto es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. No basta solo la información sino que deberá acreditarlo documentalmente, pudiendo presentar certificados médicos, resultados de análisis médicos, ecografías, etc., sino ha existido tal comunicación acreditada no estaremos frente a un despido nulo, tampoco se permite que se demuestre el embarazo luego de haberse dado el despido.

Frente a este tipo de despido, el legislador ha dispuesto que la tutela que se le debe brindar al trabajador sea la restitutoria, o en otras palabras, se debe reponer al trabajador afectado por un despido nulo en su puesto de labores.

Otra modalidad de despido, regulada en el literal b) del artículo 35° de la LPCL, no menos importante que las anteriores, es conocida por la doctrina como el despido indirecto o autodespido, el cual procede ante la verificación de los llamados —actos de hostilidad y siempre que el trabajador afectado opte por la terminación de la relación laboral.

En estos casos procede la vía del proceso de amparo cuando estamos ante situaciones de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un

despido nulo, dada las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados. También procede el uso de la vía ordinaria, y en ambos casos el objeto de la tutela es la reposición.

A nuestro criterio, el Tribunal Constitucional no deja de tener razón al autorizar la doble vía ante un despido nulo; sin embargo, considero que en armonía a lo previsto en el numeral 2) del artículo 5° del Código procesal Constitucional (vía procedimental específica e igualmente satisfactoria), sólo debe optarse por la vía del amparo cuando medien casos que no encuadren en los supuestos legales regulados por el precitado artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

3) Despido Incausado: Es definido por el Tribunal Constitucional según lo establecido con fecha 11 de julio del 2002 - Caso Telefónica -Expediente N°1124-2002-AA/TC, a efectos de cautelar la plena vigencia del artículo 22° de la Constitución y demás conexos y se produce cuando se despide a un trabajador, sea de manera verbal o escrita, sin expresarle causa alguna derivada a su conducta o su labor que la justifique. Agrega el Tribunal que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está viciada de nulidad –y, por consiguiente, el despido carece de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona

reconocidos en la Constitución o los Tratados relativos a la promoción, defensa y protección de derechos humanos.

El despido incausado tiene dos (02) supuestos:

- i) Desnaturalización y/o simulación contractuales, y
- ii) Suspensión desproporcionada e indefinida de labores.

En el primer caso vemos los despidos encubiertos que mayormente surgen de los vencimientos de contratos de locación de obra o servicios, o aquellos contratos de trabajos sujetos a modalidad que encubren relaciones laborales de carácter permanente, jugando un rol importante la “primacía de la realidad”, que constituye un instrumento eficaz en donde los hechos se sobreponen a lo que ocurre en los documentos.

Para el Tribunal Constitucional, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud del cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

En el segundo caso, debe indicarse que la suspensión conlleva según ALONSO GARCÍA un incumplimiento temporal en la relación laboral que puede tener su origen en causas dependientes o independientes de las partes.

Ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, al decir que supeditar el ejercicio del derecho al trabajo de la recurrente a un plazo indefinido y desproporcionado, bajo la

excusa de la suspensión unilateral de labores prevista por el artículo 15º del D.S. Nº 003-97-TR (por caso fortuito o de fuerza mayor), configura, en los hechos, un despido incausado si no existe asidero legal que ampare dicho acto.

De la sentencia anterior podemos señalar afirmar que la suspensión prolongada e irrazonable es equiparable al despido, puesto que si rebasa la eventualidad que se requiere para solucionar una situación laboral como las descritas en el artículo 12º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ello implicaría la afectación de la subsistencia de los trabajadores y sus familias.

4) Despido Fraudulento: Esta modalidad aparece de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de julio del 2002-Expediente Nº0628-2001-AA/TC. Esto se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso u auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando se cumpla con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos e imaginarios o, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos,

corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

Como puede advertirse, los despidos fraudulentos equivalen a los despidos sin expresión de causa legal, razón por la que el TC dispone la reposición en estos casos.

2.2.2 CONTRATO DE TRABAJO

Es un acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajador, por el cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal y remunerada (el trabajador) y la otra (empleador), que se obliga al pago de la remuneración correspondiente y que, en virtud de un vínculo de subordinación (dependencia), goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados¹⁷.

2.2.2.1 Elementos esenciales de Contrato de Trabajo

Los elementos esenciales del contrato de trabajo son tres: la prestación personal de los servicios, el vínculo de subordinación o dependencia y la remuneración:

1) La prestación personal de servicios, es la obligación que tiene el trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad, la cual tiene carácter personalísimo, es decir,

¹⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. Guía Laboral 2013, Sexta Edición, Gaceta Jurídica, Lima –Perú, 2013. p. 13

no puede ser delegada a un tercero, ni ser sustituido o auxiliado, salvo el caso del trabajo familiar a domicilio.

2) La subordinación o dependencia, es el vínculo de sujeción que tiene el empleador y el trabajador en una relación laboral. De dicho vínculo surge el poder de dirección. Este poder de dirección implica la facultad del empleador de dirigir, fiscalizar y, cuando lo crea conveniente, poder sancionar al trabajador dentro de los criterios de razonabilidad. Este es el elemento distintivo que permite diferenciar al contrato de trabajo del contrato de locación de servicios (en estos contratos, los servicios son autónomos o independientes).

3) La remuneración, es el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios como contraprestación, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

La regla general es que el trabajador en un proceso judicial o el inspector en un proceso inspectivo, deben demostrar la existencia de estos tres elementos esenciales para concluir que hay un contrato de trabajo. Sin embargo, con la nueva Ley Procesal del Trabajo, para demostrar la existencia de una relación de trabajo en un proceso laboral, el demandante solo tiene que probar el primer y tercer elemento, es decir, la prestación personal de servicios y la remuneración para que se presuma la existencia de una subordinación. Corresponderá al demandado demostrar que no ha

existido subordinación, sino que la prestación personal de servicios remunerada se daba de manera autónoma¹⁸.

2.2.2.2 Clases de Contratos Laborales

Los empleadores y trabajadores pueden vincularse laboralmente mediante la celebración de tres tipos de contratos de trabajo:

- i) contratos a tiempo indeterminado (llamados usualmente “estables”);
- ii) sujetos a modalidad, plazo fijo o plazo determinado (llamados usualmente “contratados”); adicionalmente,
- iii) las partes también están facultadas, cuando lo requieran, para celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial (por horas).

Los contratos por tiempo indeterminado vienen respaldados por una presunción en el ordenamiento legal. Por ello, la aplicación del principio de “primacía de la realidad”, la laborización de los convenios de formación (prácticas y formación laboral juvenil) o la aplicación de ciertas sanciones por la inobservancia de los contratos sujetos a modalidad, entre otros, suponen que estamos ante un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Estos contratos pueden ser suscritos por empresas del Sector Privado o del Sector Público, siempre que su régimen laboral sea el de la actividad privada.

¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. Guía Laboral 2013, Sexta Edición, Gaceta Jurídica, Lima –Perú, 2013. p. 13

2.2.3 PROTECCION DEL DERECHO AL TRABAJO

2.2.3.1 Los Derechos Laborales en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Para Francisco J. Contreras Peláez los derechos sociales “...son aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo”¹⁹

Los derechos sociales son derechos en toda la extensión de la palabra en la medida en que cuentan con los elementos estructurales indispensables: Un sujeto activo (el individuo); un sujeto pasivo (el legislativo, el ejecutivo y el judicial) y un objeto o prestación (obligación de dar o hacer), es decir una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos.

Los derechos sociales así entendidos ¿son derechos fundamentales? Tomando en cuenta la definición de Gregorio Peces-Barba Martínez los derechos fundamentales son:

“Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e

¹⁹ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. Derechos Sociales, Teoría e Ideología. Madrid, Técnos, 1994. p. 47.

igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. Para hablar de pretensión moral justificada es necesario que desde el punto de vista de sus contenidos sea generalizable, susceptible de ser elevada a la Ley general, es decir, que contenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles, ya sean los genéricos <hombre> o <ciudadano> o los situados <trabajador>, <mujer>, <administrado>, <usuario o consumidor>. <minusválido>, <niño>, etc.”²⁰

Es evidente que los derechos sociales son generalizables y tienen contenido igualitario para el grupo de seres humanos a los que se le aplica, es decir al hombre concreto.

En la evolución de los derechos fundamentales se ha pasado por varios procesos: el proceso de positivación que consiste en incluirlos en el derecho positivo para completarlos. El proceso de generalización que consiste en que se aplican a todos los seres humanos en su condición de tales. El proceso de internacionalización mediante el cual se estableció que los derechos pertenecen a todos los seres humanos. El cuarto proceso es el de especificación de titulares y contenidos de los

²⁰PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p. 109.

derechos sociales. El proceso de especificación responde a las preguntas ¿Quiénes son los titulares? y ¿Cuál es el contenido u objeto de protección?.

“La principal consecuencia de este proceso de <especificación> (descenso de lo general a lo particular) es el reconocimiento de las necesidades básicas del individuo (diversas, desde luego, en función de los contextos en que desarrolla su vida) y de la responsabilidad de la sociedad en la satisfacción de éstas”²¹.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos. Su reconocimiento en la historia de los Derechos Humanos fue posterior a la de los derechos civiles y políticos, de allí que también sean denominados derechos de la segunda generación.

La vigencia de estos derechos se encuentra condicionada a las posibilidades reales de cada país, de allí que la capacidad para lograr la realización de los mismos varía de país a país. Debido a ello el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho. De ahí el surgimiento del constitucionalismo social que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas

²¹ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. Derechos Sociales, Teoría e Ideología. Madrid, Técnos, 1994, p.24.

constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables. Se demanda un Estado de Bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva, y son:

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

Dentro de los derechos económicos, sociales y culturales podemos identificar hasta seis grandes grupos de derechos: 1. Derechos del trabajo; 2. Derechos económicos; 3. Derechos de la salud; 4. Derechos de asistencia; 5. Derechos de educación y 6. Derechos culturales.

Estos derechos han sido analizados desde perspectivas diversas. Así para algunos son derechos de los trabajadores en la medida en que corresponden a ese sector de la sociedad cuya subsistencia depende del trabajo. Para otros son derechos colectivos en cuanto le corresponden a los grupos sociales (trabajadores, niños, ancianos, minusválidos, etc.). Otros consideran que son derechos económicos en cuanto protegen a los miembros de la sociedad en la producción, administración y distribución de bienes. Algunos piensan que se trata de derechos de crédito por tratarse de obligaciones positivas del Estado frente a los ciudadanos. Por último para otros corresponden a los derechos de igualdad en la medida en que se busca corregir los grandes desequilibrios que se presentan en nuestra sociedad²².

2.2.3.2 El Derecho al Trabajo, a la Estabilidad Laboral y a la adecuada Protección contra el Despido Arbitrario

La revisión de las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales nos lleva a concluir que en nuestro ordenamiento jurídico existen, cuando menos, tres disposiciones de rango constitucional que no pueden ser ignoradas o dejadas de lado a la hora de establecer cualquier regulación en materia de despido. Estas se refieren a: i) el derecho al trabajo, ii) la

²² MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. Tesis denominada “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional” Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. p. 29.

estabilidad en el empleo, y iii) la adecuada protección contra el despido arbitrario.

1. El trabajo como derecho y/o deber

a) El derecho al trabajo

Al hablar del derecho al trabajo debemos distinguir dos aspectos: por un lado, el derecho al acceso al trabajo y, por otro, el derecho a conservar el trabajo. En cuanto al primero, o sea el derecho a acceder al trabajo, estamos ante una norma de principio de política social. Sin embargo, tratándose del derecho a la conservación del trabajo (principio de continuidad) el trabajador tiene un derecho que se deriva de su contrato de trabajo que no puede ser afectado por el empleador, salvo medie causa justa basada en su capacidad, o conducta, o necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (Convenio 158 OIT). Es un derecho derivado del contrato de trabajo y, en consecuencia, del principio de continuidad, correspondiendo al legislador establecer las causas justas que permitan rescindir el vínculo laboral. Señalar en la ley las causas de resolución es lo que permite ejercitar el derecho a conservar su trabajo o ser indemnizado²³.

²³ MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. Tesis denominada “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional” Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. p. 34.

La Constitución reconoce en el artículo 22 el «derecho al trabajo», el cual se encuentra, igualmente, enumerado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas y en el artículo 7 del «Protocolo de San Salvador»²⁴

El reconocimiento de este derecho —que tiene diversas manifestaciones— supone erigir un límite a la facultad de despido del empleador al supeditar la legitimidad de esta decisión a la existencia de una causa justa. El hito inicial de este proceso interpretativo se encuentra en la sentencia número 45 del Tribunal Constitucional (TC) italiano, de fecha 9 de junio de 1965,²⁵ luego asumido también, por el TC español en la sentencia número 22/1981, de fecha 2 de julio de 1981.²⁶ Conforme a esta interpretación, la doctrina española señala que

²⁴ Denominado formalmente «Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».

²⁵ Esta sentencia estableció que el artículo 2,118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nùtum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo) y 41 (ejercicio de la libertad económica conforme a la utilidad social de esta), en el sentido de la conservación del puesto de trabajo (ver Sagardoy, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980, p. 86).

²⁶ En esa sentencia el TC precisa que «el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo y, en este sentido, adoptaría una doble faceta. Por un lado —faceta individual concretada en el artículo 35.1 CE—, implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por otro —faceta colectiva que emana del artículo 40.1—, supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo». Más adelante, en otra importante Sentencia, del 27 de enero de 1994, el TC español señaló que: «la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva».

en su vertiente individual el derecho al trabajo se concreta «en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido»²⁷.

En suma, en su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nūtumo* incausado, entendiendo por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral. En este sentido, en la doctrina latinoamericana, De Buen afirma que el derecho al trabajo «se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo».²⁸

²⁷ Sastre Ibarr eche, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp. 133-134.

²⁸ De Buen, Néstor. *Derecho del Trabajo*. t.I, México D.F.: Editorial Porrúa, 1981, p. 80.

Tal concepción amplia del «derecho al trabajo» ha sido, igualmente, recogida por la jurisprudencia de nuestro TC, en su sentencia del 11/07/2002²⁹ en la que expresa:

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

En conclusión, el derecho al trabajo como derecho a conservar el puesto de trabajo impone al legislador el deber de intervenir en los contratos de trabajo, ordenando que no se resuelvan, salvo causa justa. De no existir ésta, se desplegaría una sanción y una consecuencia que puede consistir en la reposición o en una compensación económica.

²⁹ Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, F.J. 12, en el proceso seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa con relación al despido de más de 500 trabajadores.

El legislador será el encargado de establecer si es que procede una reposición o una indemnización ante el despido incausado y cualquiera de las opciones es perfectamente constitucional. También será constitucional si es que la decisión de dicha opción se le otorga al trabajador o al empleador.

b) El trabajo como deber

Aunque no existe una obligación jurídica de trabajar, la gran mayoría de personas tiene la necesidad de hacerlo para poder subsistir por lo que las circunstancias de la vida misma les señala una cierta coerción. Además el sistema jurídico otorga algunas ventajas a los que trabajan, es decir, a quienes aportan su esfuerzo para crear riqueza en la sociedad³⁰.

De similar opinión es Jorge Rendón Vásquez, al decir que “se alude al trabajo como un deber y no como una obligación, puesto que jurídicamente no se da la posibilidad de una sanción material aplicable coercitivamente cuando se produce su incumplimiento.”³¹

Así, quien trabaja tendrá derecho a mayores ventajas en la protección de la seguridad social. En los sistemas de seguridad social denominados contributivos se tiene derecho a los beneficios como consecuencia de los aportes efectuados, ya

³⁰ MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. Tesis denominada “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional” Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. p. 36.

³¹ Rendón Vásquez, Jorge. Derecho del Trabajo. Introducción. Lima: Tarpuy, 1988. pág.25.

sea como trabajador dependiente o independiente. Existe una estrecha vinculación entre los aportes efectuados por los trabajadores y los beneficios que pueden percibirse.

En conclusión, el trabajo no es un deber jurídico que permita su coercibilidad sino que se trata de un deber moral u obligación social por cuanto, en caso contrario, se estaría afectando otros derechos fundamentales, tales como la libertad. Sin embargo, si bien no existe una obligación jurídica de trabajar, el sistema jurídico y la vida misma presentan ciertas tendencias que favorecen al ciudadano que trabaja³².

Por lo tanto existe una coerción real que representa la necesidad de trabajar para obtener los recursos económicos que nos permitan subsistir, además de la coerción del sistema jurídico tal como en los servicios de seguridad social.

2. La estabilidad laboral

Es el derecho que garantiza al trabajador a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en especialísimas circunstancias.

También se define como Estabilidad Laboral al derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no

³² MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. Tesis denominada “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional” Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. p. 36.

pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada.

Como antes lo señalamos, el «derecho al trabajo» también está consagrado en el «Protocolo de San Salvador», el cual, desarrolla *inextenso* todos sus alcances en el artículo 7. Uno de estos es la «estabilidad laboral», conforme lo expresa en el literal d) de dicho precepto: “La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y *con las causas de justa separación*. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; [...]”.

Como se puede apreciar, la «estabilidad en el empleo» a que se refiere el Protocolo se traduce en la exigencia de una «causa de justa separación» como requisito para la validez del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o *ad nítum*, por ser contrario al derecho al trabajo. Asimismo, enumera como medidas reparatoras específicas del despido injustificado la indemnización (tutela resarcitoria) o la readmisión (tutela restitutoria), dejando a cada legislación nacional elegir la fórmula que considere más apropiada, y sin excluir otras prestaciones establecidas por dicha normativa.

Al haber sido ratificado por el Estado peruano y en aplicación de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, realizada por el TC³³, conforme a la cual los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional, el Protocolo constituye fuente obligatoria para la interpretación del derecho al trabajo. En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de «estabilidad en el empleo», entendido, a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o «principio de causalidad» del despido.

La estabilidad laboral, al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio real de otros derechos. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguineti quien, aludiendo a la estabilidad laboral, señala que:

Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones

³³ Ver las sentencias del TC recaídas en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo³⁴.

La estabilidad laboral no solo asegura la permanencia del trabajador en la empresa o institución pública sino que le garantiza el ejercicio real de otros derechos como a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55).

La estabilidad laboral, al alejar el peligro de la pérdida del empleo o causa del ejercicio de los derechos colectivos, fortalece la capacidad de organización y el ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores y, mediante ello, contribuye a garantizar el goce y mejoramiento de los derechos y beneficios individuales³⁵.

Nuestra Constitución tiene respeto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía.

³⁴Sanguinetti, Wilfredo. «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana». En Neves Mujica, Javier (dir.). *Constitución y Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, pp. 83-142, p. 89.

³⁵ Por el contrario, «[...] la inestabilidad laboral es el principal enemigo de la organización sindical de los trabajadores y, por lo mismo, les hace perder la fuerza de su unidad. Con ello los trabajadores se enfrentan, inermes, a las exigencias patronales reproduciéndose las condiciones de explotación que han primado siempre que el sindicalismo es débil o, de plano, no es» (De Buen, Néstor. «La flexibilidad en el derecho del trabajo». En *Modernidad y Legislación Laboral*, México D.F.: Casa Abierta al Tiempo/Friedrich Ebert Stiftung, 1990, p. 95).

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

Además de reconocer el «derecho al trabajo», nuestra Constitución tiene una norma específica sobre el despido, contenida en el artículo 27, según el cual «La ley otorga al trabajador *adecuada protección contra el despido arbitrario*».

Si bien este precepto es menos definido y protector que su antecedente, el artículo 48 de la Constitución de 1979 que expresamente reconocía la estabilidad en el trabajo, es innegable que su interpretación no puede realizarse en forma aislada y divorciada del artículo 22 que enuncia el derecho al trabajo, el cual, como lo hemos indicado, proyecta sus efectos sobre la extinción de la relación laboral.

Y, ello, porque, en primer término, debe advertirse que la consagración por nuestra Constitución del «derecho al trabajo», acarrea consecuencias sobre la normativa del despido, en cuanto, conforme antes se ha señalado, este derecho posee una doble vertiente, que incluye, además de su tradicional concepción como una aspiración legítima a tener o acceder a un empleo, otra, no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de razonabilidad, y, por tanto, abusivas o arbitrarias. Porque, en definitiva, tanto se opone al «derecho al trabajo» el desempleo original, de quien llega a la edad de

trabajar y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupa, más aun cuando esta pérdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios.

Y, en segundo término, porque conforme al Protocolo de San Salvador, artículo 7 inciso d), el «derecho al trabajo» garantiza «la estabilidad de los trabajadores en sus empleos» los cuales solo pueden ser válidamente despedidos de acuerdo con las «causas de justa separación», teniendo derecho, en caso contrario, «a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional».

Siguiendo estos lineamientos, se puede concluir que la interdicción del despido «arbitrario» contenida en el artículo 27, supone, cuando menos, que es arbitrario aquel despido que no está fundado en una causa justa. Ello significa, en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

La jurisprudencia constitucional ha asumido esta posición al realizar la interpretación del artículo 27 constitucional en forma conjunta con el artículo 22 que reconoce el derecho al trabajo. Dicha operación hermenéutica resulta indispensable a la vista de la innegable vinculación y potencial colisión entre ambas disposiciones. Por esta razón, interpretando conjuntamente

ambas normas, el TC concluye que si bien el artículo 27 no determina la forma de protección específica del trabajador frente al despido arbitrario, concediendo, por tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero «[...]no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador»³⁶.

Por el contrario, la interpretación concordada de ambas normas lleva a concluir que cuando el artículo 27 remite al legislador el establecer la «adecuación protección contra el despido arbitrario», «[...] este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional».³⁷

Tal núcleo duro —del derecho al trabajo— reside, precisamente, en «El segundo aspecto del derecho [...]. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa»³⁸. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nítum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho

³⁶ Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.12.

³⁷ *Ibídem*.

³⁸ *Ibídem*.

al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales.

2.2.3.3 Estabilidad laboral vs Contratos Laborales: de la complementariedad a la Contradicción

Decir que Estabilidad en el empleo son dos términos antagónicos, parece ser una afirmación de consenso social y jurídico. Que la contratación temporal, en tanto abanderada de las corrientes flexibilizadoras del Derecho del Trabajo, es hoy en día uno de los principales verdugos del llamado contrato laboral de duración indefinida.³⁹

Visto desde el funcionamiento de cualquier actividad empresarial, la duración de las tareas a cumplir puede ser o bien temporales o bien permanentes. No existe otra posibilidad que las dos nombradas.

Es decir no interesa si la actividad empresarial es habitual o accesoria sino lo relevante está en determinar “lo estable” por contraposición a lo “transitorio”. Los espacios de acción de las actividades permanentes y temporales son distintos y entran en

³⁹ ARCE ORTIZ, Elmer G., *Estabilidad Laboral y Contratos Laborales*. Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Agosto 2006.Lim. p. 5

juego separadamente, cada vez que lo requiera la necesidad empresarial.

Ahora bien, si la actividad empresarial es permanente, nada impide que la contratación del trabajador puede ser también de tipo indefinido. Por lo demás, lo lógico es que pueda serlo, pues de lo contrario se estaría fragmentando en varios contratos una labor que podría gozar de una unidad contractual. Y ello, porque sólo en una actividad permanente de la empresa puede implementarse la contratación indefinida.

La limitación de receso unilateral del empleador en el contrato de duración indefinida hace esta figura más favorable para los intereses del trabajador,⁴⁰ convirtiéndose así durante mucho tiempo en núcleo esencial de todo el andamiaje protector del Derecho del Trabajo. Dicho de otra manera, la opción jurídico política del legislador laboral prefirió que en las actividades permanentes se mantenga la unidad de contratación en lugar de la contratación fragmentada o temporal. Este es, precisamente, el esquema defendido por el derecho de estabilidad laboral, en cuyo seno la contratación temporal sólo tendría espacio y lógica en las

⁴⁰ DURAN LOPEZ, Federico, Modalidades de contratación laboral en AAVV (coordinados por Durán, Montoya y Sala Franco), El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. P. 102.

actividades estrictamente temporales o transitorias de la empresa.⁴¹

Visto así el fenómeno de contratos indefinidos vs contratos temporales no existe contradicción, pues a las actividades permanentes de la empresa le siguen los primeros, mientras a las temporales los segundos. El problema se suscita a partir de 1991, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, cuando la propia legislación incentiva la contratación temporal en actividades permanentes de la empresa. Aquí se produce el conflicto. Se deja de lado la relación complementaria entre contratación indefinida y contratación temporal, y se da paso a una relación conflictiva en las actividades con vocación de permanencia de la empresa. Sintetizando, las estrategias legales de penetración de la contratación temporal en un terreno que antes le estaba vedado, puede ocurrir, fundamentalmente, en tres situaciones:⁴²

- La contratación temporal ingresa al campo de las actividades empresariales de carácter permanente y desplaza, por ende al contrato de trabajo indefinido. Aquí, de lo que se trata es de enunciar lo más genéricamente posible los tradicionales

⁴¹VIDA SORIA, José, MONEREO PEREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, Manual de Derecho del Trabajo, Granada. Editorial Comares, 2005. pp. 346 y ss. También GARCIA PIQUERAS, Manuel, Las Modalidades de Contratos de Trabajo en la Reforma Laboral, Granada, Comares, 1995. p. 1.

⁴²ARCE ORTIZ, Elmer, Estabilidad Laboral y Contratos Especiales, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2006. pp. 6 y 7.

contratos temporales (de obra o servicio específico, por circunstancias extraordinarias o imprevistas, la suplencia, etc), con el objeto de que estas figuras invadan el ámbito de las actividades permanentes. Cuando el artículo 63 de la Ley de Productividad y Competitividad Empresarial, en tanto TUO del Decreto Legislativo 728, define al contrato de obra o servicio específico sólo exige la presencia de un “objeto previamente establecido y de duración determinada”. No dice nada acerca de su actuación en el ámbito de las actividades temporales o necesidades transitorias de la empresa, lo que permitiría deducir que una actividad estable puede dividirse lícitamente en pequeñas obras con objetos específicos. Lo relevante para la LPCL parece ser la delimitación del objeto y la consiguiente delimitación temporal del contrato, sin reparar en que la naturaleza temporal del contrato de obra proviene en estricto de la naturaleza temporal de la actividad empresarial.

- En otros casos, la contratación temporal se reserva a actividades transitorias o estrictamente temporales, pero los controles para la división de los ámbitos son demasiado sutiles. En este contexto, a pesar de que los ámbitos de actuación de los contratos indefinidos y temporales están identificados teóricamente, no sucede lo mismo en el terreno práctico. En la práctica, los contratos temporales invaden las actividades permanentes de las empresas, erosionando la contratación indefinida. Por ejemplo, el establecimiento de presunciones o de

instrumentos procesales para desenmascarar un fraude que, como intentaremos probar a lo largo de este trabajo, poco o nada suman a la restitución del contrato de trabajo por tiempo indefinido, convierten en letra muerta aquella extendida idea de la predilección por la contratación indefinida.

