



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA
NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATOS
DESNATURALIZADOS EN LA LEGISLACIÓN
LABORAL**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Autor:

Carrión Solano Gladys Fernanda

Asesor:

Mendiburu Rojas Augusto Franklin

Línea de Investigación:

Ciencias jurídicas

Pimentel – Perú

2019

**PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA
NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATOS
DESNATURALIZADOS EN LA LEGISLACIÓN
LABORAL**

Aprobación del Jurado:

DR. JORGE LUIS IDROGO PÉREZ
Presidente

MG. JOSE LUIS SAMILLAN CARRASCO
Secretario

DRA. MARIELLA VERENISSE CUSTODIO CHOLAN
Vocal

Resumen:

El presente trabajo denominado *PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATOS DESNATURALIZADOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL*, tiene como finalidad poder determinar si actualmente nuestra legislación regula de forma idónea la materia, facilitando su aplicación, es por ello que se ha creído conveniente proponer ciertos lineamientos que podrán ser implementados en la norma, para ser específicos en la Ley Procesal de Trabajo.

Cabe señalar que para realización del presente fue necesario hacer un estudio mediante una entrevista para poder determinar y comprobar cuál es la realidad del problema planteado, teniendo como resultados que existe una ausencia normativa y que se requiere prontamente un tratamiento legislativo para subsanar aquellas omisiones que presenta la misma.

Palabra claves: nivelación, desnaturalizados, contratos, legislación

Abstract

The present work called PROPONER CRITERIA TO DETERMINE THE SALARIAL LEVELING IN THE DENATURALIZED CONTRACTS IN THE LABOR LEGISLATION, has like purpose to be able to determine if at present our legislation regulates of suitable form the matter, facilitating its application, reason for which it has been considered advisable to propose certain guidelines that may be implemented in the standard, to be specific in the Labor Procedure Law.

It should be noted that for the realization of this was necessary to conduct a study through an interview to determine and verify what is the reality of the problem, having as a result that there is a regulatory absence and that promptly requires legislative treatment to correct those omissions presented the same.

Keyword : leveling, denaturalized, contracts, labor, legislation

INDICE

1.1. Realidad Problemática.....	6
1.2. Antecedentes de estudio:	9
a. A Nivel Mundial:.....	9
b. A Nivel Nacional:	11
c. A Nivel Regional:.....	14
1.3. Teóricas relacionadas al tema:	14
1.3.1. EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJO:	14
1.3.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA:.....	17
1.3.1.2. PRINCIPIOS DE DERECHO LABORAL:.....	17
1.3.1.3 EL CONTRATO DE TRABAJO CONCEPTO.....	20
1.3.2. Desnaturalización de Contratos:	20
1.3.2.1 Características:	21
1.3.3. Nivelación Salarial:	23
1.3.3.2 El Salario:.....	23
1.3.3.3 El Salario como derecho Laboral:	25
1.4. Formulación del Problema.:	28
1.5. Justificación e importancia del estudio:	28
1.7. Objetivos	29
1.7.1. Objetivo General	29
1.7.2. Objetivos Específicos.....	29
II. MATERIAL Y MÉTODO	29
2.1. Tipo de estudio y diseño de la investigación:	29
2.2. Población y muestra:	29
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:	32
2.5. Procedimiento de análisis de datos:.....	32
2.6. Criterios éticos:	32
2.7. Criterios de Rigor científico:	32
III. RESULTADOS	33
III.1 Resultado en tablas y figuras	33
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:	55
RECOMENDACIONES:	55

I. INTRODUCCIÓN:

1.1. Realidad Problemática.

El D.S N° 003-97-TR, TUO del D.Leg. N° 728, reconoce que los derechos y beneficios deben ser iguales entre trabajadores de la misma empresa, lo cual en la actualidad, se viene vulnerado, ya que los empleadores crean puestos de trabajos o faltan a lo establecido en los contratos Laborales celebrados entre él y los trabajadores lo mismo que da origen a que estos trabajadores inicien sus procesos de Desnaturalización de contratos acorde a lo estipulado en el artículo 77 de la misma normativa; llegándose en mucho de los casos demandados a tener como resultado Fundada su demanda y en consecuencia se tiene desnaturalizado el contrato y el contrato del trabajador accionante se convierte en plazo indeterminado; sin embargo vemos que en muchos de éstos casos los trabajadores se encontraban ejerciendo labores diferentes a las que establecía su contrato y por lo tanto percibía una remuneración mensual menor a otros trabajadores que se encontraban ejerciendo las mismas funciones que él; sin embargo no se han establecido los parámetros o criterios pertinentes para que el juzgador pueda determinar una igualdad remunerativa para todos los trabajadores que se hallen en el contexto anteriormente señalado.

Asimismo, es necesario precisar que no es un problema que únicamente se desarrolle en el interior de nuestro país, sino que también lugares como **Argentina, México, Colombia** y entre otros país vienen careciendo de normativa idónea para regular éstos casos, ya que como al verse anteriormente, el derecho Laboral no era una rama del derecho que haya sido estudiada en toda su expresión tal como lo ha venido haciendo el derecho Civil o Penal; sin embargo tal y como se ha visto en su desarrollo en los últimos años, no es una rama menos indispensable que las demás, llegando incluso a manifestarse **la Corte Constitucional** en el año 2016 al referirse que: *“La vulneración de los D° a la igualdad conjuntamente con el principio ha trabajado igual, salario igual originan la existencia de una diferencia salarial injustificada entre la actora y un grupo de personas que ocupan un igual cargo, desarrollando las mismas funciones y cumpliendo un mismo horario.”* por lo que vemos como instancias internacionales han hecho referencia a lo importante que resulta se reconozcan los derechos de los trabajadores por igual, incluyendo los conceptos remunerativos.

Aunado a lo anteriormente establecido, resulta necesario precisar que **el colegiado Federal de México** en el año 2011, ha manifestado que para enfrentar el problema Remunerativo en su jurisdicción es necesario primero poder investigar sobre las actividades que realizaría cada trabajador y las condiciones en las que las realiza, no siendo suficiente únicamente que se compruebe que el trabajador ocuparía el mismo cargo que el de otro para recibir igual concepto remunerativo, sino que va más allá de eso, siendo cuestión de evaluar las circunstancias, tiempo y tipo de contrato que cada empleado tendría.

Razón por la cual el Perú si bien cierto ha desarrollado un sin número de teorías para poder subsumir lo que se refiere a los contratos desnaturalizados, no ha hecho nada hasta la fecha por intentar tipificar lo que vendría a ser la nivelación salarial, existiendo insuficiente evidencia de lo que esto último vendría a ser, por lo que resulta necesario poder determinar cuáles serían tales condiciones y supuestos que ameriten que un trabajador pueda recibir igual derecho remunerativo que otro.

Es así que sumado a lo anteriormente referido a nivel nacional tenemos que respecto al tema en **el Diario El Comercio** en una publicación realizada en el mes de Marzo del 2018, se mencionó sobre una iniciativa de implementar una ley que regule la nivelación salarial, razón por la cual Alache director de PWC, señaló que la finalidad de la norma es comprobar que las empresas presente una ausencia de documentos o de algún tipo claro de gestión que contengan elementos de discriminación remunerativa entre trabajadores por razón de sexo o por cualquier otro factor”; en **el diario la Ley**, el año 2015 se ha señalado que: “Para establecer el reintegro y la homologación de las retribuciones, no solo basta con realizar las iguales obligaciones o funciones que el trabajador a quien se desea homologar; sino que es necesario realizar un estudio dónde se deberá aplicar ciertos parámetros de comparación, a efectos de acreditar si ha existido o no alguna distinción remunerativa que vulnere el derecho de igualdad”; asimismo en el artículo de Opinión Jurídica denominado: **La igualdad Remunerativa y los Criterios para la diferenciación salarial Objetiva: Una Breve reflexión** publicado en Diciembre del 2014, señala que: *“A la vista de éste escenario este escenario consideramos que la denominada diferencia salarial basada en el género del trabajador dejó de ser la protagonista de los reclamos que podrían suscitarse ante los tribunales por alguna distinción al momento de percibir los conceptos remunerativos. Lo*

planteado desea perfilar que las empresas establezcan políticas remunerativas adecuadas, y que, si bien es posible la idea de una diferencia remunerativa por igual trabajo, esta tiene que encontrarse sujeto a criterios objetivos, plasmados en reglas previamente ya estipuladas con el fin de evitar cierta desconformidad del recurso humano, que es al final de toda divagación macroeconómica la generadora de la riqueza.”

No obstante, la discriminación se ha convertido en un problema que perjudica a una sociedad en diferentes aspectos. Hay estudios recientes que señalan que el país que presenta la mayor brecha salarial en el continente Latinoamericano, es el Perú, en razón a que las mujeres vienen percibiendo ingresos menores al sexo masculino, conforme se ha podido apreciar al realizar un análisis de los ingresos promedios que obtiene alguien del sexo femenino, pese a que existe una población económicamente activa mayor de mujeres a nivel nacional, así como también se ha podido advertir que las trabas discriminatorias dependen del tamaño que tenga la empresa; es decir que las pequeñas y medianas empresas al reclutar a sus trabajadores y en las grandes al ubicarlos en puestos de cierta relevancia o confianza.

La normativa peruana laboral, protege a los trabajadores de prácticas discriminatorias, así como también la Constitución en su artículo segundo establece que todos tienen derecho a la igualdad frente a la ley nacional y a no ser distinguido por sexo, idioma, religión o por cualesquiera otras características.

Asimismo, a nivel regional existen pronunciamientos judiciales que versan sobre la problemática tratada, es así que el Primer Juzgado Laboral de Trabajo de Chiclayo, en el proceso asignado con el N° 6912-2013, frente al tema de contratos desnaturalizados ha señalado que en mira de poder facilitar el acceso a la desnaturalización, se encuentran dos modalidades por lo que producen mayormente dicho fenómeno, la intermediación laboral y la Tercerización, las mismas que oportunamente han sido reguladas en el sistema normativo.

1.2. Antecedentes de estudio:

a. A Nivel Mundial:

Ramos, N. en su artículo jurídico denominado *Aplicación de la Nivelación salarial y del principio a trabajo igual, salario igual*, ha determinado como idea principal de su trabajo que:

“El trabajo es eminentemente consensual, por lo cual el empleado no puede vulnerar el derecho de su trabajador queriendo sobreponer su autoridad sobre él y en consecuencia no convenir como debe ser al trabajo realizado por el mismo.”

El trabajo a realizarse tiene que ser por voluntades de ambos intervinientes, es por ellos que uno de ellos no puede intentar sobreponer la autoridad sobre el otro, ya que con miras de evitar esos sucesos a la fecha ya se ha regulado la materia.

Sentencia de Tutela N° 369/16 emitido por la Corte Constitucional de Colombia, frente a la causa sobre Reconocimiento de Derechos Laborales, ha señalado que:

“La afectación de los derechos a la igualdad conjuntamente con el principio ha trabajado igual, salario igual, originan la existencia de una diferencia salarial injustificada entre la actora y un grupo de personas que ocupan un igual cargo, desarrollando las mismas funciones y cumpliendo un mismo horario.”

Cubillos, M. (2015), en su ensayo de grado denominado *Como la Nivelación Salarial en los cargos de primera y segunda Línea impacta en el clima laboral*. Colombia: Bogotá.

“Los estandares incorrectos de contraprestación podrían influenciar la productividad de la organización y menoscabar la calidad del entorno laboral. El esfuerzo de un trabajador puede reducirse si su compensación no satisface sus intereses y necesidades propias (status etc.)”

Illanes, J. (2015), en su tesis de grado denominada *Salarios del Sector Público y Privado: Mercado de Trabajo en Bolivia*, Concluye señalando que:

“La política salarial debe ir dirigida a cerrar enormes brechas de género, discriminación y de sector en el mercado de trabajo entre las entradas económicas más bajas y los más altos, tomando en cuenta que las políticas implementadas por el gobierno también afectarían al mercado de trabajo informal (Efecto Farol)”

Los ingresos percibidos en el ámbito público laboral, van a incidir con el privado no formalizado en un aspecto positivo para ellos, ya que le servirá de guía para establecer ciertos parámetros que permitan mantener una igualdad salarial según las características de cada agente

Gonzales, M. (2011). En su tesis de grado para magister, denominada *Los Salarios en Argentina en el largo plazo*, señala que:

“... La fuerza realizada en el trabajo debe ser considerada como un elemento determinante para establecer el nivel salarial en el largo.”

Chacartegui, C (1998), en su tesis denominada *Contrato de trabajo y Empresas de Contrato temporal*, indica que:

“En relación al lugar de trabajo, las funciones del trabajador y el resto de condiciones sustanciales que forman parte del contenido del contrato de trabajo, éstos constituyen elementos esenciales del mismo que configuran el objeto de la prestación laboral pactada por el trabajador y la E.T.T.”

En el Amparo directo en materia de trabajo 2645/45, emitido por Unanimidad de cuatro votos de la corte de la Republica de México, respecto al presente tema se ha referido que:

“Si se solicitan la nivelación de salarios para un trabajador que se dice desarrolla iguales actividades que otro, y no existe relación cierta de la cual pueda colegirse que las labores realizadas por el trabajador que requiere de la nivelación de salarios, iguallen o sean superiores en calidad y en ciencia a las que realiza el de mejor sueldo.”

Es necesario realizar un análisis exhaustivo respecto a los datos aportados por la parte, ya que no solo bastaría suponer que ambos trabajadores se encuentran realizando las mismas actividades laborales, si no que tendría que evaluarse si las actividades que hace uno ellos son en una proporción mayor y si exige algún tipo de desgaste superior al otro que exige un sueldo igualitario.

La Sala de Casación de Colombia, mediante el proceso asignado con el proceso N° 45830, ha señalado como principio primordial el siguiente:

“El principio «a trabajo igual salario igual» se publicó en primera instancia en la Constitución Mejicana de 1917 y se transcribió en el nivel internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). A su vez, el principio «salario igual por un trabajo de igual valor.”

Asimismo, dicha casación añade que el principio anteriormente mencionado, ha sido recogido al momento de constituirse la OIT, para ser precisos, en el año 1919, además en el año 1045, fue acogido por el país de Colombia, al momento de restringir el pago de remuneraciones diferentes por un trabajo semejante.

b. A Nivel Nacional:

Ruiz, L. (2016), en si tesis denominada *La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad*, ha señalado que:

“Si culminado el período de prueba establecido en norma, el empleador, dejara sin efecto de forma arbitrariamente el contrato, deberá cancelar al trabajador una indemnización, la misma que debe ser equivalente a una remuneración y media mensual por cada mes que dicho trabajador dejará de laborar hasta la fecha de vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones—, consideramos pertinente realizar un breve análisis económico desde la perspectiva del empleador y la perspectiva del trabajador a fin de demostrar la posibilidad de fraude a la ley.”

Cárdenas (2017), en su tesis denominada *La Desnaturalización de los contratos por la modalidad de Terceros en la Sede Central del Gobierno Regional de Huancavelica 2016*, ha señalado que:

“El prestar servicios posteriores a la fecha de culminación del contrato o de la actividad para la cual fue contratado, tiene como consecuencia la desnaturalización de dicho contrato conforme a lo reconocido por el principio de la primacía de la realidad.”

Rivera (2017), en su tesis denominada *La vulneración de los derechos laborales por parte Tribunal Constitucional en aplicación del precedente vinculante del expediente n° 5057-2013-AA/TC- Caso Huatuco*; ha señalado que:

“Por tanto, es trabajo del Estado fomentar el empleo a través de sus políticas públicas, sin estandarizar los derechos fundamentales y constitucionales ni dejar de lado la dignidad de los trabajadores, tal como se ha consignado en el artículo 23° de la Constitución. Para que esto sea posible, es necesario que se precisen los principios que regulan las relaciones laborales, ya que las relaciones laborales son asimétricas, donde el trabajador se encuentra en desventaja.”

Exp. N° 4286-2012-AA/TC frente a la Acción de Amparo interpuesta en el año 2012, ha referido que:

“El aparentar tener una relación laboral de carácter temporal cuando era de naturaleza permanente, contraviniendo un elemento fundamental de la contratación temporal, se configurarían la causal de desnaturalización en el Decreto Supremo N.° 003-97-TR, por lo que dicho contrato se ha transformado en un contrato de duración indeterminada.”

En base a ello, los contratos de efectos laborales pactados entre las partes con posterioridad carecen de eficacia jurídica, debido a que a través de ellos se pretendió esconder una relación laboral de plazo indeterminado.

Exp. N° 4598-2008-AA/TC frente a la Acción de Amparo interpuesta en el año 2018, ha referido que:

“Respecto al contrato de trabajo para servicio específico, debe precisarse que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, se deberá especificar cuáles son los servicios a prestar por parte del trabajador y bajo qué condiciones se deberán realizar; por consiguiente, si esto no fuera así, se habría desnaturalizado el referido contrato de trabajo”.

Exp. N° 1874-2002-AA/TC frente a la Acción de Amparo interpuesta en el año 2002, ha referido que:

“(..) por otro lado, en los contratos no se ha cumplido con consignar las causas determinantes de la contratación, todo lo cual otorga convicción a este Colegiado de que la institución simuló necesidades temporales para suscribir contratos de trabajo sujetos a modalidad, con el fin de evadir las normas laborales que obligaban a una contratación por tiempo indeterminado”.

Corrochano, L (2013) en su artículo científico publicado en la revista de la PUCP, denominado Las normas internacionales y la Constitución. Reflexión a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993:

“El derecho peruano adhiere a la concepción monista, según la cual derecho interno y derecho internacional son parte de un mismo y único ordenamiento jurídico. Esta postura es la que recoge la Constitución Política del Perú de 1993 (CP93) en el Título II Del Estado y la Nación, Capítulo II De los tratados, que dispone en su artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional»”

Casación. Laboral N° 20121-2016, Lima, de fecha 24 de marzo del 2017, publicada en el Diario Oficial El Peruano, la misma en que el colegiado encargo ha señalado que:

“... la trayectoria laboral del demandante y de sus homólogos propuestos, se advierte que existe una diferenciación objetiva respecto de su progresión en la carrera dentro de la empresa emplazada; por lo que la diferencia laboral existente entre el actor y los homólogos propuestos se basan en la trayectoria laboral pues como se advierte los homólogos tienen mayor experiencia laboral, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede

considerarse discriminatoria, por estar basada en factores objetivos diferentes.”

c. A Nivel Regional:

López (2017) en su tesis denominada *La discrecionalidad del empleador en la determinación de remuneraciones en la empresa privada de Chiclayo* ha señalado lo siguiente:

“El hecho de que existan discrepancias remunerativas no argumentadas y socializadas dentro de un entorno laboral origina cierto pesar entre los trabajadores, menoscabando el buen ambiente laboral, generando de este modo que se aumenten las incidencias de procesos laborales en materia de homologación de remuneraciones e incluso por actos de hostilización”

El Séptimo Juzgado Laboral de Trabajo de Chiclayo, en el proceso asignado con el N^a 3379-2014, frente al tema de contratos desnaturalizados ha señalado lo siguiente:

“La desnaturalización de la tercerización sea oportuno precisar que el artículo 5° de la glosada Ley señala que “Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal.”

1.3. Teóricas relacionadas al tema:

1.3.1. EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJO:

Para iniciar, cabe señalar que el Derecho Laboral se constituye en la normativización de las actividades que realiza la persona en beneficio de terceros, por lo que para entender cómo es que funciona es necesario mencionar el origen y evolución de éste.

El trabajo comienza con dentro del núcleo familiar al atender las necesidades originadas por los integrantes de la misma, así como también contribuir con las de la comunidad, a fin de poder lograr un bien común repartiendo las tareas o desempeños dentro de una población; las labores se efectuaban sin contraprestación alguna ; sin embargo, con el tiempo el trabajo se convirtió en la herramienta para saciar las

necesidades y a cambio obtener una contraprestación que permita mantener una vida digna.

El derecho laboral individual de trabajo como figura legal surgió recientemente en la historia, ya que anteriormente no existía dicho derecho como tal, sino que solo se daban parámetros dispersos sobre el trabajo; uno de las referencias más antiguas las encontramos en la Biblia, donde en su primer libro “Génesis” considera al trabajo como castigo, ya que como se sabe en un inicio el hombre gozaba de todos los privilegios encontrados en el paraíso, hasta que por su desobediencia, Dios los expulsa del paraíso teniendo desde fecha el hombre que esforzarse para poder sobrevivir. Es así que con ellos el trabajo se comenzó a difundir dentro del resto de grupos humanos,

Dentro del cambio social entre las comunidades, surgió en un determinado momento lo que es el trueque como forma de trabajo, siendo éste el intercambio de un bien por otro, teniendo como resultado la satisfacción de las necesidades básicas originadas por una sociedad.

El derecho romano no regulaba temas concernientes al trabajo, debido a que únicamente se dedicaba a legislar normas del derecho civil, aunado a ello consideraban que no resultaba necesario poner atención en dichos temas, ya que creían que el trabajo tenía que ser realizado únicamente por los esclavos y/o animales; sin embargo, después de un tiempo es que el trabajo a cambio de una contraprestación se vuelve una actividad normal entre las personas, debido a que para entonces ya se había erradicado la esclavitud; en la edad media se admitió como forma de expresión de poder, gracias al feudalismo, considerando la agrupación de los dominios de los señores feudales, y el poder de la Iglesia Católica.