- Finalmente, se utiliza la etiqueta “contratación temporal” para encubrir acciones de política de generación empleo. Se crean, bajo fórmulas de contratación temporal o de plazo fijo, ciertas figuras que operan en las actividades permanentes de la empresa, con el fin de ofrecer mayores incentivos a los empresarios para la creación de puestos de trabajo. En realidad, no son contratos temporales por no actuar en labores estrictamente temporales, sino que son “contratos temporales falsos” que llegan a cuestionar la contratación indefinida en las labores permanentes de la empresa. En estos casos, el concepto de temporalidad se aplica al contrato y no así a las labores propiamente dichas. El razonamiento legislativo es bastante simple: “si creo contratos con plazo fijo en actividades empresariales permanentes, todos los empresarios, descargados de la limitación a su poder de rescisión contractual que supone la contratación indefinida, empezarán a generar más puestos de trabajo”.

La LPCL cuenta entre su articulado con varios de estos contratos, cuyo objeto es o bien crear mayores puestos de trabajo o bien

incentivar la reorganización de procesos o tecnológica de la empresa. El legislador peruano tiene cuidado, no obstante, de no llamarlos contratos temporales. La etiqueta que utilizará para esconder su origen espurio es el de “contratos sujetos a modalidad”, donde mezclará los estrictamente temporales (obra o servicio específico por circunstancias extraordinarias o imprevisibles o de suplencia) con éstos desprovistos de toda condición temporal. Ejemplo de lo que dice, resulta ser el artículo 57 de la LCPL cuando se refiere al contrato por inicio o incremento de actividad”. Un empleador puede contratar al amparo de esta figura a un trabajador, siempre que inicie una nueva actividad productiva. Sin embargo, el problema no queda ahí, pues el mismo artículo admite que la nueva actividad no supone sólo la creación de una nueva empresa, sino también nuevas actividades productivas o comerciales en empresas ya existentes. En fin basta que el empresario diga que un trabajador está iniciando una nueva actividad empresarial para que sea muy difícil probar lo contrario. Por lo demás, el avasallamiento al principio de estabilidad en el empleo, que opera en el terreno de las labores permanentes o estables de la empresa, es evidente.

De lo anteriormente señalado se advierte tres situaciones de conflicto entre estabilidad laboral y contratación temporal son creadas por la propia política legislativa. Es decir el legislador peruano traiciona el pacto social y constitucional de reservar a la contratación indefinida las actividades permanentes.

2.2.3.4 La Contratación Indefinida como regla Constitucional y el Derecho al Trabajo

En el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

El artículo 42 de la Constitución de 1979 en la que se inspira la norma vigente, establecía lo siguiente: "...El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil. y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones ...".

Ricardo Marcenaro Frers⁴³, al analizar este artículo constitucional manifiesta que "Lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular".

Este texto constitucional se complementa con el contenido del derecho fundamental del “derecho al trabajo” deducido de los

⁴³MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultural CUZCO, S.A. Editores, Lima, Perú, 1995, pp. 45 y 47.

tratados y acuerdos internacionales que el Perú ha ratificado en materia de derechos humanos. Por lo demás, esta vía de interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución encuentra su fundamento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente. En este sentido, habrá de remitirse obligatoriamente el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como «Protocolo de San Salvador».

El artículo 7 del mencionado Protocolo precisa que el derecho al trabajo, luego de haber enunciado en el artículo precedente, “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación (...)”. Es decir, el derecho al trabajo se convierte en base del principio del principio de causalidad, tanto al momento de iniciar la relación laboral (contratación) como al de su extinción (despido). Principio de causalidad que opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario. En suma, el respeto a la estabilidad laboral, como regla general, exige que el empleador pueda utilizar la contratación temporal sólo cuando así lo faculte el legislador.

Además, profundizando en el concepto del artículo 7.d del Protocolo de San Salvador, sugiere que las causas de contratación temporal deben adecuarse a las características de las industrias y profesiones”. Dicho de otro modo, las causales de excepción a la contratación por tiempo indeterminado deben adecuarse a las necesidades empresariales de tipo temporal o transitorio.

Por lo demás, esta regla constitucional que defiende el principio de causalidad como límite a la contratación temporal no es nueva, por cuanto ya ha sido enunciado en alguna oportunidad por el Tribunal Constitucional peruano. Ha señalado, aunque sin citar el derecho al trabajo, que en el régimen laboral peruano “hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de éstos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado” (Sentencia de Tribunal Constitucional peruano, de 19 de Diciembre de 2003, en la acción de amparo seguido contra PRONAA-ICA- Expediente N° 1874-2002-AA-TC)

Javier Neves Mujica,⁴⁴ sobre, este mismo tema manifiesta que “... en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida, cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata cuando recae sobre un puesto específico.” Menciona, como ejemplo de este último supuesto, el caso de un trabajador que postula a un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal caso, manifiesta, el trabajador tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Concluye manifestando que sólo en este caso el trabajador tendría derecho a una acción de amparo basado en su derecho al trabajo, si es que por alguna razón se lesione dicha norma constitucional en su aspecto de preceptividad inmediata originando que no se concrete la prestación de servicios, a pese de haber sido seleccionado en el concurso respectivo.

En cuanto al otro aspecto del derecho al trabajo, es decir, cuando la persona accedió a un puesto y lo viene desarrollando, igualmente la doctrina sostiene que tal trabajador tiene el derecho a "conservar el trabajo"⁴⁵.

Javier Neves sostiene que el derecho a la conservación del empleo supone la prohibición del despido arbitrario. En esta línea de pensamiento, Neves considera que "la conservación del empleo

⁴⁴NEVES MUJICA. Javier. *Libertad de Trabajo. Derecho al Trabajo v Derecho de Estabilidad en el Trabajo*. en Revista Derecho y sociedad N° 17, Lima. Diciembre de 2001. p. 25.

⁴⁵ MARCENARO FRERS, Ricardo. op. cit. p. 47.

que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo,

Otro enfoque, sustentado en el derecho al trabajo pero, también, en otras normas constitucionales, se basa en considerar que el trabajo es para la persona un supuesto importante de su dignidad y de su condición de ciudadano, por lo que su pérdida injustificada lesiona estos derechos.

La Constitución indica, en el artículo 22, que el trabajo «Es base del bienestar social y medio de realización de la persona». Esta declaración entraña la adhesión a valores que la propia carta explicita en el artículo1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad con el fin supremo de la sociedad y del Estado».

En efecto, el «derecho al trabajo» es un derecho social, que, como todos los derechos de este grupo, representa el fundamento de la «ciudadanía social», la cual «[...] se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el

trabajo»⁴⁶. Pero, igualmente, es sustento de la ciudadanía en general, esto es, en sus dimensiones civil (derechos civiles o de libertad) y política (derechos de participación), en la medida que el trabajo proporciona a la persona un determinado estatus en la comunidad en la que vive, que comprende no solo su seguridad económica sino, también, su desarrollo personal y profesional, su dignidad y autoestima, su participación en la vida de la comunidad y otros aspectos no necesariamente cuantitativos.

Desde esta perspectiva, la pérdida injustificada del empleo que arroja al trabajador a la precariedad y la inestabilidad no puede ser contemplada como un hecho desvinculado de la dignidad y de los demás derechos fundamentales del trabajador ni reducida, exclusivamente, a una cuestión económica referida a la conservación o compensación de sus ingresos. Con razón, Baylos Grau anota que «el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado —el no-trabajo— en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales».⁴⁷

Más aun, el despido carente de fundamento objetivo y razonable puede ser contemplado como «un acto de fuerza, un fenómeno de

⁴⁶Monereo Pérez, José Luis. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid:

Consejo Económico Social, 1996, p. 12.

⁴⁷Baylos, Antonio & Joaquín Pérez Rey. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.49.

violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial»⁴⁸. Puede serlo porque, como lo precisa el TC, «el despido arbitrario, por ser precisamente “arbitrario”, es repulsivo al ordenamiento jurídico»⁴⁹. Ello en debido a que el trabajo es un bien jurídico especialmente protegido por la Constitución y las normas internacionales por su estrecha relación con otros bienes o valores como la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y los derechos de ciudadanía. Por ello, la facultad del empleador de despedir tiene carácter extraordinario y su validez está condicionada a exigencias de fondo (causa justa) y de forma (derecho de defensa y procedimentalización del despido), fuera de las cuales se configura como un acto arbitrario, o el ejercicio ilegítimo de la violencia por parte del poder privado.

Así lo reconoce, el TC cuando afirma que:

En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del

⁴⁸ Ibídem, p. 44. Agregan los autores: «La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo esta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo» (l. c.).

⁴⁹ Sentencia del TC recaída en el expediente 976-2001-AA/TC, FJ.17.

trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable.⁵⁰

De acuerdo con estos criterios, la protección del empleo del trabajador y la sujeción del despido a estrictas normas que garantizan el derecho de aquel a no ser privado de su trabajo sin causa justa y mediante procedimientos destinados a asegurar su derecho de defensa, constituyen supuestos indispensables para tutelar el ejercicio de los derechos ciudadanos del trabajador, el mantenimiento de su estatus social y su desarrollo personal y profesional.

La estabilidad laboral, al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio real de estos derechos. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguinetti quien, aludiendo a la estabilidad laboral, señala que:

Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del

⁵⁰ Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.7.

marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo⁵¹.

Nuestra Constitución tiene respeto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía.

2.2.4 DESNATURALIZACION DE LOS CONTRATOS MODALES

2.2.4.1 Presunción legal de Contratación Indefinida como límite al incumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad

1) Definición de presunción y ámbito de actuación

Existe preferencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral por la contratación de tiempo indeterminado en labores permanentes; y es lógico que en los contratos sujetos a modalidad se respeten los requisitos sustanciales descritos en el tipo legal, es decir especificando con detalle las causas objetivas que motivan la contratación sujeta a modalidad en ese caso, así como la duración del contrato.

Para juicio de Arce Ortiz,⁵² las formas de incumplimiento de los límites sustantivos de la contratación temporal pueden ser de dos tipos. De un lado, el incumplimiento puede ocurrir por la

⁵¹Sanguinetti, Wilfredo. «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana». En Neves Mujica, Javier (dir.). *Constitución y Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, pp. 83-142, p. 89.

⁵² ARCE ORTIZ, Elmer, *Estabilidad Laboral y Contratos Especiales*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2006. p. 31

inexistencia de contrato escrito en cuyo caso se estará ante contratos tácitos o verbales o por consignar la causa de manera defectuosa. Es decir, no se expresa la causa formalmente o se hace de modo ambiguo u oscuro. De otro lado, el incumplimiento puede darse, a pesar de la existencia de contrato de trabajo escrito, por el desajuste entre objeto del contrato escrito y ejecución de la prestación de servicios. Es decir que a pesar de existir un contrato escrito, las labores cumplidas por el trabajador no corresponden con el objeto del contrato sujeto a modalidad suscrito.

Se produce el incumplimiento de los límites sustantivos cuando el empresario requiere al trabajador contratado temporalmente para que cumpla labores distintas a las estipuladas en el contrato. No interesa si el desajuste es parcial o total lo relevante es que no se respetan los límites mencionados.

Los efectos del incumplimiento de las formalidades necesarias de los contratos sujetos a modalidad son tratados de modo especial por la LPCL como se sabe en su artículo 4 comienza señalando “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Esta presunción legal, que para DEVIS ECHANDIA es una regla sustancial con efectos procesales sobre la carga de la prueba⁵³, no hace otra cosa que redistribuir los pesos probatorios entre trabajador y empleador a efectos facilitar la prueba del incumplimiento empresarial. Admitiendo que para el trabajador será muy gravoso probar que su labor es de tipo permanente o estable, y por ende corresponde su contratación por tiempo indefinido, el legislador laboral presume este hecho sólo con la prueba de que su vínculo jurídico es de naturaleza laboral.

En el artículo 27 de la Ley Procesal Laboral Ley 26636, esta norma señala que “corresponde a las partes probar sus afirmaciones: 1) al trabajador probar la existencia del vínculo laboral y 2) al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales (...)”. De esta forma aunque el trabajador demandante pueda incorporar al proceso todas las pruebas que crea necesarias, lo único exigible es la prueba del vínculo laboral, probado éste, se activara la técnica presuntiva, es decir el empleador deberá probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley. Con ello se determina que la presunción a la que refiere el artículo 4 de LPCL opera sobre todo en los supuestos de incumplimientos de los límites sustantivos cuando existen contratos escritos.

⁵³ *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial Fidenter, Buenos Aires, tomo II, p. 697.

2) La preferencia sobre el fraude de ley

Cuando se alega el fraude, el trabajador tendrá que desplegar una actividad probatoria mucho mayor a la que le exige la presunción, puesto que tendrá que probar además de la naturaleza laboral del vínculo, la conexión entre norma de cobertura y norma eludida para hacer uso desviado de la contratación temporal. Dado que la conducta fraudulenta se caracteriza por su camuflaje, por su apariencia legal, la prueba de quien alega la existencia de fraude será más pesada. Hace falta que quien alegue la existencia de fraude de ley suministre al juzgador los elementos de hecho precisos para convencer al juez de que pretendió evitar la aplicación de las normas aplicables al caso, mediante la actuación de otras normas con finalidades distintas⁵⁴.

Hechas estas consideraciones, parece evidente que la estructura probatoria de la presunción de indefinición favorece más al trabajador que la figura del fraude de ley. Existe un aligeramiento de la prueba en la presunción que no puede ofrecer el fraude, por lo que si el trabajador sigue esta segunda vía tendría que estar muy seguro de probar que las labores cumplidas en la realidad no corresponden con las pactadas en el contrato sujeto a modalidad escrito. O dicho de otro modo,

⁵⁴ IRUZUBIETA FERNANDEZ, Rafael. *El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo*. Madrid Editorial COLEX, 1989. Pp. 92 y ss.

que en su caso correspondía la suscripción de un contrato por tiempo indefinido⁵⁵.

Ahora bien, el fraude como instrumento que persigue el mal uso de la contratación temporal, tiene como efecto la desnaturalización del contrato. Esto es, el artículo 77 de la LPCL en su apartado d) señala que “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas por la presente ley”.⁵⁶

Lo que hay que entender es que la prueba del fraude desencadena una sanción, sin posibilidad de que el empleador pruebe en contrario⁵⁷.

Es decir comprobado el fraude por el trabajador, el contrato de trabajo sujeto a modalidad se considerará como uno de duración indeterminada de conformidad a lo señalado por ley.

⁵⁵ ARCE ORTIZ, Elmer, *Estabilidad Laboral y Contratos Especiales*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2006. p. 34

⁵⁶ El artículo 77 d) LPCL, de cara al supuesto que se viene analizando (contrato sujeto a modalidad escrito que no cumple con los límites sustantivos en la realidad), no es más que la expresión del principio de primacía de la realidad. Como se sabe, el principio de primacía de la realidad es un principio de especificidad laboral que ante la discordancia entre lo que dicen los documentos y los hechos, prefiere estos últimos. De la misma manera, en estos casos, el fraude de ley desenmascara la realidad que subyace a los contratos sujetos a modalidad firmados por escrito. Al existir una norma del sistema de fuentes regulando el mismo ámbito de actuación del principio, éste último cede su lugar al primero, pues los principios habrán de aplicarse sólo si no existe norma expresa del ordenamiento que regule el supuesto de hecho.

⁵⁷ En este sentido, el propio Tribunal Constitucional peruano ha atribuido al artículo 77 LPCL un carácter sancionatorio en los fundamentos 3 y 4 de la sentencia de la acción de amparo de 19 de diciembre de 2003 (Exp. 1874-2002-AA/TC).

2.2.4.2 La Contratación Temporal en las entidades estatales

Sin duda la mayor cantidad de contratos sujetos a modalidad suscritos se encuentran en el empleo público, donde el Estado es el empleador. Por ello se considera:

1) La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública.

Por mucho tiempo, el Decreto Legislativo 276 fue la norma que reguló la relación laboral de los servidores públicos con su empleador, el Estado. Esta norma, que entra en vigencia en el año 84, reconocía la estabilidad en el trabajo a todos los trabajadores nombrados del sector público que prestaban labores permanentes o estables a la administración. No obstante, fue el proceso de “privatización” de la función pública, instaurado por el gobierno de Fujimori en 1991, el que vino a incorporar a las entidades estatales a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Obviamente, estos últimos trabajadores no ingresaban a la entidad estatal por la vía de la contratación indefinida, sino de contratos sujetos a modalidad o de contratos civiles de locación de servicios. Masivamente, las contrataciones para labores permanentes en las entidades estatales se articularon por la vía de la contratación a plazo fijo.(...). La carga social que un

sistema de este tipo imponía al Estado fue eludida con la introducción de mecanismos flexibles en la contratación⁵⁸.

Sin embargo esta actitud tomada por parte del Estado en sus contrataciones de personal merece ser criticada, porque en la administración pública es uno de los pocos ámbitos donde se requiere un personal fijo ya que no pueden haber políticas públicas de desarrollo eficaces y exitosas con un personal inestable.

Actualmente, se podría decir que se encuentra relevada la contratación temporal en actividades permanentes de las entidades públicas con la emisión de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, publicada el 19 de febrero de 2004 propone que “el acceso al empleo público se realice mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y la capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades” (artículo 5). En ella también se reconoce la “protección adecuada contra el cese arbitrario con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso” (artículo 15) desapareciendo como causa de extinción del empleo público la llegada del plazo o el cumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad (artículo 22).

⁵⁸ ARCE ORTIZ, Elmer, *Estabilidad Laboral y Contratos Especiales*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2006. p. 56

Sin embargo por normas presupuestarias, que no se ajustan a los principios de la Ley Marco del Empleo Público, en muchas ocasiones sus disposiciones permiten que en la administración pública se efectúe la contratación de trabajadores a plazo fijo en labores permanentes. De esta manera que al margen de lo regulado, es posible que los temas relacionados con el régimen laboral de los trabajadores del Estado pasen de manera inadvertida.

2) Condiciones de ingreso a la administración pública y su impacto en los mecanismos de protección de la contratación indefinida

De conformidad con la legislación presupuestaria el ingreso de personal en una entidad pública procede de dos maneras cuando exista una plaza presupuestada o se convoque a un concurso público de méritos, es decir las entidades del estado pueden contratar un trabajador ya sea mediante contrato sujeto a modalidad o sea a través de un contrato por tiempo indeterminado.

Sin embargo de lo señalado en líneas arriba hago la pregunta ¿qué pasaría si la plaza presupuestada que es para desempeñar labores permanentes en la administración pública y que podría ser sometida a concurso, se le designa la plaza a un contratado sujeto a modalidad que se desnaturalizó y se transforma su contrato en uno de naturaleza indefinida?. En principio, se podría declarar nula toda prórroga tácita del

contrato sujeto a modalidad, por cuanto la existencia de financiamiento es un requisito fundamental para el inicio de la prestación de servicios. Pero siendo el Estado parte de una relación contractual está sujeto a las mismas reglas de las empresas privadas, esto es bajo los alcances de LPCL artículo 77.

Aquí la respuesta es clara porque la administración pública no puede alegar una “condición especial” para eludir responsabilidades sociales por lo tanto la desnaturalización del contrato se convertiría en uno por tiempo indeterminado y en caso que desee despedir al trabajador la entidad pública tendría que basar su decisión en una causa justa pues de no hacerlo sería un despido nulo.

2.2.4.3 Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas

Al Estado como empleadora no sólo le basta entablar contratos sujetos a modalidad con sus trabajadores en actividades permanentes para ejecutar sus labores en la administración pública, por el contrario muchas veces se exceden los límites de contratación modal, algunas veces dicho exceso es con respaldo legal, pero en otras situaciones sólo actúa la libre decisión de la entidad del Estado.

Elmer Arce Ortiz sostiene⁵⁹: Respecto a estas primeras situaciones. Como se recordará, el contrato de suplencia se convierte en uno de duración indeterminada “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare trabajando” (artículo 77 c. de la LPCL). Con lo cual, si no hay reincorporación efectiva, el trabajador suplente se convertirá en trabajador por tiempo indefinido. No obstante, la defensa al derecho de estabilidad laboral que promueve este artículo, la Primera Disposición Transitoria de la Ley 28425 señala que en las instituciones del estado “en el caso de la suplencia de personal, una vez finalizada la labor para la cual fue contratada la persona, los contratos respectivos quedan resueltos”. De esta manera, la regla en el sector público es, precisamente, la inversa a la que rige en el sector privado. Mientras en el sector público opera claramente un término resolutorio (fecha concreta pactada en el contrato), en el sector privado operará, como ya se dijo, una condición resolutoria (fecha incierta condicionada a la reincorporación del trabajador titular).

Respecto a las segundas, quizá los ejemplos son más variados. Un caso en que la administración muchas veces se excede en los límites temporales del contrato fijo, es el referido a la suplencia por cargo vacante. Esta situación ocurre sobre todo en cargos de

⁵⁹ ARCE ORTIZ, Elmer, *Estabilidad Laboral y Contratos Especiales*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2006. p. 57

dirección o de responsabilidad. Imaginemos que hay una plaza presupuestada para el cargo de Director de Asuntos Administrativos de la Gerencia de Asuntos Jurídicos, pero como ha de someterse a concurso es necesario nombrar un Director interino. El problema es que muchas veces se efectúa el nombramiento mediante un contrato de suplencia que puede extenderse hasta límites exagerados. La permanente inestabilidad del Director será evidente, sin embargo lo que está detrás de todo esto es la exigencia de una contratación incausada⁶⁰. Me explico, el pretexto por el que se contrata a este Director interino es el proceso de selección de quien será próximamente el Director titular, pero ¿si todavía no se inicia el proceso de selección?. Por lo demás, parece obvia la actuación fraudulenta de la administración. En consecuencia, el trabajador contratado por contrato de suplencia deberá transformar su condición a trabajador por tiempo indefinido, al margen de que mantenga o no el cargo de Director.

La administración pública también realiza contrataciones de obras sucesivas en labores permanentes. Si bien es cierto muchas veces se deben contratar servicios profesionales para proyectos específicos, para lo cual debe utilizarse un contrato de obra

⁶⁰ Para un análisis de la utilización del contrato de suplencia en un contexto de cargo vacante, ver la crítica que formula PRADOS DE REYES (Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal, en Temas Laborales, n° 38, 1996, p. 25). Señala, en término genéricos, que la sola existencia de plaza presupuestada no ofrece la facultad a la administración de contratar un trabajador suplente, puesto que todavía no se tiene certeza que se colocará a un trabajador estable en ese puesto. Quizá, dice el autor, lo más lógico sea utilizar el contrato de suplencia siempre que se haya iniciado el proceso de selección para la cobertura de la plaza. Ello evitará contratos de suplencia cuasi eternos.

determinada en supuestos extraordinarios o transitorios, sin embargo se contrata vía sucesivos contratos de obra. Por lo tanto esta actividad también desnaturaliza el contrato de obra y lo que logra es aumentar la inestabilidad de trabajador así como fragmentar su ciclo de vida laboral en pequeños contratos.

Si es insuficiente la cantidad de trabajadores en la administración pública para cumplir eficientemente con las labores, entonces no se puede alegar la causa eventual para la contratación de personal utilizando contratos sujetos a modalidad para suplir deficiencias cuantitativas de trabajadores. Dejando entre ver que el problema de la administración pública es en estos casos estructural y no tiene un carácter coyuntural, es por ello que la actitud fraudulenta pretende opacar la contratación por tiempo indefinida. Los jueces en el caso concreto tendrán que rechazar estos actos de carácter fraudulento sin hacer mayores distinciones entre un empleador privado y un empleador público como es el Estado.

2.2.5 PRECEDENTE VINCULANTE

2.2.5.1 Precedente Vinculante Huatuco constituye un cambio en la Línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Con respecto al desarrollo del tema, es importante señalar que nuestro Tribunal Constitucional a través de sus sentencias a determinado que el trabajador bajo el régimen laboral privado podrá optar por la reposición como una medida de protección

contra el despido arbitrario y que si el Estado comete fraude mediante la contratación de personal bajo las modalidades contractuales encubriendo una contratación indeterminada tendrá que reincorporar al trabajador como personal a plazo indeterminado, porque existe una línea jurisprudencial que se ha venido desarrollando.

En efecto, los precedentes vinculantes dictados en los Expedientes N° 1124-2005-PA/TC (caso Fetratel), y Exp. 976-2001-PA/TC (caso Llanos Huasco) en el año 2001, significaron una trascendental transformación en el derecho laboral (posteriormente a través del Exp. 206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), los cuales estuvieron relacionados con la creación de dos causales de reposición en el puesto de trabajo como protección adecuada contra el despido arbitrario: el despido incausado⁶¹ y el despido fraudulento⁶². Es decir, a partir de la publicación de estos precedentes, el trabajador que era objeto de un despido incausado

⁶¹ Se configura el despido incausado cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o capacidad que justifique el despido. (STC. Exp. 976-2001-AA/TC), al respecto nos indica **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**: *“Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad ad nutum del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho del trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional”*. (El despido en el Derecho Laboral Peruano. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima 2013)

⁶² **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**: El despido en el Derecho Laboral Peruano. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima 2013. *“los supuestos constitutivos de un despido fraudulento vendrían a ser los siguientes: a) imputar al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) atribuirle una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c). cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o, d) mediante la fabricación de pruebas”*.

o fraudulento, tenía la opción de elegir entre la Indemnización por Despido Arbitrario equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios, o también tenía la posibilidad de elegir su reposición en el empleo. En el caso *Eusebio Llanos Huasco*⁶³, el TC dijo que el artículo 27 de la Constitución Política prescribe que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y que, mediante dicho precepto, no se consagra un derecho a la estabilidad laboral absoluta, sino el derecho del trabajador a una “*protección adecuada*” contra el despido arbitrario. Aunque el texto constitucional no diga explícitamente cómo puede entenderse esta protección, la esfera que la Constitución demanda – según dijo – una que satisfaga un criterio mínimo de *proporcionalidad*⁶⁴ o, como dice expresamente el texto constitucional, [que] se trate de medidas “*adecuadas*”⁶⁴.

En estos precedentes vinculantes se indicó que la ley ofrece una Indemnización como protección adecuada contra el despido arbitrario; determinándose que una interpretación conforme a la constitución debe entenderse como una potestad del trabajador para optar por la Reposición en el Empleo o por el pago de la Indemnización. Y bajo esta perspectiva se han venido resolviendo

⁶³ Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de marzo del 2003 (Expediente 976-2001-AA/TC), Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. Ver en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.html>.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco Vs. Telefónica, párr. 11.

los Procesos de Amparo interpuestos por los trabajadores públicos y privados que se encuentran bajo el Régimen Laboral 728.