Posteriormente, el cristianismo transformó la idea que se tenía sobre el concepto de trabajo, ya que se dejó de percibirlo como una forma de castigo que era exigido por el rey o el señor feudal, o como una obligación social por la condición económica que cada persona mantenía, es decir a aquellas que se encontraban viviendo en niveles inferiores, dejando de ser percibido desde entonces como una actividad desacreditada y pasó a verse con ojos de nobleza y legítima de ganarse el soporte a través de un trabajo que no atentaba contra las buenas costumbres de la sociedad. También se produjo un cambio en pensamiento del hombre, dándole un valor de menoscabo a la tierra por el

uso abusivo del comercio, con el único fin de poder cubrir las demandas a cambio de una contraprestación dineraria.

Asimismo, en Francia, también surgió un cambio radical de pensamiento al crear la primera ley con miras al derecho laboral colectivo, ya que en 1791 se creó la “Ley Chatelier”, la misma que prohibía las reuniones y asociaciones de los trabajadores, ya que se creía que estas se originaban con la intención de abolir el poder político de aquel entonces.

Así se vino desarrollando los temas Laborales hasta que, a inicios de la edad moderna, con el apareamiento del capitalismo, surge el personaje del obrero remunerado como un instrumento para la producción, transformación y explotación de productos y servicios; llegando incluso a dejar los campesinos sus tierras para irse a la ciudad y conseguir oportunidades laborales, donde no solo prestaban servicios, sino que también aprendían nuevas maneras de producir a cambio de un pago.

No obstante, pese a las diferentes ideas y concepciones acerca del trabajo, surgió otra forma de opresión laboral, debido a que los salarios que percibían los trabajadores eran otorgados según la oferta y demanda del mercado en el que se desempeñaban, no existiendo protección jurídica para los mismos, en el caso de las mujeres y niños que realizaban alguna actividad que exigía un esfuerzo igual al que de los hombres, percibían la mitad de pago que un trabajador común recibía, hasta que con la aparición de la industrialización se crearon diversos grupos sociales, siendo el obrero considerado como una simple herramienta de trabajo.

Posterior a ello y después de todos los trágicos sucesos ocurridos a lo largo de la historia, es en el año 1796 que se promulgó la primera normativa que tuvo como finalidad salvaguardar a los obreros de los letales efectos que había originado la revolución industrial decretando prácticas sanitarias, limitó la jornada laboral por día a únicamente 12 horas diarias, tiempo que incluía el horario del refrigerio y estableció un sistema de inspección laboral, no obstante, no fue aplicada; sin embargo posterior a ello y en mira a la protección del obrero se produjo un giro laboral a favor de éste, debido a que surgieron diferentes organizaciones que exigieron los derechos de los trabajadores, teniendo como respuesta a sus reclamos la aparición del Tratado de Paz de Versalles, la OIT (Organización Internacional del Trabajo, fundada en el año 1919, después de la

primera guerra mundial, con el objetivo de proteger los derechos de todos los trabajadores.

Es así que, en el siglo XX en los países de Brasil, Bolivia, Chile, Perú y otros países sudamericanos, adoptaron leyes a favor de la mujer y los niños menores de edad en actividad laboral.

1.3.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA:

Etimológicamente, la palabra trabajo procede del latín “tripaliare” o “tripalium” por ser concebido como una arteria de tortura, ya que como se había mencionado párrafos arriba, el trabajo era entendido como un medio de tortura o castigo, debido al sufrimiento o agotamiento físico que éste implicaba, no obstante, tenemos autores que consideran que dicho término proviene del latín “trabs, trabis, traba”, por ser un utensilio de traba del hombre.

En términos legales trabajo es la acción física o intelectual que realiza una persona con la finalidad de poder producir, generar u obtener algún bien o riqueza, no obstante, para algunos juristas no solo interviene la fuerza, sino que también se involucra un proceso de la misma con un resultado productivo, asimismo, Kart Marx consideraba que el trabajo es el producto de la actividad humana, al transformar la materia que vive en la naturaleza. Pierre-Joseph Proudhon señalaba que el hombre se distinguía de los animales por la actividad laboral que éste realizaba, debido que al hacerlo empleaba no solo su esfuerzo físico y mental, razón por la cual merecía percibir por ello un pago acorde a las actividades que realizaba, con la finalidad que sea vea recompensado y sea capaz de cubrir las necesidades que presentaba.

Por otro lado, Rendón Vásquez considera que el Derecho Laboral comparte la definición del derecho en general, respecto a que se puede conceptualizar como el grupo de normas jurídicas enfocadas en regular la conducta de la persona humana con sus semejantes, pero en este caso, en el ámbito laboral.

1.3.1.2. PRINCIPIOS DE DERECHO LABORAL:

Los principios de derecho en general son entendidos como las bases o columnas que direccionan lineamientos concernientes a las normas; así como en el caso de las bases de derecho laboral comienzan a ser fuente del Derecho del Trabajo,

recogiendo cimientos notables para orientar e interpretar las leyes, tal como señala Santos Azuela:

“Los principios generales son considerados como fuente del derecho de traba, siendo éstos lineamientos principales basados en valores, orientados al ámbito legal, teniendo como finalidad dar un orientamiento en la adecuada aplicación e interpretación de la legislación laboral.”

García, M. define a los principios como: "Aquellos lineamientos que guían el sentido de las normas laborales y ayudan a poder configurar la regulación de las relaciones laborales con arreglo a criterios diferentes de los que pueden otorgarse en alguna rama distinta". Américo Plá Rodríguez señala que los principios son: " Directrices que enrumban normas inspirando de forma directa o indirectamente una gama de posibles de soluciones que pueden ser utilizados para promover y conducir la aprobación de normas.

a) Principio Indubio por operario:

Este principio es aplicado en cuanto haya duda de cómo aplicar la normativa laboral o en su defecto algún tipo de vacío legal, debiendo favorecer la interpretación de esta al trabajador. Razón por la cual este principio es reconocido como rector en el derecho laboral, siendo reconocida incluso por la Constitución de 1979, señalando que frente a alguna duda que pueda producir alguna normativa, aplicándose aquella postura que resulte más beneficiosa para el trabajador.

Asimismo, la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo II del Título Preliminar, lo establece como un principio principal y predominante, señalando que el juzgador en caso de tener alguna duda al momento de aplicar la normativa laboral y al encontrar que ésta versa bajo varios significados, deberá hacer una interpretación que sea favorable al trabajador .

b) Principio de Condición más beneficiosa para el trabajador:

Este principio ha sido reconocido al momento de constituirse en el año 1919, la Organización Internacional para el trabajo, señalando que no es posible la adopción de algún convenio que no garantice condiciones que

resulten más favorables para los trabajadores en comparación a los convenios ya pactados.

c) Principio de Igualdad de la Remuneración:

Este en primer lugar es reconocido desde la creación de la Carta Magna vigente en el año 1979 mediante su artículo 43 que establecía que todo trabajador, independientemente de su género, tiene derecho a percibir una remuneración igual y prestar servicios bajo las mismas condiciones laborales; asimismo, la constitución de 1993, no solo se enfocó en consolidar temas de igualdad de género, sino que fue más allá al preocuparse el derecho a recibir un monto salarial equitativa que sea capaz de cubrir las principales necesidades de la persona y su entorno familiar.

d) Principio de Inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador:

Tiene como finalidad evitar el abuso de poder que pueda tener el empleador sobre el trabajador, considerando a que en uso de su poder el primero puede modificar las condiciones laborales (horarios de trabajo, horas extras o adicionales, los turnos, el salario y otros pagos, y todo lo concerniente a las condiciones de trabajo) de éste último, debiendo ser permitidas únicamente aquellos cambios que favorezcan al trabajador; limitándose de esta manera el ius variando del empleador en protección del trabajador, guardando relación con la tutela constitucional del trabajo y en general con todos los derechos reconocidos en materia laboral.

e) Principio de continuidad de la relación laboral:

En la normativa laboral se ha reconocido la continuidad del servicio, al regular los contratos con duración a plazo indeterminado, no obstante, también considera y regula los contratos a plazo determinado, los colaboradores que se encuentran bajo este último tienen la posibilidad de

poder desnaturalizarlo, teniendo como consecuencia el registro de su vínculo laboral indeterminado con la empresa.

1.3.1.3 EL CONTRATO DE TRABAJO CONCEPTO

En el sistema jurídico peruano el contrato como figura jurídica, se encuentra es reglamentado por el Código Civil Peruano como aquel arreglo de voluntades de dos o más personas modificar alguna relación jurídica patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Es necesario indicar que los temas relacionados al Contrato laboral se regulan por sus propias normas, ya que tiene ciertos particulares lo diferencian de un contrato civil.

El contrato de trabajo, como ya se había indicado anteriormente, se encuentra tutelado bajo normativas especiales, la misma tampoco se contrapone con la normativa civil, ya que en esta última contempla algunos parámetros generales de aquellas contrataciones que no se rigen por sus propias reglas, no siendo indiferente a que incluso los propios contratos de trabajo comparten algunas reglas generales con los contratos que se encuentran regulados por el código civil. Asimismo, el especialista en temas laborales, Jorge Toyama señala en conceptos generales que el contrato de trabajo refleja las voluntades previamente pactadas entre el trabajador y su empleador con el objeto de la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación estrictamente laboral, llegando a definir a los contratos como como un negocio jurídico en el que una persona brinda ciertos servicios personalísimos a cierta empresa, generando una relación laboral subordinada.

La Constitución Política de Perú mediante su artículo 23, vela por los derechos del trabajador, viéndose obligado únicamente a realizar aquellas actividades a las que se sujeta por voluntad propia a cambio de percibir un concepto remunerativo monetario por parte de su empleador.

1.3.2. Desnaturalización de Contratos:

Pese a que el contrato a plazo contenga las formalidades correspondientes, resulta posible que dicho contrato sea considerado de duración indeterminada cuando en la ejecución del mismo se dan los siguientes hechos, conforme el artículo 97 del TUO del Decreto Legislativo n° 728:

- a) Si el trabajador sigue realizando actividades propias a su trabajo luego de la fecha de vencimiento del plazo pactado, o después de las prórrogas acordadas, siempre y cuando éstas sobrepasan el límite máximo permitido;
- b) Cuando se el objetivo del contrato versa respecto a cierta obra en concreto o de un servicio específico, el colaborador sigue realizando dichos servicios pese a que se ha concluido la obra sujeta a contrato, sin mediar renovación alguna;
- c) Si el trabajador principal del puesto sustituido, no retorna a sus labores pese a que ya se encuentra vencido el término establecido y el sustituyente sigue laborando;
- d) Cuando el trabajador acredite que se haya producido algún tipo de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

Teniendo como resultado de un contrato desnaturalizado, la declaración del contrato se cual sea éste a un plazo indeterminado, en consecuencia, el trabajador tendrá derecho que se lo incorpore a las planillas de su centro de labores con tal condición adquirida e incluso a que se le reponga en su centro de labores en el cargo que venía ejerciendo las funciones anteriores.

1.3.2.1 Características:

- **Reconocimiento de Derechos:**

El resultado de un contrato desnaturalizado, es el reconocimiento de un contrato a un plazo indeterminado, teniendo derecho el trabajador a que sea incorporado a planilla del centro de labores en la que se viene desempeñando o incluso a ser reincorporado en el mismo.

- **Contratos:**

Según Alzate, P. (2008), “Un contrato es un acuerdo de voluntades que surge con la finalidad de que los intervinientes puedan crear o transmitir una gama de derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es una figura de acto jurídico en el que participan dos o más personas con la finalidad de poder a crear derechos y generar obligaciones entre sí. Rigiéndose por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse para la ocupación de cualquier actividad que no se encuentre impedida por ley, perfeccionándose por el siempre consentimiento y las

obligaciones que se originan del mismo tienen rango de ley para las partes contratantes.”

- **Tipología:**

- ✓ **Por inicio o incremento de actividad:**

Son aquellos pactados entre un contratante y un trabajador por el comienzo de una diligencia empresarial.

- ✓ **Por necesidad de mercado:**

Celebrado con la finalidad de atender las exigencias crecientes de un mercado.

- ✓ **De suplencia:**

Es el pactado por el empleador para reemplazar por cierto tiempo a un colaborador de la empresa, cuya relación laboral ha sido pausada por alguna causa indicada en la normativa laboral correspondiente.

- ✓ **De emergencia:**

Este se lleva a cabo únicamente para poder satisfacer alguna necesidad que presente por cierto tiempo a causa de un caso fortuito o fuerza mayor, que haya afectado el normal funcionamiento de la empresa.

- ✓ **Para obra determinada o servicio específico:**

Son aquellos que se han celebrado solo para la realización de una actividad establecida durante un periodo señalado.

- ✓ **Contrato intermitente:**

Es aquel que se celebra para satisfacer las necesidades de la empresa, sobre actividades que son permanentes en el tiempo, pero por su naturaleza, discontinuas.

- ✓ **De temporada:**

Este se celebra para atender las insuficiencias que se presenten en la empresa por cierta temporada del año y que se pueden repetir por los mismos intervalos tiempo

1.3.3. Nivelación Salarial:

1.3.3.2 El Salario:

Proviene de la palabra latina “SALARIUM” en tiempos antiguos tenía esta palabra el significado que pago con sal, un ejemplo es que en el antiguo Egipto el valor de la pecunia con la que se pagaban a los trabajadores eran por medio de sacos u toneladas de minerales valiosos en este caso se la consideraba así a la sal porque tenían un efecto para conservar las carnes, de esa manera también la sal era el pago por la venta de esclavos.

Poco a poco el tema del salario fue evolucionando y se popularizó en diferentes partes del mundo, al punto de surgir nuevas maneras de salarios, según las épocas y factores que influyeron, es por ello que he tenido en consideración la investigación de La Universidad de Barcelona en su página Business School, los siguientes:

- a) **Salario por unidad de obra:** es la fuerza en la actividad que realiza el ejecutante mientras trabaje más horas o use la fuerza necesaria lo importante es que terminen la obra para que como consecuencia de su esfuerzo reciban el pago.
- b) **Salario por unidad de tiempo:** como lo dice su nombre tiene mucho que ver con el tiempo las persona que ejecute el trabajo puede demorar días, meses, o incluso un año y eso es lo que va determinar el salario recibido.
- c) **Salario mixto:** es una mezcla entre el salario de unidad de obra y la unidad de tiempo.
- d) **Salario nominal:** Existen partes en este tipo de salario uno es el trabajador y el otro la empresa, al celebrar un contrato entre las partes se especifica el cargo en el que trabajara, debemos de agregar que es un tipo de salario más habitual.
- e) **Salario en metálico:** no es otra cosa que la moneda legal, la cual será la retribución por el trabajo realizado se le considera como un pago en efectivo,

pero en la actualidad y con el avance tecnológico esta práctica ha disminuido.

- f) **Salario en especie:** en el Perú es conocido como un trueque, porque lo que se usa son especies y no dinero, ejemplos comida, artículos, animales o el alojamiento.

La organización Internacional de Trabajo (OIT) conceptualizado el tema del salario considerándolo como un componente principal para brindar mejores condiciones de trabajo, además de mayor responsabilidad a las empresas. El tema de los salarios es un costo que le tocara asumir a los empleadores siendo una fuente muy importante para el trabajador y apoyo para la familia. Pero este mismo punto es un tema de disputa y problemas entre la empresa y los trabajadores ya que existen organizaciones colectivas que luchan por mejorar la calidad laboral, también pueden causar temas de discriminación y privación porque los trabajadores no tendrán una calidad de vida y su situación laboral no será digna. Otro punto importante es que si existen salarios adecuados para los trabajadores se sobreentiende que existirá mayor productividad y la inversión mejorar, es por ello que el Estado, con los representantes de los empleadores y trabajadores han mejorado las políticas salariales llegando a realizar reformas importantes.

Asimismo, el salario denominado como mínimo para la OIT ha sido calificado como aquel pago mínimo de contraprestación que el empleador se encontrará sujeto a abonar a sus colaboradores por la actividad que estos hayan desarrollado por el periodo de tiempo pactado entre ambas partes, monto que no podrá ser un pago inferior, ni siquiera por previo acuerdo entre los empleadores y la empresa empleadora.

Cada empresa califica el monto remunerativo que considere adecuado respecto al trabajo que realiza cada trabajador, lo que da lugar a que establezcan una escala remunerativa, y en consecuencia se distinga el monto remunerativo en cada uno de sus colaboradores, debiendo previamente analizar los resultados, fines y objetivos que haya considerado en cada nivel de su escala remunerativa, claro ejemplo es el porque un gerente gana un monto superior a cualquier otro trabajador de la empresa, ya que este asumirá ciertas responsabilidades en la toma de sus decisiones.

El conceptualización errónea de compensaciones causan aspectos negativos en el entorno laboral, desmotivando el trabajo y el esfuerzo de aquellos trabajadores que

vengan percibiendo un monto remunerativo que no consideren justo, siendo además que dicha diferenciación remunerativa que se pueda realizar, cause perjuicios ante la necesidad de satisfacer las necesidades fundamentales de cierto grupo de trabajadores.

1.3.3.3 El Salario como derecho Laboral:

Según el mismo organismo internacional defensor del derecho de trabajo, refiere que con el pago de los sueldos mínimos busca una limitación de que los trabajadores sean maltratados indebidamente con sueldos bajos, este tipo de salario ayuda a que sea una garantía para una justa distribución, el estado también lo considera como una estrategia política que su único fin es resolver los problemas relacionados a la escases monetaria así poder disminuir los índices de desigualdad, incluyendo aquellas diferencias que se realizan entre hombres y mujeres.

También debe tenerse en cuenta que esta figura busca reducir las políticas sociales y su objetivo es establecer las mejores condiciones en el trabajo, es una herramienta que se utiliza de manera progresiva parra beneficio de los trabajadores y ya no solo es considerada una herramienta política, ahora es un elemento de cobertura.

Dicho progreso puede apreciarse en las disposiciones de diversos convenios de la OIT:

- El Convenio de 1928 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, es un sistema que busca estabilizar sectores en la industria o en parte de ella en donde los salarios son excepcionalmente demasiados bajos, además de tener un régimen débil y poco eficaz .
- En el año de 1970 se obliga a los estados Miembros a velar por aquellos conjuntos de personas asalariadas que mantengan remuneraciones mínimas. Como punto fundamenta del referido convenido se pactó sobre el principio de la celebración de consultas exhaustivas con los interlocutores sociales.

Es importante indicar cuales son los componentes que intervienen en el salario mínimo que conyugan a poder considerar un monto mínimo del mismo, también los escenarios mediante las cuales se realizara el pago que puede ser por medio de especies, además de tener en cuenta si se les pagara mediante una tarifa horaria o una mensual.

El tema de los niveles salariales el hecho de fijarlos es un punto difícil al realizar el proceso de los salarios mínimos por ejemplo si se brinda un salario demasiado bajo, los niveles de pobreza aumentarían además de que los trabajadores no tuvieran una mejor calidad de vida, y si fueran demasiado elevados tendrían efectos contrarios al empleo y no serían respetados.

Se debe de logra un equilibrio entre dos enfoques uno es el factor económico y el otro la necesidad de los trabajadores y sus familias. Resulta idóneo acoger una mirada ecuánime con fundamentos en información fáctica que considere, por una parte, las insuficiencias de los colaboradores y de aquellos que dependen económicamente de él; las remuneraciones básicas deben ser resultas conforme a la realidad del país, debiendo tener en cuenta el cuidado de los trabajadores y el correcto desarrollo de las empresas sostenibles.

Otro punto importante es que los niveles de salarios con el avance del trabajo o crecimiento de la empresa deben ser ajustados en periodos y puede ser cuando la conducta desarrollada del trabajador haya mejorado o cuando la empresa contratante lo decida o incremente sus ingresos. Qué no se realice puede dar origen a que el poder adquisitivo de los trabajadores que perciban el mínimo se menoscabe o tener como consecuencia mayor desigualdad salarial

Considerando que las herramientas socio- económicas de las remuneraciones básicas no son en su totalidad predecibles, es importante garantizar que el resultado de las variaciones del salario mínimo sea corecctamente custodiado y trabajado.

En pleno siglo XXI las personas trabajan de manera ardua 8 horas al día para poder recibir dinero y de esa manera subsistir y cubrir todas las necesidades diarias, sin embargo, tal y como lo establece el Organismo Internacional de Trabajo, lamentablemente en muchos lugares del mundo todavía en la actualidad no se garantizan el acceso a los salarios adecuados y no están regulados, ya que muchos estados no han firmado los convenios celebrados por este organismo.

Al estudiar sobre el incumplimiento del pago de los salarios revisamos que en muchos países se lleva a muchos atrasos en el pago, es por ello que los empleadores buscan una manera de pagar y muchas veces lo hacen en especies. Muchas veces la no pagar salarios se denomina y ha estado vinculado a la esclavitud por deudas por estas situaciones muchos empleadores han quebrado por la acumulación de deudas y el pago

de los salarios, también la falta de pago lleva a grandes huelgas por la necesidad de reclamar su pago.

Para Aristóteles el tema de salario justo lo relaciona con una teoría de la justicia y los cambios, como la igualdad como igualdad absoluta (numérica o aritmética) entre dichos salarios.

Paralelamente a la del precio justo, los teólogos escolásticos se trazaron la cuestión del “salario justo”. Refiriéndose a la justicia del salario.