Aunque para el TC el régimen *resarcitorio* es compatible con los principios y valores constitucionales, según éste un régimen sustantivo de protección adecuada contra el despido arbitrario no es incompatible con un sistema de protección de carácter “procesal”. Es decir un régimen que establezca una vía procesal de eficacia restitutoria: “*Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional*”⁶⁵ Esencialmente porque, como indica el artículo 1 de la Ley N° 23506, “la finalidad del amparo no es ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de la violación de un derecho o libertad fundamental – en este caso un despido arbitrario – sino “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. Y eso solo puede ocurrir con la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente⁶⁶.

Sin embargo recientemente El Tribunal Constitucional (TC) difundió en su web una sentencia en el caso Rosalía Huatuco (Exp. N° 05057-2013-PA/TC), que calificó como *precedente vinculante* estableciendo criterios que los jueces

⁶⁵ Ídem, párr.13.b.2.

⁶⁶ Código Procesal Constitucional, art. II: Son fines esenciales de los Procesos Constitucionales “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

deben seguir al resolver los amparos interpuestos por trabajadores del sector público despedidos que se encuentran bajo el régimen laboral privado y que pretendan su reposición por corresponderles un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Sea porque ingresaron a laborar en tal condición, o porque fueron contratados bajo otras modalidades contractuales cuya desnaturalización fue acreditada en dichos procesos⁶⁷.

Es a través de esta reciente sentencia en el famoso Caso Huatuco, que el TC ha considerado, únicamente para el sector público, que no podrá ordenarse la reposición del trabajador sujeto al régimen laboral privado como sanción por despido arbitrario por desnaturalización del contrato. Y solo serán repuestos si prueban que fueron contratados a plazo indeterminado, cuentan con una plaza presupuestada e ingresaron por concurso público. Regla de aplicación inmediata *inclusive para los procesos de amparo en trámite*, que serán declarados improcedentes y derivados a un juzgado laboral que dará un plazo limitado al trabajador para que pida una indemnización bajo apercibimiento de archivar el proceso. Es decir no se ordenará la reposición de nadie que no satisfaga los tres requisitos enunciados.

Y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del TC que, amparando el derecho fundamental a no ser despedido sin una

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia del 16 de abril de 2015 (Expediente N° 05057-2013-PA/TC). Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial.

causa justa, *aún si no hubieran ingresado por concurso*, concedía dicha reposición si se comprobaba en aplicación del principio de *primacía de la realidad* que el ente público incurrió en fraude y existió un despido arbitrario⁶⁸.

La mencionada sentencia del TC dictada en un proceso de amparo laboral ha generado diversas críticas, unas por la desprotección al trabajador público cuya variación de sistema laboral no ha sido de su responsabilidad, y otras porque la nueva corriente jurisprudencial se circunscribe a los trabajadores públicos mas no a los privados.

Además es evidente que habrá un conflicto, en especial a todos aquellos que ahora están laborando en una entidad estatal gracias a una medida cautelar. El TC no ha tomado en cuenta que esos servidores, que estaban ya con procesos judiciales avanzados y tenían una esperanza de ganar, ahora perderán el proceso, porque la decisión se aplica a todos los casos en trámite.

El Tribunal Constitucional se ha excedido al determinar que el precedente vinculante sea de aplicación inmediata a los procesos en trámite y que los jueces deben declarar improcedentes las nuevas demandas similares que se presenten. Evidentemente, ello es atentatorio contra la garantía constitucional de independencia

⁶⁸ Con base a este principio, el TC prescribió en su Sentencia STC N° 1944-2002-AA/TC que “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

en el ejercicio de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso. Es por ello que es necesario que realice una revisión de la Sentencia y determine qué derechos fundamentales están siendo vulnerados por esta decisión del TC.

2.2.5.2 Cuestionamiento a la validez del Precedente

Hay que tener en claro que en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, prescribe que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. En suma, una sentencia del Tribunal Constitucional se constituye en precedente cuando así lo disponga el propio Tribunal.

El Precedente Vinculante Huatuco está causando polémica en el ámbito Constitucional, pues no solamente se está cuestionando la posición adoptada, sino también se cuestiona la validez del Precedente como tal, se discute si en este proceso se ha cumplido los presupuestos para la emisión de un precedente vinculante siguiendo los parámetros establecidos por el propio TC en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlénque), básicamente en el sentido de que solo pueden formularse sobre la base de un hecho concreto y para situaciones directamente relacionadas con el fallo. Y en el presente caso se indica, “*No se ha cumplido con la*

*regla básica del establecimiento de un precedente: los hechos del caso deben generar la regla del precedente*⁶⁹.

Se cuestiona también la legitimidad del precedente, el cual está relacionado no solamente con su validez jurídica, sino con su corrección frente a la sociedad, habida cuenta que *“los precedentes vinculantes en los términos tan estrictos que los identifica el artículo VII del Código Procesal Constitucional no pueden ser el resultado de la imposición de una mayoría que, sobre la base de la votación en el Pleno, logra sobreponerse, sino, en todo caso, el resultado de un proceso argumentativo racional que se expande desde el consenso en el seno del Tribunal hacia la búsqueda de mayores consensos en la sociedad. El Tribunal lo ha señalado en términos de orientación principista al establecer que, “el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”. En tal sentido ha invitado a “una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta”*⁷⁰.

Además no se ha cumplido en dicha Sentencia con el requisito de la existencia de divergencia interpretativa en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y del propio TC, lo cual constituiría una justificación válida para la emisión del precedente,

⁶⁹ **MORALES SARAIVIA, Francisco.** La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco. En Gaceta Constitucional. Tomo 91. Julio 2015. Pag. 36-47.

⁷⁰ **GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.** El precedente a la deriva, diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional. En Gaceta Constitucional. Tomo 19. Julio 2009.

puesto que se han ido expidiendo un conjunto de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que posibilitaron la reposición de los trabajadores sujetos al D. Leg. 728 constituyendo jurisprudencia constitucional.

El Magistrado Blume Fortini en su voto singular que ha emitido en el precedente Huatuco⁷¹ señala que dicho precedente nace contrariando su propia y uniforme jurisprudencia, sin que se haya perfilado una regla a través de una hilera de sentencias y afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 respectivamente de la Constitución Política del Perú (...)

El Magistrado Blume Fortini⁷² nos indica que son dos las principales premisas para el dictado de un precedente vinculante constitucional por parte del Tribunal Constitucional, pues debe garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Dichas premisas son las siguientes:

- a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya

⁷¹ Tribunal Constitucional, Sentencia del 16 de abril de 2015 (Expediente N° 05057-2013-PA/TC). Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial. p. 8

⁷² Tribunal Constitucional, Sentencia del 16 de abril de 2015 (Expediente N° 05057-2013-PA/TC). Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial. p. 9 y 10

ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

- b) Que el precedente vinculante tenga implícita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio.

Por tanto, el motor o la inspiración del precedente no puede ni debe ser otro que brindar mayor y mejor protección al justiciable que alega afectación de sus derechos esenciales, sea por amenaza o por violación.

Con respecto al Precedente Huatuco el Magistrado Blume Fortini considera que nace contrariando la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, abandonando por completo el rol tuitivo que le corresponde a favor de los derechos e inspirado, por el contrario, en la búsqueda de una fórmula que proteja los intereses económicos del Estado, asumiendo un rol sancionatorio y punitivo contra los funcionarios y las autoridades públicas que contrataron sin concurso. Es decir, ayuno totalmente de las premisas que cimientan y sustentan su razón de ser.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional Cesar Landa⁷³, es uno de los que critica el precedente Huatuco, porque en esta sentencia

⁷³ <http://enfocaderecho.com/el-precedente-vinculante-en-el-caso-huatuco-entrevista-a-cesar-landa/>

tiene como punto de partida una concepción eminentemente legalista valorando sobre manera el ingreso al sector público, así, ha sostenido que *“la labor del TC es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la ley*; esto es, el TC habría vulnerado el principio de jerarquía normativa, por el cual todas las interpretaciones legislativas tienen que someterse al control de constitucionalidad; no obstante en el presente caso, se habría tratado de adecuar la interpretación de las normas constitucionales, ajustándolo a los requisitos de ingreso al empleo previstos en la legislación ordinaria.

En el mismo sentido señala Morales Saravia, *“El precedente Huatuco pretende que la Jurisprudencia Constitucional se adecúe a la Ley; por tanto no hace una interpretación de la ley conforme a la Constitución, sino que pretende interpretar la Constitución conforme a la Ley”*⁷⁴

2.2.5.3 Vulneración de los Parámetros de Constitucionalidad relativos al derecho al Trabajo

Dado cuenta con las opiniones de juristas y la línea de jurisprudencia constitucional que posibilitaron la reposición de los trabajadores de entidades privadas y públicas sujetos al Régimen laboral privado, se determina que el precedente Huatuco vulnera

⁷⁴ **MORALES SARAVIA, Francisco.** La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco. En Gaceta Constitucional. Tomo 91. Julio 2015. Pag. 36-47.

la Constitución y Protocolo de San Salvador⁷⁵, los cuales establecen dentro de su contenido esencial:

- a)** Que el trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, ya sea que pertenezca al régimen laboral público o privado,
- b)** Que, en caso de despido ad nutum (sin causa), nulo o fraudulento, el trabajador puede elegir entre la reposición o la indemnización,
- c)** Que al haberse establecido este criterio interpretativo en favor de los trabajadores, no debe ser disminuido (principio de no regresividad).

Además en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se reconoce, el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Y la Corte Interamericana ha dicho que para que el Estado cumpla esta obligación no basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben tener efectividad⁷⁶,

⁷⁵ El artículo 7.d del Protocolo de San Salvador (PSS), del que el Perú es parte, establece que “(...) En casos de despido injustificado, *el trabajador* tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

⁷⁶ Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 4, párr. 191; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125; y Caso Paniagua y otros, supra nota 46, párr. 164.

es decir que los recursos que interpongan las víctimas para salvaguardar sus derechos y estos no sean capaces de producir el resultado restitutorio para el que fueron concebidos, se viola el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

Sin embargo, en el precedente Huatuco, el TC ha establecido que aunque un trabajador sujeto al régimen laboral privado y ligado a una entidad estatal acredite judicialmente la desnaturalización de su contrato y reclame su reposición por haberse violado su derecho fundamental al trabajo, no será repuesto a menos que pruebe que fue contratado a plazo indeterminado, que cuenta con una plaza presupuestada y que ingresó por concurso público.

Es decir no se admitirán los procesos de amparo interpuestos por trabajadores públicos que no cumplan los requisitos que establece el Precedente, mucho menos se ordenara su reposición así acrediten por la vía ordinaria laboral la desnaturalización de contratos.

Es irrazonable, la sanción que se impone al trabajador de una entidad estatal, puesto que no es su responsabilidad de haber sido contratarlo sin previo concurso público ya que no dependía de él, sino de la entidad estatal que lo contrató. La responsabilidad de no realizar dichos concursos, o prever las plazas respectivas y el carácter indeterminado de sus contratos, es del Estado cuando es éste quién habitualmente actúa de este modo para violar los

derechos laborales de sus trabajadores. Y más grave, es que se le deniegue a las víctimas un recurso efectivo para proteger el derecho fundamental al trabajo.

Se invoca también la afectación al principio protector que orienta el derecho del trabajo y que supone la razón de ser misma del derecho laboral, cuya función primordial es el establecimiento de una discriminación positiva, esto es, equiparar la asimetría existente entre trabajadores y empleadores, sin embargo, en el caso Huatuco, se ha desconocido este principio ahondando más la desigualdad estructural existente en el vínculo laboral. Afectación que se ha materializado al vulnerar el principio de continuidad expresado en la regla establecida en el art. 4° de la LPCL (preferencia por la contratación por tiempo indefinido).

Como puede ser posible que a la Empresa Privada se le exija el respeto de los derechos fundamentales laborales de sus trabajadores y se le sancione cuando comete infracción y sea más bien el TC quien emita una sentencia mediante la cual libere de responsabilidad y sanción a la entidad estatal. Cuando el Estado es el que debe dar el ejemplo del respeto y cumplimiento de protección de los derechos fundamentales del trabajador.

Evidentemente en el precedente Huatuco, se impone una condición discriminatoria y disminuida a estos trabajadores respecto de sus pares en el sector privado, que si pueden acceder a la reparación restitutiva que la ley prevé para quienes prueban,

en base al principio de primacía de la realidad, que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa. Para esta posición, el precedente Huatuco transgrede el derecho al trabajo de los trabajadores estatales que en esta condición demandan reposición, pues ahora solo podrán demandar su indemnización; lo cual es grave, pues nos encontramos ante una manifiesta violación de este derecho de parte de quien debería ser garante y defensor de los derechos laborales, el Estado.

Es decir en vez de proteger el TC los derechos fundamentales como lo ha venido desarrollando a través de sus sentencias emitidas, retrocede y no cumple con su función al haber declarado como Precedente Vinculante el Proceso Huatuco, un caso que tenía sus propias particularidades y no debía ser pretexto para generalizar su aplicación puesto que vulnera diversos principios-derechos laborales fundamentales como el principio de Igualdad.

Porque al negarse la reposición a los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que han desnaturalizado sus contratos civiles o CAS, supone un trato desigual ante situaciones iguales, con respecto a los trabajadores sujetos al mismo régimen laboral cuyo empleador no es el Estado, así como con relación a los trabajadores que reingresaron al estado antes del precedente; en este último caso, se vulnera el principio de igualdad de trato formal, *“entendida como igualdad de equiparación y como diferenciación, lo que implica que un mismo órgano no puede modificar*

injustificadamente decisiones en casos iguales, ya que con ello se busca alcanzar seguridad jurídica”^[16].

2.2.5.4 Fórmula del apartamiento del precedente

El precedente vinculante motivo de estudio de acuerdo a diversas opiniones, no debe ser aplicado por los jueces en los procesos que conozcan, debido a que dicho precedente:

- (i)** se contrapone al derecho a un trabajo en el que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, así como a una protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos definidos por los artículos 23 y 27 de la C.P.P y el artículo 7 del PSS;
- (ii)** porque discrimina inconstitucionalmente a los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado respecto de sus pares en el sector privado;
- (iii)** porque se opone al derecho a la protección judicial consagrado en artículo 25.1 de la CADH;
- (iv)** porque deriva los procesos de Amparo tramitados actualmente a jueces y procedimientos que no estaban predeterminados legalmente desconociendo el artículo 139.3 de la C.P.P según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”; y
- (v)** porque, en vez de desincentivarse los despidos arbitrarios en el Sector Público, se estimula la violación impune de los derechos

constitucionales de los trabajadores implicados, validando y pretendiendo hacer irreversibles tales despidos.

En base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes judiciales que estimen contrarios a la Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial⁷⁷.

Independencia que justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte. Una de ellas es la CADH y su protocolo adicional, el PSS, respecto de los cuales la Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas

⁷⁷ Constitución, artículo 139.2: “(...) Ninguna autoridad puede (...) interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”. E, igualmente, en el artículo 146.1 de la Constitución se agrega que “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”.

que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana”⁷⁸.

Con base a este principio, los jueces y magistrados pueden y deben apartarse argumentadamente del precedente Huatuco ya que éste contraviene varios principios y derechos amparados por la Constitución: el de igualdad ante la ley y a recibir igual trato de ésta; el derecho al trabajo y a no ser separado de éste si no por una causa justa; el de que el trabajo merece una protección adecuada frente al despido arbitrario; el del carácter reparatorio y no solo resarcitorio de la justicia constitucional; el derecho al juez natural y no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, entre otros. Y deben hacerlo, especialmente, porque así lo manda el artículo 1° de la Constitución cuando indica que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.

Ejemplo de ello tenemos que el día 17 de Diciembre del año 2015 la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema emitió pronunciamiento en la Casación Laboral N° 12475-2014 mediante el cual fijó seis supuestos en los que no es aplicable el precedente vinculante del Tribunal Constitucional

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

que eliminó el derecho de reposición de los trabajadores estatales que no pasaron por concurso de mérito.

En suma, la situación abrió el escenario para que la Corte Suprema concluyera que el llamado Precedente Huatuco no puede ser aplicado en los siguientes casos⁷⁹:

- a)** Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales.
- b)** Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios).
- c)** Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
- d)** Cuando el trabajador perjudicado haya mantenido el régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- e)** Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil.
- f)** Cuando el trabajador demandante sea un funcionario, político, funcionario de dirección o de confianza.

⁷⁹ Casación Laboral N° 12475-201417, de fecha 17 Diciembre del año 2015 p. 8

En su resolución, la Suprema detalla que actualmente se presentan numerosos casos a nivel nacional en los que se discute la correcta aplicación y/o la inaplicación del precedente Huatuco. Por ello, la Corte consideró necesario expedir estos criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del referido precedente constitucional vinculante del Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497. Al menos con esta sentencia aclara un poco más el panorama porque en el Precedente Huatuco se generaliza a todos los trabajadores de la administración pública bajo el régimen laboral privado que no pasaron por concurso de mérito sin importar su condición, situación o estado de vulnerabilidad del trabajador, pero aún falta mucho para su inaplicación total.

CAPITULO III
MARCO
METODOLOGICO

CAPITULO III: MARCO METODOLOGICO

3.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN, DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Por el tipo de investigación, el presente estudio reúne las condiciones metodológicas descriptiva y analítica porque describiremos las formas de despido arbitrario a las que estaría sujeto el trabajador público que pertenece al régimen privado y la línea jurisprudencial desarrollada por el tribunal constitucional que ha sido evolutiva en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario; se realizara el análisis de la vulneración del derecho constitucional al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario para con los servidores públicos que no ingresaron por concurso público; con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”.

Para realizar esta investigación se establecerá una relación metodológica ubicada en el método cualitativo, ya que por medio del cual estableceremos las relaciones causales que supongan una explicación del objeto de investigación, este método nos permite ver los aspectos que van surgiendo desde dentro del proceso de investigación, conduce al conocimiento científico que requiere toda investigación, es decir determina el por qué y el cómo se tomó postura sobre las conclusiones a las que llegará la presente investigación.

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1 Población

Jueces de paz letrado de trabajo, especializados mixtos, superiores y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial Distrito Judicial de Lambayeque:

- 1° y 2° Sala Civil
- 1°, 2° y 3° Sala Penal de Apelaciones
- 1°, 2° y 3° Sala Laboral
- Sala Mixta y de Apelaciones de Jaén
- 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7 y 8° Juzgado Civil
- 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° Juzgado de Familia
- 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7, 8 y 9 Juzgado de Trabajo
- 1° Juzgado Laboral Transitorio
- 1° y 2° Juzgado Penal Colegiado
- 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° Juzgado de Investigación Preparatoria
- 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° Juzgado Penal Unipersonal
- Juzgado Civil de José Leonardo Ortiz
- Juzgado Familia de José Leonardo Ortiz
- Juzgado Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz
- 1° y 2° Juzgado Investigación Preparatoria de José Leonardo Ortiz

- 1° y 2° Juzgado de Paz Letrado de José Leonardo Ortiz
- Juzgado de Paz Letrado de la Victoria
- 1° y 2° Juzgado de Paz Letrado Civil de Chiclayo
- 1° y 2° Juzgado de Paz Letrado Laboral de Chiclayo
- 1°, 2° y 3° Juzgado de Paz Letrado Familia de Chiclayo
- Juzgado de Paz Letrado de Faltas
- Juzgado de Paz Letrado de Tumbán
- Juzgado de Paz Letrado de Pucallá
- Juzgado de Paz Letrado de Monsefú
- Juzgado Mixto de Oyotún
- Juzgado de Paz Letrado e Investigación Preparatoria de Oyotún
- Juzgado de Paz Letrado de Olmos
- Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque
- Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
- Juzgado de Investigación Preparatoria Transitorio de Lambayeque
- Juzgado de Familia de Lambayeque
- Juzgado de Familia Transitorio de Lambayeque
- Juzgado Civil de Lambayeque
- Juzgado de Trabajo de Lambayeque
- Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque
- Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio de Lambayeque
- Juzgado Mixto de Motupe
- Juzgado de Investigación Preparatoria de Motupe

- Juzgado Penal Unipersonal de Motupe
- Juzgado de Paz Letrado de Motupe
- Juzgado Mixto de Ferreñafe
- Juzgado de Investigación Preparatoria de Ferreñafe
- 1° y 2° Juzgado de Paz Letrado de Ferreñafe
- Juzgado Civil de Cutervo
- Juzgado de Investigación Preparatoria de Cutervo
- Juzgado Penal Unipersonal de Cutervo
- Juzgado de Paz Letrado de Cutervo
- 1° y 2° Juzgado Civil Mixto de Jaén
- Juzgado de Familia de Jaén
- 1° y 2° Juzgado de Investigación Preparatoria de Jaén
- 1°, 2°, 3° y 4° Juzgado Penal Unipersonal de Jaén
- 1°, 2° y 3° Juzgado de Paz Letrado de Jaén
- Juzgado Mixto de San Ignacio
- Juzgado de Investigación Preparatoria de San Ignacio
- Juzgado Penal Unipersonal de San Ignacio
- Juzgado de Paz Letrado de San Ignacio
- Juzgado de Paz Letrado de Pucara
- Juzgado de Paz Letrado de Huarango
- Juzgado de Paz Letrado de la Coipa

Se considera también como población al número de abogados Abogados pertenecientes a la orden del Colegio de Abogados de Lambayeque quienes emitirán su opinión del problema investigado.

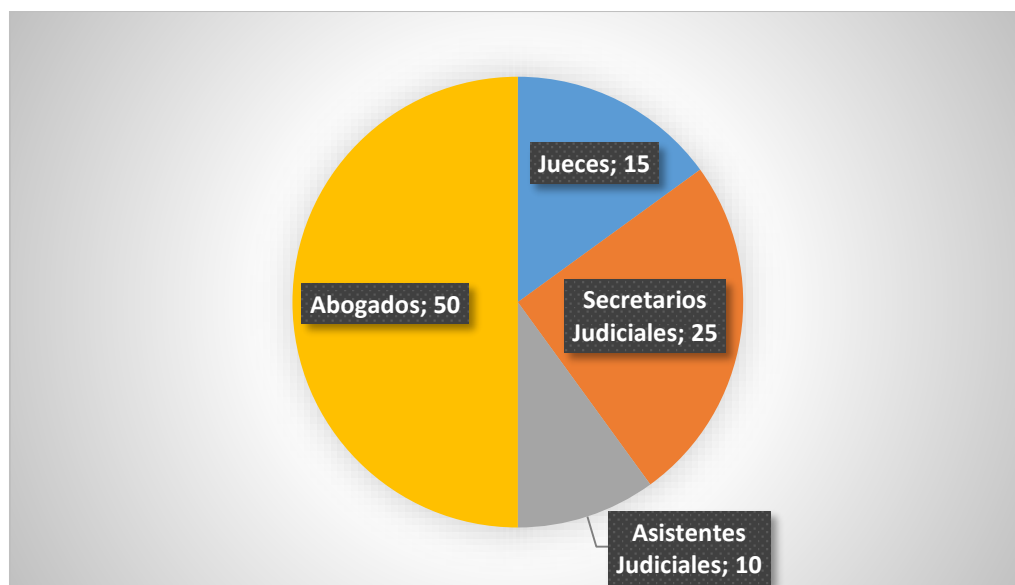
3.2.2 Muestra

De los Jueces y auxiliares Jurisdiccionales dentro del Distrito Judicial de Lambayeque se está seleccionando un número determinado específicamente del 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°,7 y 8° Juzgado Civil, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°,7, 8 y 9 Juzgado de Trabajo, 1° Juzgado Laboral Transitorio, Juzgado de Trabajo de Lambayeque, 1° y 2° Sala Civil, 1°, 2° y 3° Sala Laboral seleccionados por ser tramitadores en primera y segunda instancia de los procesos laborales y constitucionales. Además, dentro de los servidores judiciales encuestados se encuentra personal que labora en dicha institución bajo el régimen laboral público y privado: Decreto Legislativo N° 276, 728 y CAS e incluso algunos de ellos han sido reincorporados a dicha institución mediante procesos de amparo por desnaturalización en su contratación y por ende habérseles vulnerado sus derechos constitucionales contra el despido arbitrario y al trabajo. Específicamente se aplicó la encuesta a quince Jueces, veinticinco Secretarios y diez Asistentes siendo en total cincuenta servidores judiciales seleccionados.

Asimismo, existiendo un promedio de 6000 abogados pertenecientes a la orden del Colegio de Abogados de Lambayeque de los cuales se han seleccionado a cincuenta abogados especializados en materia laboral y constitucional, para aplicar la encuesta referente a la presente investigación.

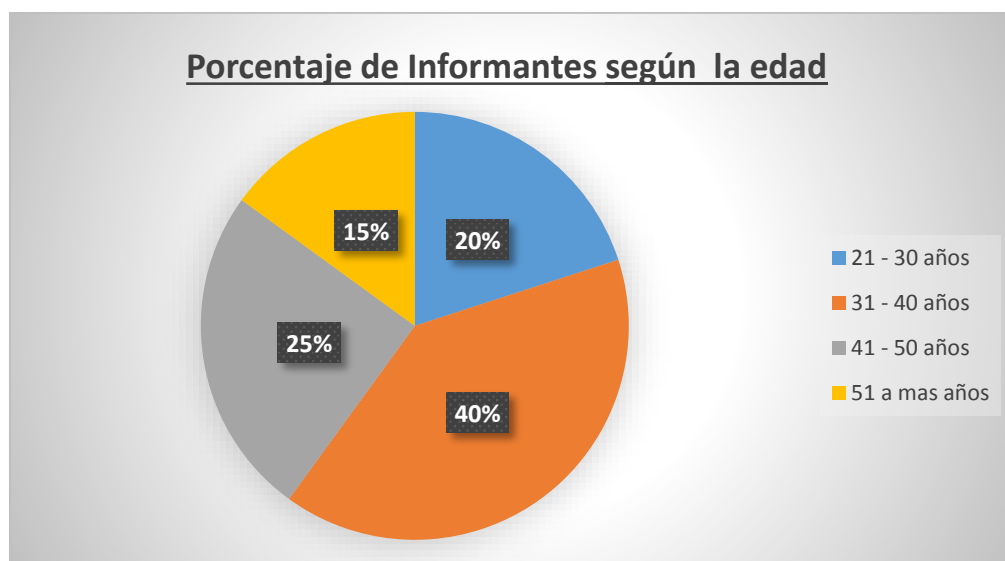
Gráficos de los datos sobre la población de informantes

GRAFICO Nº 01



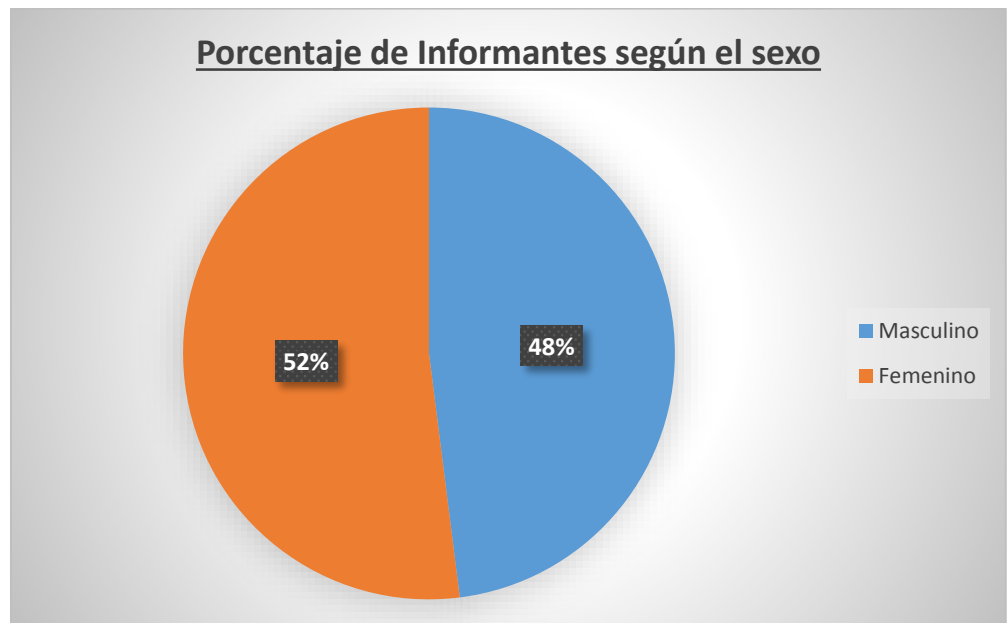
Fuente: Propia Investigación

GRAFICO Nº 02



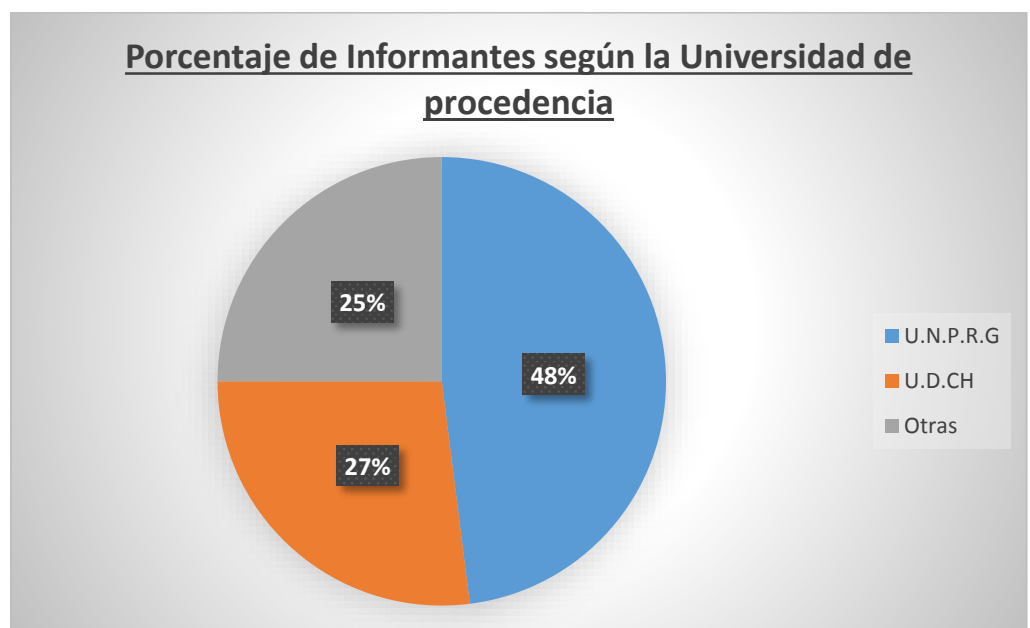
Fuente: Propia Investigación

GRAFICO Nº 03



Fuente: Propia Investigación

GRAFICO Nº 04



Fuente: Propia Investigación

GRAFICO N° 05



Fuente: Propia Investigación

3.3 MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.3.1. Técnicas:

- a) **La técnica del análisis documental;** utilizamos, como instrumentos de recolección de datos: fichas bibliográficas, fichas textuales y de resumen; para almacenar la información de las fuentes como libros, documentos obtenidos por internet, precedentes vinculantes correspondientes al tema de investigación en materia de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, resoluciones judiciales, Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, normatividad vigente y otros, los cuales se van obteniendo durante la investigación.

b) La técnica de la encuesta; Se empleará el cuestionario, el cual será aplicado a los Jueces, servidores judiciales de los juzgados especializados de primera, segunda instancia y abogados de Chiclayo conocedores en materia constitucional y laboral.

3.3.2. Instrumentos:

a.- La Ficha. - Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.

b.-El Cuestionario. - Este instrumento se emplea en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información de los jueces, servidores judiciales que laboran en los juzgados especializados de primera, segunda instancia y abogados de conocedores en materia constitucional y laboral, según muestra determinada.

3.4 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1. Presentación de Datos. - Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera:

a.- Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.

b.- Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.

3.4.2. Procesamiento de Datos. - Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

a.- Crítica y discriminación de datos; los datos obtenidos y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, serán evaluados por el investigador, para ver si estos se encuentran completos, si han sido correctamente obtenidos y si son auténticos, de tal manera que solamente nos quedaremos con aquellos datos que son confiables, mientras que no lo son, serán descartados.

b.- Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniéndose en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación.

c.- Tratamiento de datos: Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente.

3.5. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS

- Encuesta

- Se va a diseñar un cuestionario utilizando las técnicas de elaboración de preguntas del cuestionario.
- Luego para aplicar el cuestionario, se utiliza manuales y guías de encuesta.
- Posteriormente se aplicará la encuesta sobre la muestra seleccionada, la cual se va hacer en un solo día.
- Los cuestionarios, serán sometidos a un procedimiento de crítica y discriminación, a efectos de determinar aquellos que han sido correctamente aplicados de los incorrectamente aplicados, de tal manera que estos últimos sean rectificados o no considerados como dato, de tal manera que sólo trabajaremos con datos confiables.
- Los cuestionarios, que hayan aprobado la crítica y sean confiables, pasarán por un proceso de tabulación de datos, la cual consistirá en vaciar los datos a los cuadros de frecuencia, con los que se hará un análisis estadístico, para corroborar los datos cuantitativos; asimismo, con estos datos se construirán los cuadros y gráficos que nos ayudarán a explicar los resultados obtenidos.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO PARA CON LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE NO INGRESARON POR CONCURSO PÚBLICO Y ESTÁN SUJETOS A LA CONTRATACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

En el año dos mil quince, el día 1 de Junio el Tribunal Constitucional publicó en su portal web la Sentencia en el caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco recaída en el Expediente N° 5057 – 2013 – PA/TC, dicha sentencia ha sido calificada como precedente vinculante y como tal se ha dispuesto su aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano e incluso es aplicable para los procesos de amparo que se encuentran en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, dicho precedente ha establecido criterios obligatorios que deben tener en cuenta los jueces al momento de calificar y resolver los procesos de amparo interpuestos por trabajadores despedidos que laboraron en el sector público contratados bajo el régimen laboral privado que pretendan su reposición a la administración pública.

El Precedente Vinculante más conocido como caso Huatuco, establece como reglas procedimentales aplicables para la exigencia de la incorporación o reposición como trabajadores de duración indeterminada a la administración pública, sólo procederá cuando el

ingreso del trabajador se haya realizado **mediante concurso público**
y abierto **para una plaza presupuestada, vacante de duración**
indeterminada.

Y en aquellos casos en el que el demandante a través de un proceso de amparo no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el Precedente Vinculante establece que el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda conforme a lo previsto en el artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 y no podrá ser rechazado el proceso por la causal de extemporaneidad, el juez laboral competente deberá otorgar al demandante un plazo razonable a efecto de que adecue su demanda al proceso laboral y transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso. Las demandas presentadas luego de la publicación del precedente vinculante en la cual los demandantes no acrediten los presupuestos exigidos serán declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.

La mencionada sentencia del TC dictada en un proceso de amparo ha generado diversas críticas, unas por la desprotección al trabajador público cuya variación de sistema laboral no ha sido de su responsabilidad, y otras porque la nueva corriente jurisprudencial se circunscribe a los trabajadores públicos mas no a los privados; y por más que se diga que se investigará a quien contrate de esa forma, no

combate el fraude a la ley del Estado, sino que facilita el abuso de derecho con el despido de estos empleados públicos.

Es decir el TC por medio de este precedente ha establecido determinados parámetros para que el juzgador analice y verifique para ordenar la reposición del trabajador al sector público cuya modalidad de ingreso se encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada del Decreto Legislativo N° 728, a pesar de que acredite judicialmente la desnaturalización de su contrato y reclame su reposición por haberse violado su derecho fundamental al trabajo, no será repuesto a menos que pruebe que fue contratado a plazo indeterminado, cuente con una plaza presupuestada, previo concurso público; esta postura es absurda pues no depende del trabajador las circunstancias bajo las que fue contratado sino de la entidad estatal que lo contrató.

Mujica al respecto señala que es irrazonable que la sanción por no realizar dichos concursos, o prever las plazas respectivas y el carácter indeterminado de sus contratos recaiga sobre el trabajador y no sobre el Estado cuando es éste quien habitualmente actúa de este modo para violar los derechos laborales de sus trabajadores, y más grave, que se deniegue un recurso efectivo contra esta lesión al derecho humano al trabajo, privando de efectos restitutivos a los recursos intentados por las víctimas, concluyendo que el precedente Huatuco impone una condición discriminatoriamente disminuida a estos trabajadores respecto de sus pares en el sector privado, que si pueden acceder a la reparación reitutiva que la ley prevé para quienes

prueban, en base al principio de primacía de la realidad, que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

Además en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Es decir los recursos existentes ante los que puede recurrir cualquier persona deben tener efectividad y deben brindar la protección o restitución del derecho fundamental vulnerado, es decir no hace distinción alguna de quien puede acceder a dichos recursos.

Dicho precedente no es aplicable para los trabajadores de entidades estatales sujetos a regímenes laborales públicos, ni para los trabajadores del sector privado. Dicha Sentencia Vinculante tiene efectos retroactivos, pues no sólo se aplicaran a los procesos que se interpongan después de su publicación sino será de aplicación obligatoria a los procesos en trámite mediante el cual el demandante pretenda su reposición. Evidentemente, ello es atentatorio contra la garantía constitucional de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso.

Asimismo obligan que las demandas nuevas sean declaradas improcedentes sino cumplen con el requisito de plaza obtenida por concurso, negándole el derecho y la posibilidad de reincorporarse en su centro de trabajo al servidor que no cumpla con dicha condición violentando de esta manera muchos derechos constitucionales reconocidos el derecho de igualdad de trato, derecho al trabajo, derecho de protección contra el despido arbitrario. Y prácticamente favoreciendo a las instituciones públicas para que transgredan el derecho al trabajo e indiscriminadamente despidan arbitrariamente a sus trabajadores sin poder lograr su reposición.

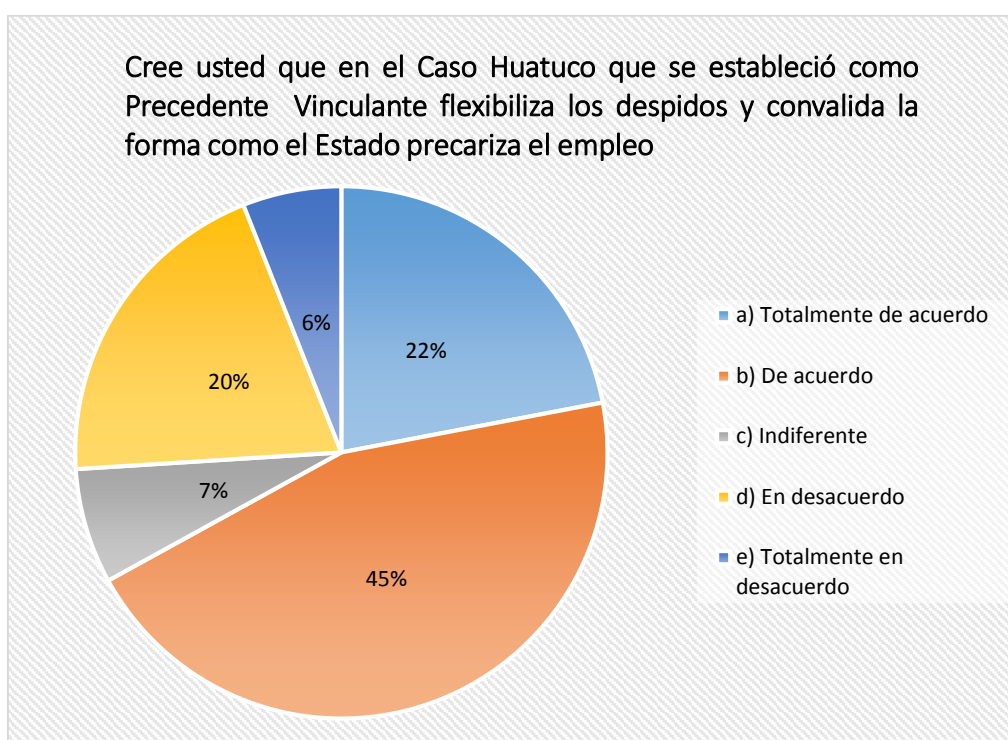
El Precedente Vinculante caso Huatuco elimina la protección restitutoria (reposición) de aquellos ex trabajadores del Sector Público sujetos al régimen laboral privado que han mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, que reclaman desnaturalización de su contratos y exigen ser reincorporados a una relación de trabajo de naturaleza indeterminada, porque sólo podrán exigir una protección restitutoria (indemnización) y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del TC como lo señala el constitucionalista Javier Mujica que, amparando el derecho fundamental a no ser despedido sin causa justa, aún si no hubieran ingresado por concurso, concedía dicha reposición si se comprobaba en aplicación del principio de primacía de la realidad que el ente público incurrió en fraude y existió un despido arbitrario; en efecto, en base a este principio, el TC prescribió en su Sentencia STC Nº 1944-2002-AA/TC que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la

práctica y lo que fluye de los documentos debe darse preferencia a lo primero; así en el Caso Eusebio Llanos Huasco Expediente 976-2001-AA/TC, el TC señala que el artículo 27 de la Constitución prescribe que “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y que mediante dicho precepto no se consagra un derecho a la estabilidad laboral absoluta.

Dicho jurista nos hace recordar que el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiera consumir, ello al amparo de lo también resuelto en el Expediente 976-2001-AA/TC.

Según la encuesta aplicada a los abogados y realizada en los Juzgados Civiles y Juzgados de Trabajo, Salas Civiles, Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque seleccionados por ser tramitadores en primera y segunda instancia de los procesos laborales y constitucionales. Se ha obtenido como resultado de las respuestas a la primera pregunta el siguiente gráfico:

GRAFICO Nº 1

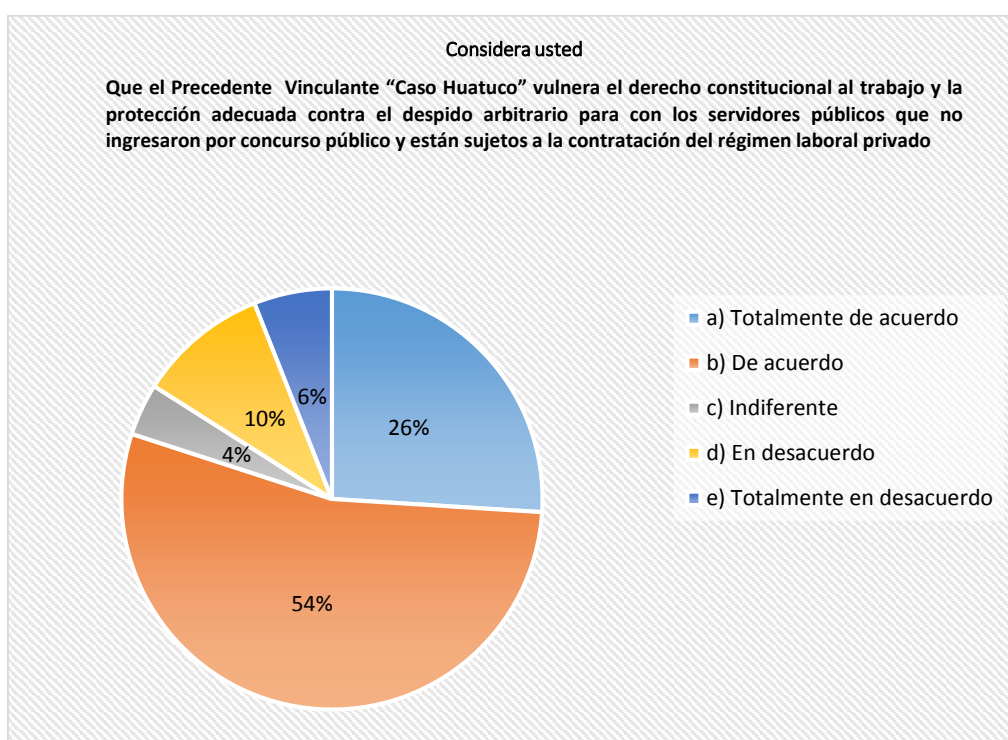


Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

En este cuadro tenemos que un 22% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 45% se encuentra de acuerdo y consideran que el Precedente Vinculante flexibiliza los despidos y convalida la forma como el Estado precariza el empleo, sin embargo un promedio menor no lo considera así siendo el 6% que se encuentra totalmente en desacuerdo y el 20% en desacuerdo, mientras que el 7% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 2



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

De este gráfico se obtiene que un 26% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 54% se encuentra de acuerdo y consideran que el Precedente Vinculante vulnera el derecho constitucional al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario para con los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado, de otro lado el 6% se encuentra totalmente en desacuerdo y el 10% en desacuerdo, mientras que el 4% es indiferente ante esta pregunta.

De acuerdo al resultado obtenido se puede decir que el empleador en base a su poder contrata y expulsa arbitrariamente a sus trabajadores.

Tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo (bien jurídico protegido por la Constitución), cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, puesto que no solo asegura la permanencia del trabajador en la empresa o institución pública sino que le garantiza el ejercicio real de otros derechos como la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55).

De conformidad con el fundamento doce que desarrolla el Tribunal Constitucional Expediente número 1124-2001-AA/TC, el derecho al trabajo implica dos aspectos fundamentales, complementarios: en primer lugar este derecho exige oportunidades para el acceso al trabajo, situación que, claro está, constituye una obligación del Estado y de cumplimiento programático, no siendo éste el escenario donde corresponda emitir pronunciamiento al respecto por no haber sido materia de controversia; un segundo aspecto de este derecho lo constituye el derecho a **mantener el puesto el trabajo que se tiene**. El fundamento para su inclusión dentro del catálogo de derechos fundamentales radica en que este derecho constituye la base del bienestar social y un medio de realización de la persona, pues el trabajo constituye el medio más importante de **subsistencia** (satisfacción de necesidades básicas, como el alimento, vivienda, salud, educación) y **bienestar** en general (cultura, recreación, comodidad), de modo que existirá enfrentamiento con este derecho cuando se impide, sin causa legítima, que un trabajador deje de

laborar en su centro de labores como hasta antes del despido lo venía haciendo.

De este modo no sólo se atenta contra la acción física o intelectual que se desarrollaba, afectando así el horizonte de proyección trazada por el trabajador, sino que, se cercena del modo más drástico, la posibilidad de cumplir con los fines de **subsistencia y bienestar** que resultan ser la inspiración, la última *ratio* de toda labor productiva realizada, de allí que todo atentado deliberado contra este derecho, constituya una acción de repudio social y jurídico. Pero, un reclamo de esta naturaleza exige configurar algunos elementos que le son típicos y necesarios, estos elementos son los siguientes: **a) existencia de un vínculo laboral con periodo de prueba superado**, es decir aquella situación laboral ininterrumpida durante un periodo legal significativo de tres meses, **b) despido vigente**, es decir la ruptura definitiva de la relación laboral con causa en la voluntad no revocada del empleador; **c) la inexistencia de causas que justifiquen el despido**, es decir, motivos legalmente previstos, imputados y acreditados en forma, que justifiquen la separación definitiva del trabajador, pues de otro modo se obliga a la empleadora a soportar los efectos de una relación laboral que le es injustamente desfavorable.

El Tribunal Constitucional (TC) ha variado su criterio en torno al “despido arbitrario”, al considerar que cuando ha existido vicio en el pase de un trabajador del Estado, de la modalidad temporal a la de plazo indefinido, o desnaturalización del servicio sujeto a plazo, no

procede reposición en el empleo, sino únicamente indemnización reparadora del daño ocasionado por el despido aludido.

Si bien es cierto que, cuando se da un despido arbitrario la Ley señala que el trabajador despedido tiene derecho a una indemnización como única reparación por el daño sufrido, sin embargo desde hace años el Tribunal Constitucional viene pronunciándose a través de sus sentencias que la indemnización por despido arbitrario prevista en la ley no corresponde con la naturaleza especial del derecho al trabajo, sobre lo cual ha señalado que el trabajador despedido arbitrariamente bajo una de las modalidades podrá optar no solo por la indemnización sino alternativamente por la reposición.

4.1.1 Tendencia Constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario

Como se sabe el derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario se encuentra regulado y protegido en nuestra Constitución Política en el artículo 27 y establece que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Ante ello es posible concluir que la norma está ordenando al legislador, decidir cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario. Esta es una norma constitucional directamente estatuida, y de ella pueden ser concluidos dos elementos. El primero es que se está reconociendo un derecho fundamental: el derecho a la adecuada protección contra el (llamado) despido arbitrario. El segundo, es que se está

encargando expresamente al legislador que delimite el contenido constitucional del derecho fundamental⁸⁰. Ha sido el mismo Poder Constituyente el que ha ordenado que sea el legislador el que decidiese acerca de la protección que debería brindarse al trabajador del régimen privado y el del régimen público, cuando es despedido arbitrariamente.

El legislador ha concretado este elemento normativo abierto de la siguiente manera. En relación a los trabajadores del régimen laboral privado, ha decidido en el Decreto Legislativo N° 728⁸¹, lo siguiente: “Artículo 34.- (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.

Con relación a los trabajadores del régimen laboral privado, ha decidido también en el mencionado Decreto Legislativo N° 728, que: “Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y

⁸⁰ Este encargo es consecuencia de la reserva de ley que para la regulación de los derechos fundamentales ha establecido el mismo Constituyente (Cfr. Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

⁸¹ Aquí se cita por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, D. S. N° 003-97-TR

treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba”.

Así, el legislador, en cumplimiento de lo ordenado por el constituyente estableció que para el trabajador del Sector Público o del Sector Privado que regulase su relación laboral según el régimen laboral privado, la adecuada protección contra el despido arbitrario consistiría solamente en una indemnización, en los términos normativos referidos arriba.

Pero la indemnización, a decir del Alto Tribunal de la Constitución, no es constitucional en todos los casos, sino sólo en determinados supuestos: “el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización”⁸². Esto quiere significar que si el trabajador despedido arbitrariamente no

⁸² Exp. 096- 2001-AA/TC, citado, f.j. 12.a.

quiere ser indemnizado sino volver a su puesto de labores, la adecuada protección contra el despido arbitrario exigiría la reposición del trabajador.

El Principio Protector es aquel de donde emana una de las principales armas con las que ordenamiento laboral sanciona las irregularidades en las contrataciones, nos referimos al principio de Primacía de la Realidad⁸³, que encuentra reconocida en el artículo 4° de la LPCL, por el cual prima la relación laboral encontrada en los hechos, ante cualquier contrato que trate de ocultarla (por ejemplo, un contrato de obra o de locación de servicios). Además, está el mencionado art. 77° LPCL⁸⁴ literal “d”, es decir: debido a la intención fraudulenta de la contratación, se considerará la relación laboral como indeterminada, que busca consagrar el mismo principio, pero para rescatar relaciones laborales indeterminadas dentro de contratos laborales temporales que pretendan ocultarlas. Según el artículo 53° de la LPCL, una de las condiciones para celebrar un contrato temporal es la naturaleza temporal del servicio que se va a realizar. Si el empleador, que ha recurrido a esta clase

⁸³ Por el principio de primacía de la realidad priman los hechos sobre el contenido de los documentos, para demostrar la existencia de una relación laboral.

⁸⁴ Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

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

de contratación, no logra demostrar su necesidad de una labor temporal, entonces nos encontramos ante una necesidad de labor permanente.⁸⁵

Ante lo antes expuesto es la misma norma que señala y establece en qué casos se considera una contratación indeterminada, puesto que es mismo legislador quien lo determina y es en base a ello que se han obtenido resultados positivos de reposición de trabajadores no sólo en el sector público sino también en el sector privado. Por último, tenemos a las garantías constitucionales (como el proceso de amparo) como mecanismo jurídico para la protección del contenido constitucional del derecho al trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del C.P.C.

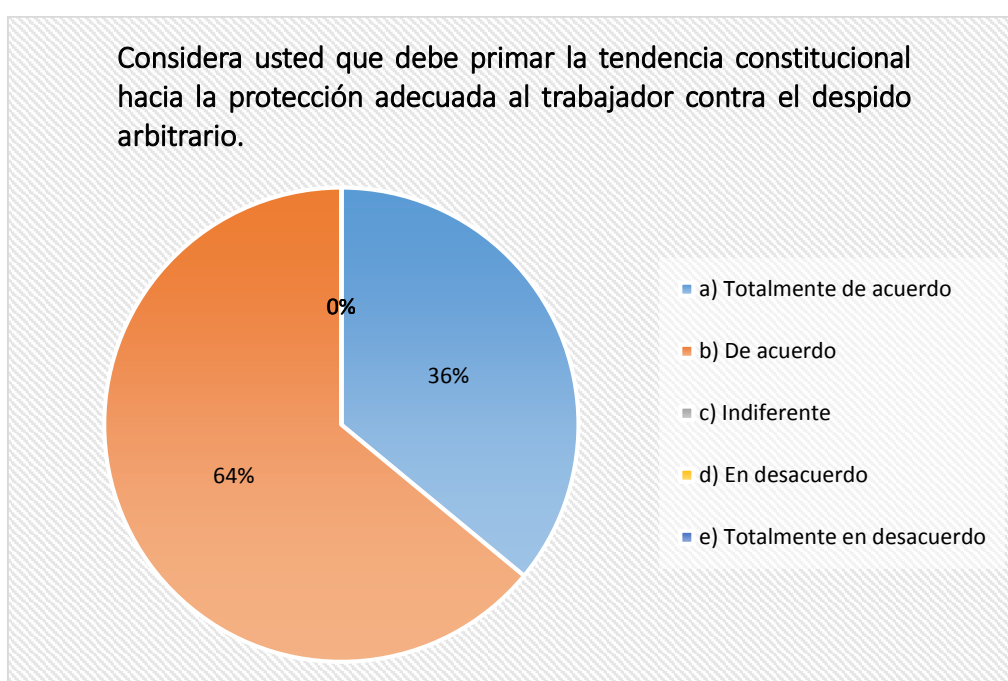
Sin embargo, se hace necesario hacer referencia a un argumento adicional que emplea el Alto Tribunal de la Constitución en su intento de fundamentar su posición. Este Tribunal ha manifestado que “por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N°. 23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. En el ámbito

⁸⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *La Contratación Temporal en el Perú*, GRILEY, Lima, 2008, p. 122.

del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente”⁸⁶.