Para Enrique de Langestein en el siglo XIV, San Antonio de Florencia en el siglo XV, Luis Molina en el siglo XVI y los casuistas del siglo XVII lo relacionan al salario a ser un medio vida que tiene los trabajadores, lo relaciona con el hombre que se sacrifica realizando una actividad, tiene una vida y el único medio de ganársela es de obrero y recibiendo una prestación. Debemos de tener en cuenta que los trabajadores tienen deberes que cumplir y al realizar estos deberes recibirán una pecunia a cambio. De forma limitada la reclamación jurídico-moral de la igualdad en los cambios llegó, al derecho romano mediante la figura de la “lesión enorme”, en la cual quien generó riqueza en merito a una variación desigual debía reponer lo obtenido de más, si dicha diferencia sobrepasaba la mitad del valor de la cosa. Este instituto, en el derecho romano, era de aplicación concretamente en la compraventa manifiesta, pero debido a un tema de analogía fue de aplicación a todos los contratos de cambio.

- **Diferenciación del salario y de otras prestaciones del empleador:** Como ya se ha dicho, el salario es un ingreso que percibe el trabajador a cambio de un trabajo subordinado, por lo cual resulta no debe ser considerado como:
 - a) **Indemnizaciones:** esta es la obligación que tiene un empleador por alguna afectación, daño a la que se ve obligado a cumplir, es la reparación del daño que se produjo el trabajador al momento de realizar sus labores.
 - b) **Reintegro de gastos:** es la acción de restituir al trabajador un monto de un gasto efectuado por el, no existe una ganancia para el mismo, lo único que se le hace es devolverle lo gastado.
 - c) **Pagos a título extralaboral:** Son conceptos distintos que se le brinda al trabajador en forma de retribución que se le hace por la actividad para la que fue contratado pero el concepto sería distinto.

Después de muchos años de lucha, de esclavitud, discriminación en el campo laboral ha evolucionado y ahora existe el derecho a la igualdad de toda persona le correspondería los mismos derechos quiere decir que si lo ubicamos en una pirámide laboral como las funciones, y el monto dependiendo remunerativo dependiendo al cargo que le corresponda al igual que otros beneficios laborales; sin embargo, al no darse dicho supuesto, lo ubica al trabajador a estar en un estado de vulnerabilidad y desventaja.

Nuestra legislación o la figura jurídica no se encuentra identificada o desarrollada a gran magnitud, pero por reclamos de trabajadores y al ver la necesidad del Estado peruano se visto en la necesidad de que se realice la Nivelación Salarial en el estado peruano, entiéndase únicamente como la homologación de sueldos entre trabajadores, más no existiendo una clara definición o concepto que nos permita hacer un estudio amplio de ésta figura. Debo de agregar que existe un camino bastante largo para brindar mejores salarios y beneficios a los trabajadores, pero es un proceso y el Estado Peruano sigue trabajando.

1.4. Formulación del Problema.:

¿Cómo determinar la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral?

1.5. Justificación e importancia del estudio:

Éste trabajo se desarrolla con la finalidad de poder ayudar al juzgador a poder determinar qué criterios adoptar para poder fijar o pronunciarse ante un pedido de nivelación salarial en aquellos casos que exista algún tipo de discriminación como resultado de un contrato desnaturalizado.

1.6. Hipótesis:

La implementación de criterios determinaría la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo General

Proponer criterios para determinar la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral.

1.7.2. Objetivos Específicos

- Diagnosticar el estado actual de la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral.
- Identificar los factores influyentes en la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral.
- Estimar los resultados que generará la implantación criterios en la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo de estudio y diseño de la investigación:

Teniendo en cuenta la naturaleza del estudio, se consideró que la investigación es explicativa, descriptiva y propositiva y no experimental, ya que tiene como objetivo conocer los casos y las poblaciones conjuntamente a las muestras que representen poblaciones. A través de un estudio cuali-cuantitativo su meta es la de reconocer el origen de las partes del problema; de tal manera que tengamos base para proponer los criterios para determinar la nivelación salarial en aquellos trabajadores en los que se haya desnaturalizado su contrato.

2.2. Población y muestra:

Población: Para éste proyecto se tomará en cuenta la comunidad jurídica, la misma que está conformada por jueces y abogados especialistas en lo laboral.

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	%	N
Jueces Especialistas Laboral	18	2%	11

Abogados Laboralistas	824	98%	149
Total	842	100%	160

Fuente: Trabajo de campo del investigador.

Población Total: 842

Muestra:

$$n = \frac{Z^2 PQN}{E^2(N-1) + Z^2 PQ}$$

Dónde:

Z = 1.96 Valor al 95% de confianza

P = 0.15 Probabilidad conocida

Q = 0.85 Valor (1-P)

E = 0.05 Error máximo permisible

N = 842

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.15 \times 0.85 \times 842}{0.05^2(842 - 1) + 1.96^2 \times 0.15 \times 0.85}$$

$$n = \frac{3.84 \times 107.35}{0.0025 (841) + 3.84 \times 0.127}$$

$$n = \frac{412}{2.1 + 0.487}$$

$$n = \frac{412}{2.58}$$

n=158

2.3.

Variables

Operacionalización:

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA
PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATO DESNATURALIZADOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL	¿Cómo determinar la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral?	GENERAL: proponer criterios para determinar la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral	La implementación de criterios determinaría la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral	Independiente: La nivelación Salarial	<i>Normativa</i>	Tipo de investigación.- No experimental. Transversal Descriptiva Correlacional. Diseño de investigación.-	Población: Comunidad Jurídica dividida en 18 Jueces y 824 abogados laboristas en total 842 agremiados.
		ESPECÍFICOS: 1.-Diagnosticar el estado actual de la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral 2.-Identificar los factores influyentes en la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral			<i>Igualdad</i>		
		3.-Diseñar criterios para determinar la legislación laboral		<i>Contrato</i>			
		4.-Estimar los resultados que generará la implantación criterios en la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral		Dependiente: Contratos desnaturalizados	<i>tipología</i>		
					<i>Reconocimiento de derechos</i>		
					<i>Contrato</i>		Unidad de Estudio: Conformada por un juez y un abogado especialista en lo laboral.

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

La técnica empleada en el actual trabajo de investigación son las encuestas, las mismas que serán aplicadas a 158 abogados especialistas en materia laboral del distrito de Chiclayo.

A continuación, definimos las técnicas que aplicaremos en el presente proyecto de investigación:

Encuesta: Instrumento mediante el cual se podrá obtener información de una muestra elegida de un grupo en general de personas que tienen algún tipo de relación con el problema materia de estudio, para que posteriormente, empleando un análisis cuantitativo o cualitativo, arribar a las conclusiones que correspondan a la data recopilada.

2.5. Procedimiento de análisis de datos:

Los datos recolectados será analizada y organizada mediante cuadros estadísticos, es decir mediante los diagramas de barras y circulares, con la finalidad de poder mostrar los resultados finales de una forma más ordenada para su estudio.

2.6. Criterios éticos:

Según el reporte Belmont (1979) los principios éticos principales son aquellos que justificaran aquellos preceptos éticos y las valoraciones de las acciones humanas. Entre ellos se encuentran 3 principios éticos básicos que son:

- a) Respeto a las personas
- b) Beneficencia
- c) Justicia

2.7. Criterios de Rigor científico:

Para Hernández, Fernández y Baptista (2014), los principios de rigor científico son los siguientes:

- a) Validez interna
- b) Validez externa (Generalización)

III. RESULTADOS

III.1 Resultado en tablas y figuras

Tabla N° 01

1) ¿Considera usted que existen vacíos legales en la norma que regula sobre la nivelación salarial en el Perú?

DESCRIPCION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A	77	48.73%
D	24	15.19%
NO	14	8.86%
TA	31	19.62%
TD	12	7.60%
Total general	158	100%

Fuente: La Autora

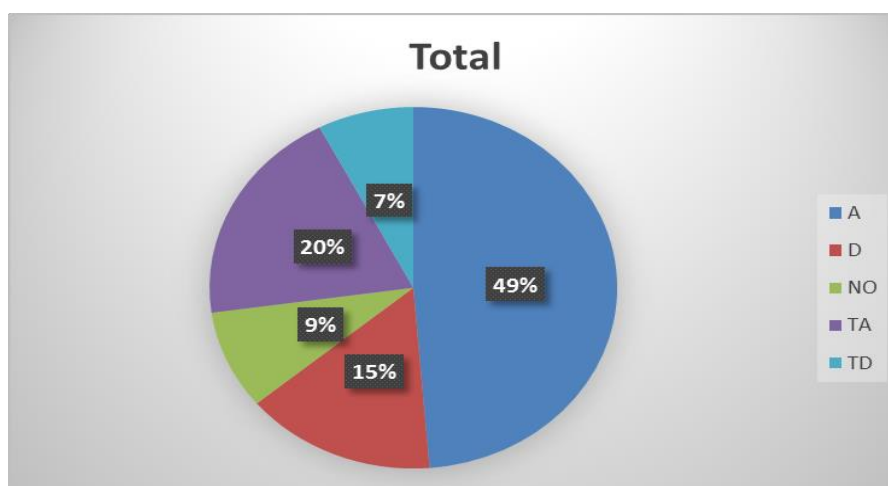


Fig. 01 Considera usted que existen vacíos legales en la norma que regula sobre la nivelación salarial en el Perú

Respecto a la pregunta, el 49% se encuentra de acuerdo con que sí existirían ciertos vacíos en la normativa legal sobre el tema de nivelación salarial peruano.

Tabla N° 02

2) ¿Crees Usted que la norma regula adecuadamente la forma en como nivelar las remuneraciones de los trabajadores?

VAR00003		
	Frecuencia	Porcentaje
A	39	24.68
D	24	15.19
NO	14	8.86
TA	31	19.62
TD	50	31.64
Total	158	100.00

Fuente: La Autora

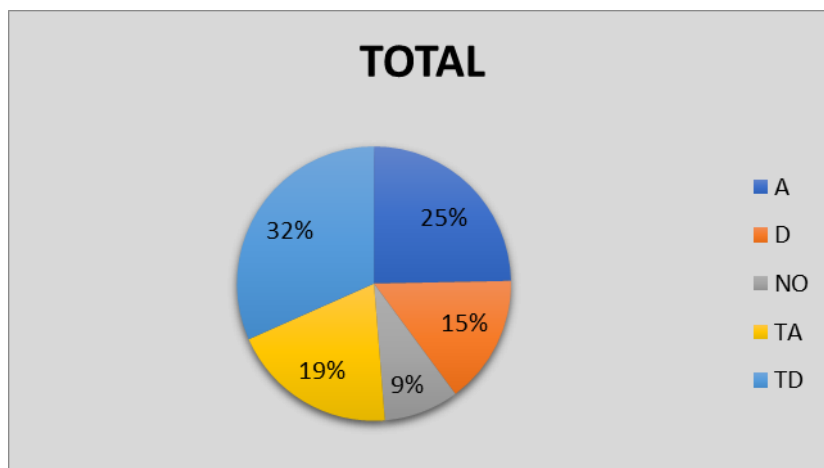


Fig. 02 Crees Usted que la norma regula adecuadamente la forma en como nivelar las remuneraciones de los trabajadores.

Respecto a la pregunta si Crees Usted que la norma regula adecuadamente la forma en como nivelar las remuneraciones de los trabajadores: un 48.73 % manifiestan estar de acuerdo, y el 32.8%, sostiene estar totalmente de acuerdo con esta.

Tabla N° 03

3)¿Usted cree que es necesario implementar mecanismos legales que permitan proteger en su totalidad los derechos laborales?

DESCRIPCION	fi	%
A	86	54.43%
D	1	0.63%
NO	16	10.12%
TA	47	29.74%
TD	8	5.06%
Total general	158	100%

Fuente: La Autora

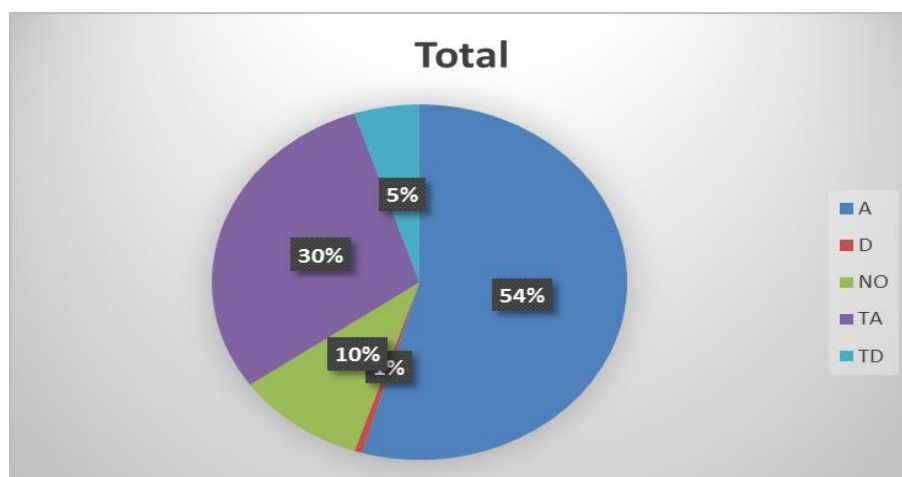


Fig. 03 Usted cree que es necesario implementar mecanismos legales que permitan proteger en su totalidad los derechos laborales.

En referencia a la pregunta planteada, el 84% de los encuestados, es de la opinión de que sí resulta necesario agregar nuevos mecanismos que protejan en su totalidad los derechos laborales.

Tabla N° 04

5) ¿Considera Usted que debería tomarse en consideración la legislación supranacional para regular la forma en que se deben nivelar las remuneraciones de los trabajadores homólogos?

VAR00005		
	Frecuencia	Porcentaje
A	73	46.20
D	28	17.72
NO	13	8.22
TA	34	21.54
TD	10	6.32
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

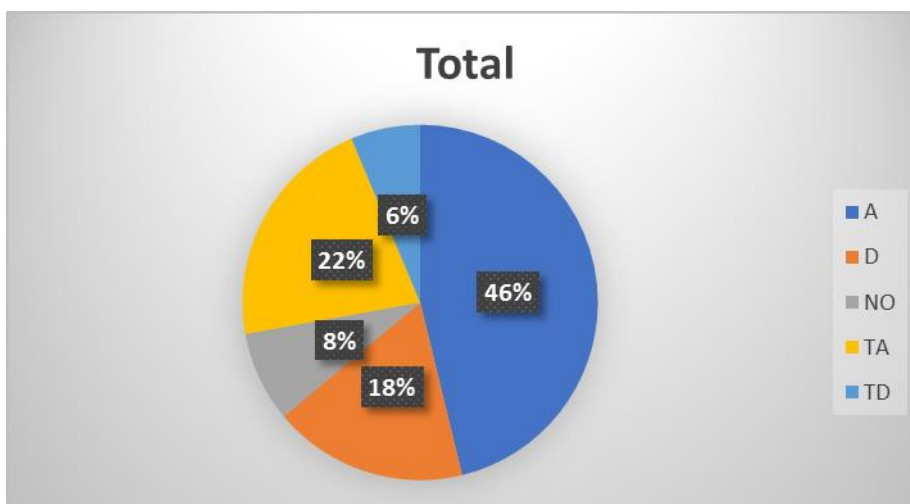


Fig. 02 Considera Usted que debería tomarse en consideración la legislación supranacional para regular la forma en que se deben nivelar las remuneraciones de los trabajadores homólogos.

Respecto a la pregunta si considera que debería de tomarse en consideración la legislación supranacional para regular la forma en que se deben nivelar las remuneraciones de los trabajadores homólogos, los resultados fueron: un 46.2% manifiestan estar de acuerdo y un 6.32% están totalmente en desacuerdo con esta.

Tabla N° 05

6) ¿Considera usted que el estado debería proporcionar lineamientos específicos para otorgar la nivelación salarial?

VAR00011		
	Frecuencia	Porcentaje
A	93	58.86
D	13	8.22
NO	19	12.02
TA	21	13
TD	12	8
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

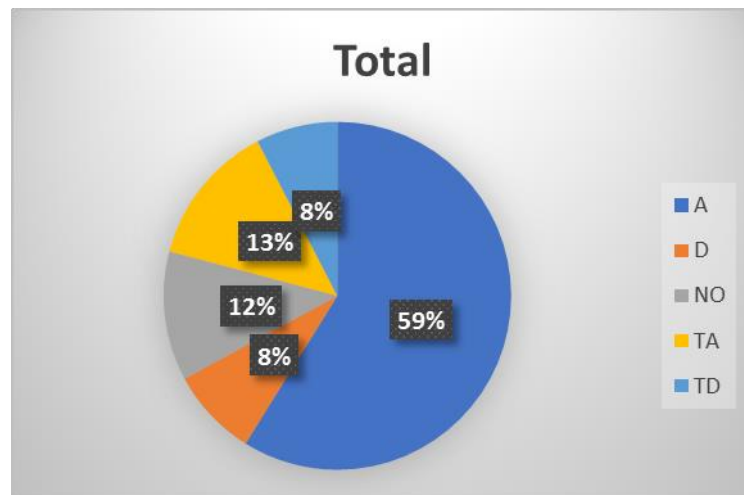


Fig. 05 Considera usted que el estado debería proporcionar lineamientos específicos para otorgar la nivelación salarial.

Respecto a Considera usted que el estado debería proporcionar lineamientos específicos para otorgar la nivelación salarial, los resultados fueron que el 8.22% manifestó estar en desacuerdo y un 58.86% están de acuerdo con esta pregunta.

Tabla N° 06

8) ¿Considera usted que para solicitar la nivelación salarial se podría usar el reglamento de la Ley n° 30709, de ser el caso?

DESCRIPCION	Frecuencia	Porcentaje
A	65	41.13%
D	34	21.51%
NO	21	13.29%
TA	23	14.55%
TD	15	9.49%
Total general	158	100%

Fuente: La Autora

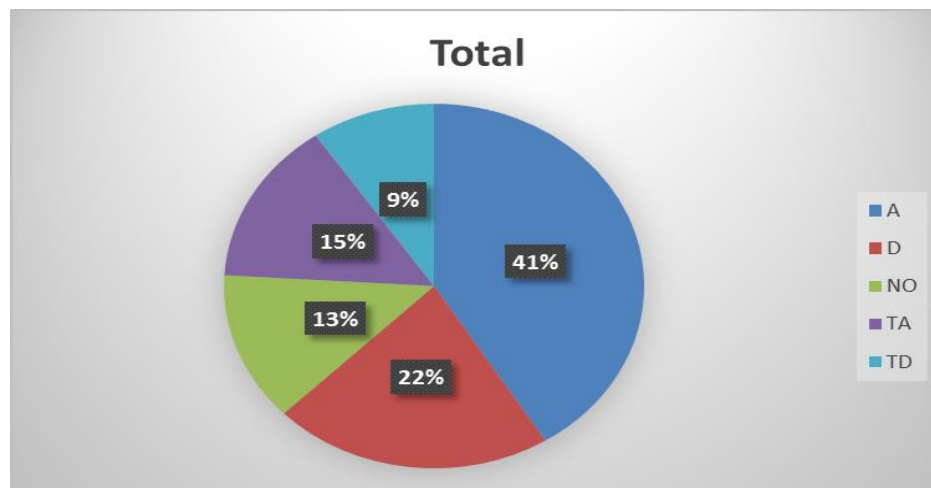


Fig. 06 Considera usted que para solicitar la nivelación salarial se podría usar el reglamento de la Ley n° 30709, de ser el caso.

Conforme se puede apreciar en la figura 06, 50% de los abogados laborales encuestados, considera que sí debería aplicar dicho reglamento para requerir la nivelación salarial.

Tabla N° 07

10) ¿Considera usted que las recientes jurisprudencias en materia de nivelación salarial determinan ciertos lineamientos para su otorgamiento?

VAR00015		
	Frecuencia	Porcentaje
A	92	58.22
D	20	12.65
NO	35	22.15
TA	3	1.89
TD	8	5.06
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

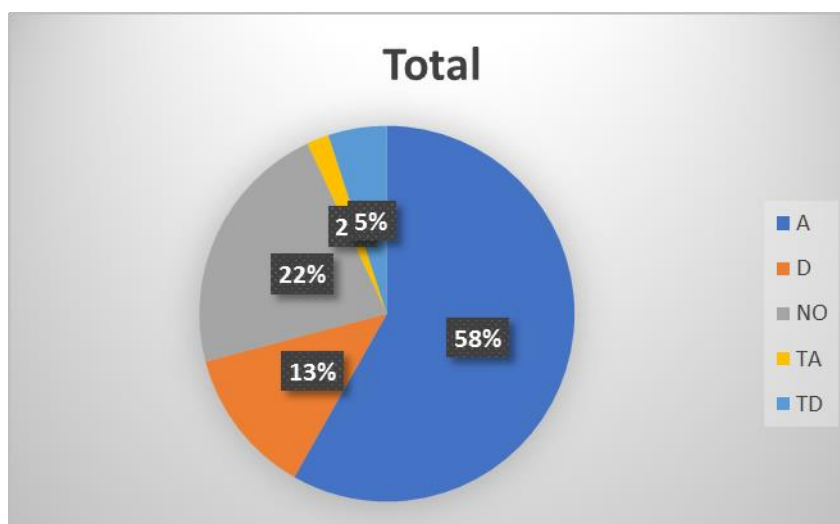


Fig. 07 Considera usted que las recientes jurisprudencias en materia de nivelación salarial determinan ciertos lineamientos para su otorgamiento.