De otro lado según la encuesta aplicada a los abogados y los Juzgados Civiles y Juzgados de Trabajo, Salas Civiles, Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque realizada en Junio del dos mil diecisiete, se han pronunciado favorablemente que debe primar la tendencia constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario, la misma que se grafica a continuación:

GRAFICO Nº 3



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

⁸⁶ Exp. 096- 2001-AA/TC, citado, f.j. 13.b.2

Descripción:

Del presente cuadro se obtiene que el 36% de los encuestados está totalmente de acuerdo y el 64% se encuentra de acuerdo, consideran que primar la tendencia constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario.

Conforme al resultado obtenido se puede decir que, con el establecimiento del Precedente vinculante “Caso Huatuco” se pretende negar que se cometió desnaturalización de una contratación temporal y al resolver que todos los procesos en trámite, que tengan las mismas condiciones, sean declarados improcedentes y llevados a la vía ordinaria laboral para reclamar - únicamente - la indemnización (en caso los demandantes no hayan ingresado por concurso público), se le está quitando al individuo las herramientas para proteger su derecho constitucional al trabajo y abre las posibilidades a las entidades públicas para que indiscriminadamente despidan arbitrariamente a sus trabajadores sin poder lograr su reposición.

En consecuencia afirmo que el proceso de amparo tiene por finalidad reponer las cosas al estado anterior de la agresión, una sentencia de amparo no podía acabar de otra manera que ordenando la reposición⁸⁷. Pero esto sólo ocurre cuando se ha

⁸⁷ Así dijo: “En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente”. Exp. N° 00976-2001-AA/TC, f. j. 13b1.

violado (por vulneración efectiva o amenaza cierta e inminente) un derecho constitucional.⁸⁸

4.1.1.1 Formas de despido arbitrario del trabajador público sujeto al régimen privado

El despido se define como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste, decide poner fin a la relación de Trabajo”⁸⁹.

Una de las formas de extinción de la relación laboral, y quizá la que más controversias suscita debido a la contraposición de intereses de las partes que conforman la misma, es el despido. Debido a la naturaleza de la relación laboral, informada por el principio de continuidad⁹⁰, la terminación de la misma se ha configurado como un acto de naturaleza excepcional. Ante la proclividad del ejercicio abusivo de la facultad de despedir, el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida en la ley, los órganos

⁸⁸ Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*. Asesoría laboral N° 167: revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos humanos, noviembre 2004. p. 12

⁸⁹ Manuel Alonso García. *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Madrid 1981, Pág. 559

⁹⁰ Uno de los aspectos de este principio, sino el más importante, es la preferencia por la duración indeterminada de las relaciones de trabajo. Es expuesto por DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, 16ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 222.

jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado.

a) El despido como acto causal.- Radica en la necesidad de una causa justificante y el cumplimiento de un procedimiento. Es en base al primer requisito que puede decirse que el despido es una institución causal⁹¹. La causa justificante puede estar basada en la voluntad del empleador (sentido amplio del despido justificado) o en la voluntad del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador (sentido restringido del despido injustificado). Ya sea que la causa justa resida o no en una falta grave imputable del trabajador, lo cierto es que siempre se requiere de una causa justificante en el despido.

El artículo 22° del Decreto Legislativo N.º 728 establece las situaciones en donde se considera la existencia de causa justa de despido:

- Entre las causas relativas a la capacidad del trabajador aparecen el detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida; el rendimiento deficiente; la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes

⁹¹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAMONDE, Emilia, Derecho del Trabajo, 4ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 385

médicos o a cumplir la medidas profilácticas o curativas prescritas.

- Entre las causas relativas a la conducta del trabajador aparecen el incumplimiento de obligaciones y desobediencia; la paralización intempestiva de las labores; la disminución deliberada y reiterada del rendimiento; la falta de honradez; la violación del deber de buena fe laboral; la violación del secreto; la información falsa; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la competencia desleal; la violación de los deberes de conducta; la violencia grave, indisciplina, injuria o faltamiento de palabra grave; el sabotaje; el abandono de trabajo; las inasistencias injustificadas e impuntualidad reiterada; la condena penal por delito doloso, la inhabilitación para el ejercicio de una actividad; etc.

b) El despido injustificado.- Al despido que adolezca de una causa justificante lo denominaremos, en contraposición al despido descrito en el párrafo anterior, despido injustificado⁹². Las clases del despido injustificado diseñadas por el legislador nacional en la LPCL son las siguientes:

⁹² Respecto al despido injustificado, Alfredo J. RUPRECHT nos dice —todo despido injusto se considera que es abuso de derecho y de ello se extrae la protección al trabajador, Contrato de trabajo. Principios generales y legislación comentada, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, Buenos Aires, 1960, pág. 348.

- **Arbitrario:** el artículo 34° de la LPCL establece que —si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poder demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización. En consecuencia; los despidos que carezcan de justificación alguna o que al ser impugnados en vía judicial no pueda comprobarse la motivación legal en que se sustentaron serán considerados como “arbitrarios”. La tutela que frente a éstos se le brinde al trabajador será de índole resarcitoria, es decir, traducida en una indemnización.

- **Nulo:** Los tipos de despido descritos en el párrafo anterior fueron considerados, por el legislador laboral de la década pasada, como congruentes con los derechos constitucionales del trabajador; mientras que calificó de nulos a aquellos que fundamentaban su procedencia en las circunstancias que tipifica el artículo 29° de la LPCL, ya que consideró que tales motivos responden a diversas manifestaciones de ciertos derechos fundamentales del trabajador, por lo que su desconocimiento lleva implícito un efecto o resultado lesivo⁹³. Frente a este tipo de despido, el legislador ha dispuesto que la tutela que se le debe brindar al trabajador sea la restitutoria, o en otras

⁹³ Al respecto Arce Ortiz explica: “Pues, lo que caracteriza, en definitiva, la noción jurídica del despido nulo peruano no es la decisión extintiva unilateral del empleador sin más, sino, por el contrario, el efecto o resultado lesivo que ella provoca”, ARCE ORTIZ, Elmer. La Nulidad del Despido...op cit. Pág. 132.

palabras, se debe reponer al trabajador afectado por un despido nulo en su puesto de labores.

- Otra modalidad de despido, regulada en el literal b) del artículo 35° de la LPCL, no menos importante que las anteriores, es conocida por la doctrina como el **despido indirecto o autodespido**, el cual procede ante la verificación de los llamados “actos de hostilidad” y siempre que el trabajador afectado opte por la terminación de la relación laboral.

c) Modificaciones a la tipología legal del despido

injustificado.- El despido incausado y el fraudulento a fines del año 2002 nuestro Tribunal Constitucional adquirió protagonismo en el tratamiento de la Constitución Laboral Peruana. El Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, ha establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

i) Despido nulo.- Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N.° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del

artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

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

ii) Despido incausado.- Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.° 1124-2001-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la

Constitución y demás conexos. Se produce el denominado despido incausado, cuando:

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

iii) Despido fraudulento.- Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que “El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22º 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 parte de la gama de los derechos constitucionales, 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...”. (Fun. Jur. N.º. 6).

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22°, 103° e inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-98-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la “fabricación de pruebas”.

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin

invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

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

De esta forma, un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario, en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión o sin expresión de causa; con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales; con probanza o no probanza de la causa –en caso de haber sido ésta invocada- en el marco de un proceso. Asimismo, la competencia y actuación de la vía jurisdiccional –ordinaria o constitucional- y los alcances de la protección jurisdiccional - reposición o indemnización- dependen de la opción que

adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados.

Cabe precisar en este punto a tratar como el Precedente Vinculante Huatuco, que es objeto de estudio en la presente investigación como su emisión tiene efectos en contra las demandas interpuestas por los trabajadores del Sector Público contratados bajo el régimen laboral privado. Para abordarlo debemos tener en cuenta dos cosas: 1) Existen dos tipos de empleadores; y 2) Existen dos formas de contratar según la voluntad de las partes.

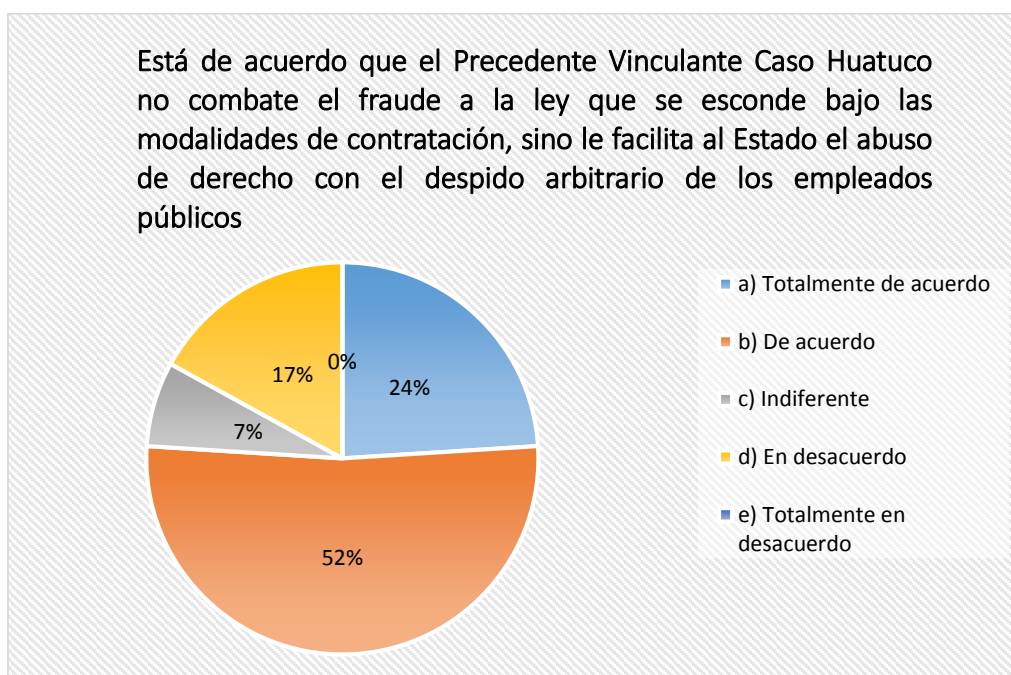
El primero de los puntos es claro. El empleador puede ser una persona pública o una privada. Podrían surgir algunos tipos de mixturas, pero quiero concentrarme en los extremos presentados.

El segundo de los puntos va en relación con el primero. Según la voluntad, los dos empleadores tienen dos formas de contratar: La primera es la contratación convencional, negociada y consentida entre empleador y colaborador (más común); la segunda es la contratación impuesta. Esta última representa un mecanismo del estado que sirve para proteger aquellas relaciones laborales que son ocultadas (y evitadas) por los empleadores y con ello garantizar el acceso al empleo consagrado en la Constitución Política del Perú. Esta última manera de contratar tiene un carácter punitivo que

podría hacerse efectiva a través de una sentencia o un acta dónde el inspector requiera el empleador subsanar sus irregularidades.

Según la encuesta aplicada a los abogados y al personal jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Se ha obtenido como resultado de las respuestas a la pregunta el siguiente gráfico:

GRAFICO Nº 4



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

Del presente cuadro tenemos que un 24% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 52% se encuentra de acuerdo y consideran que el Precedente

Vinculante Caso Huatuco no combate el fraude a la ley que se esconde bajo las modalidades de contratación, sino le facilita al Estado el abuso de derecho con el despido arbitrario de los empleados públicos, por otro lado un promedio menor no lo considera así siendo el 17% que se encuentra en desacuerdo y el 7% es indiferente ante esta pregunta.

De acuerdo al resultado obtenido se puede decir que en el precedente objeto de estudio de la presente investigación se ha marcado una desigualdad⁹⁴ tremenda. Ahora el Estado podrá contratar a su gusto, mediante modalidades temporales, a personas que desempeñen labores de carácter permanente y como en esta sentencia la naturaleza de la labor no implica una desnaturalización, los funcionarios o servidores públicos encargados de la contratación no asumirán ninguna responsabilidad en cuanto no se incumpla el plazo de los contratos.

Se ha establecido un beneficio injusto para el Sector Público y en consecuencia la sanción que era justa para ambos sectores se ha convertido en injusta para el privado, que será el único en asumirla. Mientras el privado tiene que pagar sus errores – muchas veces muy caro – y gastar tiempo y recursos para no cometerlos de nuevo, el Estado con la total

⁹⁴ Se entiende desigualdad como el establecimiento de diferencias, sin ningún tipo de justificación.

libertad podrá incumplir las normas que impone, cuantas veces quiera.

Pero no sólo hay una exclusión injusta de responsabilidad, sino también una exclusión de protección para todos los trabajadores del Estado que están bajo esta modalidad. En el sector público se han aplicado privilegios inmerecidos para el Estado y exclusiones nefastas para sus trabajadores. ¿Dónde quedó el artículo 103 de la CPP, por el cual sólo puede hacerse diferencias en virtud de la naturaleza de las cosas, pero no de las personas? A ese nivel ha llegado la Sentencia comentada: a realizar distinciones no en virtud de hechos fácticos que hacen necesario tratamientos distintos, sino en base a la cualidad personal.

4.1.1.2 Protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la Constitución Política del Perú

Como se sabe, la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 C.P), lo que necesariamente se traduce en la posibilidad jurídica y material de que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo. Pues bien, en el logro de esa finalidad juega un papel importante el trabajo como medio de realización personal y de la sociedad misma. Ha dispuesto el constituyente peruano que el trabajo “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (artículo 22

CP); y ello en la medida que –como se ha dispuesto en el protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales– el trabajo viene ligado con el desarrollo vocacional de las personas: “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva” (artículo 7.b).

Con base en estas consideraciones se entiende perfectamente que se haya dispuesto constitucionalmente que la finalidad de la educación es “preparar para la vida, el trabajo y fomentar la solidaridad” (artículo 14 CP). Asimismo que se haya dispuesto que el trabajo “es objeto de atención prioritaria del Estado” (artículo 23 CP).

Existen al menos otras dos disposiciones constitucionales que hay que tomar en consideración para determinar el contenido jurídico constitucional del derecho al trabajo. La primera de ellas es el artículo 27 CP en la que se ha establecido que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Y la segunda norma constitucional a considerar es la Cuarta disposición final y transitoria en la que se – como ya se ha dicho antes– se ha mandado que “las normas relativas a los derechos y a las

libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

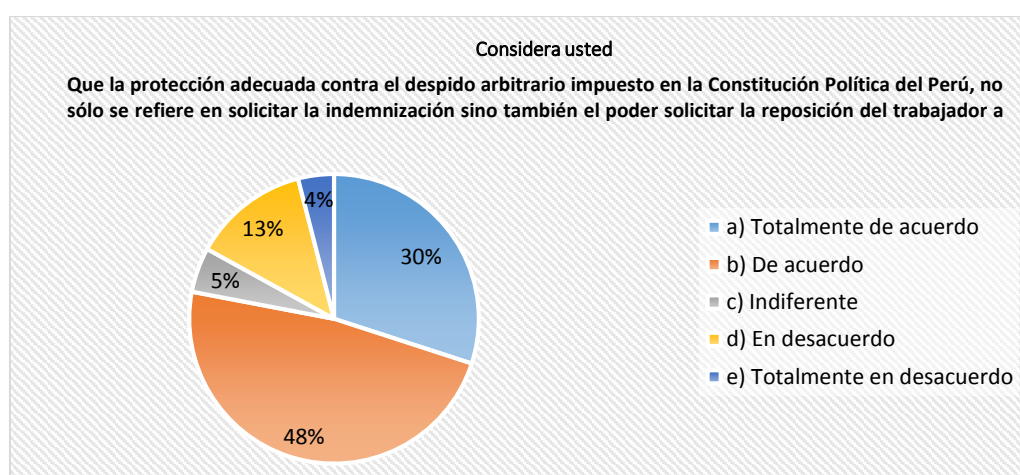
Uno de esos tratados internacionales sobre Derechos Humanos vinculantes para el Perú es el ya mencionado Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En el artículo 7d de este Protocolo⁹⁵, se establece lo siguiente: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

⁹⁵ inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995

Según esta norma convencional, en caso un trabajador (público o privado) sea despedido sin justificación basada en su concreto actuar, es decir, si es despedido mediante un llamado despido arbitrario, tres posibles respuestas podrá recibir como protección: la indemnización; la reposición; o cualquier otra prestación (razonablemente protectora). Estas disposiciones, como ya se dijo, son necesarias tener en consideración a fin de determinar los alcances del derecho a permanecer en el puesto de trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo, que está bastante relacionado con lo que suele llamarse estabilidad laboral⁹⁶.

Al respecto de la encuesta aplicada, se ha obtenido los siguientes gráficos:

GRAFICO Nº 5



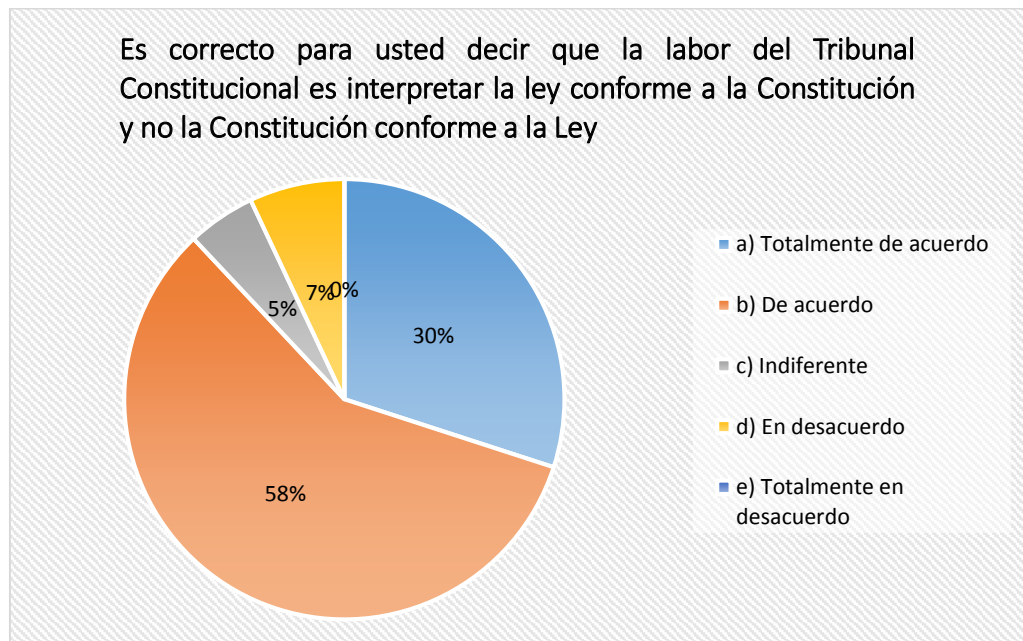
Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

⁹⁶ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso telefónica. En: "Asesoría Laboral", n° 146, febrero 2003, ps. 11– 12.

Descripción:

Del presente gráfico tenemos que el 30% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 48% se encuentra de acuerdo y consideran que la protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la Constitución Política del Perú, no sólo se refiere en solicitar la indemnización sino también el poder solicitar la reposición del trabajador a su puesto de labores, conforme a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional anterior al Precedente Huatuco, sin embargo un promedio menor no lo considera así siendo el 4% que se encuentra totalmente en desacuerdo y el 13% en desacuerdo, mientras que el 5% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 6



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

En este cuadro tenemos que el 30% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 58% se encuentra de acuerdo y consideran que la labor del Tribunal Constitucional es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la Ley, en cambio el 7% se encuentra en desacuerdo, mientras que el 5% es indiferente ante esta pregunta.

De la respuestas favorables obtenidas de las preguntas descritas en la encuesta se puede decir que el mencionado artículo 27 CP parte del reconocimiento de la existencia de despidos arbitrarios, también llamados despidos injustificados o incausados, los cuales son definidos como aquellos en los que “se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarles causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”⁹⁷.

Frente a esa realidad lo que ha dispuesto la Constitución es que se deba proteger adecuadamente al trabajador; y adicionalmente ha mandado que sea el legislador quien decida cual debe ser esa adecuada protección de entre las múltiples posibilidades. En esta labor acierta plenamente el Tribunal Constitucional cuando, en referencia al artículo 27

⁹⁷ Exp. 0976–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.b.

CP, ha manifestado que “no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.

Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles⁹⁸.

El TC no se limitó a reconocer constitucionalidad en la decisión del constituyente de concretar la adecuada protección contra el despido arbitrario a través de la indemnización; sino que ha afirmado que “16. (...) la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso”⁹⁹.

⁹⁸ Exp. 1124–2001–AA/TC, citado, f. j. 12.

⁹⁹ Exp. N° 00976-2001-AA/TC, f. j. 16.

Con base en esta conclusión, es posible sostener que el TC creó una regla jurídica (una norma constitucional adscrita), en los siguientes términos: “Está ordenado que la adecuada protección contra el despido arbitrario es tanto la indemnización como la reposición a elección del trabajador”. En efecto, a partir de la entrada en vigor de la norma 16 de la STC Exp. N° 00976-2001AA, la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario se concretó no a través de la indemnización, sino a través de la alternativa entre indemnización o reposición a elección del trabajador despedido.

Sin embargo el precedente Huatuco elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado, por lo que a diferencia de sus pares en la actividad privada, éstos no podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización), sino solo la segunda, y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Con este precedente vinculante se pretende influir en los fallos por emitir de procesos que se encuentran en trámite y otorga la oportunidad de redirigir los procesos en la vía correspondiente o juzgado competente con la posibilidad de

otorgarle al demandante de poder variar la pretensión sino lo archivarán.

Asimismo obligan que las demandas nuevas sean declaradas improcedentes sino cumplen con el requisito de plaza obtenida por concurso, negándole el derecho y la posibilidad de reincorporarse en su centro de trabajo al servidor que no cumpla con dicha condición violentando de esta manera muchos derechos constitucionales reconocidos el derecho de igualdad de trato, derecho al trabajo, derecho de protección contra el despido arbitrario.

4.1.2 Línea Jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional ha sido evolutiva en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario

Al revisar y leer la Sentencia establecida como Precedente Vinculante “Caso Huatuco” se puede observar lo siguiente: i) que la jurisprudencia previa del TC en materia de derechos laborales es, abrumadoramente, contraria al mismo y ii) que la reposición sí es un remedio eficaz contra el despido arbitrario en virtud de lo expuesto tanto por la Constitución Política como por la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es bastante clara en advertir que los estados tienen no sólo el deber, sino también la responsabilidad de respetar y promover en el sentido más amplio los derechos humanos, entre los cuales, sin lugar a dudas, el derecho al trabajo brilla con luz propia.

Para conocer el tratamiento de los despidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional me basaré en los resultados de la investigación realizada por el Magistrado Eloy Albert Coaguila Mita en la Tesis denominada “El despido y la adecuada protección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013”, en la cual realiza un análisis de 30 Sentencias seleccionadas al azar, las que viene a ser la muestra de cómo resolvió cada tipo de despido y la protección concedida por el Tribunal Constitucional frente a un despido nulo, arbitrario o incausado y fraudulento, resolviendo en favor del trabajador al ordenar la reposición laboral de los trabajadores despedidos.

Lo cual marca un antes y un después frente al Precedente Vinculante objeto de estudio en relación a la protección frente al despido arbitrario toda vez que los artículos 34 y 38 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sólo limita la protección al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y medio ordinarias por año de servicios con un tope de doce remuneraciones, en cambio las diversas sentencias emitidas con anterioridad al establecimiento del Precedente concluyen que la adecuada protección no se limita a la indemnización sino a la readmisión en el empleo.

A continuación a detalle mediante cuadros los tipos de despido y el fallo emitido por el TC:

CUADROS

Cuadro 01: El despido nulo en las sentencias del Tribunal Constitucional

N°	N° EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	DERECHOS AFECTADOS	FALLO Y MANDATO
01	632-2001	Sindicato de trabajadores empresa química del Pacífico	QUIMPAC S.A.	Libertad Sindical	Revoca fundada Reposición de 06 trabajadores
02	03311-2005	Sindicato de Trabajadores Minera Atacocha	Compañía Minera Atacocha	Libertad Sindical Huelga	1) Sin Pron. 2) Fundada Reposición de 17 trabajadores
03	10422-2006	Mauro Serrano García	Minera Yanacocha S.A.	Discriminación Discapacidad	Fundada y reposición
04	5218-2007	Miguel Angel Palomino Angulo	Ministerio de Relaciones Exteriores y MIMDES ¹⁶³	Dignidad y Discrimin. Discapacidad	Fundada y reposición
05	05652	Rosa Bethzabé Gambini Vidal	Sociedad de Beneficiencia de Lima	Discriminación por sexo. Embarazo	Fundada y reposición
06	04844-2008	Jakeline Rojas Pereira	Banco Falabella S.A.	Discriminación por sexo. Embarazo	Fundada y reposición
07	01049-2010	Mónica Paola Samplini Becerra	COFOPRI	Discriminación por sexo. Embarazo	Fundada y reposición
08	03534-2011	Victoria García Choque	Gobierno Regional de Moquegua	Discriminación por sexo. Embarazo	Fundada y reposición
09	03591-2011	Sind trabajadores Sutsa EE Danoso Huaral	INIEA ¹⁶⁴	Afiliación a Sindicato Libertad Sindical	Fundada y reposición
10	03337-2011	Marco Antonio Camacho Tello	Turismo CIVA S.A.C.	Libertad Sindical	Fundada y reposición
11	1152-2012	Nemecio Sandoval Chero	Mamut Perú S.A.C.	Libertad Sindical	Fundada y reposición

Fuente: Cuadro extraído de la investigación¹⁰⁰

¹⁰⁰ COAGUILA MITA, Eloy Albert. Tesis "*El despido y la adecuada protección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013*", Escuela de Post Grado de la Universidad José Carlos Mariátegui, Moquegua, 2016.p.249.

Cuadro 02: El despido arbitrario en las sentencias del Tribunal Constitucional

Nº	Nº EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	DERECHOS AFECTADOS	FALLO Y MANDATO
01	03275-2003	Jhon Richard Velásquez Minaya	Dirección Regional de Trabajo de Ancash	Al trabajo Al debido proceso	Fundada y Reposición
02	03388-2004	Carlos Alfonso Chirinos Segura	ESSALUD	Libertad de Trabajo	Infundada (Falta grave)
03	01058-2004	Francisco García Mendoza	SERPOST.	Libertad de trabajo, Defensa y debido proceso	Fundada y reposición (prueba prohibida)
04	3567-2005	Hugo Demetrio Celino Flores	Municipalidad Provincial de Barranca	Libertad de Trabajo, presunción de inocencia	Fundada y reposición
05	01585-2008	Francisco Germán López Fabián	Electro Oriente S.A.	Trabajo y protección adecuada	Fundada y advertencia para no lesionar
06	04224-2009	Angelina María Huamani Vargas	Caja Municipal de Tacna	Debido proceso	Fundada y reposición
07	03442-2009	Ricardo Jesús Suárez Paz	Corporación Lindley S.A.	Igualdad, trabajo y debido proceso	Fundada y reposición
08	01167-2012	Billy Jhacson Bartra Dezar	Telefónica Servicios Comerciales S.A.C.	Trabajo y debido proceso	Fundada y reposición
09	02907-2012	Alberto Gustavo Ramos Palomino	EPS Tacna S.A.	Libertad de Trabajo	Fundada y reposición
10	00254-2013	Alfredo Enrique Alcántara Cabrejos	Municipalidad Provincial de Chiclayo	Trabajo, y tutela jurisdiccional	Fundada y reposición
11	06171-2013	Marcos Olegario Cabrera Jara	EMPAPAT S.A.C.	Trabajo y legítima defensa	Fundada y reposición

Fuente: Cuadro extraído de la investigación¹⁰¹

¹⁰¹ Idem.p.250.

Cuadro 03: El despido fraudulento en las sentencias del Tribunal Constitucional

Nº	Nº EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	DERECHOS AFECTADOS	FALLO Y MANDATO
01	02158-2006	Silvia Pilar Montalván Iparraguirre	SEDAPAL	Estabilidad Laboral	Fundada Reposición e Imp. Rem
02	00891-2007	Hipólito Chunga Castillo	Banco de la Nación	Trabajo	Fundada y Reposición
03	01177-2008	César Samuel López Catusus	OSITRAN	Trabajo, Debido Proceso y Estabilidad	Fundada y Reposición
04	04493-2009	Esperanza Asunción Paico Gasco	EPSEL Lambayeque S.A.	Trabajo	Infundada
05	01059-2009	Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza	American Airlines INC.	Nem, Bis in idem	Fundada y Reposición
06	5185-2009	Aida Carmen Escudero Vigil	TACA PERÚ S.A.	Trabajo	Fundada y Reposición
07	02657-2010	Dina Luz Zamalloa Chamorro	ESSALUD Pasco	Dignidad y Trabajo	Fundada y Reposición
08	02245-2011	Sara del Rosario Céspedes Chávez de Meneses	SUNAT	Trabajo e Inmediatez	Fundada y Reposición
09	04090-2011	Martha Suárez Fachín de Oré	Scotiabank Perú S.A.A.	Coacción, a la Prueba y al Trabajo	Infundada
10	02095-2011	Marco Antonio Kaqui Quiñónez	PRONAA	Tipicidad	Fundada y Reposición
11	00621-2012	Alex Antonio Canto Díaz	Cartavio S.A.A.	Trabajo y Debido Proceso	Fundada y Reposición

Fuente: Cuadro extraído de la investigación¹⁰²

¹⁰² Idem.p.251.

Cuadro N° 04: Resumen

Tipos de despido	Fundada	Porcentaje fundada (%)	Infundada	Porcentaje Infundada (%)
Despido Nulo	11	33.4	00	00
Despido Fraudulento	09	27.30	02	6.00
Despido Arbitrario	10	30.30	01	3.00
TOTAL	30	91.00	03	09.00

Fuente: Cuadro extraído de la investigación¹⁰³ en base a los cuadros anteriores.

Interpretación: Del cuadro anterior se puede apreciar que del 100% de casos analizados en relación a los tres tipos de despido, en 30 casos el TC dispensó tutela jurisdiccional en favor de la parte demandante optando por la reposición, que representa un 90%.

Con lo que se puede concluir que el Tribunal Constitucional ha resuelto muchos casos que forman parte de la **Línea Jurisprudencial** y desde sus inicios han mantenido una posición bastante garantista en relación con los derechos constitucionales de los trabajadores respecto a la protección contra el despido

¹⁰³ Idem.p.252.

arbitrario y el trabajo. Todo lo contrario a lo que se impone en el Precedente Vinculante “Caso Huatuco”.

4.1.2.1 Protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior al Precedente Huatuco

Nuestro Tribunal Constitucional ha decidido modificar su línea jurisprudencial de más de 10 años al negar la reposición a los trabajadores estatales que cuentan con contratos por tiempo indeterminado y que son despedidos sin causa alguna. La jurisprudencia previa en materia de derechos laborales es, contraria al precedente emitido en el Caso Huatuco, en la cual la reposición sí es un remedio eficaz contra el despido arbitrario.

En efecto, los precedentes vinculantes dictados en los Expedientes N° 1124-2005-PA/TC (caso Fetratel), y Exp. 976-2001-PA/TC (caso Llanos Huasco) en el año 2001, significaron una trascendental transformación en el derecho laboral (posteriormente a través del Exp. 206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), los cuales estuvieron relacionados con la creación de dos causales de reposición en el puesto de trabajo como protección adecuada contra el despido arbitrario: el despido incausado y el despido fraudulento. Es decir, a partir de la publicación de estos precedentes, el

trabajador que era objeto de un despido incausado o fraudulento, tenía la opción de elegir entre la Indemnización por Despido Arbitrario equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios, o también tenía la posibilidad de elegir su reposición en el empleo.

Prueba de ello son las sentencias, que ha detallado el Magistrado Blume Fortini en su voto singular que ha emitido en el precedente Huatuco¹⁰⁴, mediante las cuales se evidencian, que el Colegiado optó por la reposición en relación con los remedios adecuados frente al despido arbitrario, lo cual, a su vez, implica lo siguiente: i) que pudo optar solo por la indemnización, de acuerdo a lo que señala el Protocolo Adicional de San Salvador, pero optó también por la reposición, y ii) que si optó por la reposición y la indemnización como remedios adecuados frente al despido arbitrario después no puede cambiar su postura, sin perjuicio de incurrir en responsabilidad internacional.

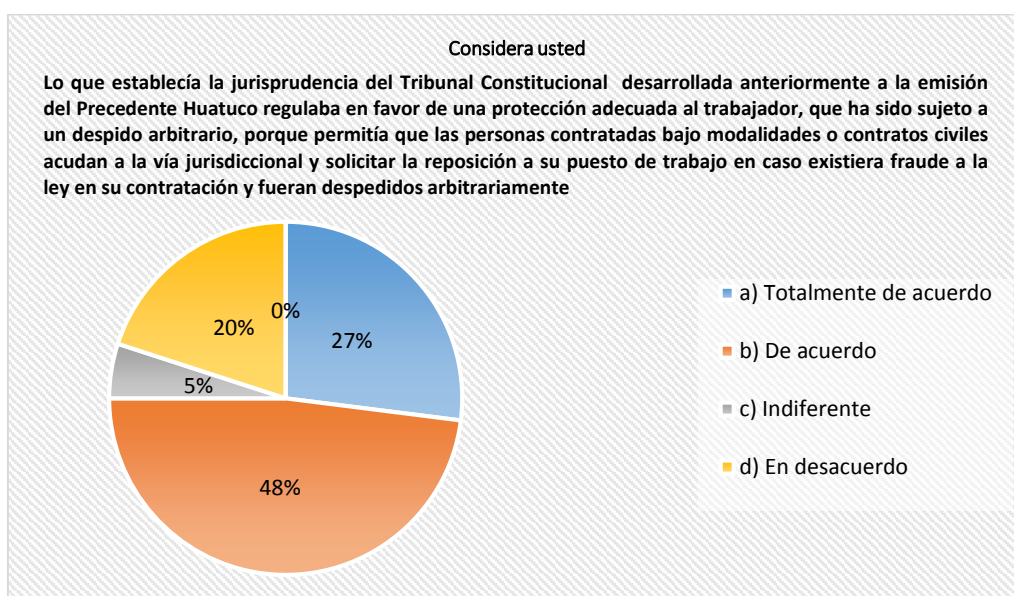
El Magistrado Blume Fortini manifiesta que la línea jurisprudencial que ha venido construyendo el Tribunal Constitucional en materia de amparos laborales del régimen público, a contramano de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco, ha sido tuitiva, finalista y garantista,

¹⁰⁴ Revisar las veinte sentencias emitidas por el TC que forman parte de la Jurisprudencia mencionadas desde la página 10 a 36 del voto singular emitido por el Magistrado Blume Fortini en la STC 05057-2013-PA/TC

aplicando el principio de la primacía de la realidad y ordenando la reposición de aquellos trabajadores del Sector Público despedidos, que ingresaron por contratos temporales o civiles, que demostraron haber realizado una labor de naturaleza permanente, sujeta a subordinación y dependencia¹⁰⁵.

Según la encuesta aplicada en el mes de Junio del dos mil diecisiete a los abogados y a los operadores de justicia que integran los Juzgados Civiles, Juzgados de Trabajo, Salas Civiles y Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Se ha obtenido como resultado de las respuestas a las preguntas planteadas los siguientes gráficos:

GRAFICO N° 7



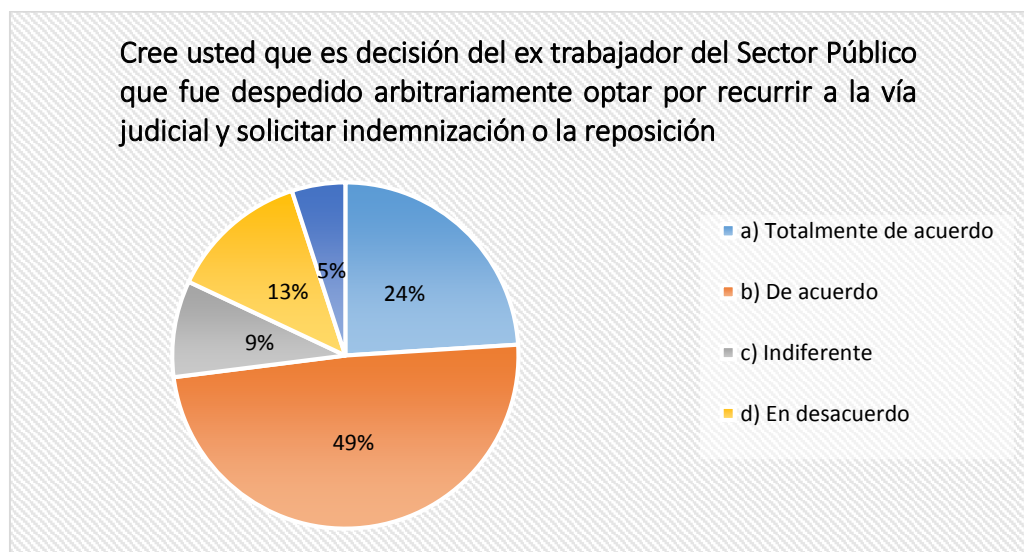
Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

¹⁰⁵ STC 05057-2013-PA/TC, citado, p. 31

Descripción:

De este cuadro tenemos que un 27% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 48% se encuentra de acuerdo y consideran que lo que establecía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada anteriormente a la emisión del Precedente Huatuco regulaba en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario, porque permitía que las personas contratadas bajo modalidades o contratos civiles acudan a la vía jurisdiccional y solicitar la reposición a su puesto de trabajo en caso existiera fraude a la ley en su contratación y fueran despedidos arbitrariamente, sin embargo un promedio menor no lo considera así siendo el 20% que se encuentra en desacuerdo y el 5% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 8



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

De este gráfico tenemos que el 24% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 49% se encuentra de acuerdo y consideran que es decisión del ex trabajador del Sector Público que fue despedido arbitrariamente optar por recurrir a la vía judicial y solicitar indemnización o la reposición, sin embargo no lo considera así el 5% que se encuentra totalmente en desacuerdo y el 13% en desacuerdo, mientras que el 9% es indiferente ante esta pregunta.

De los resultados obtenidos de las respuestas de la encuesta se confirma que en la línea jurisprudencial que se ve reflejada en las numerosas sentencias dictadas por los sucesivos colegiados que han integrado el Tribunal Constitucional, de las cuales ha hecho referencia el Magistrado Blume Fortini emitido en su voto singular en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC al referirse que en las sentencias dictadas en los últimos 13 años, se ordenó la reposición del trabajador en casos de servidores que no habían ingresado a la Administración Pública por concurso público, pero que habían continuado laborando a través de sucesivas renovaciones o prórrogas desempeñando labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de horario, dependencia y subordinación; casos en los cuales

uniformemente se aplicó el principio de la primacía de la realidad.¹⁰⁶

De los procesos constitucionales mencionados por el Magistrado Blume Fortini se encuentra mencionado mi caso **STC 3014-2013-PA/TC**, proceso de amparo en contra de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, sentencia favorable que obtuve por decisión del Tribunal Constitucional porque era evidente que la entidad demandada había simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado al haberse acreditado la desnaturalización de mi contratación por razón de funciones, por ello se aplicó lo establecido en el inciso d) del Artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”, razón por la cual sólo podía ser despedida por una causa justa relacionada con la conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en el término del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente

¹⁰⁶ Ibidem.

restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales y en este caso se acredita que la entidad demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo. Es por ello que me siento identificada con el Tema y es mi obligación tener que brindar mis aportes en esta investigación.

4.2 ANÁLISIS DE LA PREVALENCIA EN EL PRECEDENTE HUATUCO DE LA LEY N° 28175, MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO, QUE EN SU ARTÍCULO 5 ESTABLECE QUE EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO SE REALIZA SOLAMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO Y ABIERTO

Tenemos que entre los fundamentos esgrimidos por el TC en el caso Huatuco, referente a la determinación de la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, en virtud a lo dispuesto en el art. 40 de la Constitución, el cual indica que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores públicos; por ello, el legislador al realizar el desarrollo constitucional de este precepto normativo, ha limitado el acceso al empleo mediante la exigencia de hacerlo por concurso público conforme a lo señalado en el artículo 5º de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público¹⁰⁷

¹⁰⁷ “El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”.

En el Precedente Vinculante en su fundamento 9 y 10 precisa la posición interpretativa de la incorporación a la Administración Pública:

9. (...) que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56).

Al respecto de este punto manifiesto mi posición que el concurso público como mecanismo de acceso a laborar en la administración pública es la manera correcta y una medida razonable idónea, necesaria y proporcional para evaluar al personal que formara parte de los empleados del Sector Público, constituye un requerimiento de

orden público con el cual todo ciudadano se encuentra de acuerdo, que se hace necesario a efectos de que no solamente se asegure la propia contratación del personal que se presenta al concurso junto a las implicancias remunerativas y contingencias de proyección socio-laborales que le escoltan (vacaciones, gratificaciones, compensación económica al término del desempeño, etc.); sino que, en igual medida, se garantizan los bienes jurídico públicos (seguridad, salud, educación, justicia, etc.) que deben ser custodiados por el personal que servirá en las administraciones públicas.

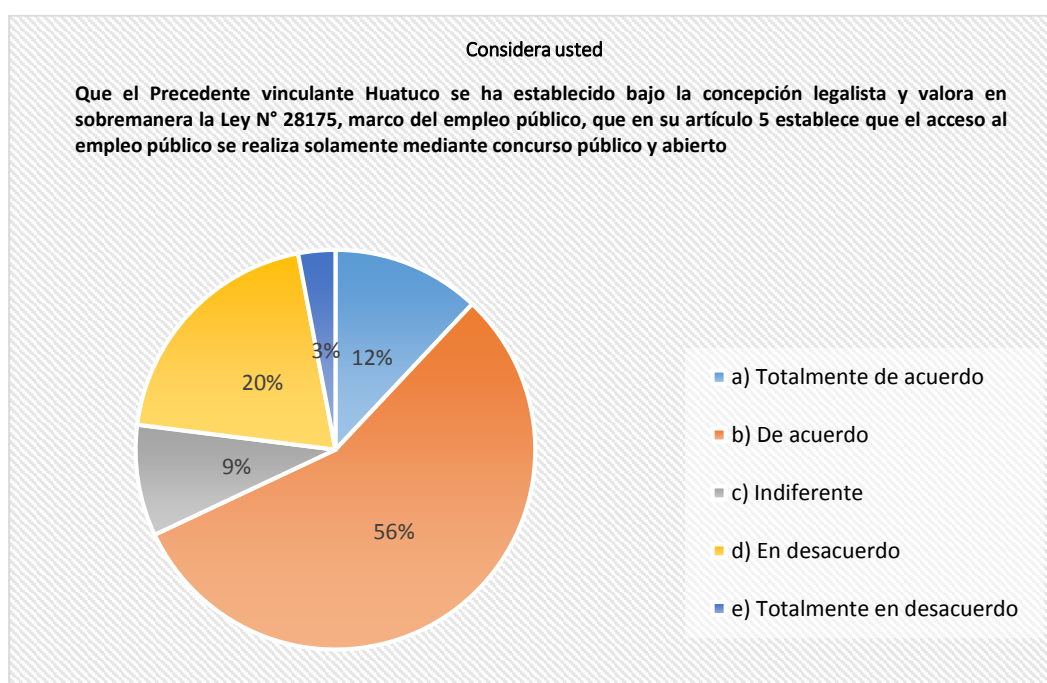
Sin embargo en nuestro país desde hace mucho tiempo no hay normas sobre concursos públicos ni tampoco concursos públicos rigurosos ni ordenados, los que por ahora hay en el Estado, no aseguran el respeto a la meritocracia ni el principio de igualdad; y recién desde junio de 2014 con el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, ha dispuesto reglas específicas que integran la evaluación respecto a un perfil de puesto, evaluación curricular, evaluación de conocimiento y entrevista personal a cargo de un Comité de Selección. Sin embargo, como la misma sentencia lo señala, esta norma se viene implementando “progresivamente”¹⁰⁸, las ideas que desarrolla el precedente es contrario a la Constitución, jurisprudencia

¹⁰⁸ STC 05057-2013-PA/TC, F.11: No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: "Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles". Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67º de la referida ley.

constitucional, Pacto Internacional de Derechos económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, el precedente trata que la jurisprudencia constitucional se adecue a la Ley Servir.

De conformidad con la encuesta aplicada a los abogados y realizada en los Juzgados Civiles, Juzgados de Trabajo, Salas Civiles y Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Se ha obtenido como resultado de la siguiente pregunta el presente gráfico:

GRAFICO Nº 9



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

Del presente cuadro tenemos que un 12% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 56% se encuentra de acuerdo y consideran que el Precedente vinculante Huatuco se ha establecido bajo la

concepción legalista y valora en sobremanera la Ley N° 28175, marco del empleo público, que en su artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza solamente mediante concurso público y abierto, sin embargo el 3% se encuentra totalmente en desacuerdo y el 20% en desacuerdo, mientras que el 9% es indiferente ante esta pregunta.

Ahora bien, de las respuestas obtenidas se puede decir que en el Precedente Vinculante se alega como razón objetiva “el concurso público de méritos” y “la defensa de la meritocracia en el sector público”. Asimismo se señala que el artículo 40 de la Constitución impone al legislador la obligación de regular el ingreso a la carrera administrativa y que la Ley Marco del Empleo Público establece que el ingreso al mismo se realiza solo por concurso (capacidades y méritos de concursantes). Es decir, se plantea una ponderación de principios: de un lado, derecho al trabajo y principio de igualdad como derechos intervenidos y, de otro, el concurso público de méritos y la carrera administrativa como bien jurídico constitucional (basado en el artículo 40 Constitución).

En los últimos años el Estado viene contratando personal vía CAS y ello quiere decir que la mayoría de trabajadores 728 son trabajadores antiguos en el Estado, cuyo desempeño ha sido aceptado durante años por su empleador convalidándose el mérito en un puesto de trabajo por la labor desempeñada del trabajador y su buen rendimiento, por lo tanto estos trabajadores adquirieron la protección

contra el despido arbitrario y por ende evitar que se vulnere su derecho constitucional al trabajo.

Y al pretender el Tribunal establecer distinción entre trabajadores estatales y trabajadores de empleadores privados teniendo como premisa y requisito formal **el concurso público** para expedir el mencionado precedente y hacer prevalecer la protección de derechos constitucionales, cuya aplicación no va acorde con sus funciones, puesto que a todas luces se observa un juicio político y no jurídico que genera injusticia, y dejan expuestos a que los trabajadores bajo el régimen 728 que no ingresaron por concurso sean despedidos solo por capricho de un nuevo jefe, alegando que la plaza se va a someter a un concurso público u otros motivos, que no tengan que ver con causales validas de despido, pues el trabajador no tendría derecho a la reposición porque no ingresó por concurso. El error del TC, es que busca imponer de manera gradual un régimen laboral único en el estado.

4.2.1 Restricción del ingreso al Sector Público por reposición judicial a quienes no han cumplido con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley N° 28175, que refiere que el ingreso a la Administración Pública se realiza exclusivamente previo concurso público de méritos

En el Fundamento 18 del precedente vinculante que emite el TC señala lo siguiente: “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 la plaza presupuesta 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 para el sector privado.

Mediante el fundamento 18 queda claro que el Tribunal obliga y prohíbe que se ordene la reposición a tiempo indeterminado de aquel trabajador de la administración pública en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, es decir los jueces no podrán disponer la reposición laboral de un trabajador del sector público si no se comprueba, además de la arbitrariedad del despido, que previamente ha ganado un concurso público para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. El citado precedente crea una condición imposible de cumplir para los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que demandan por desnaturalización del contrato de trabajo modal o civil, porque es obvio que estos no han ingresado por concurso público.

Cabe precisar que los trabajadores del Sector Público que realicen carrera administrativa y estén contratados bajo el régimen privado cuyo empleador sea el Estado peruano **no tendrán derecho a ser repuestos** si son objeto de un despido **sin causa**. No obstante, los trabajadores bajo el régimen 728 cuyo empleador es privado, sí tienen derecho a ser repuestos por un despido sin causa.

Es decir, dos trabajadores contratados bajo la misma Ley a los que se les desnaturaliza su contrato, tendrán dos protecciones diferentes frente al despido sin causa. El Tribunal Constitucional solo se concentra en sustentar el trato diferenciado de la medida de reposición frente al despido sin causa cuando en realidad estamos frente a dos infracciones constitucionales que afectan el derecho al trabajo (artículo 22 Constitución) en la conducta del Estado: contratación temporal fraudulenta y despido sin causa.

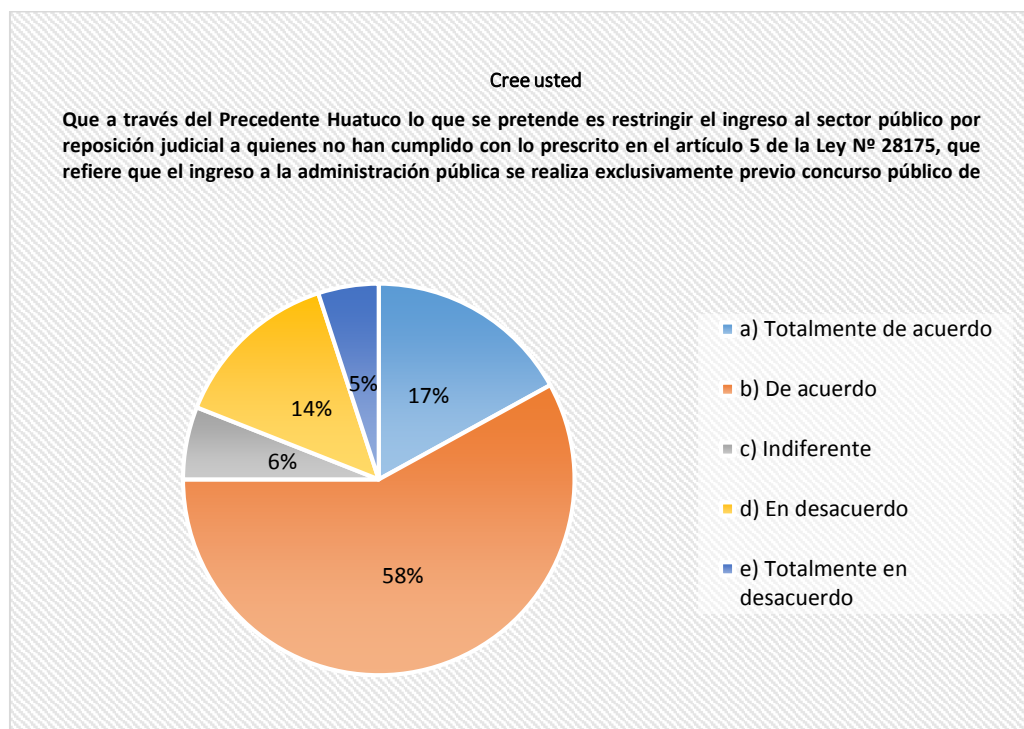
Sobre la aplicación del precedente en el tiempo: Como se sabe, las normas jurídicas regulan los supuestos de hecho ocurridos después de su entrada en vigor. Solo está permitido, en el sistema constitucional peruano, que una regla jurídica regule un supuesto de hecho ocurrido antes de su entrada en vigor, en materia penal cuando más favorece al reo.

De modo que el fundamento 18 de la STC Exp. N° 5057-2013-PA, se aplicará a las relaciones jurídicas acontecidas con posterioridad a su entrada en vigencia (al día siguiente de su publicación en el

diario oficial El Peruano, como exigencia de publicidad de toda norma jurídica).¹⁰⁹ La resolución del TC será aplicable incluso a las demandas en trámite en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Es decir, tiene un efecto retroactivo.

Según la encuesta aplicada a los abogados y a los operadores de justicia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Se ha obtenido como resultado de las siguientes preguntas los siguientes gráficos:

GRAFICO Nº 10



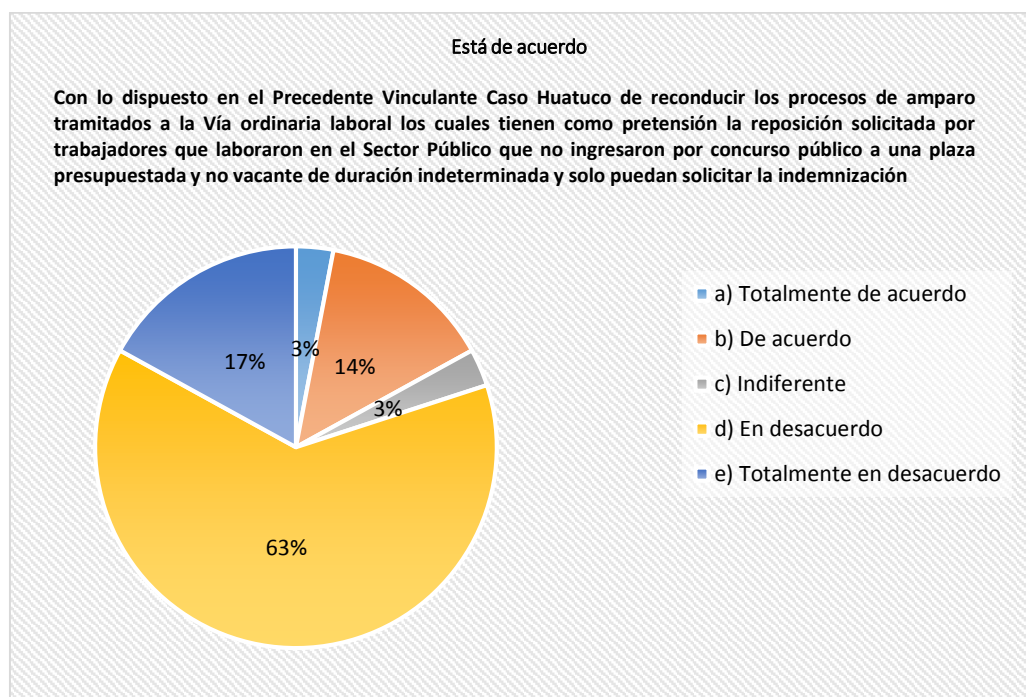
Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

¹⁰⁹ STC 05057-2013-PA/TC, F. 21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o “reposición” a la administración pública solo 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.