Respecto a la pregunta si Considera usted que las recientes jurisprudencias en materia de nivelación salarial determinan ciertos lineamientos para su otorgamiento, los resultados fueron: un 58.22% manifiestan estar de acuerdo y un 5.06% están totalmente en desacuerdo con esta premisa.

Tabla N° 08

11) ¿Usted cree que la nueva ley procesal de trabajo debería contener parámetros que permitan exigir judicialmente la nivelación salarial?

VAR00016		
	Frecuencia	Porcentaje
A	92	58.22
D	21	13.29
NO	18	11.39
TA	22	13.92
TD	5	3.16
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

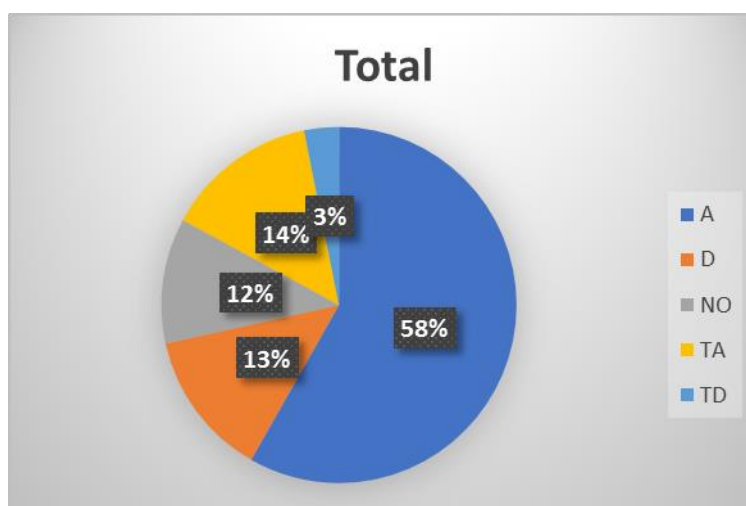


Fig. 08 Usted cree que la nueva ley procesal de trabajo debería contener parámetros que permitan exigir judicialmente la nivelación salarial.

Respecto a la pregunta si Cree Ud. cree que la nueva ley procesal de trabajo debería contener parámetros que permitan exigir judicialmente la nivelación salarial: un 58.22% manifiestan estar de acuerdo y un 13.92% están totalmente de acuerdo con esta.

Tabla N° 09

14) ¿Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tenerse en cuenta el tipo de contrato bajo el cual labora el trabajador?

VAR00018		
	Frecuencia	Porcentaje
A	56	35.44
D	14	8.86
NO	24	15.18
TA	51	32.27
TD	13	8.22
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

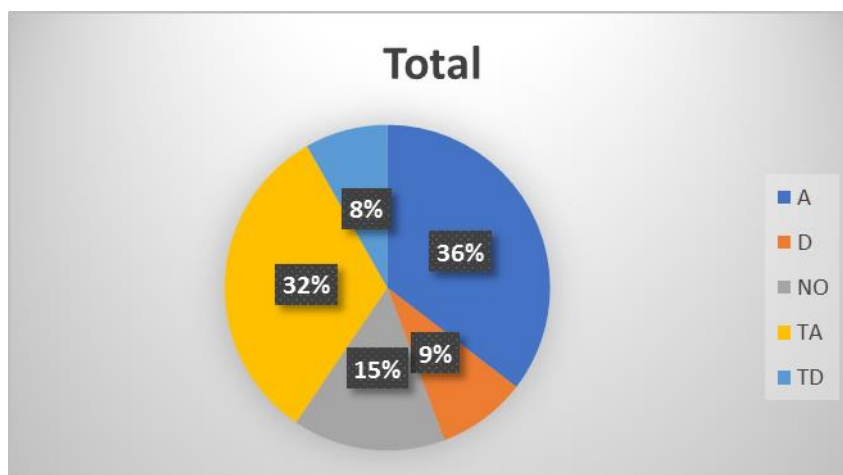


Fig. 09 Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tenerse en cuenta el tipo de contrato bajo el cual labora el trabajador.

Respecto a la pregunta si Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tenerse en cuenta el tipo de contrato bajo el cual labora el trabajador: un 8.86% manifiestan estar en desacuerdo y un 35.44% están de acuerdo con esta.

Tabla N° 10

19) ¿Considera que de ser el caso, la nivelación salarial debería ser consecuencia de una desnaturalización contractual?

VAR00021		
	Frecuencia	Porcentaje
A	71	44.93
D	28	17.72
NO	33	20.88
TA	17	10.75
TD	9	5.69
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

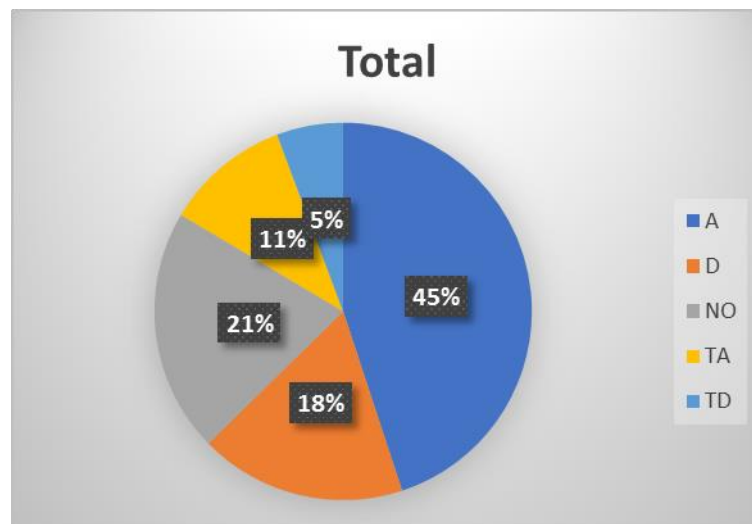


Fig. 10 Considera que, de ser el caso, la nivelación salarial debería ser consecuencia de una desnaturalización contractual.

Respecto a la pregunta si Considera que, de ser el caso, la nivelación salarial debería ser consecuencia de una desnaturalización contractual: un 44.93% manifiestan estar de acuerdo y un 10.75% están totalmente de acuerdo con esta.

Tabla N° 11

15) ¿Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tener en cuenta el régimen laboral bajo el cual se ha contratado al trabajador?

DESCRIPCION	Frecuencia	Porcentaje
A	67	42.40%
D	22	13.92%
NO	21	13.29%
TA	36	22.78%
TD	12	7.59%
Total general	158	100%

Fuente: La Autora

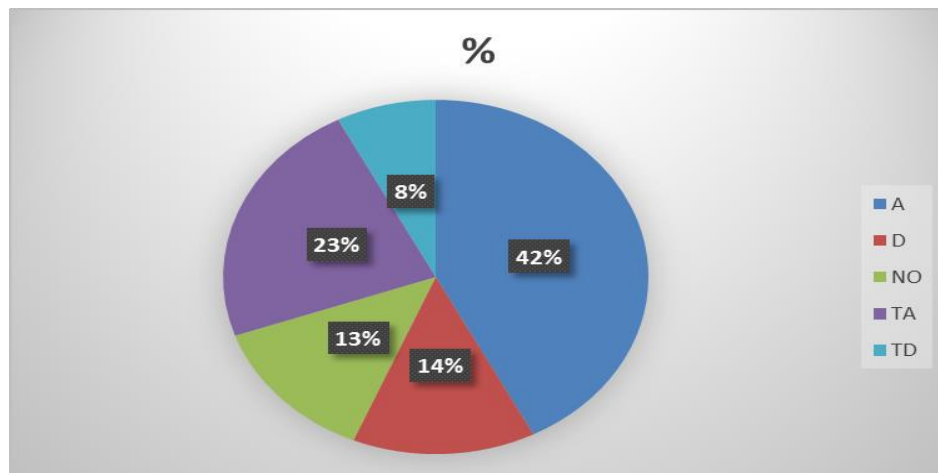


Fig. 11 Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tener en cuenta el régimen laboral bajo el cual se ha contratado al trabajador.

El 55% se encuentra conforme con que el régimen laboral a la que se encuentre sujeto el trabajador, implica mucho para poder determinar la nivelación salarial.

Tabla N° 12

22) ¿Considera usted que la desnaturalización de contratos es producto de la mala elaboración de los contratos de parte de la empleadora?

VAR00025		
	Frecuencia	Porcentaje
A	87	55.06
D	1	0.63
NO	8	5.06
TA	52	32.91
TD	10	6.32
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

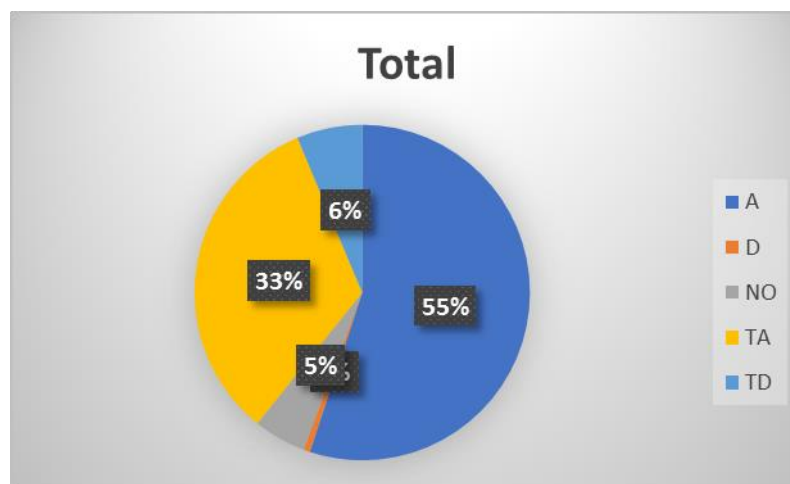


Fig. 12 Considera usted que la desnaturalización de contratos es producto de la mala elaboración de los contratos de parte de la empleadora.

Respecto a la pregunta si Considera usted que la desnaturalización de contratos es producto de la mala elaboración de los contratos de parte de la empleadora: un 55.06% manifiestan estar de acuerdo y un 32.91% están totalmente de acuerdo con esta.

Tabla N° 13

27) ¿Cree que la normativa vigente en tema labora, debería entablar una sola figura para tratar la desnaturalización de contratos y la nivelación salarial?

VAR00028		
	Frecuencia	Porcentaje
A	49	31.01
D	48	30.37
NO	21	13.29
TA	32	20.25
TD	8	5.06
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

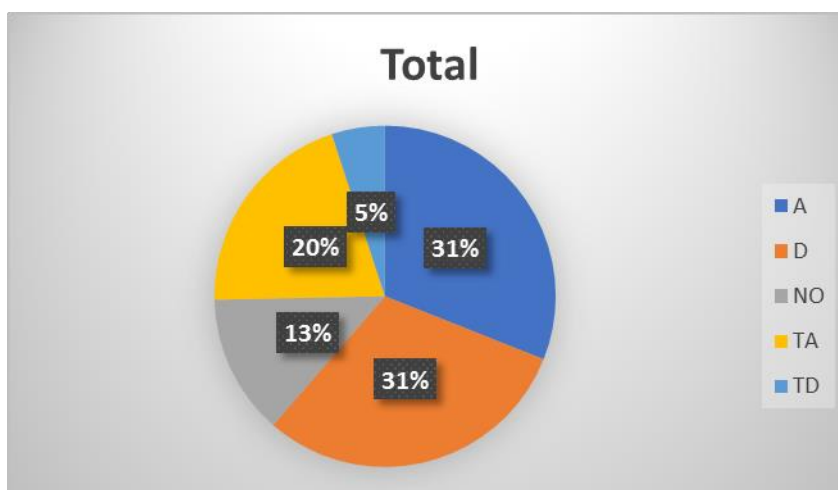


Fig. 13 Cree que la normativa vigente en tema labora, debería entablar una sola figura para tratar la desnaturalización de contratos y la nivelación salarial

Respecto a la pregunta si Cree que la normativa vigente en tema labora, debería entablar una sola figura para tratar la desnaturalización de contratos y la nivelación salarial: un 31.01% manifiestan estar de acuerdo y un 20.25% manifiesta estar totalmente de acuerdo con esta.

Tabla N° 14

30) ¿De no establecerse los criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, considera que se continuaría vulnerando los derechos de los trabajadores?

VAR00030		
	Frecuencia	Porcentaje
A	80	50.00
D	18	11.25
NO	37	23.12
TA	15	9.37
TD	10	6.25
Total	158	100.0

Fuente: La Autora

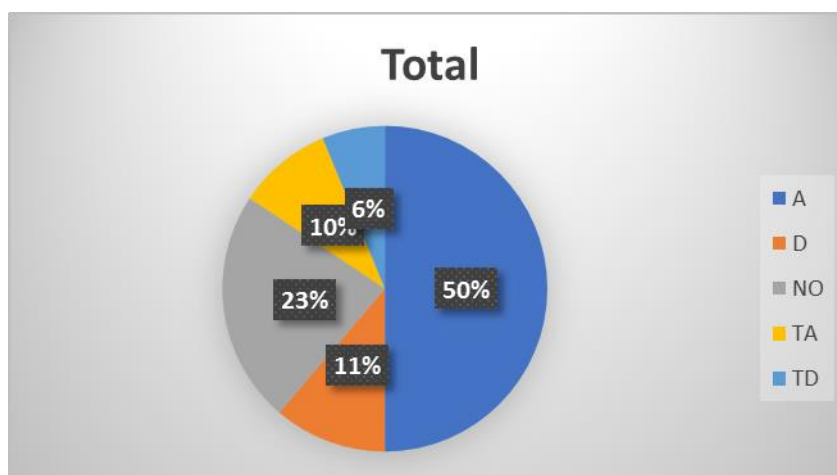


Fig. 14 De no establecerse los criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, considera que se continuaría vulnerando los derechos de los trabajadores

Respecto a la pregunta si, de no establecerse los criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, considera que se continuaría vulnerando los derechos de los trabajadores: un 50.00% manifiestan estar en de acuerdo y un 6,25% están en desacuerdo con esta.

3.2 Discusión de resultados:

En concordancia con los resultados obtenidos en la pregunta Tabla N°01 y 02, observamos que un 33% se encuentran de acuerdo, respecto si consideran que la norma regula adecuadamente la forma en como nivelar las remuneraciones de los trabajadores y un 42% aprueba que se deban aplicar normas supranacionales, lo cual se puede corroborar con lo que manifestado por Corrochano (2013), en su artículo científico denominado “Las normas internacionales y la Constitución. Reflexión a veinte años de la vigencia de la constitución Política de 1993, respecto a que hace mención a que la norma es monista dónde la nacional y la internacional forman parte de un mismo ordenamiento jurídico, esto en base a que muchas veces la norma nacional que regula determinada materia por lo general, resulta ser insuficiente, al momento de su aplicación, razón por la cual existe la posibilidad de aplicar aquellas normas internacionales que se encuentren conforme a nuestra realidad.

Respecto a los resultados obtenidos en la Tabla N° 03, 04,05, observamos que el 58% de encuestados, está de acuerdo con que el estado debería proporcionar lineamientos específicos para otorgar la nivelación salarial, que sí bien es cierto los jueces mediante sus sentencias han ido dando lineamientos al momento de nivelar las remuneraciones, y que sin embargo no existe reglamento o normativa expresa para exigirla vía judicial; lo cual concuerda lo referido por Rivera (2017) en su tesis denominada La vulneración de los derechos laborales por parte del Tribunal Constitucional en aplicación del precedente vinculante del expediente n° 50057-2013-A/TC, respecto a que el estado el encargo de promover a través de sus políticas públicas, cuestiones que ayuden las relaciones laborales, ya sea en el ámbito privado como en el público, siendo que dentro del estado, se encuentra también al órgano de administración de justicia, el cual dentro de su competencia intenta tutelar el derecho de trabajadores, pero lo cual no deja de ser lo que necesitan cuestiones formales como una ley que fije ciertos puntos tratados.

Respecto a los resultados evidenciados en la tabla n° 06, se tiene que el 67 % de los encuestados, confirma que para aplicarse la nivelación salarial debe tenerse en cuenta el tipo de contrato bajo el cual labora el trabajador, lo cual va en la misma línea de lo considerado por Illanes (2015) en su tesis denominada Salarios del sector público y

privado, esto en razón a que si tenemos en cuenta que tanto el sector público como privado contratan bajo diferentes y/o distintos tipos de contratos laborales, ello no significa que se puede tratar a uno distintamente que el otro, pero siempre y cuando vaya conforme a los lineamientos establecidos en el pacto realizado con su empleador.

Respecto a los resultados vertidos en la Tabla n° 08, se tiene que el 55% de la muestra encuestada considera que la desnaturalización de contratos es producto de la mala elaboración de los contratos por parte de la empleadora, lo cual se ve reflejado en lo indicado por Cárdenas (2017) en su tesis denominada La desnaturalización de los contratos por la modalidad de terceros en la Sede Central del Gobierno Regional de Huancavelica 201, en razón a que ella señala que muchas veces no se estipula bien el contrato cual es plazo a laborar o cual serían las funciones que tendría que ejercer el trabajador y que por tal razón muchas veces se ven vulnerado los derechos del mismo.

Respecto a los resultados obtenidos en la Tabla n° 10, se puede apreciar que el 50% de los profesionales encuestados piensa que, de no establecerse criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, se estaría vulnerando los derechos de los trabajadores, esto va de la mano con lo prescrito por López (2017) que señala que las diferencias remunerativas vulneran los derechos de los trabajadores creando una escena hostil de trabajo.

Finalmente, se puede advertir del estudio realizado que el género, si bien cierto es una de las principales brechas que ha surgido en el aspecto laboral, no es la única, si no que la misma norma, al no haberse regulado de una manera adecuada, en torno a la realidad social en la que se desarrolla, apoya la vulneración de los derechos, propiciando la existencia de actos discriminatorios en diferentes aspectos laborales, como es en el presente caso, en los conceptos remunerativos.

3.2 Aporte práctico:

PROYECTO DE LEY

Sumilla: Ley que incorpora el artículo 77-A, al Decreto Supremo N° 03-97- TR.

Que, la que suscribe: Carrión Solano Gladys Fernanda, alumna de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Señor de Sipán; ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que confiere la Constitución Política del Perú, se propone el siguiente proyecto de Ley:

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 77-A AL DECRETO SUPREMO N° 03-97- TR, TEXTO ÚNICO ORDENANDO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

PARTE INTRODUCTIVA

Al nivel internacional tenemos que en el año 1919, al culminar la Primera Guerra Mundial y en razón al tratado de versalles, se creó la Organización Internacional de trabajo, con la finalidad de que exista un órgano mundial que sea capaz de abolir y velar por los derechos de todas las personas que en aquella data se encontraban siendo víctimas de una esclavitud laboral, considerando que todos las personas tendríamos que ejercer actividades que no atenten contra la dignidad humana y contra la salud integral del trabajador la sociedad.

Es así que mediante su convenio número 100, promulgado en el año 1951, reconocen el derecho a una igualdad remunerativa entre el trabajo entre varón y mujer, considerando que el esfuerzo de ambos sexos debe obtener el mismo reconocimiento y

valor; asimismo, en el año 1958, se firmó el convenio 111, el cual tuvo como objetivo de que todos los estados partes del mismo, establezcan normativas pertinentes que sirvan para poder erradicar la discriminación laboral existente, a los mismos que el Perú se encuentra adscritos.

No obstante, dicha organización no ha sido la única en supervisar el carácter laboral que desarrollaba cada país, si no que la lucha también ha sido individual obteniendo en virtud un sin número reconocimiento entre los estados el reconocimiento de los derechos laborales como una norma sustantiva útil para poder regular y establecer aquellos parámetros a los cuales se tendrían que encontrar sujetos el trabajador y su empleador.

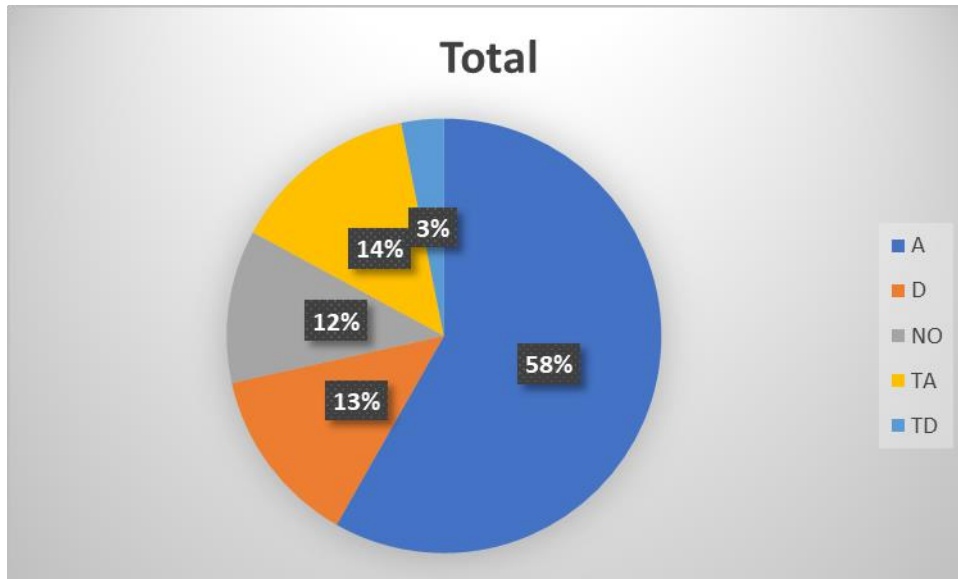
Asimismo, en la Constitución del Perú, en su artículo número uno, señala que el estado es el encargado de velar por el cuidado y dignidad de las personas en general, no haciendo distinción de ninguna manera, así como también reconoce la igual de ley, protegiendo de tal manera a todo nacional ante cualquier acto de discriminación, protegiendo también el derecho individual del trabajo.