Descripción:

En este cuadro tenemos que un 17% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 58% se encuentra de acuerdo y consideran que a través del Precedente Huatuco lo que se pretende es restringir el ingreso al sector público por reposición judicial a quienes no han cumplido con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley N° 28175, que refiere que el ingreso a la administración pública se realiza exclusivamente previo concurso público de méritos, sin embargo no lo considera así siendo el 5% que se encuentra totalmente en desacuerdo y el 14% en desacuerdo, mientras que el 6% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 11

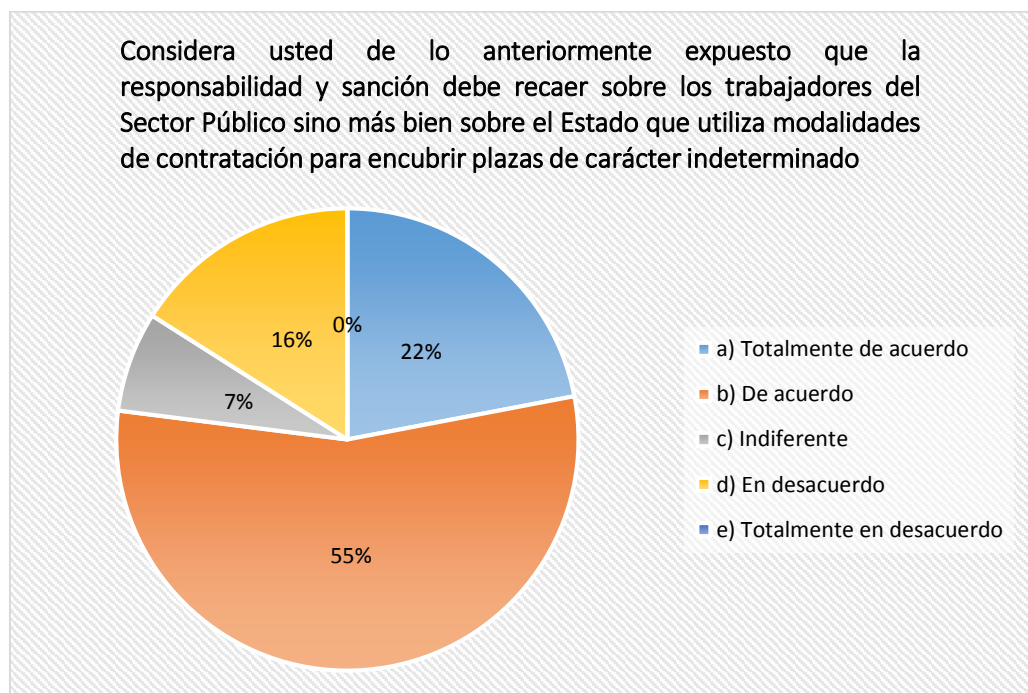


Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

Del siguiente gráfico se obtiene que el 3% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 14% se encuentra de acuerdo, sin embargo el 17% se encuentra totalmente en desacuerdo y el 64% se encuentra en desacuerdo con lo dispuesto en el Precedente Vinculante Caso Huatuco de reconducir los procesos de amparo tramitados a la Vía ordinaria laboral los cuales tienen como pretensión la reposición solicitada por trabajadores que laboraron en el Sector Público que no ingresaron por concurso público a una plaza presupuestada y no vacante de duración indeterminada y solo puedan solicitar la indemnización, mientras que el 3% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 12



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

Del presente cuadro tenemos que un 22% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 55% se encuentra de acuerdo y consideran que la responsabilidad y sanción no debe recaer sobre los trabajadores del Sector Público sino más bien sobre el Estado que utiliza modalidades de contratación para encubrir plazas de carácter indeterminado, sin embargo no lo considera así siendo el 16% que se encuentra en desacuerdo, mientras que el 7% es indiferente ante esta pregunta.

De las respuestas obtenidas y lo antes expuesto se precisa que el TC se excede al aplicar su precedente a demandas ya presentadas y tanto es así que en el fundamento 22 de la sentencia establece que en el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el Artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo Nro. 728 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”.

Es decir obliga a la parte demandante a solicitar la indemnización que corresponda. La aplicación retroactiva del precedente desdibuja la constitucionalidad del mismo pues obligaría a los jueces de primera y segunda instancia declarar improcedentes los procesos de amparo de quienes buscan retornar al sector público por la vía judicial. También se dejaran sin efecto las medidas cautelares dadas a cientos de servidores que retornaron a sus puestos de trabajo mientras no había una sentencia consentida.

Ello acarrearía el inicio de un conflicto social como actualmente estamos viendo, las luchas de los sindicatos de distintas entidades estatales por resguardar a sus afiliados que vienen laborando durante muchos años y que no ingresaron por concurso público, que por las circunstancias ya no podrán solicitar su reposición por existencia en la desnaturalización de sus contratos en caso que sean despedidos de forma arbitraria por la entidad estatal.

4.2.2 Carácter Vinculante del Precedente Huatuco

Después de haberse dictado el Precedente Vinculante en el Expediente 05057-2013-PA/TC (denominado caso Huatuco) por el Tribunal Constitucional, se han generado una serie de

controversias a nivel doctrinario desde los puntos de vista Laboral y Constitucional los primeros están orientados por la defensa del trabajador y los segundos relacionados con los requisitos y fundamentos para la emisión de un precedente vinculante conforme a los criterios fijados por el propio Tribunal Constitucional.

En nuestro país la Carta Política en el artículo 201 se ha aprobado que el Tribunal Constitucional "el órgano de control de la Constitución" y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la que ha precisado que eso significa que el tribunal constitucional es "el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad". Todo ello en razón de que, para la doctrina el Tribunal Constitucional es considerado en el sistema constitucional "intérprete supremo de la Constitución".

La jurisprudencia en general debe otorgar certeza pero también adecuación a una realidad cambiante. Una de las razones para establecer el principio de "precedente vinculante" es **la necesidad de establecer una cierta certeza y uniformidad jurisprudencial**. Ello permite una suerte de unidad en la interpretación constitucional y la afirmación de la seguridad jurídica como un valor a proteger por los jueces. Sin embargo, dicho principio debe compatibilizar con otros fundamentales del ordenamiento constitucional, entre otros el derecho al debido proceso y a la igualdad jurídica.

Para Castillo Córdova estos criterios e interpretaciones vinculantes del TC emitidas como precedente vinculante, tienen al menos dos consecuencias, *“La primera es que su creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad; y la segunda significa que su interpretación se impone a la interpretación constitucional de los demás intérpretes vinculantes, de modo que en caso de contradicción prevalecerá la de aquel”*¹¹⁰; de esta manera, *“... el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”*.

Por ello los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar el referido precedente conforme a lo dispuesto en el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen "precedente vinculante", cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo."

Sin embargo **no es posible confundir la noción de vinculante con obligatoria**, la definición de "vincular" es diferente. Se trata de atar o fundar una cosa a otra "sujetar". En general podemos considerar que los jueces al resolver un conflicto parecido están vinculados a la decisión que ya tomó el Tribunal.

¹¹⁰ **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima 2014. Pag. 29-30.

Contra lo que comúnmente se cree, no es el decisorio el que recibe la calidad de precedente, este más bien recae en el fundamento o elaboración argumental (considerando en nuestro sistema) que sostiene la decisión tomada este recibe el nombre de ***ratio decidendi***."

Y es el propio Tribunal quien determine que fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi* y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores". Tenemos así que el precedente vinculante no es toda la sentencia sino que se ubica exclusivamente en la parte de los considerandos en la que se refiere únicamente a determinados principios o criterios lógicos jurídicos de aplicación general los mismos que deberán ser aplicados por los órganos judiciales.

La generación de "precedentes vinculantes", se ha constituido en un elemento que ha permitido uniformizar con una mayor precisión la práctica judicial en el país, a diferencia de los Precedentes generados por las Casaciones o Plenos Jurisdiccionales de la Corte Suprema.

En este nivel, el Tribunal Constitucional ha generado una línea de trabajo para así materializar sus precedentes vinculantes, sobre la base de estas reglas:

1. Cuando en un expediente se aprecien contradicciones en la manera en que se evalúe un derecho, tanto en su concepción, ejecución, interpretación o desarrollo por parte del Estado.
2. Cuando se registre la interpretación errónea de un dispositivo constitucional o legal; situación que conlleva a la evaluación de su constitucionalidad y posteriormente a una declaración de expulsión del cuerpo normativo nacional.
3. Cuando se registre un vacío normativo, principalmente por la inexistencia de mecanismos objetivos y puntuales para el desarrollo de un derecho o la aplicación de una disposición de carácter estatal.
4. Cuando se registre la existencia de varios niveles de interpretación de un mismo “derecho” o “norma jurídica”, en la práctica social produciendo efectos distintos o contradictorios.
5. Cuando el impacto de una norma jurídica pueda afectar a un sujeto determinado (Amparo o Habeas Corpus) o a un conjunto indeterminado de sujetos (Acción de inconstitucionalidad)
6. Cuando se requiere modificar el precedente vinculante por adecuación normativa o por variación de las condiciones que la fundamentaron para así garantizar un equilibrio social bajo nuevas situaciones.

Reglas que en principio procuran garantizar una seguridad jurídica en nuestro país en función al ejercicio autónomo de las competencias del Tribunal Constitucional.

Por ello respecto al cuestionamiento en el ámbito Constitucional del Caso Huatuco, no solamente se discute la posición adoptada, sino también se cuestiona la validez del Precedente como tal, se discute si en este proceso se ha cumplido los presupuestos para la emisión de un precedente vinculante siguiendo los parámetros establecidos por el propio TC en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), básicamente en el sentido de que solo pueden formularse sobre la base de un hecho concreto y para situaciones directamente relacionadas con el fallo.

Y en el presente caso se indica, *“No se ha cumplido con la regla básica del establecimiento de un precedente: los hechos del caso deben generar la regla del precedente”*¹¹¹. En el caso Huatuco, la interpretación de derechos de corte laboral y constitucional respecto de las condiciones para el ingreso al Estado por concurso público, son incongruentes con el propio fundamento del caso.

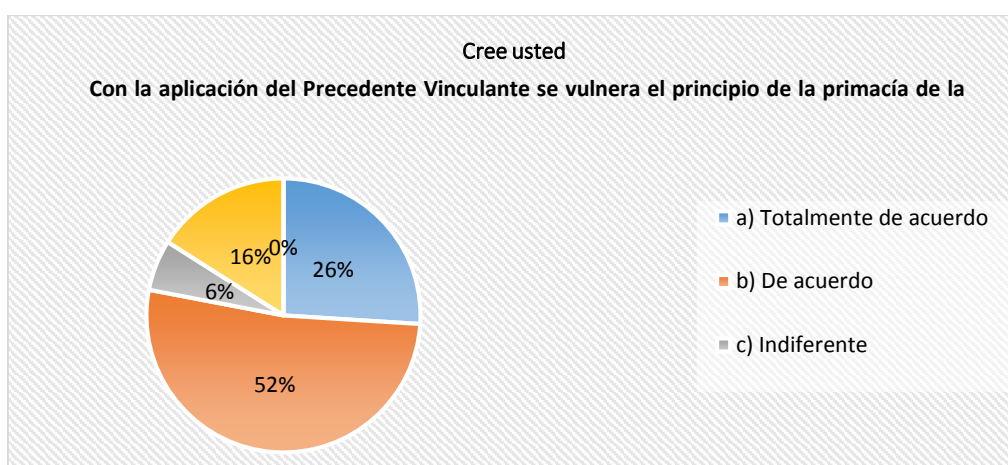
Se cuestiona también la legitimidad del precedente, el cual está relacionado no solamente con su validez jurídica, sino con su corrección frente a la sociedad, habida cuenta que *“los precedentes vinculantes en los términos tan estrictos que los identifica el artículo VII del Código Procesal Constitucional no pueden ser el resultado de la imposición de una mayoría que, sobre la base de la votación en el Pleno, logra sobreponerse, sino, en todo caso, el resultado de*

¹¹¹ **MORALES SARAVIA, Francisco.** La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco. En Gaceta Constitucional. Tomo 91. Julio 2015. Pag. 36-47.

un proceso argumentativo racional que se expande desde el consenso en el seno del Tribunal hacia la búsqueda de mayores consensos en la sociedad. El Tribunal lo ha señalado en términos de orientación principista al establecer que, “el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”. En tal sentido ha invitado a “una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta”¹¹².

Según la encuesta aplicada a los abogados y al personal jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque seleccionados por ser tramitadores en primera y segunda instancia de los procesos laborales y constitucionales. Se ha obtenido como resultado de las preguntas los siguientes gráficos:

GRAFICO Nº 13



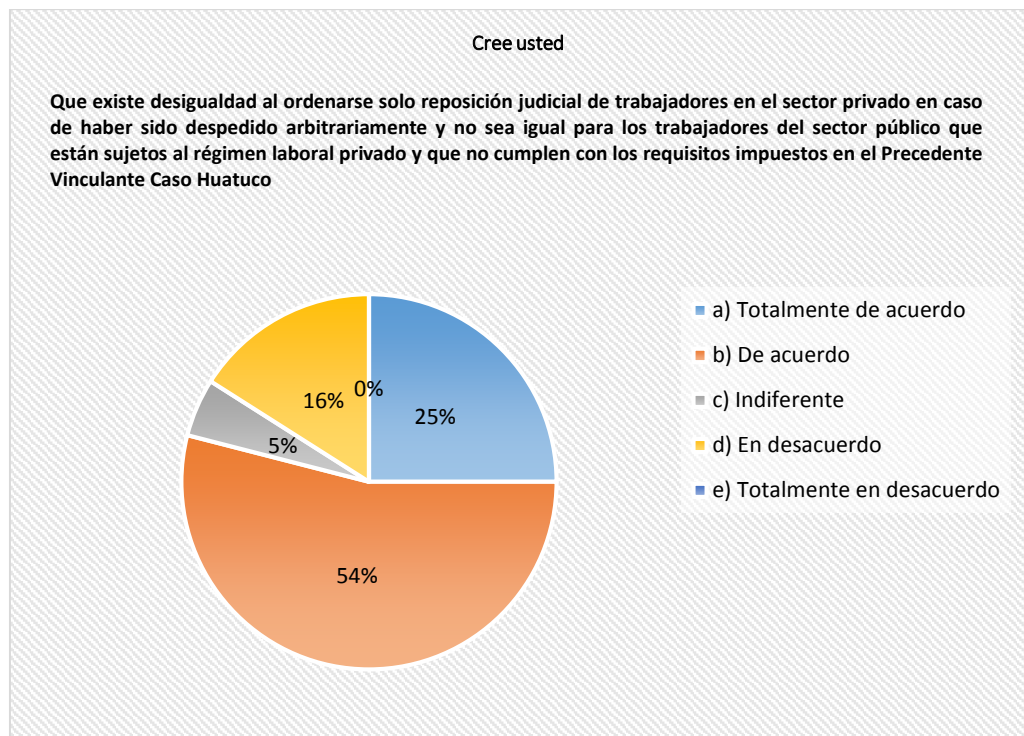
Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

¹¹² **GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.** El precedente a la deriva, diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional. En Gaceta Constitucional. Tomo 19. Julio 2009.

Descripción:

Del presente gráfico tenemos que un 26% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 52% se encuentra de acuerdo y consideran que con la aplicación del Precedente Vinculante se vulnera el principio de la primacía de la realidad al no tenerse en cuenta el tiempo que viene laborando el trabajador en el Sector Público, pese a que se haya acreditado que realiza una labor de carácter permanente, de otro lado no lo considera así el 16% que se encuentra en desacuerdo y el 6% es indiferente ante esta pregunta.

GRAFICO Nº 14



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

Del presente gráfico tenemos que un 25% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 54% se encuentra de acuerdo y consideran que existe desigualdad al ordenarse solo reposición judicial de trabajadores en el sector privado en caso de haber sido despedido arbitrariamente y no sea igual para los trabajadores del sector público que están sujetos al régimen laboral privado y que no cumplen con los requisitos impuestos en el Precedente Vinculante Caso Huatuco, por otro lado no lo considera así el 16% que se encuentra en desacuerdo y el 5% es indiferente ante esta pregunta.

Del resultado de las respuestas obtenidas de las preguntas se puede decir que todo indica que la emisión del Precedente en cuestión ha vulnerado diversos principios-derechos laborales fundamentales como el principio de Igualdad, pues al negarse la reposición a los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que han desnaturalizado sus contratos, supone un trato desigual ante situaciones iguales, con respecto a los trabajadores sujetos al mismo régimen laboral cuyo empleador no es el Estado, así como con relación a los trabajadores que reingresaron al estado antes del precedente; en este último caso, se vulnera el principio de igualdad de trato formal, *“entendida como igualdad de equiparación y como diferenciación, lo que implica que un mismo órgano no*

*puede modificar injustificadamente decisiones en casos iguales, ya que con ello se busca alcanzar seguridad jurídica*¹¹³.

Se invoca también la afectación al principio protector que orienta el derecho del trabajo y que supone la razón de ser misma del derecho laboral, cuya función primordial es el establecimiento de una discriminación positiva, esto es, equiparar la asimetría existente entre trabajadores y empleadores, sin embargo, en el caso Huatuco, se ha desconocido este principio ahondando más la desigualdad estructural existente en el vínculo laboral. Afectación que se ha materializado al vulnerar el principio de continuidad expresado en la regla establecida en el art. 4° de la LPCL (preferencia por la contratación por tiempo indefinido).

Otro principio laboral quebrantado es el de la primacía de la realidad, pues esta sentencia pretende desconocer el hecho de que en la gran mayoría de casos, en la práctica los trabajadores del Estado realizan labores de naturaleza permanente, en plazas vacantes y debidamente presupuestadas aun cuando no se haya accedido al puesto mediante concurso público; en tal sentido, lo correcto es que en virtud a este principio, los trabajadores mantengan su puesto de trabajo.

¹¹³ **Monzon Zevallos, Willy.** El retorno a la estabilidad laboral relativa en favor del estado, A propósito de la STC Exp. N° 05057-2013-PA/TC.

4.2.2.1 Interpretación Obligatoria que deben seguir todos los Órganos Jurisdiccionales

El precedente vinculante como fuente de Derecho, tiene el efecto de una norma jurídica, se debe precisar que tiene efectos de una Ley es decir, una regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares¹¹⁴.

Por tal razón, deberían aplicarse las mismas reglas que regulan la aplicación en el tiempo de una ley, de este modo se entiende que tampoco procede la aplicación retroactiva de una sentencia normativa como ésta a excepción como en materia penal cuando más favorece al reo y en este caso sería cuando favorezca al trabajador.

Sobre la justificación para el dictado del precedente vinculante, el TC toma como referencia que tanto en la comunidad jurídica como en órganos jurisdiccionales del

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el catorce de noviembre de dos mil cinco, en el proceso recaído en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

Poder Judicial e incluso en el Tribunal Constitucional, existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4° y 77° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 cuyo ámbito de aplicación comprende a las empresas y trabajadores de la actividad privada, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de "ingreso por concurso público"; o ii) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de "ingreso por concurso público", tal como lo prevé el artículo 5.° de la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público¹¹⁵.

El tribunal ha entendido pretendiendo establecer un concepto imperativo y particular de sus atribuciones que dicha declaración de "precedente vinculante" le permite ordenar a los jueces el contenido específico de sus sentencias en casos de control difuso específico a través del amparo. El Tribunal puede determinar que principio aplicar pero no puede ordenar el contenido mismo de las sentencias

¹¹⁵ STC 05057-2013-PA/TC, citado, p. 3

de primera y segunda instancia del Poder Judicial. No existe norma, ni práctica nacional previa que le otorgue dicho poder.

La independencia judicial es absoluta, los magistrados no están bajo la dirección de las instancias superiores para efectos de sus sentencias. Si no fuera así se quebraría el principio de la pluralidad de instancias que forma parte del derecho al debido proceso.

La independencia judicial, se extiende frente a todos y alcanza a los órganos de gobierno del Poder Judicial e incluso a los propios órganos jurisdiccionales, ninguno de los cuales puede dictar instrucciones, ni generales ni particulares, dirigidas a sus inferiores y relativas a la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico. La única vía practicable para corregir la aplicación del derecho realizada por un órgano judicial es, cuando pueda, la de los recursos legalmente previstos.

La posición defendida por el profesor Javier Mujica¹¹⁶, recomienda a los órganos jurisdiccionales, *“en base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes judiciales que estimen contrarios a la*

¹¹⁶ <http://www.ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco>

Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial. Independencia que justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte. Una de ellas es la CADH y su protocolo adicional, el PSS, respecto de los cuales la Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Cuando el TC emite un precedente vinculante, no le está resolviendo los casos al juez es decir no lo anula ni desautoriza y no lo convierte en boca muerta que repite el precedente, sino que siendo el precedente una norma, el magistrado la ha de aplicar, si no corresponde aplicarla no lo hará, para ello tendrá que analizar si en el caso concreto que tiene por resolver, se verifica o no el supuesto de hecho; sino se verifica no se aplica la consecuencia jurídica.

Por eso, el precedente vinculante debe ser visto como un instrumento o herramienta que se dota de mayor predictibilidad para hacer justicia constitucional, para construir el juez la decisión justa, si al caso concreto, la aplicación de la decisión de carácter vinculante del Tribunal Constitucional lo convierte en injusto, el juez no ha de aplicarla y tendrá que sustentar y explicar en su sentencia las razones por las que se aparta de la decisión del Tribunal Constitucional. No existe otro modo de entender la noción de precedente vinculante bajo un Estado de Derecho.

Sin embargo en el caso concreto observo una realidad que el TC acompaña al gobernante (en este caso representado en el legislador) en el emprendimiento de reformas del Estado a través de una Ley (la Ley N° 30057) de aplicación progresiva, y lo hace con la emisión apresurada de un precedente en el Exp. N° 5057-2013-PA que crea una norma constitucional sobre el mismo asunto para hacerla regir inmediatamente, incluso a los procesos judiciales en curso, sin considerar las consecuencias socialmente de una aplicación inmediata del cambio de criterio jurisprudencial desde lo jurídicamente relevante en el derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Ante el cambio traumático de criterio normativo que hace percibirlo injusto y que la verdadera motivación de la

expedición del precedente es imponer la implementación de la Ley del Servicio Civil asumiendo funciones que le corresponden al gobierno y no al TC; consciente de ello el Poder Judicial en muchos casos ha venido apartándose de tan polémica sentencia constitucional, tal es el caso de una ex trabajadora que peticionaba el reconocimiento de una relación laboral de naturaleza indeterminada (por desnaturalización del contrato bajo régimen CAS), así como la nulidad del despido incausado, y se ordene la reposición en sus labores en una procuraduría pública y el reintegro de sus remuneraciones. Y en este caso en la Sentencia recaída en el Exp. N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03 del 17/7/2015 la Cuarta Sala Laboral de Lima –a cargo del magistrado Omar Toledo Toribio– *decidió apartarse del precedente vinculante Huatuco a través del “distinguish”, por lo que declaró nulo todo lo actuado, y ordenó emitir al juez nuevo pronunciamiento pues resultaba necesario que se otorgue a la demandante la posibilidad de expresar y acreditar su forma de ingreso al servicio de la demandada.*

El distinguido magistrado Toledo, con el cual comparto dicho criterio que sostuvo, que el precedente Huatuco vulnera el principio-derecho a la igualdad, pues resulta evidente la desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público. Asimismo sostuvo que la inobservancia de los principios del Derecho Laboral y la afectación de los

derechos de los trabajadores ciertamente constituye una afrenta a la dignidad del trabajador, principio-derecho garantizado constitucionalmente¹¹⁷

El Magistrado Omar Toribio Toledo sostiene que NO debería aplicarse el precedente Huatuco en los siguientes casos¹¹⁸:

- 1) Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS.
- 2) Cuando no existe vínculo contractual vigente y la demanda contiene la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el caso, indemnización por despido arbitrario. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (S) sentencia Del 15/7/2015- 4ta.Sala Laboral de Lima).

¹¹⁷ Disponible en <http://laley.pe/not/2666/-precedente-huatuco-sala-laboral-considera-que-vulnera-derechos-constitucionales/>

¹¹⁸ Disponible en <http://omartoledotoribio.blogspot.pe/2015/07/el-precedente-huatuco-huatuco-implica.html>

- 3) Cuando la demandada sea una de las instituciones públicas excluidas de la Ley SERVIR.
- 4) No es de aplicación para el caso de los obreros municipales que expresamente han sido excluidos de la Ley SERVIR. (EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia Del 14/7/2015, 4ta.Sala Laboral de Lima).
- 5) No es de aplicación para los trabajadores de las empresas del Estado que no están comprendidos en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución Política del Estado y por tanto expresamente los mismos han sido excluidos de la Ley SERVIR. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (S) sentencia Del 15/7/2015. 4ta. Sala Laboral de Lima)".
- 6) En los casos de intermediación fraudulenta y Tercerización fraudulenta tampoco no debería ser aplicado el precedente Huatuco. Esto, porque en la Ley de Intermediación y Tercerización Laboral se establece que, de existir estos supuestos, se reconoce la relación laboral con la empresa usuaria y el trabajador pasa a formar parte de la planilla de la institución".
- 7) Tampoco sería aplicable el precedente Huatuco cuando se dé el caso de un despido lesivo de derechos fundamentales: "Por ejemplo, cuando un trabajador portador del virus del VIH es despedido, en un acto de discriminación, no se debería invocar que no procede su

reposición porque no ha ingresado por concurso público. Esto, porque el trabajador no solo perdería su empleo, sino toda protección de seguridad social.

- 8) Que no sería tampoco de aplicación en casos de trabajadores que han ingresado antes de la puesta en vigencia de la Ley Marco del Empleo Público, pues para entonces no se tenía el criterio del ingreso al sector público mediante un proceso meritocrático por concurso público.