No obstante, el derecho laboral se ha visto afectado por las distintas figuras que se han venido presentando dentro de la normativa que la regula, con la intención de ir erradicando el abuso de derecho que pueda existir en contra del trabajador por parte de su empleador; no obstante, se ha podido evidenciar que actualmente se continua afectando algunos derechos remunerativos, como es el caso de aquellos trabajadores dónde se han encontrado bajo la desnaturalización de su contrato laboral, y que por encontrarse en dicha condición se ha visto afectado el pago de sus remuneraciones, al encontrarse en desventaja compensatoria con otro trabajador que se encontraba laborando bajo la mismas condiciones pero con otros supuestos contractuales.

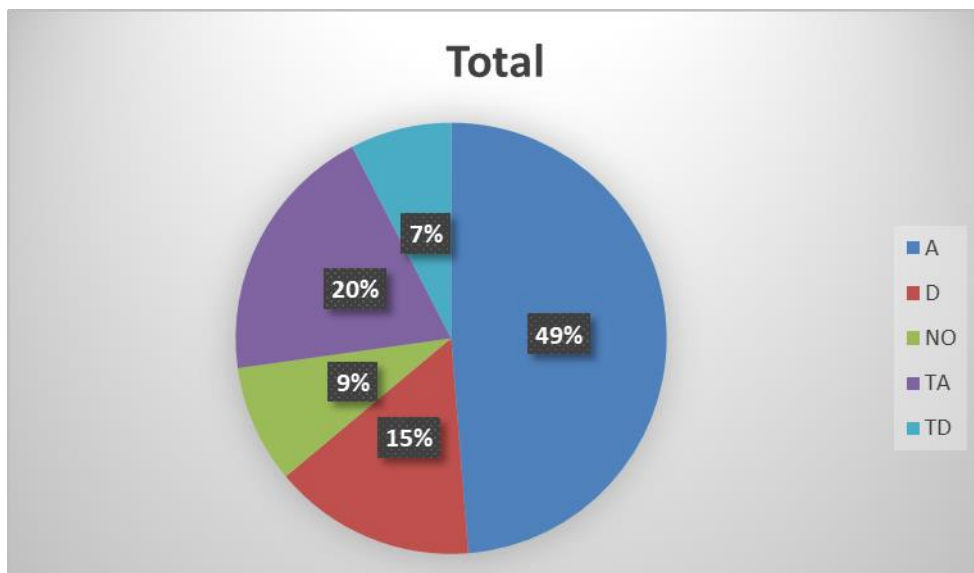
Razón por la cual es necesario dictar algunas medidas que faciliten la aplicación de la justa nivelación salarial en aquellos contratos que hayan sido desnaturalizados, de forma equilibrada y en base a una misma ley para todos.

Lo cual ha quedado corroborado con el estudio previamente realizado, dónde al respecto a la pregunta si Cree Ud. cree que la nueva ley procesal de trabajo debería contener parámetros que permitan exigir judicialmente la nivelación salarial: un

58.22% manifiestan estar de acuerdo y un 13.92% están totalmente de acuerdo con esta.



Aunado a ello, al realizarse el estudio correspondiente para poder reconocer si resulta necesario la implementación de la presente norma; se ha tenido que 49% de la población muestreada considera que la norma existente sobre la materia de estudio no es suficiente para la regulación de la misma.



PARTE SUSTENTATORIA

EXPOSICION DE MOTIVOS

El Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto único Ordenado del D.Leg. N° 728, reconoce que los derechos y beneficios deben ser iguales entre los trabajadores de la misma empresa, lo cual en la actualidad, se viene vulnerado, ya que los empleadores crean puestos de trabajos o faltan a lo establecido en los contratos Laborales celebrados entre él y los trabajadores lo mismo que da origen a que estos trabajadores inicien sus procesos de Desnaturalización de contratos conforme a lo establecido en el artículo 77 de la misma normativa; llegándose en mucho de los casos demandados a tener como resultado Fundada su demanda y en consecuencia se tiene desnaturalizado el contrato y el contrato del trabajador accionante se convierte en plazo indeterminado; sin embargo vemos que en muchos de éstos casos los trabajadores se encontraban ejerciendo labores diferentes a las que establecía su contrato y por lo tanto percibía una remuneración mensual menor a otros trabajadores que se encontraban ejerciendo las mismas funciones que él; sin embargo no se han establecido los parámetros o criterios pertinentes para que el juzgador pueda determinar una igualdad remunerativa para aquellos trabajadores que se encuentren en la situación anteriormente señalada.

Razón por la cual el Perú si bien cierto ha desarrollado un sin número de teorías para poder subsumir lo que se refiere a los contratos desnaturalizados, no ha hecho nada hasta la fecha por intentar tipificar lo que vendría a ser la nivelación salarial, existiendo insuficiente evidencia de lo que esto último vendría a ser, por lo que resulta necesario poder determinar cuáles serían tales condiciones y supuestos que ameriten que un trabajador pueda recibir igual derecho remunerativo que otro.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

Que, el Decreto Supremo N° 03-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tiene como Política Nacional de Empleo el de establecer un grupo de herramientas normativas

destinadas a promover, en armonía con los artículos 42, 48, y 130, de la Constitución Política del Estado, un régimen de igualdad de oportunidades de empleo que pueda garantizar a todos los nacionales el acceso a un trabajo que sea capaz de asegurarlos frente al desempleo y el subempleo, en cualquiera de sus manifestaciones. Razón por la cual con la presente se disminuirá la discriminación laboral y la vulneración de algunos derechos económicos a los que se refiere la misma, existentes en perjuicio de los trabajadores, no causándole al estado ningún gasto adicional, sino que, ayudará al manejo adecuado de los recursos remunerativos que puedan percibir los trabajadores obteniendo de esta manera un pago justo.

De aprobarse la presente iniciativa de ley, entrará en vigencia a partir del día siguiente de su aprobación y publicación en el diario El Peruano, se incorporará a la exigencia del ordenamiento jurídico.

TIEMPO DE VIGENCIA

De aprobarse la iniciativa de ley entrara en vigencia al día siguiente de su aprobación y publicación en el diario oficial “El PERUANO”

PARTE RESOLUTIVA

PROPUESTA DE FORMULA LEGISLATIVA

Artículo 1. Objetivo de la ley:

La presente ley tiene como objetivos, los siguientes:

- a) Impulsar dentro de los estándares políticos económicos la promoción y el acceso al empleo;
- b) Luchar en contra del desempleo y el subempleo, en especial el que perturba a la fuerza laboral juvenil; así como también contra la discriminación y desigualdad laboral.
- c) Incentivar a que el sector público invierta en recursos humanos, sobre todo en aquellas áreas dónde se necesita de un mayor porcentaje de mano de obra.
- d) Asegurar una fuente de ingreso a los trabajadores, que sea justa, que permia su desarrollo social;

- e) Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo;
- f) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;
- g) Afianzar ciertos beneficios sociales existentes.

Artículo 5°. - El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las personas naturales y jurídicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada

Añadir:

(....)

Artículo 77-A°. – Al declararse desnaturalizado un contrato de trabajo, accesoriamente y a pedido de parte se evaluará si cabe la nivelación salarial del trabajador, siendo necesario para ello, se considere lo siguientes lineamientos:

- a) Tiempo de trabajo del trabajador.
- b) Área y cargo que ocupa
- c) Tipo de contrato
- d) Experiencia y preparación académica
- e) Condiciones en las que se encuentra ejerciendo sus funciones

Las misma que deberán ser aplicadas de forma conjunta en el caso concreto

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERO. - El presente proyecto Ley, será de aplicación progresiva, al siguiente día su aprobación y publicación en el Diario oficial El Peruano, iniciándose en primer lugar y por un lapso de un año en el Distrito Judicial de Lambayeque.

Comuníquese al señor presidente constitucional de la república para su promulgación En Chiclayo, a los diecisiete días del mes de junio de dos mil diecinueve.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Conclusiones:

- Se diagnosticó el estado actual de la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, logrando evidenciar la necesidad que existe dentro de la legislación laboral de poder implementar mecanismos que permitan la aplicación de la misma de forma igualitaria.
- Los factores que influyen en la nivelación salarial de los contratos desnaturalizados, en la legislación laboral, son entre otros, el tipo y forma de contrato celebrado entre el empleador y su trabajador, el ánimo del empleador de querer inhibirse de los parámetros exigidos por ley, así como también judiciales, ya que no existe por parte del legislador interés de regular de forma normal dicho tema.
- La implementación criterios en la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral, generará resultados eficacia en el resultado de los procesos seguidos por esta materia, garantizando la debida tutela del derecho exigido, evitando arbitrariedades por parte del juzgador.

RECOMENDACIONES:

Se recomienda implementar la normativa ya existente, respeto al código Procesal Laboral, ya que éste debe contener de forma clara y explícita cuales serían las medidas que el juzgador debe considerar para aplicar la nivelación salarial de forma justa e imparcial en aquellos contratos que se han visto afectados por una desnaturalización.

Referencias:

Business School- Universidad de Barcelona. Tipos de Salarios y sus características. Barcelona. <https://www.obs-edu.com/int/blog-investigacion/recursos-humanos/tipos-de-salario-caracteristicas-y-ventajas-de-cada-uno>

Cárdenas. (2017). La Desnaturalización de los contratos por la modalidad de Terceros en la Sede Central del Gobierno Regional de Huancavelica 2016. Perú: Huancavelica.

Corrochano, L (2013). Las normas internacionales y la Constitución. Reflexión a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. Revista de la PUCP. Vol 20. Pag.30

Cubillos, M. (2015), en su ensayo de grado denominado Como la Nivelación Salarial en los cargos de primera y segunda Línea impacta en el clima laboral. Colombia: Bogotá.

Gonzales, M. (2011). En su tesis de grado para magister, denominada *Los Salarios en Argentina en el largo plazo*.

Illanes, J. (2015), en su tesis de grado denominada Salarios del Sector Público y Privado: Mercado de Trabajo en Bolivia. Universidad Mayor de San Andres.

López (2017), en su tesis de grado denominada *La discrecionalidad del empleador en la determinación de remuneraciones en la empresa privada*. Chiclayo

Luque, M. (2014). Tiempo de Trabajo y autonomía de la Voluntad (colectiva e individual) en España. España: Madrid.

Montoya, M. (2015). Derecho de Trabajo. Edición: 34°. España: Madrid.

OIT. (S/F). El Salario. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/wages/lang--es/index.htm>

OIT. (S/F). El Salario Mínimo. <https://www.ilo.org/global/topics/wages/lang--es/index.htm>

Plá, A. (S.N). Los Principios del Derecho de Trabajo. Argentino: Buenos Aires.

Ramos, N.(2011). Aplicación de la Nivelación salarial y del principio a trabajo igual, salario igual. Colombia

Rendón, J. (1991). Derecho Trabajo. Relaciones individuales en actividad privada. 2° Edición. Perú: Lima.

Rivera, A. (2017).La vulneración de los derechos laborales por parte Tribunal Constitucional en aplicación del precedente vinculante del expediente n° 5057-2013-AA/TC- Caso Huatuco. Universidad Ricardo Palma

Ruiz, L. (2016), La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad. Universidad Católica de San Pablo.

Toyama, J. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú- Un Enfoque

JURISPRUDENCIA:

Sentencia de Tutela N° 369/16- Colombia

Amparo directo en materia de trabajo 2645/45- México

Casación de Colombia N°45830

Exp. N° 4286-2012-AA/TC

Exp. N° 4598-2008-AA/TC

Exp. N° 1874-2002-AA/TC

Casación. Laboral N° 20121-2016

ANEXOS

**PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATO DESNATURALIZADOS EN LA
LEGISLACIÓN LABORAL**

Mediante esta técnica de recopilación de datos se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada al trabajo de investigación que permitirá contrastar la variable dependiente con la independiente, los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadro.

TD: Totalmente Desacuerdo **D:** Desacuerdo **NO:** Ni de acuerdo, ni en desacuerdo

A: De Acuerdo **TA:** Totalmente de Acuerdo

N°	PREGUNTAS	TD	D	NO	A	TA
		1	2	3	4	5
01	¿Considera usted que existen vacíos legales en la norma que regula sobre la nivelación salarial en el Perú?					
02	¿Cree usted que la norma regula adecuadamente la forma en como nivelar las remuneraciones de los trabajadores?					
03	¿Usted cree que es necesario implementar mecanismos legales que permitan proteger en su totalidad los derechos laborales?					
04	¿Considera usted que al no encontrarse totalmente regulado el tema de la nivelación salarial, vulnera los derechos laborales?					
05	¿Considera usted que debería tomarse en consideración la legislación supranacional para la regular la forma en que se deben nivelar las remuneraciones de los trabajadores homólogos?					
06	¿Considera usted que el Estado debería proporcionar lineamientos específicos para otorgar la nivelación remunerativa?					
07	¿Considera Usted que se está realizado una debida interpretación de cómo aplicar la nivelación salarial en los trabajadores?					
08	¿Considera Usted que para solicitar la nivelación salarial se podría usar el reglamento de la ley N° 30709 (ley que prohíbe la discriminación salarial entre varón y mujer) de ser el caso?					

09	¿Considera Usted que la implementación de criterios para determinar la nivelación salarial, debe ser también para el sector público?					
10	¿Considera usted que las recientes jurisprudencias en materia de nivelación salarial determinan ciertos lineamientos para su otorgamiento?					
11	¿Usted cree que la nueva ley procesal de trabajo debería contener parámetros que permitan exigir judicialmente la nivelación judicial?					
12	¿Cree Usted que la nivelación salarial debe aplicarse en casos específicos?					
13	¿Cree usted que las brechas salariales se erradicarían con una debida regulación de las homologaciones remunerativas?					
14	¿Considera usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tenerse en cuenta el tipo de contrato bajo el cual labora el trabajador?					
15	¿Considera Usted que para aplicarse la nivelación salarial debe tener en cuenta el régimen laboral bajo el cual se ha contratado al trabajador?					
16	¿Considera usted que existen vacíos legales en la norma que regula sobre la desnaturalización de los contratos?					
17	¿Considera usted que el Decreto Legislativo n° 729 regula de manera concreta la desnaturalización de contratos?					
18	¿Cree usted que la desnaturalización de contratos debe otorgar también beneficios económicos?					
19	¿Considera que de ser el caso, la nivelación salarial debería ser consecuencia de una desnaturalización contractual?					
20	¿Considera usted que la desnaturalización de un contrato otorga todos los beneficios que permitan emendar la vulneración de derechos existentes?					

21	¿Usted cree que los criterios regulados para la desnaturalización de contratos son suficientes?					
22	¿Considera usted que la desnaturalización de contratos es producto de la mala elaboración de los contratos por parte de la empleadora?					
23	¿Considera usted que la normativa que regula la desnaturalicen de contratos se encuentra conforme a la realidad de nuestro país?					
24	¿Considera usted que la normativa existente regula en su totalidad lo que debería ser la desnaturalización de contrato?					
25	¿Usted cree que el tiempo de duración del contrato es lo único que debería variar al desnaturalizarse un contrato?					
26	¿Cree que la desnaturalización del contrato debe emplear diferentes requisitos, según el tipo de contrato que tenga el trabajador?					
27	¿Cree que la normativa vigente en tema laboral, debería entablar una sola figura para tratar la desnaturalización de contratos y la nivelación salarial?					
28	¿Considera usted que al no encontrarse totalmente regulado el tema de los contratos desnaturalizado, vulnera los derechos laborales?					
29	¿De no establecerse los criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, considera que se estaría promoviendo la discriminación laboral?					
30	¿De no establecerse los criterios para determinar la nivelación salarial en los contratos desnaturalizados, considera que continuaría vulnerando los derechos de los trabajadores?					

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA
PROPONER CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NIVELACIÓN SALARIAL EN LOS CONTRATOS DESNATURALIZADOS EN LA LEGISLACION LABORAL	¿Cómo determinar la Nivelación salarial en los contratos desnaturalizados en la legislación laboral?	<p>GENERAL:</p> <p>proponer criterios para determinar la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral</p> <p>ESPECIFICOS:</p> <p>1.-Diagnosticar el estado actual de la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral</p> <p>2.-Identificar los factores influyentes en la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral</p> <p>3.-Diseñar criterios para determinar la legislación laboral</p> <p>4.-Estimar los resultados que generará la implantación criterios en la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral</p>	La implementación de criterios determinaría la Nivelación salarial en los contrato desnaturalizados en la legislación laboral	<p>Independiente:</p> <p>La nivelación Salarial</p> <p>Dependiente:</p> <p>Contratos desnaturalizados</p>	<p><i>Normativa</i></p> <p><i>Igualdad</i></p> <p><i>Contrato</i></p> <p><i>tipología</i></p> <p><i>Reconocimiento de derechos</i></p> <p><i>Contrato</i></p>	<p>Tipo de investigación.</p> <p>-</p> <p>No experimental.</p> <p>Transversal</p> <p>Descriptiva</p> <p>Correlacional.</p> <p>Diseño de investigación.</p> <p>-</p>	<p>Población: Comunidad Jurídica dividida en 18 Jueces y 824 abogados laboralista en total 842 agremiados.</p> <p>Muestra: Conformada por 158 abogados, entre jueces y especialista laborales.</p> <p>Unidad de Estudio: Conformada por un juez y un abogado especialista en lo laboral.</p>

Sentencia T-369/16

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR NIVELACION SALARIAL- Caso de trabajadora que padece cáncer en el cerebro y solicita la nivelación salarial

Si bien es cierto que la accionante puede acudir al juez natural para, a través de los medios de control de la actividad de la administración, proponer su controversia, también lo es que se trata de una persona en precarias condiciones de salud, que requiere que su situación sea atendida por un juez constitucional, debido a que no se encuentra en condiciones de esperar los términos que tarda el proceso judicial que presente ser asumido como principal, dada su enfermedad de pronóstico negativo.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Juez debe ser más flexible, en desarrollo del principio de igualdad, aplicando un tratamiento diferencial positivo

El juez constitucional debe ser más flexible estudiando la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad.

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Protección constitucional especial

ENFERMEDAD CATASTROFICA O RUINOSA-Protección constitucional reforzada de personas con cáncer

De manera reiterada, esta Corporación se ha referido a la especial protección constitucional de que gozan las personas con diagnóstico de cáncer, en tanto enfermedad catastrófica y ruinosa. Es así como se ha dicho que la protección reforzada de estos ciudadanos obedece a la carga que, en perspectiva, deben asumir para la satisfacción de sus necesidades respecto de las demás personas que no atraviesan tales condiciones médicas, no sólo por los síntomas o consecuencias derivadas de las mismas, sino por el carácter “terminal” que en la mayoría de ocasiones enmarca a este tipo de padecimientos.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ-Nivelaciones salariales

Por regla general, no se puede solicitar una nivelación salarial a través de la acción de tutela. Sin embargo, en casos excepcionales dichas acciones son procedentes cuando cumplen los requisitos generales de procedibilidad y, adicionalmente, cuando satisfacen dos exigencias especiales: (i) que el asunto tenga relevancia constitucional, y (ii) que haya

elementos que conduzcan a hacer evidente la discriminación laboral y que den cuenta de la necesidad de un pronunciamiento de fondo, el cual, en todo caso, no dependerá de un análisis normativo o de un debate probatorio que supere las capacidades, la disponibilidad y las competencias del juez de tutela.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR NIVELACIONES SALARIALES-
Procedencia por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no cuenta con el carácter de eficacia, en razón al avance degenerativo de la enfermedad que presenta la accionante

DESCENTRALIZACION TERRITORIAL DEL SERVICIO EDUCATIVO-
Alcance

Con la introducción de la Constitución de 1991, el servicio público educativo ha venido atravesando un proceso de descentralización territorial orientado a garantizar su prestación y aumentar su cobertura en especial beneficio de la población económicamente vulnerable.

PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Alcance

El principio “a trabajo igual, salario igual” corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

DERECHO A LA IGUALDAD Y DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Procedencia de la tutela frente a la violación

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD-Orden a Alcaldía Municipal reconocer y pagar nivelación salarial y el retroactivo salarial causado en favor de la accionante

Referencia: Expediente T-5422885

Acción de tutela presentada por Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación Municipal de Cartago, Valle del Cauca.

Magistrada ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo al cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago, Valle del Cauca, el nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015) y, en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, el dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015), en el proceso de tutela que inició Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación Municipal de Cartago, Valle del Cauca, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital.

El proceso de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, mediante Auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016), a través del cual, además, se repartió su sustanciación a la Sala Primera de Revisión de esta Corporación.

I. DEMANDA Y SOLICITUD

Una trabajadora de la Alcaldía de Cartago presentó acción de tutela contra la entidad territorial por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, alegando la existencia de una diferencia salarial injustificada entre ella y un grupo de personas que ocupa su mismo cargo, que desarrolla sus mismas funciones y que tiene las mismas competencias.

1. Hechos

1.1. Martha Lucía Cardona Patiño tiene cincuenta y cinco (55) años de edad^[1], desde el veintiuno (21) de enero de dos mil trece (2013) se desempeña como secretaria código 440, grado 10, en la institución educativa oficial “Indalecio Penilla” en el municipio de Cartago, Valle del Cauca, y presenta un diagnóstico de cáncer en el cerebro que compromete su sistema nervioso.

1.2. La accionante manifiesta que empezó a trabajar en el municipio después de ganar un concurso abierto de méritos^[2] e integrar la lista de elegibles^[3] para ocupar un puesto de carrera, con ocasión de lo cual fue nombrada en periodo de prueba el diez (10) de enero de dos mil trece (2013), mediante la Resolución municipal No. 17 de esa fecha. Se posesionó el día veintiuno (21) del mismo mes, según consta en el Acta N° 30. Posteriormente, fue nombrada en propiedad mediante el Decreto municipal 066 de 2013 y se posesionó el treinta (30) de agosto del mismo año, según obra en el acta N° 129 que se levantó ese día.^[4]

1.3. Martha Lucía está recibiendo tratamiento médico a raíz de un tumor cerebral denominado “glioblastoma multiforme grado IV”, diagnosticado desde el 17 de febrero de 2015,^[51] el cual afecta su sistema nervioso. Las manifestaciones más notorias de dicha enfermedad son, entre otras: (i) dolor de cabeza intenso (cefalea), (ii) dificultad para articular sonidos y palabras (disartria), (iii) parálisis parcial del brazo derecho (paresia) y (iv) convulsiones.^[61]

1.4. Señala que tres (3) mujeres que participaron en el mismo concurso, que ocupan su mismo cargo, que desempeñan sus mismas funciones^[71] y que tienen sus mismas competencias, reciben un mayor salario. La diferencia entre ellas es de aproximadamente cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$450.000.00) mensuales^[81].

1.5. Las funciones de todos los secretarios código 440, grado 10, se encuentran reguladas en el Decreto Municipal N° 3 de 2011,^[91] según el cual los mencionados secretarios deben “[...] desempeñar labores secretariales en el área de trabajo a la cual sea asignado dentro del concepto de planta global, para el eficaz desarrollo de los procesos y el eficiente desempeño de la dependencia”^[101]. Dentro de sus funciones se enlistan, entre otras, las siguientes: “1. Atender personal y telefónicamente al público interno y externo que lo solicite y dar respuesta oportuna a sus necesidades. || 2. Preparar, digitar textos, diseño de gráficas y documentos en generales que se produzcan en la dependencia. || 3. Redactar, transcribir y enviar la correspondencia y/o documentos que le sean asignados y controlar el recibo oportuno por parte del destinatario. || 4. Recibir, radicar, tramitar, entregar y archivar la correspondencia y/o documentos que entren o salgan de la dependencia, para responder eficazmente con el sistema de gestión documental adoptado por la alcaldía [...]”^[111] De conformidad con dicho cuerpo normativo, los requisitos para ocupar el cargo de secretario código 440, grado 10, son: (i) título de bachiller en cualquier modalidad; (ii) curso de secretariado en sistemas, y (iii) experiencia relacionada de doce (12) meses.

1.6. Explica que algunos de sus compañeros, quienes estaban igualmente inconformes con las diferencias salariales descritas, interpusieron acciones de tutela, en virtud de las cuales se ordenó su inmediata nivelación^[121].

1.7. Las personas a las que hizo referencia la accionante se llaman Edna Silvana Toro Ayala, Gloria Giraldo Mejía y Omaira del Carmen Jaramillo. Todas ellas trabajaban para el departamento del Valle del Cauca cuando éste estaba encargado del servicio público educativo y fueron incorporadas a la planta central del municipio en virtud de la Resolución municipal No. 363 del veintinueve (29) de junio de dos mil diez (2010)^[131]. Para ese entonces, el salario base para el cargo de secretario código 440, grado 10, era de un millón ciento doce mil seiscientos catorce pesos (\$1.112.614.00). Pero las referidas funcionarias ganaban un millón quinientos diecisiete mil ciento ochenta y cinco pesos (\$1.517.185.00) (éste era el caso de las señoras Giraldo y Toro) o un millón quinientos treinta y un mil setecientos treinta y un pesos (\$1.531.731.00) (en el caso de la señora Jaramillo). A pesar del paso del tiempo, la diferencia se mantuvo. Para el dos mil trece (2013), Martha Lucía devengaba un millón doscientos cincuenta y seis mil setecientos sesenta y nueve pesos (\$1.256.769.00) al mes, mientras que sus compañeras ganaban entre un millón setecientos trece mil setecientos cincuenta y nueve pesos (\$1.713.759.00) y un millón setecientos treinta mil ciento ochenta y nueve pesos (\$1.730.189.00) mensuales.^[141] Ahora bien, para el momento de promover la acción de tutela objeto de

estudio, la accionante percibía por concepto de salario básico la suma de un millón doscientos noventa y tres mil setecientos dieciocho pesos (\$1.293.718.00).^[15]

1.8. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, interpuso la acción de tutela bajo referencia por considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad. Esto, dado que, por un lado, desde su parecer se está desconociendo el principio “a trabajo igual, salario igual”^[16] y, por el otro, el sesenta y seis punto sesenta y siete por ciento (66.67%) del salario que recibe actualmente, por estar permanentemente incapacitada, resulta insuficiente para garantizar una vida digna^[17]. Como consecuencia, al encontrarse en una condición de vulnerabilidad, solicitó una nivelación salarial urgente y el pago de los retroactivos correspondientes.

2. Trámite dado por el juez constitucional en primera instancia

Después de admitir la acción mediante Auto proferido el treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), el juez de primera instancia vinculó al proceso a la Alcaldía Municipal de Cartago. En el mismo sentido, y en respuesta a la sugerencia hecha por la Secretaria de Educación Municipal, el Juzgado vinculó al Ministerio de Educación, mediante Auto proferido el cuatro (4) de septiembre de dos mil quince (2015).

3. Respuesta de las entidades accionadas

3.1. La Secretaría de Educación de Cartago

3.1.1. A través de escrito fechado el tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015), la secretaria de educación de Cartago señaló que no había vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de la actora, porque la diferencia de trato estaba justificada en una condición laboral distinta. Esto es, que las personas que recibían un mayor salario habían sido trasladadas del departamento al municipio, con una asignación salarial superior o como consecuencia de un fallo de tutela. Por ende, la Secretaría de Educación, por un lado, estaba en el deber de respetarles sus derechos adquiridos mientras siguieran ocupando sus cargos y, por el otro, tenía que aplicarles a todos los demás trabajadores la tabla general de salarios que adoptó la entidad conforme al estudio técnico respectivo y los procesos previos de homologación y nivelación salarial. Para respaldar su postura, señaló que las decisiones que en su momento tomó la entidad territorial sobre la materia habían sido discutidas y aprobadas por el Ministerio de Educación^[18], el cual, a su vez, había tenido en cuenta el concepto que sobre el particular emitió el Consejo de Estado^[19].

3.1.2. Adicionalmente, la Secretaria de Educación manifestó su preocupación ante un eventual fallo condenatorio, toda vez que la entidad territorial no tiene las facultades suficientes para modificar a su arbitrio los salarios pagados a través del Sistema General de Participaciones, puesto que esto la llevaría a exceder el presupuesto que fue aprobado para esa anualidad.

3.1.3. Por último, indicó que los derechos de Martha Lucía al mínimo vital y a la salud no estaban comprometidos. Al estar gozando de su incapacidad, seguía vinculada al municipio, era atendida por su EPS en el régimen contributivo y recibía puntualmente el pago de su salario.

3.2. La Alcaldía Municipal de Cartago

La Alcaldía Municipal de Cartago respondió a la acción de tutela a través de apoderado judicial^[20], quien manifestó que: (i) la solicitud de amparo era improcedente, pues, dado que la actora seguía vinculada a la planta central del municipio, no existía un perjuicio irremediable; (ii) había otro medio judicial de defensa disponible ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo^[21], y (iii) no se satisfizo el requisito de inmediatez, pues habían transcurrido más de dos años y medio desde que la accionante se posesionó y ocurrió la presunta vulneración.

3.3. El Ministerio de Educación

El ocho (8) de septiembre de dos mil quince (2015), la Oficina Asesora del Ministerio de Educación^[22] contestó a la acción de tutela. Hizo un recuento normativo sobre el tema y señaló que, dado que su competencia es fijar las políticas generales del sector, no es responsable ni tiene injerencia sobre las acciones adelantadas por las entidades territoriales en la administración y prestación del servicio educativo.

4. Decisión del juez constitucional en primera instancia

El nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago, Valle del Cauca, profirió Sentencia. Declaró que la tutela era improcedente porque no satisfacía el requisito de subsidiariedad, pues ante la ausencia de un perjuicio irremediable, la actora podía demandar al municipio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; medio que el Juzgado estimó como efectivo e idóneo para obtener la pretendida nivelación salarial.

5. Impugnación

El catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015), Martha Lucía impugnó el fallo de primera instancia por considerar que su demanda sí era procedente al existir un perjuicio irremediable. Alegó que no podía soportar los tiempos y las cargas propias de los procesos ordinarios porque le quedaban pocos meses de vida. A este respecto, precisó que, después de que culminara el proceso de rehabilitación integral, recibió un concepto desfavorable de recuperación por parte de su EPS^[23].

6. Trámite surtido en segunda instancia

6.1. Mediante Auto proferido el trece (13) de octubre de dos mil quince (2015), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, le ordenó a la Secretaría de Educación Municipal certificar desde cuándo se encuentran vinculadas las señoras Edna Silvana Toro Ayala, Gloria Giraldo Mejía y Omaira del Carmen Jaramillo^[24], anexando sus actas de posesión y señalando la denominación de sus cargos, funciones y salarios. La Secretaría remitió la información correspondiente, la cual se resume a continuación:

6.1.1. Omaira del Carmen Jaramillo Sánchez se vinculó al departamento del Valle como secretaria código 5140, grado 8, el once (11) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997); fue transferida al municipio el primero (1º) de julio de dos mil diez (2010) en condición “especial y transitoria”.^[25]

6.1.2. Gloria Giraldo Mejía se vinculó al departamento del Valle como secretaria código 5140, grado 08, el dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997); fue transferida al municipio el veinte (20) de diciembre de dos mil siete (2007) en condición “especial y transitoria”.^[26]

6.1.3. Edna Silvana Toro Ayala se vinculó al departamento del Valle como secretaria código 5140, grado 06, el treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996); fue transferida al municipio el doce (12) de febrero de dos mil trece (2013) en condición “especial y transitoria”.

Todas ellas perciben una asignación salarial superior a la de las secretarías de planta de la alcaldía, en razón a sus derechos adquiridos; hoy ocupan el cargo de secretaria código 440, grado 10; y reciben una remuneración correspondiente a un millón ochocientos cuarenta y seis mil trescientos sesenta y tres pesos (\$1.846.363.00) mensuales^[27].

6.1.4. Todas las personas que ocupan el cargo de secretario código 440, grado 10, desarrollan las mismas funciones, las cuales se encuentran regladas en el Decreto municipal 003 de 2011^[28].

7. Decisión del juez constitucional en segunda instancia

El dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, profirió sentencia. Confirmó la decisión del juez de primera instancia, compartiendo las mismas razones, y sostuvo que no existía un perjuicio irremediable pues, a pesar de la difícil situación de salud de la actora, ella está siendo atendida por su EPS al seguir vinculada al municipio y, consecuentemente, al régimen contributivo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Primera de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991^[29].

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de solución

En el presente caso, se discute la existencia de una presunta diferenciación laboral injustificada al interior de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca, relacionada con asignaciones salariales distintas para cargos de carrera, con relación a funcionarias que ocupan el mismo cargo, que desarrollan las mismas funciones y que se les exige los mismos requisitos para ocuparlos. A juicio de la demandante, este trato carece de causa objetiva y, por lo tanto, lesiona su derecho fundamental a la igualdad, en desconocimiento del principio “a trabajo igual, salario igual”^[30]. Por su parte, la entidad territorial estima que el trato reprochado por la actora está justificado, toda vez que la Alcaldía le paga más a unas personas que a otras porque las primeras tienen un derecho adquirido del que las

segundas carecen, debido a que fueron transferidas del departamento al municipio, pero en la Secretaría de Educación del departamento su salario era superior. Dicha transferencia tuvo como causa el proceso de descentralización territorial del servicio educativo, desarrollado a partir del año dos mil uno (2001), por mandato de la Ley 715 de ese año^[31] y en cuya virtud fue necesario respetar a los empleados del nivel departamental su remuneración.

En este sentido, en caso de tornarse procedente la acción objeto de estudio, la Corte no se ocuparía de precisar si hay una desigualdad salarial, pues esto se encuentra plenamente probado. Le correspondería, por el contrario, definir si la diferenciación carece de justificación en el caso concreto y, por lo tanto, si se traduce en una discriminación contraria a la Carta Política.

En este punto es importante poner de presente que en el caso se observa otro problema de relevancia constitucional: según los jueces de instancia, la tutela interpuesta por Martha Lucía es improcedente porque no satisfizo los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, dada la aparente existencia de un medio ordinario de defensa judicial, por un lado, y el paso de más de dos años y medio entre la ocurrencia de la situación y la presentación de la tutela, por el otro.

De esta forma, a manera de síntesis, los problemas objeto de la controversia parten de la situación que se presenta en la Secretaría de Educación de un Municipio, al reconocer salarios diferentes a servidoras públicas que ocupan iguales empleos, cumplen las mismas funciones y para su desempeño deben reunir los mismos requisitos. La Corte además inicialmente debe ocuparse de constatar si los medios ordinarios resultan efectivos e idóneos a la luz del caso concreto y si existe una razón válida a la luz de las particularidades del asunto, para determinar si en esta oportunidad se cumple con el requisito de inmediatez por haber transcurrido dos años y medio desde que la persona ingresa al servicio y el momento en que instauró la tutela.

Así las cosas, la Sala debe ocuparse de los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La acción de tutela promovida por una ciudadana que atraviesa una enfermedad terminal (cáncer encefálico) con concepto médico desfavorable para recuperación (Martha Lucía Cardona Patiño) contra la Secretaría Municipal de Educación de Cartago (Valle del Cauca), cuyo objeto es una nivelación salarial, cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez y por tanto merece un estudio de fondo, pese a que existe un medio de defensa judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y han transcurrido aproximadamente dos (2) años desde la presunta vulneración de los derechos invocados y la fecha en que promueve la solicitud de amparo?

- ¿Vulnera una entidad pública (el Municipio de Cartago) el derecho fundamental a la igualdad de una de sus trabajadoras (Martha Lucía Cardona Patiño), al establecerle una asignación salarial inferior respecto de sus pares, bajo el argumento de que a quienes están cobijadas con una mayor remuneración les asiste un derecho adquirido por haber sido trasladadas de la Secretaría de Educación de la Gobernación, en donde devengaban un mejor salario a lo previsto en la tabla general del municipio, a pesar de que todas ellas ocupan el mismo cargo, con igual denominación y funciones?

Para responder a estos interrogantes, la Sala comenzará recordando las reglas de procedibilidad de la acción de tutela y señalará si se cumplen en el proceso de la referencia. Seguidamente, analizará el proceso de descentralización del servicio educativo. Hecho esto, sintetizará la jurisprudencia constitucional sobre el principio “a trabajo igual, salario igual”. Pasará después a resolver el caso concreto, analizando si la desigualdad está sustentada en razones válidas. Finalmente, formulará unas conclusiones e impartirá las órdenes que estime necesarias.

3. La acción de tutela promovida por la señora Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación Municipal de Cartago, Valle del Cauca, es procedente en razón de las condiciones particulares que presenta la accionante

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela está definido en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991^[32]. Allí se establece que dicho recurso es procedente sólo si se emplea (i) cuando el actor no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) cuando los otros medios resultan inidóneos o ineficaces para el amparo de los derechos fundamentales, o (iii) para evitar la consumación de un perjuicio irremediable^[33]. En el primer y segundo caso, la protección constitucional tiene un carácter definitivo, mientras que en el tercero tiene uno transitorio o temporal^[34].

Cuando existen otros medios de defensa judicial, la procedencia de la tutela queda sujeta al cumplimiento del requisito de *subsidiariedad*, en virtud del cual se debe analizar si existe un perjuicio irremediable, o si los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. Esto permite preservar la naturaleza de la acción en cuanto (i) se evita el desplazamiento innecesario de los mecanismos ordinarios, caracterizados por ofrecer los espacios naturales para invocar la protección de la mayoría de los derechos fundamentales, y (ii) garantiza que la tutela opere únicamente cuando se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección efectiva de tales derechos a la luz de un caso concreto.

La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional establecer la funcionalidad de tales mecanismos, teniendo en cuenta la situación del accionante, para concluir si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva del derecho cuyo amparo se pretende. Es decir, si dichos medios de defensa ofrecen la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela y si su ejecución no generaría una lesión mayor de los derechos del afectado.

La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de *inmediatez*. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración. La *inmediatez* encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales. Es decir, que pese a no contar con un término de caducidad por mandato expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna^[35].

Adicionalmente, el juez constitucional debe ser más flexible estudiando la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta^[36]. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e *inmediatez* desde una óptica menos estricta, pues el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad^[37].

Al respecto, resulta importante tener en cuenta que, de manera reiterada, esta Corporación se ha referido a la especial protección constitucional de que gozan las personas con diagnóstico de cáncer, en tanto enfermedad catastrófica y ruinosa.^[38] Es así como se ha dicho que la protección reforzada de estos ciudadanos obedece a la carga que, en perspectiva, deben asumir para la satisfacción de sus necesidades respecto de las demás personas que no atraviesan tales condiciones médicas, no sólo por los síntomas o consecuencias derivadas de las mismas, sino por el carácter “terminal” que en la mayoría de ocasiones enmarca a este tipo de padecimientos. Por ello, se ha aclarado que la atención especial a la que aquí se está haciendo referencia se encuentra constitucionalmente sustentada en virtud de, por lo menos, los siguientes mandatos superiores: (a) asegurar la vida de los integrantes de la nación,^[39] (b) el respeto de la dignidad humana y solidaridad como fundamentos de la república,^[40] (c) efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales,^[41] (d) derecho a la vida,^[42] (e) derecho a la integridad física,^[43] (f) la garantía del derecho a la igualdad real y efectiva, con protección especial de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta derivada de condiciones físicas, mentales o económicas,^[44] (g) seguridad social de naturaleza progresiva,^[45] (h) el deber de obrar conforme al principio de solidaridad;^[46] entre otros.

Ahora bien, en el caso específico de las nivelaciones salariales a través de la acción de tutela, la Corte ha asumido diversas posiciones en materia de procedibilidad. En un comienzo, no aceptaba muchas excepciones. La procedencia de la tutela era constantemente rechazada, salvo que fuera el único medio judicial disponible, o se buscara un amparo transitorio ante la amenaza de un perjuicio irremediable^[47].

Posteriormente, la Corporación acogió una posición radicalmente opuesta. La mayoría de las tutelas que denunciaban una discriminación laboral injustificada eran declaradas procedentes, pues al tratarse de una vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, se referían a asuntos propios y exclusivos de la jurisdicción constitucional. Los procesos laborales o contenciosos, según el caso, eran considerados inidóneos, pues el análisis que los caracterizaba se agotaba en el cotejo del contrato o acto administrativo con

la legislación y las convenciones colectivas, más no en la lectura y en la aplicación de las disposiciones superiores.^[48]

Finalmente, la Corte adoptó una última y tercera postura, la cual perdura hasta la fecha. Por regla general, no se puede solicitar una nivelación salarial a través de la acción de tutela. Sin embargo, en casos excepcionales dichas acciones son procedentes cuando cumplen los requisitos generales de procedibilidad (los hasta aquí descritos) y, adicionalmente, cuando satisfacen dos exigencias especiales: (i) que el asunto tenga relevancia constitucional,^[49] y (ii) que haya elementos que conduzcan a hacer evidente la discriminación laboral y que den cuenta de la necesidad de un pronunciamiento de fondo, el cual, en todo caso, no dependerá de un análisis normativo o de un debate probatorio que supere las capacidades, la disponibilidad y las competencias del juez de tutela.^[50]

En relación con el caso que se estudia, Martha Lucía es empleada de la Secretaría de Educación del Municipio de Cartago, accedió al cargo que ocupa por concurso de méritos, padece cáncer en el cerebro, con concepto desfavorable de recuperación.^[51] Razón por la cual solicitó la nivelación salarial a la que cree tener derecho mediante acción de tutela. Con base en ello, dice que requiere de ella con urgencia básicamente por dos razones, a saber: (i) porque el porcentaje que actualmente recibe de su salario, equivalente al sesenta y seis punto sesenta y siete por ciento (66.67%) en razón de la incapacidad médica en la que se encuentra, es insuficiente para satisfacer sus necesidades básicas y cuidar de su delicado estado de salud, y (ii) porque a raíz del delicado estado de su enfermedad, que le causa todos los días más deterioro en sus funciones básicas, no puede esperar los tiempos extensos de un proceso ordinario, toda vez que existe la posibilidad de que su supervivencia se agote en extremo para cuando se profiera la sentencia respectiva.^[52]

Ambos jueces de instancia consideraron que la tutela era improcedente por no satisfacer los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Teniendo en cuenta que la desigualdad denunciada por Martha Lucía se originó en actos administrativos generales y particulares expedidos por el municipio de Cartago, tenía a su alcance las acciones de nulidad simple, y nulidad y restablecimiento del derecho, pues esos eran los espacios idóneos para solucionar la mencionada controversia. En consecuencia, desde su punto de vista, dada la naturaleza subsidiaria de la tutela, ésta no podría entrar a remplazar la vía ordinaria. Menos aún si, según las autoridades judiciales, no existía un perjuicio irremediable, pues el estado de salud de la actora no se encuentra ligado a la nivelación reclamada.