Asimismo la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República regula efectos del precedente huatuco y restituye derecho a reposición (Casación 12475-2014-Moquegua del 17/DIC/2015), dictada como doctrina jurisprudencial obligatoria para las instancias inferiores del Poder Judicial conforme al Art. 22º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la necesidad de interpretar el precedente constitucional vinculante N° 05057-2013-PA/TC, afirmando que si bien la prohibición de reposición laboral dictada por el TC es de obligatorio cumplimiento en todo el sector público, éste no resulta aplicable en los siguientes casos conforme al fundamento décimo cuarto de la citada sentencia¹¹⁹:

¹¹⁹ Disponible en <http://laley.pe/not/3102/corte-suprema-restituye-el-derecho-a-la-reposicion-/>

1. Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos previstos en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales.
2. Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios).
3. Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
4. Cuando el trabajador perjudicado haya mantenido el régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
5. Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado, señalados en la primera disposición complementaria final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.
6. Cuando el trabajador demandante sea un funcionario, político, funcionario de dirección o de confianza. A que se refiere el Art. 40° de la Constitución¹²⁰.

¹²⁰ Casación 12475-2014-Moquegua del 17/DIC/2015. p. 8

Es decir en los casos de los trabajadores estatales excluidos del ámbito de la Ley del Servicio Civil, señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057), NO se aplica el Precedente Huatuco y también conservan el derecho a la reposición los siguientes grupos de trabajadores estatales¹²¹:

- i. Empresas del Estado: Banco de la Nación, Petroperú, Sedapal, etc
- ii. Banco Central de Reserva
- iii. SUNAT, Congreso de la República.
- iv) Superintendencia de Banca y Seguros – SBS
- v) Contraloría General de la República
- vi) Obreros regionales y obreros municipales
- vii) Miembros del Servicio Diplomático – Ley 28091
- viii) Profesionales de la Salud (Ley 23536): Médicos, odontólogos, químicos farmacéuticos, tecnólogos médicos, enfermeros, obstetras, sicólogos, biólogos, nutricionistas, ingeniero sanitario y asistentes sociales.
- ix) Miembros de las FFAA y PNP
- x) Docentes universitarios – Ley 23733
- xi) Docentes del magisterio – Ley 29944
- xii) Carrera especial pública penitenciaria (INPE) – Ley 29709
- xiii) Jueces y Fiscales

¹²¹ Disponible en <http://laley.pe/not/3102/corte-suprema-restituye-el-derecho-a-la-reposicion-/>

Tal cual apreciamos, estos servidores públicos (de distintos regímenes laborales) se encuentran exentos del criterio establecido en el precedente Huatuco, ya que los servidores antes mencionados podrán solicitar su reposición sin tener que acreditar la vacante presupuestada y a plazo indefinido, así como haber ganado un concurso público

Esta ejecutoria suprema se complementa con una anterior sentencia dictada por la misma sala suprema (Casación 11169-2014-Lima del 29/10/15), en cuyo considerando décimo sexto estableció que el precedente Huatuco tampoco resultaba aplicable a los casos de trabajadores con vínculo laboral vigente que demandaban la Desnaturalización de sus respectivos contratos, precisando que al no existir terminación o ruptura del vínculo laboral, en puridad no se pretendía una reposición al puesto de trabajo, incumpléndose con el supuesto de hecho introducido por la STC 05057-2013-PA/TC.

Por lo que vemos, la diferencia radica en que si al momento de interponer la demanda el trabajador se encuentra con un vínculo laboral vigente, ya que *prima facie* se admitiría la pretensión de desnaturalización de contrato de trabajo.

La Corte Suprema de la República coincide con la reiterada doctrina que señalaba que no se podía prohibir la reposición

en casos tan sensibles como los despidos nulos o discriminatorios, y tampoco restringirla en grupos de trabajadores especialísimos como los obreros municipales o trabajadores DLeg. 276, así como aquellos que han sido excluidos del ámbito del nuevo régimen del Servicio Civil - SERVIR¹²², por citar solo unos ejemplos, en cuyos casos era evidente que no podía exigirse los requisitos del ingreso concursado y la existencia de plaza presupuestada para mantenerse y/o reponerse en la administración pública, pues ello hubiera alentado ejercicios abusivos de parte del empleador estatal. Aún más, la máxima instancia del Poder Judicial ha ido más allá, y ha excluido también de los alcances del Precedente Huatuco a los trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios - CAS - y que ahora mantienen, junto a los otros grupos de trabajadores mencionados, intacto su derecho a la reposición y bien podrían reclamarlo judicialmente a sus entidades estatales cuando sean víctimas de un despido arbitrario.

Deja mucho que decir la actitud del Tribunal Constitucional que no haya modificado su propio precedente vinculante, y haya tenido que esperar a que sea el Poder Judicial quien le

¹²² Al respecto ver: CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *“La Reposición en el Estado a partir del precedente Huatuco. Problemas y consecuencias”*. Publicado en Soluciones Laborales (Nº 91, Julio-2015) PP. 138-146, Gaceta Jurídica.

enmiende y neutralice los efectos de su sentencia en casi todos los casos.

El Tribunal Constitucional dictó nuevas pautas interpretativas para la aplicación más flexible del precedente Huatuco, mediante la STC N° 06681-2013-PA/TC de fecha 23 de Junio del 2016 y considera oportuno pronunciarse sobre la posible aplicación a casos como el presente lo dispuesto en el precedente constitucional Exp. N.º 05057-2013-PA/TC (caso Rosalía Huatuco), también conocido como «precedente Huatuco». Esto es así, debido a que estamos ante un supuesto en el que un ex trabajador estatal solicita su reposición porque, según alega, se produjo la desnaturalización del contrato civil bajo el cual venía prestando servicios para la municipalidad demandada.

Al respecto, aclara que en la STC Exp. N.º 05057-2013-PA este Tribunal hizo referencia tanto a la función pública como a la **carrera administrativa** y estima necesario distinguir el uno del otro, que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que solo a esta último grupo de personas, los que vienen efectuando carrera administrativa, es que corresponde aplicar las reglas del «precedente Huatuco», referidas al pedido de reposición.

El «precedente Huatuco» solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado) - Fundamento 11 de la STC N.º 06681-2013-PA/TC.

Y al generarse algunas confusiones al interpretar los alcances de dicho precedente, el Tribunal se ha visto en la obligación de explicar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco, permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida¹²³:

¹²³ Fundamento 13 de la STC N.º 06681-2013-PA/TC, p. 5

(a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.

(b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

Y en atención a estos criterios de procedibilidad tenemos que en el Exp. 06681-2013 se reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa. En consecuencia, no le es aplicable el «precedente Huatuco», y el Tribunal se avocaría al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario y, por tanto, ordenó la reposición del trabajador

municipal a plazo indeterminado en su mismo puesto de labores o en otro de igual o similar nivel.

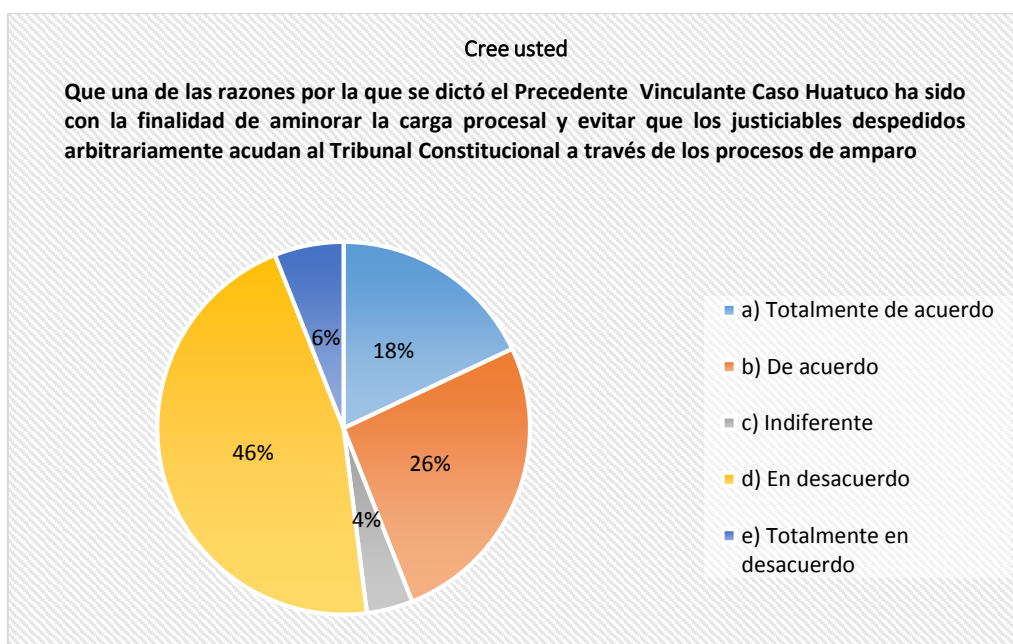
Según estos lineamientos, no procede tal reposición cuando esta se haya pedido en una plaza que forme parte de la carrera administrativa a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos, que se encuentre vacante y presupuestada. Al margen de que también debe haber desnaturalización de un contrato temporal o de naturaleza civil, mediante el cual supuestamente se haya encubierto una relación laboral permanente.

A criterio del juez supremo, Omar Toledo Toribio, este fallo constituye una aclaración y rectificación del TC, que recoge lo establecido por la Cuarta Sala Laboral de Lima y la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. “Entonces eso viene a ser en cierta forma una reivindicación de los pronunciamientos de la justicia ordinaria que con sus planteamientos y su análisis conceptual, doctrinario, con base en los principios del Derecho del Trabajo, ha permitido que el TC se rectifique sanamente en este caso”, explicó el magistrado integrante además de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema¹²⁴.

¹²⁴ <http://www.elperuano.pe/noticia-pautas-sobre-precedente-huatuco-44101.aspx>, visitado el día 22 de abril del 2017

Según la encuesta aplicada se ha obtenido como resultado de las respuestas de la última pregunta del cuestionario el siguiente gráfico:

GRAFICO Nº 15



Extraído: Mediante encuesta aplicada en Junio del 2017

Descripción:

En este cuadro tenemos que un 18% de los encuestados está totalmente de acuerdo, el 26% se encuentra de acuerdo y consideran que una de las razones por la que se dictó el Precedente Vinculante Caso Huatuco ha sido con la finalidad de aminorar la carga procesal y evitar que los justiciables despedidos arbitrariamente acudan al Tribunal Constitucional a través de los procesos de amparo, sin embargo un promedio mayor no lo considera así siendo el

6% que se encuentra totalmente en desacuerdo y el 46% en desacuerdo, mientras que el 4% es indiferente ante esta pregunta.

Consciente de ello me recuerda una frase que dice: Que después de una tempestad vuelve la calma y eso pareciera estar sucediendo con el criterio que está optando últimamente el TC, si bien es cierto está tratando de aclarar aunque disimuladamente el tan mencionado y cuestionado precedente Huatuco, sin embargo aún no ha quedado neutralizado los efectos de su sentencia, en aras de proteger los derechos de los trabajadores del Sector Público y hacer valer nuestra constitución en cuanto al derecho al trabajo.

4.3 PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

La propuesta planteada es: Que el precedente vinculante conocido como “Caso Huatuco”, afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el Sector Público respecto de los servidores comprendidos en el decreto legislativo N° 728, vulnerándose el derecho constitucional al trabajo, en el cual sostiene lo siguiente: 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 de contratación de personal bajo el régimen privado, 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, tan sólo podrá solicitar la indemnización que corresponda en caso de despido arbitrario.

Como es posible que el Tribunal Constitucional limite al trabajador de poder acudir a la vía jurisdiccional constitucional a pesar de haber sido violentado sus derechos reconocidos constitucionalmente y en vez de cumplir con su función de protegerlos, más bien genere un precedente vinculante de carácter obligatorio que impide acudir a la vía constitucional por no cumplir con las condiciones impuestas por éste y le limite acudir a otra vía en la cual no satisfacerá la protección de sus derechos constitucionales y tan sólo se le otorgará lo que el legislador propuso; mientras otros trabajadores de instituciones privadas e incluso los trabajadores de entidades públicas (de distintos regímenes laborales) se encuentran exentos del criterio establecido en el precedente Huatuco, ya que podrán solicitar su reposición sin tener que acreditar la vacante presupuestada y a plazo indefinido, así como haber ganado un concurso público y puedan recurrir a la vía constitucional siempre y cuando sea evidente la violación de sus derechos constitucionales, es decir excluyen a un grupo de trabajadores públicos de la aplicación del «precedente Huatuco» solo cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública.

Mediante la emisión de este Precedente le facilita el camino al Estado de flexibilizar los despidos y convalidar la forma abusiva, lesiva e irresponsable como el Estado precariza el empleo con la contratación pública laboral pues son ellos que realizan la contratación no es el trabajador que obliga a la empleadora a contratar con ella, perjudicando a sus trabajadores o funcionarios públicos cuando éstos sean despedidos arbitrariamente sin que el motivo del despido sea fundado por alguna causa o capacidad del trabajador y a las entidades privadas se les exija el cumplimiento de la ley. De lo expuesto a toda luz es evidente la violación del derecho constitucional al trabajo y al de igualdad ante la ley.

CONCLUSIONES

- El despido de un trabajador o trabajadores es válido siempre y cuando sea por alguna de las razones señaladas por la Ley, es decir por la existencia de una causa lícita, probada y debe realizarse cumpliendo con el procedimiento formal, con lo cual da validez al despido. Por lo tanto, cualquier despido que se realice al margen de estas condiciones se considera ilícito o arbitrario.
- Los trabajadores y empleadores, por un acuerdo de voluntad se vinculan laboralmente mediante la celebración de tipos de contrato de trabajo, sean estos temporales, contratos civiles o una contratación de carácter permanente, mediante el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios y la otra al pago de la remuneración.
- La reposición del trabajador es el remedio más efectivo contra el despido arbitrario, porque no solo garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo, sino que también avala el ejercicio real de otros derechos reconocidos también por nuestra Constitución.
- Cuando se contrata al personal a través de contratos temporales (que no cumplen con las formalidades y condiciones señaladas por ley) para realizar labores de carácter permanente, es decir fragmentándose en varios contratos una labor que podría gozar de una unidad contractual, estamos ante la evidente desnaturalización

de la contratación, al encubrir una contratación de plazo indeterminado.

- Con la emisión este precedente cambia radicalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha variado su criterio en torno al “despido arbitrario”, al considerar que cuando ha existido vicio en el pase de un trabajador del Estado de la modalidad temporal a la de plazo indefinido, o desnaturalización del servicio sujeto a plazo, no procede reposición en el empleo, sino únicamente indemnización.
- Dado cuenta con la línea de jurisprudencia constitucional que posibilitaron la reposición de los trabajadores de entidades privadas y públicas sujetos al Régimen laboral privado, se determina que el precedente Huatuco vulnera la Constitución y Protocolo de San Salvador, los cuales establecen dentro de su contenido esencial:
a) Que el trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, ya sea que pertenezca al régimen laboral público o privado, b) Que, en caso de despido ad nutum (sin causa), nulo o fraudulento, el trabajador puede elegir entre la reposición o la indemnización, c) Que al haberse establecido este criterio interpretativo en favor de los trabajadores, no debe ser disminuido (principio de no regresividad y no cumple con su función al haber declarado como Precedente Vinculante el Proceso Huatuco, un caso que tenía sus propias particularidades y no debía ser pretexto para generalizar su aplicación).

- Al denegársele al servidor público el recurso efectivo contra la lesión de su derecho al trabajo, privándosele del efecto restitutivo, se concluye que el precedente Huatuco impone una condición discriminatoriamente disminuida a estos trabajadores respecto de sus pares en el sector privado, que si pueden acceder a la reparación restitutiva que la ley prevé para quienes prueban, en base al principio de primacía de la realidad, que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

RECOMENDACIONES

No es función del Tribunal Constitucional acompañar al gobernante (legislador) en el emprendimiento de reformas del Estado e ignorando las técnicas jurídicas al emitir decisiones que puedan convulsionar socialmente el país, que ante la cautela sensata del legislador que emprende la reforma a través de la Ley N° 30057 de aplicación progresiva, se convierte en un apresurado Tribunal Constitucional que crea un precedente constitucional sobre el mismo asunto para hacerla regir inmediatamente, incluso a los procesos judiciales en curso, sin considerar las consecuencias.

El precedente Huatuco no ha respetado las reglas de la praxis judicial para establecer nuevos criterios, el cual no ha estado acompañado de la agudeza suficiente para sostener el cambio del criterio jurisprudencial desde lo jurídicamente relevante “el derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario” siendo traumático lastimando el sentido de justicia. Al contrario lo ha aplicado inclusive en forma retrospectiva ocasionando inseguridad jurídica en todos los justiciables y desconociendo sus fallos.

En base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes

judiciales que estimen contrarios a la Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial. Es decir el Poder Judicial debe de hacer respetar la exclusividad de su función, así como su independencia e imparcialidad, no permitiendo que el Tribunal Constitucional se inmiscuya en la impartición de justicia como lo ha venido haciendo con los fallos que vienen emitiendo en favor del trabajador. Su independencia se justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Con base a este principio, los jueces y magistrados pueden y deben apartarse argumentadamente del precedente Huatuco ya que éste contraviene varios principios y derechos amparados por la Constitución: el de igualdad ante la ley y a recibir igual trato de ésta; el derecho al trabajo y a no ser separado de éste si no por una causa justa; el de que el trabajo merece una protección adecuada frente al despido arbitrario; el del carácter reparatorio y no solo resarcitorio de la justicia constitucional; el derecho al juez natural y no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, entre otros. Y deben hacerlo, especialmente, porque así lo manda el artículo 1° de la Constitución cuando indica que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) AGUINAGA SAAVEDRA, Jesús Enrique. Tesis “La normativa del despido arbitrario y su ineficacia para proteger los derechos del trabajador”, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2013.
- 2) ALONSO GARCÍA, Manuel. Curso del Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. 7 Edición. Madrid 1981
- 3) ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Vigésima Edición, revisada. Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. Editorial Civitas. Madrid 2002.
- 4) ALVITES, Elena. Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático. En Susana Mosquera Monelos (Coordinadora), El Derecho Fundamental de Igualdad. II Jornadas de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2006.
- 5) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, La contratación temporal en el Perú, Lima, Grjley, 2008. p. 223.
- 6) ARCE ORTIZ, Elmer. Estabilidad Laboral y Contratos Especiales. Departamento académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, agosto 2006.
- 7) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, Lima. 2 ed. ARA Editores, 2006.

- 8) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. En Revista Asesoría Laboral. Lima, mayo de 2003.
- 9) ARELLANO MORI, Luis Eduardo, Despido Arbitrario, Trujillo, Normas legales, 2004.
- 10) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.
- 11) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El Despido en el Derecho Laboral Peruano"; Aras Editores; 2da edición, Perú-2006.
- 12) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El Despido en la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo". En Derecho –PUC. N° 49.Diciembre, 1995.
- 13) BRONSTEIN, ARTURO S. La Protección contra el Despido Arbitrario en Derecho Comparado del Trabajo. En: Derecho del Trabajo: Normas y Realidad. Universidad Nacional Andrés Bello. Chile 1993.
- 14) CARRASCO MOSQUERA, Jesús. "La Reposición en el Estado a partir del precedente Huatuco. Problemas y consecuencias". Publicado en Soluciones Laborales (N° 91, Julio-2015), Gaceta Jurídica.

- 15) CARRILLO CALLE, Martín. La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Septiembre 2001.
- 16) CASCAJO CASTRO, José Luis. La tutela constitucional de los derechos sociales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- 17) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2003.
- 18) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? Revista Jurídica del Perú. Tomo 77, julio 2007.
- 19) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo. En: Asesoría Laboral, Número 167, 2004.
- 20) COAGUILA MITA, Eloy Albert. Tesis “El despido y la adecuada protección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2003-2013”, Escuela de Post Grado de la Universidad José Carlos Mariátegui, Moquegua, 2016.
- 21) ESTUDIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL. Academia de la Magistratura. SEGRAF – EDITORA PERU SAC, Primera edición, Lima, octubre 2004

- 22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derechos fundamentales de la persona. En La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2005.
- 23) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Libertad, Constitución y Derechos Humanos. Lima: Editorial San Marcos., 2003.
- 24) FERRAJOLI, LUIGI. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2001.
- 25) FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Temas de Derecho Laboral, Jaén, Nor oriente, 2006.
- 26) JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL LABORAL, Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Palestra Editores S.A.C., Lima-Perú, 2006.
- 27) MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. Tesis “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- 28) MONTEZA CHANAMÉ, Eddy Omar. Tesis “Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad (contrato de Obra determinada y Servicios Específicos)”, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.

- 29) NEVES MUJICA, Javier. La estabilidad laboral en la Constitución de 1993. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. CAJ. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11. Lima, 1995.
- 30) NEVES MUJICA. Javier. Libertad de Trabajo. Derecho al Trabajo vs Derecho de Estabilidad en el Trabajo. en Revista Derecho y sociedad N° 17, Lima. diciembre de 2001
- 31) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral. En: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima Octubre de 2006.
- 32) I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL. SALAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE Y TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Poder Judicial. Fondo Editorial. Primera edición, agosto 2013
- 33) RODRIGUEZ GARCÍA Fernando y QUISPE CHAVEZ Gustavo. La extinción del contrato de trabajo-causales, requisitos y consecuencias. Gaceta Jurídica, primera edición, Lima-2009.
- 34) RODRIGUEZ GARCÍA Fernando y QUISPE CHAVEZ Gustavo. La extinción del contrato de trabajo-causales, requisitos y consecuencias. Gaceta Jurídica, primera edición, Lima-2009.

- 35) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 36) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional. En: Las Instituciones del Derecho Laboral. Gaceta Jurídica.
- 37) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. Guía Laboral 2013, Sexta Edición, Gaceta Jurídica, Lima –Perú, 2013.
- 38) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso Telefónica. En: Asesoría Laboral, 2003.
- 39) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional. En: Actualidad Laboral, diciembre, 2003.

ANEXOS

CUESTIONARIO

DIRIGIDO A JUECES, SECRETARIOS, ASISTENTES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar como el “Precedente Vinculante “Caso Huatuco”, sentencia que afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el sector público respecto de los servidores comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728, vulnerándose el derecho constitucional al trabajo”. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. Generalidades: Informantes

- 1.1. Ocupación: Magistrado () Secretario Judicial () Asistente Judicial () Abogado ()
- 1.2. Edad:
.....
- 1.3. Sexo: Masculino() Femenino ()
- 1.4. Universidad de Procedencia:
.....
- 1.5. Especialidad:
.....
- 1.6. Años de experiencia en la labor desempeñada:
.....

II. Preguntas:

- 2.1. Cree usted que en el Caso Huatuco que se estableció como Precedente Vinculante flexibiliza los despidos y convalida la forma como el Estado precariza el empleo.
 - a) Totalmente de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) Indiferente
 - d) En desacuerdo
 - e) Totalmente en desacuerdo
- 2.2. Considera usted que el Precedente Vinculante “Caso Huatuco” vulnera el derecho constitucional al trabajo y la protección adecuada contra el despido arbitrario para con los servidores públicos que no ingresaron por concurso público y están sujetos a la contratación del régimen laboral privado.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.3. Considera usted que debe primar la tendencia constitucional hacia la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.4. Considera usted que lo que establecía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada anteriormente a la emisión del Precedente Huatuco regulaba en favor de una protección adecuada al trabajador, que ha sido sujeto a un despido arbitrario, porque permitía que las personas contratadas bajo modalidades o contratos civiles acudan a la vía jurisdiccional y solicitar la reposición a su puesto de trabajo en caso existiera fraude a la ley en su contratación y fueran despedidos arbitrariamente.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.5. Considera usted que la protección adecuada contra el despido arbitrario impuesto en la Constitución Política del Perú, no sólo se refiere en solicitar la indemnización sino también el poder solicitar la reposición del trabajador a su puesto de labores, conforme a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional anterior al Precedente Huatuco.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.6. Está de acuerdo con lo dispuesto en el Precedente Vinculante Caso Huatuco de reconducir los procesos de amparo tramitados a la Vía

ordinaria laboral los cuales tienen como pretensión la reposición solicitada por trabajadores que laboraron en el Sector Público que no ingresaron por concurso público a una plaza presupuestada y no vacante de duración indeterminada y solo puedan solicitarse la indemnización.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.7. Considera usted de lo anteriormente expuesto que la responsabilidad y sanción debe recaer sobre los trabajadores del Sector Público sino más bien sobre el Estado que utiliza modalidades de contratación para encubrir plazas de carácter indeterminado.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.8. Cree usted que es decisión del ex trabajador del Sector Público que fue despedido arbitrariamente optar por recurrir a la vía judicial y solicitar indemnización o la reposición.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.9. Considera usted que el Precedente vinculante Huatuco se ha establecido bajo la concepción legalista y valora en sobremanera la Ley N° 28175, marco del empleo público, que en su artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza solamente mediante concurso público y abierto.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.10. Cree usted que a través del Precedente Huatuco lo que se pretende es restringir el ingreso al sector público por reposición judicial a quienes no han cumplido con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley N° 28175, que refiere que el ingreso a la administración pública se realiza exclusivamente previo concurso público de méritos.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.11. Es correcto para usted decir que la labor del Tribunal Constitucional es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la Ley.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.12. Cree usted que con la aplicación del Precedente Vinculante se vulnera el principio de la primacía de la realidad al no tenerse en cuenta el tiempo que viene laborando el trabajador en el Sector Público, pese a que se haya acreditado que realiza una labor de carácter permanente.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.13. Cree usted que existe desigualdad al ordenarse solo reposición judicial de trabajadores en el sector privado en caso de haber sido despedido arbitrariamente y no sea igual para los trabajadores del sector público que están sujetos al régimen laboral privado y que no cumplen con los requisitos impuestos en el Precedente Vinculante Caso Huatuco.

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Indiferente
- d) En desacuerdo

e) Totalmente en desacuerdo

2.14. Está de acuerdo que el Precedente Vinculante Caso Huatuco no combate el fraude a la ley que se esconde bajo las modalidades de contratación, sino le facilita al Estado el abuso de derecho con el despido arbitrario de los empleados públicos.

a) Totalmente de acuerdo

b) De acuerdo

c) Indiferente

d) En desacuerdo

e) Totalmente en desacuerdo

2.15. Cree usted que una de las razones por la que se dictó el Precedente Vinculante Caso Huatuco ha sido con la finalidad de aminorar la carga procesal y evitar que los justiciables despedidos arbitrariamente acudan al Tribunal Constitucional a través de los procesos de amparo.

a) Totalmente de acuerdo

b) De acuerdo

c) Indiferente

d) En desacuerdo

e) Totalmente en desacuerdo

Agradezco su amable colaboración.