Respecto de la inmediatez, las instancias le reprocharon a Martha Lucía el hecho de haber dejado pasar dos años y medio desde la ocurrencia de la presunta vulneración hasta el día en que interpuso la tutela. A su juicio, este plazo era irrazonable y no se compaginaba con la urgencia y la celeridad características del proceso tutelar.

Frente a las consideraciones que dieron lugar a las sentencias de instancia en las que se declaró improcedente la tutela promovida por Martha Lucía, la Sala Primera de Revisión difiere de las mismas, por las razones que a continuación se desarrollan: si bien es cierto que la accionante puede acudir al juez natural para, a través de los medios de control de la actividad de la administración, proponer su controversia, también lo es que se trata de una

persona en precarias condiciones de salud, que requiere que su situación sea atendida por un juez constitucional, debido a que no se encuentra en condiciones de esperar los términos que tarda el proceso judicial que presente ser asumido como principal, dada su enfermedad de pronóstico negativo. En cuanto al término que tardó para proponer la tutela, cabe anotar que ingresó a trabajar el 21 de enero de 2013, desempeñándose como secretaria código 440 grado 10, en la institución educativa oficial “Indalecio Penilla” del municipio de Cartago, y desde el 17 de febrero de 2015 le fue diagnosticada la enfermedad a la que aquí se ha estado haciendo alusión.

Estuvo laborando por espacio de dos años en la institución, hasta que se enteró por sus compañeras de trabajo que en la Secretaría de Educación del Municipio, laboraban otras personas que tenían igual cargo y funciones y, para su ejercicio debían reunir los mismos requisitos; sin embargo, su asignación salarial era superior a la de sus colegas.

En el momento en que se enteró y corroboró que incluso algunas de sus compañeras habían sido amparadas en sus derechos fundamentales por tutela, presentó la acción (31 de agosto de 2015).

El medio de control denominado “de nulidad y restablecimiento del derecho”, por ejemplo, es idóneo para denunciar la desigualdad salarial, pero no es eficaz para el caso concreto, pues Martha Lucía no está en condiciones de asumir como mecanismo principal el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, como quiera que no significaría una alternativa de amparo inmediato que se comparezca con las circunstancias especiales que rodean a la accionante:

En primer lugar, se encuentra acreditado que la actora presenta un diagnóstico clínico de cáncer cerebral, con calificación de “terminal” y con concepto desfavorable de recuperación.^[53] Esta sola condición hace que la actora sea reconocida por el ordenamiento constitucional como un sujeto de especial atención o de protección reforzada, por la evidente vulnerabilidad a la que se encuentra sometida, en razón de que, como se dijo con precedencia, así ha sido reconocido por parte de esta Corporación respecto de las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, especialmente cáncer.

En segundo lugar, la debilidad de la accionante no sólo se encuentra evidenciada por el hecho de su enfermedad, sino por las consecuencias que la misma ha tenido en el desarrollo de sus actividades, pues en el expediente se encuentra acreditado que a la señora Cardona se le han prescrito incapacidades médicas que le han significado una importante reducción de sus ingresos mensuales, como quiera que se encuentra percibiendo el 66.67% de su salario normal.

De esta forma, pese a existir otro mecanismo de defensa judicial de carácter idóneo, la actora se encuentra en una situación de debilidad manifiesta derivada tanto de la enfermedad catastrófica que padece como de la reducción de ingresos ocasionada, precisamente, por el cuadro clínico que presenta.

Como se indicó con anterioridad, siempre que el juez constitucional se enfrenta al estudio de procedencia de una acción de tutela, es su deber agotar una valoración tendiente a garantizar la plena y efectiva realización de los derechos fundamentales, por lo que, en casos en los que se advierte la concurrencia de condiciones que dan cuenta de una

titularidad de especial protección en cabeza de quien promueve el amparo, es deber de esta autoridad judicial flexibilidad las reglas comunes de procedibilidad. Con base en ello es posible señalar que, en el presente caso, aun cuando los jueces de instancia estimaron que la controversia puesta a conocimiento por parte de Martha Lucía Cardona debía ser resuelta por el juez ordinario por el hecho de tratarse de pretensiones de contenido económico, se observa que pese a la existencia del mecanismo existente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si se tiene en cuenta la situación de salud y económica de la actora, que dan cuenta de su pertenencia a un grupo vulnerable (como lo son quienes enfrentan la enfermedad catastrófica del cáncer), se evidencia que existen elementos suficientes para señalar que la accionante se encuentra en situación de debilidad manifiesta y ello potencializa su vulnerabilidad, por cuanto atraviesa una situación que es *grave*, teniendo en cuenta su patología que le ha impedido desarrollar sus funciones laborales en condiciones de normalidad, pero que también se torna *urgente*, pues dado que la situación de la actora se hace cada vez más gravosa, por las complicaciones propias de una enfermedad con concepto desfavorable de recuperación (las cuales advierten incluso el fallecimiento amenazador de quien las sufre), su atención por parte de las autoridades del Estado resulta inaplazable, como medida positiva y de protección especial en virtud de su debilidad.

De conformidad con lo expuesto, para esta Sala no hay duda de que pese a existir un mecanismo de defensa dotado de idoneidad, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, éste no cuenta con el carácter de eficacia y por tanto con la virtualidad para resolver la solicitud de la accionante, enmarcada por la urgencia en el tiempo de recibir atención judicial, en razón al avance degenerativo de la enfermedad que presenta. Por ello, la acción de tutela se torna como la vía impostergable para resolver la controversia planteada en el recurso de amparo, destinada a garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la igualdad de la actora.

Aunado a lo anterior y en relación con el reproche planteado por los jueces de instancia frente al supuesto incumplimiento del requisito de inmediatez, esta Sala estima que el término de dos años y medio se encuentra plenamente justificado. La vulneración que alegó la peticionaria perdura en el tiempo porque, al tratarse de una presunta injusticia relacionada con el monto de su salario, se actualiza cada final de mes cuando recibe una suma inferior a la que cree tener derecho. Sin perjuicio de la prescripción de los incrementos debidos, la tutela satisface el requisito en mención pues el plazo entre la vulneración y la presentación de la acción debe contarse desde la fecha del último pago.

Satisfechos los recursos generales de procedencia de la acción de tutela, se encuentra que, además, la solicitud de amparo objeto de estudio satisface las dos condiciones especiales de procedibilidad que la jurisprudencia ha exigido cuando se reclama una nivelación salarial a través del recurso de tutela. En primer lugar, el asunto tiene relevancia constitucional porque trata de una presunta vulneración de los derechos fundamentales a igualdad y trabajo. Además, existen elementos que evidencian una posible actuación discriminatoria (los soportes de la diferencia salarial, las acciones de tutelas que dice la actora haber reconocido la nivelación de remuneraciones a algunas de sus compañeras y las manifestaciones mismas de las entidades accionadas), cuyo alcance, contenido y juicio constitucional sólo podría ser objeto de agotamiento en el estudio de fondo del caso concreto y no en la etapa de procedencia.

En consecuencia, la Sala Primera considera que la acción de tutela interpuesta por Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación de Cartago, Valle del Cauca es procedente, pues si bien se trata de un caso en el que se discute el reconocimiento de una nivelación salarial, lo cierto es que se trata de un sujeto de especial protección constitucional que presenta una enfermedad catastrófica, cuyo estado pone de presente la urgencia de un pronunciamiento judicial que impide esperar los trámites de las acciones ordinarias.

Por lo tanto, estudiará el problema jurídico referente a la configuración de un presunto trato discriminatorio, advirtiendo que si encuentra una vulneración, otorgará un amparo definitivo, pues la procedencia está sustentada en la ineficacia del recurso principal y su consecuente imposibilidad para atender las especialísimas condiciones que tornan como urgente el pronunciamiento judicial.

5. La descentralización territorial del servicio educativo

5.1. Contextualización y síntesis del problema

Con la introducción de la Constitución de 1991, el servicio público educativo ha venido atravesando un proceso de descentralización territorial orientado a garantizar su prestación y aumentar su cobertura en especial beneficio de la población económicamente vulnerable.

En un comienzo, la prestación estaba a cargo de la nación;^[54] posteriormente, pasó a los departamentos y a los distritos especiales^[55] y, finalmente, fue asumida por (i) los municipios de más de cien mil (100,000) habitantes, quienes fueron automáticamente autorizados por el Ministerio de Educación, y (ii) los municipios con una población inferior, siempre y cuando le demostraran al Ministerio tener la capacidad suficiente para manejar autónomamente el servicio.^[56]

No obstante, a pesar de que la descentralización es cada vez más fuerte, la financiación ha estado siempre a cargo de la nación, se realiza con los recursos que ésta le transfiere a las entidades territoriales a través del Sistema General de Participaciones (antes llamado “situado fiscal”) y se desembolsa con un porcentaje de destinación específico por sector^[57]. Esto, sin perjuicio de los aportes adicionales que quiera hacer la entidad con sus propios recursos.

Dicho proceso ha demandado una gran variedad de reformas administrativas. Muchas de ellas orientadas a recomponer las plantas laborales de los departamentos y de los municipios certificados, integrando a estas las personas que trabajaban desde antes en las instituciones educativas oficiales.^[58]

Particularmente, cuando no era posible una integración horizontal, esto es, la transferencia del personal a cargos iguales o equivalentes, la entidad territorial receptora tenía la obligación de adelantar un proceso previo de homologación y nivelación a efectos de no desmejorar sus condiciones laborales, salariales y prestacionales.^[59]

Dicho proceso debía realizarse siguiendo los pasos y los criterios fijados por el Ministerio de Educación en su calidad de rector de política.^[60] Dentro de estos, se encuentran los siguientes: (i) la elaboración de un estudio técnico, previo, comparativo y detallado, cargo

por cargo, en el año en que se produzca la incorporación para determinar la existencia de diferencias por razones de denominación, código y grado; (ii) la expedición de un acto administrativo general donde se consigne la tabla de homologaciones y nivelaciones; (iii) la posterior expedición de actos administrativos individuales a favor de cada trabajador beneficiado, previo certificado de disponibilidad presupuestal; (iv) el pago de los retroactivos a los que haya lugar por no haberse realizado oportunamente el proceso de homologación y nivelación, siempre y cuando los pagos correspondientes no hayan prescrito, y (v) el pago de todas las nivelaciones y homologaciones que hayan sido ordenadas por los jueces de la República como resultado de acciones de tutela o acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos en ellas dispuestos.

El traslado del personal y, más específicamente, el referido proceso de homologación de cargos y nivelación salarial, ha dado lugar a varias controversias. En el caso bajo estudio se discute, precisamente, una de ellas: la persistencia de diferencias salariales entre trabajadores de planta del Municipio y otras que fueron trasladados con ocasión de que el Municipio asumió las prestaciones del servicio educativo.

Los empleados más antiguos fueron transferidos de la nación al departamento del Valle del Cauca sin solución de continuidad, conservando su asignación salarial. A su vez, la entidad territorial había adoptado una tabla de salarios distinta.^[61]

Posteriormente y mientras las gobernaciones adelantaban el estudio técnico necesario y emitían los actos administrativos generales para fijar la tabla de homologaciones y nivelaciones, debieron realizarlas de manera individual, en virtud de sentencias de tutela interpuestas contra los departamentos que fueron falladas por los jueces protegiendo a las empleadas. Como consecuencia, el proceso de ajuste a la planta fue disparejo y dio lugar a nuevas brechas salariales, pues la homologación y nivelación general terminó siendo distinta a aquella que ordenaron los jueces de la República.^[62]

Pese a los esfuerzos que emprendieron los departamentos por construir una planta uniforme, así como aquellos que posteriormente adelantaron los municipios en el mismo sentido, cuando se encargaron de la prestación del servicio educativo en su jurisdicción, algunos trabajadores continuaron con asignaciones salariales superiores en razón a un derecho adquirido. Como resultado, quienes hoy alegan la vulneración de su derecho a la igualdad, son aquellas personas vinculadas a la planta de personal de los municipios con salarios inferiores a los asignados otrora por el departamento, o que en virtud de una orden judicial resultaron favorecidas.

5.2. La situación detallada del departamento del Valle del Cauca

En mil novecientos noventa y cinco (1995), el Ministerio de Educación certificó al departamento del Valle del Cauca para prestar el servicio educativo.^[63] Como consecuencia, la entidad territorial asumió ese servicio. Seguidamente, recibió en su planta central a las personas que estaban vinculadas a las instituciones educativas oficiales y que tenían un contrato con la nación o con el mismo departamento, pero por fuera de su planta central.

No obstante, olvidó homologar oportunamente los cargos y nivelar salarialmente a los trabajadores transferidos. Según lo reconoció el propio departamento, esto generó una

situación de desigualdad, “[...] como quiera que a pesar de existir igualdad de funciones y responsabilidades, aquellos [los que venían trabajando desde antes] fueron incorporados con los cargos, códigos y grados del nivel nacional y no del nivel departamental, devengando una asignación salarial inferior”.^[64]

Varios trabajadores manifestaron su inconformidad. Algunos de ellos acudieron a la acción de tutela a partir del año dos mil (2000), obtuvieron fallos favorables y el departamento, consecuentemente, realizó los cambios administrativos respectivos.

Otros, por el contrario, elevaron una solicitud directamente ante la entidad, quien realizó un estudio técnico a efectos de determinar cómo debía realizarse la homologación y la nivelación de todos los cargos, acogiendo un concepto proferido por el Consejo de Estado^[65] y una directiva del Ministerio de Educación.^[66] Posteriormente, expidió los Decretos departamentales 668 y 910 de 2005^[67], donde fijó una tabla general de homologaciones y resolvió las reclamaciones que contra ella se presentaron, respectivamente.^[68] En el desarrollo de dicho proceso, el departamento decidió respetar los derechos adquiridos de quienes ya habían sido homologados y nivelados por orden judicial.

Esta reorganización de la planta central por doble vía generó un nuevo problema. Algunos empleados que demandaron al departamento a través de tutela fueron homologados y nivelados de manera distinta al resto de sus compañeros, cuyos casos fueron atendidos posteriormente por la entidad territorial a través de los actos administrativos generales citados. Como resultado, nació una nueva desigualdad salarial en detrimento de los intereses de los trabajadores más recientes.

Consciente de esta problemática y frente a cargos concretos,^[69] el departamento ajustó la homologación y nivelación, incrementando el salario de los servidores públicos al tope alcanzado por quienes presentaron acciones de tutela^[70]. Dicha actuación fue respaldada por el Ministerio de Educación, que aprobó el estudio técnico respectivo^[71].

5.3. La situación detallada del municipio de Cartago

El municipio de Cartago, por su parte, se hizo cargo de la prestación del servicio público en su zona de jurisdicción a partir del tres (3) de diciembre de dos mil dos (2002)^[72], remplazando al departamento del Valle del Cauca.

Desde el año dos mil tres (2003), y mediante los Decretos municipales 112^[73], 113^[74] y 114 del mismo año, la Alcaldía inició una serie de gestiones con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio.^[75] Dentro de estas se incluyeron las siguientes: (i) modificación y ampliación del número de cargos previstos en la planta central; (ii) recepción de los docentes, directivos y trabajadores administrativos que venían del departamento^[76]; (iii) redistribución de funciones y cargas de trabajo, e (iv) inclusión de todos los anteriores funcionarios en la nómina que desde ese entonces empezó a ser financiada con recursos nacionales a través del Sistema General de Participaciones.

No obstante, al incorporar a los empleados que venían del departamento del Valle, el municipio olvidó realizar oportunamente el respectivo proceso de homologación y nivelación salarial. Como consecuencia, y tal como lo reconoció la propia Alcaldía, se

generó “[...] una situación de desigualdad para los servidores públicos administrativos [...] como quiera que a pesar de existir igualdad de funciones y responsabilidades, aquellos [que venían trabajando desde antes] fueron incorporados con los cargos, códigos y grados del nivel nacional y no del nivel municipal, [...] devengando una asignación salarial inferior [a sus pares en el municipio]”.^[77]

El municipio procedió a realizar un estudio técnico y, una vez este fue avalado por el Ministerio de Educación,^[78] realizó un proceso general de homologación y nivelación salarial a través del Decreto municipal 074 de 2007^[79]. En dicho proceso, se respetaron los derechos adquiridos y se dejaron intactas las homologaciones y nivelaciones efectuadas por el departamento. Los mayores costos a los que dio lugar el proceso fueron cubiertos por la nación a través del Sistema General de Participaciones.

Posteriormente, cuando el departamento del Valle realizó las últimas homologaciones y nivelaciones salariales en el dos mil ocho (2008), el municipio se vio llamado a realizar un ajuste a su propia tabla. Previa aprobación del Ministerio de Educación,^[80] la Alcaldía expidió el Decreto municipal 029 de 2010, por medio del cual modificó el citado Decreto 074 de 2007. Allí dejó a algunos cargos con el mismo código, pero unificó sus grados. Seguidamente, y con el ánimo de continuar respetando los derechos adquiridos de las personas que los ocupaban, contempló asignaciones salariales diferentes.

A este respecto, la Alcaldía aclaró que la naciente condición de desigualdad era especial, transitoria e *intuito personae*, pues estaba sujeta a la permanencia de las personas beneficiadas en los cargos en los que fueron nombradas y cualquier otro individuo que entrara a ocupar una vacante en los mismos, recibiría la remuneración fijada en la tabla salarial del municipio.^[81]

Así, por ejemplo, en el orden departamental el cargo de secretario tenía asignado el código 540 y se dividía en los grados 6, 8, 10, 11 y 12. Por orden del Decreto departamental 910 de 2005, todos ellos fueron homologados al cargo de secretario código 440, grado 4. Después, por disposición del Decreto municipal 074 de 2007, el cargo fue homologado al de secretario código 440, grado 12. Seguidamente, y por orden del Decreto departamental 1273 de 2008, fue homologado al cargo de secretario código 440, grado 7. Por último, y mediante el referido Decreto municipal 029 de 2010, la Alcaldía de Cartago homologó el empleo de secretario código 440, grado 10, previendo tres (3) asignaciones salariales distintas: (i) por regla general, un millón ciento doce mil seiscientos catorce pesos (\$1.112.614.00); (ii) especial y transitoriamente, un millón quinientos diecisiete mil ciento ochenta y cinco pesos (\$1.517.185.00), y (iii) especial y transitoriamente, un millón quinientos treinta y un mil setecientos treinta y un pesos (\$1.531.731.00) para quienes también tenían un derecho adquirido.

De esta manera, pese a que la intención principal de los jueces de tutela y del departamento del Valle del Cauca era asegurar que los servidores públicos transferidos al municipio entraran en igualdad de condiciones respecto a las personas que ocupaban sus mismos cargos, que realizaban sus mismas funciones y que tenían sus mismas competencias, algunos de ellos terminaron ingresando con asignaciones mayores como resultado del cumplimiento de órdenes judiciales y procesos de homologación y nivelación simultáneos y dispares.

6. El principio “a trabajo igual, salario igual” – Reiteración jurisprudencial

Independientemente de si la relación laboral se desarrolla en el sector público o privado, debe ser justa y digna por orden expresa de la Constitución, que en su artículo 25 dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*^[82].

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones *reales* del trabajo^[83]. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

No obstante lo anterior, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ha sostenido que para acreditar la vulneración del principio “a trabajo igual, salario igual”, primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente.^[84]

Seguidamente, el Tribunal ha indicado que se deben analizar las razones por las cuales existe la desigualdad, a efectos de determinar si ellas cuentan con un respaldo constitucional y si son lo suficientemente poderosas como para limitar el derecho fundamental a la igualdad.

Respecto a los criterios válidos que pueden justificar una diferenciación salarial, la jurisprudencia constitucional ha permitido, entre otros, los siguientes: (i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a *cualificaciones* igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.

Sobre este tema, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades en sede de control de tutela; sobre todo, en sus primeros diez (10) años.¹ A continuación, se resumirán las consideraciones efectuadas en las tres (3) sentencias más recientes, que coinciden con ser unas de las más ilustrativas en la materia, toda vez que sintetizan el desarrollo jurisprudencial de la Corporación en casos donde distintos servidores públicos reclamaron una nivelación salarial por considerarse víctimas de discriminación laboral.

En la Sentencia T-097 de 2006, la Sala Segunda de Revisión conoció del caso de una funcionaria de la Rama Judicial, quien ocupaba el cargo de directora en una de las unidades de la Dirección Ejecutiva, y reclamaba mediante tutela una nivelación salarial frente a los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes. A pesar de que un Acuerdo Administrativo del año mil novecientos noventa y ocho (1998) ordenó la equiparación de ambos cargos para todos los efectos legales, a la accionante no se le reconocía una bonificación judicial que recibían los Magistrados Auxiliares desde el dos mil cuatro (2004) por disposición de un Decreto nacional, pues ella se había posesionado en el dos mil cinco (2005). En esta medida, la accionante estaba en desigualdad de condiciones frente a (i) sus compañeros que ocupaban su mismo cargo, pero que se habían posesionado antes, y (ii) respecto a los Magistrados Auxiliares, quienes tenían empleos homólogos.

La Sala encontró que pese a las diferentes fechas de posesión, ambos grupos de funcionarios se encontraban en similares condiciones, pues se les exigía acreditar los mismos requisitos para posesionarse y habían sido explícitamente equiparados a través de un acto administrativo de carácter general. Más específicamente, indicó que: “[I] a existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, esa diferencia no puede sustentarse en argumentos meramente formales como la fecha de vinculación a un cargo [...]”. Teniendo en cuenta lo anterior, concedió el amparo y ordenó la nivelación salarial reclamada.

Posteriormente, en la Sentencia T-545A de 2007^[88] la Sala Sexta de Revisión resolvió la tutela que interpusieron los jefes de comunicaciones de la Corte Constitucional y de la

Corte Suprema de Justicia por el presunto desconocimiento del principio “a trabajo igual, salario igual”. A pesar de tener las mismas responsabilidades que uno de sus colegas (el jefe de comunicaciones del Consejo Superior de la Judicatura), ocupaban un cargo inferior y recibían un salario menor. Razón por la cual, solicitaron una nivelación salarial.

Al hacer una síntesis de la jurisprudencia sobre la materia, la Sala señaló que:

“[...] el empleador debe otorgar y garantizar la igualdad de trato en la relación laboral. No obstante, tal y como lo ha reconocido también esta Corporación en múltiples oportunidades, no se trata de establecer una equiparación matemática del trabajador, puesto que ‘ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales’ [...] Por lo tanto no toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente”.

A partir de las anteriores consideraciones, la Sala Sexta declaró que la tutela era improcedente porque atacaba un acto de carácter general y no existía prueba de un perjuicio irremediable. Adicionalmente, indicó que no existía una vulneración al principio “a trabajo igual, salario igual”, toda vez que (i) las funciones de los jefes de comunicaciones no eran idénticas, pues respondían a las necesidades de cada Tribunal, y (ii) la diferencia salarial estaba justificada porque los cargos no eran homólogos, en la medida en que al jefe de comunicaciones del Consejo Superior se le exigía más experiencia profesional debido a que tenían mayores responsabilidades.

Finalmente, en la Sentencia T-833 de 2012^[89] la Sala Novena de Revisión conoció el caso de dos (2) trabajadores de la Fiscalía General de la Nación, quienes consideraban vulnerado su derecho fundamental al trabajo porque a pesar de desempeñarse ininterrumpida e indefinidamente como Jefes de Unidad de Policía Judicial a través de la figura de “asignación de funciones”, recibían el salario correspondiente al cargo en el que habían sido contratados (Investigador Criminalístico VII), el cual era menor.

6.14. Sobre el principio “a trabajo igual, salario igual”, la Sala señaló que este:

“[...] se centra en la necesidad que la remuneración asignada responda a criterios objetivos y razonables, que a su vez sean variables dependientes de la cantidad y calidad de trabajo, al igual que a los requisitos de capacitación exigidos y otros factores que compartan esa naturaleza objetiva. En ese sentido, son inadmisibles de la perspectiva constitucional aquellos tratamientos discriminados que carezcan de sustento en las condiciones anotadas, bien porque se fundan en el capricho o la arbitrariedad del empleador, o bien porque son utilizados con el fin de evitar el ejercicio de libertades anejas a la relación laboral, como sucede con la libertad sindical”.

Al resolver el caso, la Sala declaró que la acción era improcedente. A pesar de la relevancia constitucional del tema, la demanda no satisfacía los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, pues los medios ordinarios de defensa judicial eran idóneos y efectivos, no existía prueba de un perjuicio irremediable y los accionantes presentaron la tutela mucho tiempo después de que surgió la vulneración alegada. Adicionalmente, y como una razón más para declarar la improcedencia, la Sala anotó que la desigualdad denunciada era compleja y no podía ser debidamente analizada por el juez constitucional teniendo en cuenta los límites de tiempo a los que estaba sujeto.

7. El derecho fundamental de Martha Lucía Cardona Patiño a la igualdad fue vulnerado – Resolución del caso concreto

En el caso objeto de revisión, la accionante, quien trabaja en una institución educativa oficial del municipio de Cartago, Valle del Cauca, interpuso recurso de amparo contra la Secretaría de Educación Municipal por considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad. Señaló que recibe un salario menor al de otras personas que ocupan su mismo cargo, que desarrollan sus mismas funciones y que tienen sus mismas competencias. Razón por la cual, consideró infringido el principio “a trabajo igual, salario igual”. Sustentó la procedibilidad de la tutela en su incapacidad para esperar un pronunciamiento definitivo por parte del juez de lo contencioso administrativo, pues no podría esperar el resultado de un proceso ordinario, debido al avanzado cáncer que padece. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, solicitó la nivelación salarial y el pago de los retroactivos correspondientes.

Las entidades accionadas solicitaron que la tutela fuera declarada improcedente. A su juicio, ésta no satisfacía los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, pues (i) no existía un perjuicio irremediable que ameritara el desplazamiento de los recursos ordinarios, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y (ii) pasaron más de dos años y medio entre el nacimiento de la supuesta discriminación y la presentación de la demanda; plazo que estimaron como irrazonable. Adicionalmente, las partes demandadas argumentaron que no existía vulneración. Indicaron que si bien es cierto que los funcionarios que ocupan el mismo cargo de la tutelante reciben salarios diferentes, dicho

trato, desde su perspectiva, está justificado. Los que gozan de una remuneración mayor, lo hacen como resultado de un derecho adquirido, pues cuando fueron transferidos del departamento al municipio, entraron con un salario mayor, en virtud de las asignaciones salariales de la Secretaría de Educación Departamental o del resultado del cumplimiento de un conjunto de órdenes judiciales.

Los jueces de instancia le dieron la razón a la parte demandada y declararon que la tutela era improcedente. En relación con la situación de salud de la peticionaria, señalaron que, si bien eran conscientes de su gravedad, no justificaba la procedencia de su acción. Afirmaron que la accionante seguía vinculada laboralmente al municipio, continuaba recibiendo su salario y era atendida oportunamente por su EPS.

A partir de los anteriores hechos, la Sala encontró dos (2) problemas jurídicos. Uno plantea una duda fáctica, relacionada con la procedibilidad de la acción. Se sostuvo que la demanda objeto de revisión era procedente ante la situación de salud de quien la presentaba y su consecuente situación de vulnerabilidad, que claramente demuestra la imposibilidad de esperar el resultado de un proceso ordinario, el carácter continuado de la presunta vulneración y la suficiencia del material probatorio necesario para resolver de fondo la controversia.

El segundo problema, del que ahora se ocupará la Sala, expone una tensión jurídica entre los argumentos que presenta cada parte a efectos de justificar, por un lado, o cuestionar, por el otro, la desigualdad salarial. Está fuera de toda duda que la accionante recibe un ingreso significativamente menor que el de varios de sus compañeras, pese a que todas ellas ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y tienen las mismas competencias. La pregunta, entonces, es si esa desigualdad es el resultado de la arbitrariedad o si, por el contrario, está justificada en razones válidas. Para encontrar la respuesta, la Sala analizará el caso a partir del precedente fijado por esta Corporación en situaciones pasadas y análogas, donde también se debatía sobre una presunta violación al principio “a trabajo igual, salario igual”.

En primer lugar, se observa que, pese a que hay una igualdad de cargos, funciones, requisitos y competencias entre la accionante y las señoras Edna Silvana Toro Ayala, Gloria Giraldo Mejía y Omaira del Carmen Jaramillo, las tres (3) últimas reciben una remuneración mayor desde hace más de tres años y medio.

El salario de la actora fue fijado de acuerdo con la tabla general de salarios que adoptó el municipio de Cartago para el sector educativo, vigente para el momento en que se vinculó a la entidad. En el momento en que se presentó al concurso y aspiró al cargo conocía el salario asignado al empleo.

Los salarios de sus compañeras, por el contrario, fueron fijados por el departamento del Valle del Cauca a partir de las consideraciones efectuadas por unos jueces de tutela en el año dos mil (2000), quienes le ordenaron realizar un proceso de homologación de cargos y nivelación salarial a favor de las tres (3) personas mencionadas, entre otras, antes de transferirlas a la planta central del municipio en el marco de la descentralización

territorial del servicio educativo. De esta forma, mientras el departamento se ponía al día en sus obligaciones, realizando un estudio técnico y adoptando la tabla general de homologaciones y nivelaciones en beneficio de todos sus servidores, aumentó los sueldos de aquellos que presentaron acciones de tutela y que obtuvieron fallos favorables.^[97]

El problema ocurrió en el dos mil cinco (2005), cuando la entidad territorial expidió la tabla general de homologaciones y nivelaciones, pues los servidores accionantes quedaron salarialmente por encima de sus compañeros^[98]. Es decir, en condiciones más favorables de las que perseguían.

Seguidamente, cuando fueron trasladados al municipio, continuaron gozando de un mayor salario, pues (i) tenían un derecho adquirido; (ii) la entidad territorial no podía desmejorar sus condiciones laborales, y (iii) así lo había avalado el Ministerio de Educación, quien basándose en un concepto proferido por el Consejo de Estado, emitió una directriz ordenando la preservación de las nivelaciones ejecutadas en cumplimiento de órdenes judiciales como una medida especial y transitoria mientras dichas personas permanecieran en sus cargos.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, en principio la Sala podría considerar que la desigualdad salarial alegada por Martha Lucía Cardona Patiño está justificada en la observancia de: (i) los derechos adquiridos, (ii) el respeto de las condiciones laborales más favorables, y (iii) la vinculatoriedad de los fallos judiciales y las decisiones administrativas que expide la entidad cabeza de sector. Sin embargo, la misma encuentra que de manera alguna esto puede asumirse como una relación de motivos razonables, pues admitir que una desigualdad material y evidente tiene por causa escenarios contingentes como los que señala la entidad en su defensa, sería abiertamente contrario a la garantía constitucional del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

En este caso, es claro que existe una situación de abierta desigualdad respecto del acceso a los derechos laborales de la accionante, quien se encuentra vinculada con el municipio como Secretaria Código 440 Grado 10, pero no cuenta con la misma asignación salarial de quienes ocupan un cargo igual, todos los cuales cumplen con las funciones unificadas a través del Decreto municipal No. 03 del 20 de enero de 2011. Así, por ejemplo, se observa cómo mientras la actora ha percibido un salario correspondiente a un millón doscientos cincuenta y seis mil setecientos sesenta y nueve pesos (\$1'256.769), algunos de sus colegas vienen recibiendo sumas como, por ejemplo, un millón setecientos treinta mil ciento ochenta y nueve pesos (\$1'730.189).

Al respecto, se observa que la diferencia, aparentemente, se encuentra soportada en el hecho de que los cargos de Secretario Código 440 Grado 10 fueron categorizados por el origen (municipal o departamental) y esto trajo como consecuencia variar la nomenclatura de los mismos con la adición de las letras "A", "B " o "C". No obstante, para esta Sala claramente esa medida no se corresponde con una conducta constitucionalmente admisible, pues lo único que ello evidencia es la incorporación de fórmulas administrativas contingentes (sin fecha cierta de superación de la diferencia) con las que se desconoce la real situación de la accionante, en calidad de empleada, relativa a que pese a estar cumpliendo las mismas labores, en el mismo lugar y con la misma entidad, algunos de sus congéneres presentan condiciones laborales mejoradas.

En este punto es importante resaltar que, de manera alguna, esta Sala pretende desconocer como relevante el reconocimiento de los tres presupuestos que aparentemente han mediado para soportar la desigualdad. Así, frente al primero de estos, relacionado con el respeto de los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados con el nivel departamental, claramente se trata de un imperativo legal y constitucional la permanencia de las condiciones laborales en que se encuentran los empleados de carrera, como quiera que se impone la obligación de no desmejorar las circunstancias que rodean el cumplimiento de las funciones, tales como el salario, con ocasión de un evento administrativo cuya ocurrencia no tiene por causa la voluntad del empleado, como ocurre con los traslados, movilizaciones, homologaciones y convalidaciones respectivas, razón por la cual no se encuentra oposición a este planteamiento de la administración.

Sobre el segundo de los postulados, relativo al respeto de las condiciones laborales más favorables, ciertamente esta Sala manifiesta su defensa de la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, derivado, fundamentalmente, del artículo 53 superior, en cuya virtud y de la mano con la prohibición de desmejorar las condiciones de los empleados de carrera a que se hizo alusión en el párrafo anterior, es posible indicar que quienes se incorporan a una nueva planta de personal (municipal) a través de una vinculación cuyo origen es de un nivel territorial distinto (departamental), deben ser amparados con las condiciones que le sean más favorables, lo cual en este caso redundaría en que sean mantenidas las circunstancias salariales que rodean el desempeño de sus funciones.

Respecto del tercer enunciado, relacionado con la vinculatoriedad de los fallos judiciales y las decisiones administrativas que expide la entidad cabeza de sector, en efecto esta Corporación comparte este criterio en el sentido de respetar la institución constitucional de la cosa juzgada y sus efectos, en tanto se encuentra fundamentada, esencialmente, en la protección de la seguridad jurídica, y la salvaguarda tanto de la buena fe como de la

garantía superior de la autonomía judicial. Asimismo, en protección de las facultades y competencias administrativas asignadas a las distintas autoridades, este Tribunal propende por el celoso respeto de sus determinaciones, esencialmente en desarrollo de las políticas públicas respectivas, propias del ejercicio de la administración, siempre que éstas no contraríen los mandatos constitucionales que, en últimas, se convierten en el máximo límite para su desarrollo.

Como se observa, los tres enunciados que se plantean como justificación de la desigualdad objeto de estudio se alejan de ser verdaderas razones constitucionalmente válidas para admitir el escenario en el que se encuentra la accionante. Esto porque tales postulados únicamente presentan un asidero en relación con la situación de quienes han sido trasladados, pero no de quienes ya se encontraban ocupando los cargos directamente con el municipio, como ocurre con la accionante. Por ello, los planteamientos, como se explicó con precedencia, si bien merecen un reconocimiento y una validación por parte del juez constitucional, los mismos no pueden ser asumidos como explicativos de la diferenciación en que se encuentra la actora, en tanto Secretaria Código 440 Grado 10 (cargo que, como se expuso en los acápites considerativos precedentes, fue unificado a través del Decreto municipal No. 029 de 2010 de la Alcaldía de Cartago, Valle del Cauca).

De esta forma, la Sala considera que sin que se encuentre razonablemente justificada la desigualdad evidente en la que se encuentra la accionante y por el contrario que ésta sea aceptada por parte de la misma Alcaldía del municipio de Cartago (Valle del Cauca) en su respuesta dada a la acción de tutela, lo cierto es que Martha Lucía no debe asumir los efectos del desbarajuste institucional en el que, desde el punto de vista constitucional y a la luz del principio “a trabajo igual, salario igual”, se encuentra el establecimiento de remuneraciones para quienes, como la actora, ocupan el cargo secretarial al que en diversas ocasiones se ha hecho alusión en esta providencia y respecto del cual no hay duda de su plena identidad frente al desarrollo de las labores propias de éste.

Lo anterior porque al hacer un estudio de los criterios que esta Corte ha señalado cuando se adelanta una valoración del amparo del principio anteriormente aludido, es perfectamente posible concluir que en el caso concreto los mismos no superan un juicio de revisión, como a continuación se explica:

En relación el primero de estos criterios, relativo a que se trate de “presupuestos objetivos de evaluación y desempeño”, es evidente que el mismo no se subsume en el asunto bajo análisis, puesto que en ningún momento ha estado en discusión si la diferencia salarial objeto de controversia se ha derivado del desempeño de la accionante o de procesos de evaluación.

En cuanto al segundo postulado, correspondiente a que la desigualdad obedezca a “diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan los cargos señalados como análogos”, claramente no se trata de la situación en que se encuentra la actora, pues los cargos congéneres que sirven como parámetro de análisis (Secretario Código 440 Grado 10) se encuentran adscritos a la Secretaría de Educación del municipio de Cartago (Valle del Cauca) y más exactamente a las instituciones educativas de esta localidad, tal como lo demuestra el ya referido Decreto municipal No. 03 del 20 de enero de 2011.^[104]

Sobre el tercer y último criterio, referido a que se trate de “distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generen diferentes escalas salariales, que respondan a *cualificaciones* igualmente disímiles para acceder a dichos empleos”, esta Sala observa que en el caso bajo análisis no se encuentra demostrado que la diferencia salarial incorporada al ordenamiento municipal a través de la categorización alfabética del cargo que ocupa la actora esté enmarcada en una “cualificación disímil”, pues de hecho el mismo ente territorial reconoció que, en efecto, la diferencia salarial no obedece a las calidades de los funcionarios que lo ocupan, relacionadas con la asignación de funciones o forma de vinculación, pues cumplen las mismas labores y se trata de empleados de carrera, sino únicamente a raíz del desajuste institucional producto de los traslados interterritoriales, que, como se ha explicado, de ninguna manera configuran una justificación constitucionalmente válida para que la accionante soporte la desigualdad a la que enfrenta.

Con base en lo hasta aquí desarrollado, para esta Corporación no hay duda que la Alcaldía Municipal de Cartago (Valle del Cauca) ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de la señora Martha Lucía Cardona Patiño, en tanto ha establecido una asignación salarial menor a la que perciben algunos de sus colegas que ocupan el mismo cargo secretarial, cumplen las mismas funciones en la misma institución municipal y bajo las mismas condiciones de desarrollo laboral, contraviniendo, de esta forma, el principio constitucional “a trabajo igual, salario igual”, por no existir una motivación razonable y constitucionalmente admisible que permita validar la existencia de la brecha remuneratoria.

Ahora bien, la Sala advierte que su observación en esta oportunidad se encuentra estrictamente enmarcada en la situación de la actora y no en un análisis integral de la política de vinculaciones de los empleados de carrera al interior de la municipalidad bajo referencia, pues, como se dijo desde el momento en que se agotó el estudio de

procedencia de la acción de tutela en revisión, por regla general el juez constitucional no es el competente para pronunciarse frente a reajustes o nivelaciones salariales, mucho menos para valorar de manera abstracta el desarrollo de las determinaciones administrativas globales en esta materia, pues ello sería labor, por ejemplo en sede judicial, del juez de lo contencioso administrativo.

Por todo lo anterior, en este caso la Sala decidirá revocar el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, el dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015), mediante el cual se confirmó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago, Valle del Cauca, el nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015), mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela que interpuso Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación Municipal de Cartago, Valle del Cauca, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital. En su lugar, se concederá el amparo del derecho fundamental a la igualdad de la accionante y como consecuencia se ordenará a la Alcaldía Municipal de Cartago (Valle del Cauca) reconocer, desde el momento mismo de la notificación de la presente providencia, una asignación salarial igual a la que perciben quienes han sido categorizados como “Secretario Código 440 Grado 10A”, por existir una desigualdad constitucionalmente injustificada. Asimismo, se dispondrá el pago del retroactivo salarial causado en favor de la accionante, sin perjuicio de la prescripción consagrada en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual deberá a empezar a ser contada desde la fecha en que fue promovida la acción de amparo, esto es, el 31 de agosto de 2015.

8. Conclusión

A modo de cierre, y en forma de regla, la Sala resolverá el problema jurídico de la siguiente manera:

- Por regla general, la acción de tutela no procede como mecanismo para hacer exigible la aplicación del principio “a trabajo igual, salario igual”, a menos que se cumplan estrictamente con los requisitos generales de procedencia, y con las condiciones de (i) tratarse de un asunto de relevancia constitucional y (ii) existir elementos que den cuenta de una desigualdad salarial potencialmente injustificada desde el punto de vista constitucional.

- Ante el agotamiento de los requisitos de procedencia, una entidad territorial vulnera el derecho fundamental a la igualdad de una empleada de carrea cuando, pese a ocupar el

mismo cargo para el que fue vinculada a través de concurso de méritos, cumplir con las mismas funciones y estar adscrita a la misma institución administrativa, percibe un salario inferior en relación con sus congéneres. Ahora bien, se entenderá que no hay vulneración alguna de la garantía constitucional en mención cuando las causas de la desigualdad se deriven de alguno de los siguientes eventos: (i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a *cualificaciones* igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, el dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015), mediante el cual se confirmó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago, Valle del Cauca, el nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015), mediante el cual se declaró improcedente la acción de tutela que interpuso Martha Lucía Cardona Patiño contra la Secretaría de Educación Municipal de Cartago, Valle del Cauca, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho fundamental a la igualdad de la señora Martha Lucía Cardona Patiño.

Segundo.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Cartago (Valle del Cauca) que, en el término de dos (2) días contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia y a través de la dependencia respectiva, reconozca y pague, en favor de Martha Lucía Cardona Patiño, una asignación salarial igual a la de los empleados públicos que han sido categorizados como “Secretario Código 440 Grado 10A”, por existir una desigualdad constitucionalmente injustificada. Asimismo, pagar el retroactivo salarial causado en favor de la accionante y cuyo cobro no haya prescrito, en razón del término de los tres (3) años dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual, en todo caso, deberá empezar a contarse desde el momento en que fue promovida la acción de tutela (el 31 de agosto de 2015).

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

Expediente N° : 03379-2014-0-1706-JR-LA-07
Demandante : ANALI MERINO URTEAGA
Demandado : ELECTRONORTE S.A. Y OTRO
Materia : NULIDAD DE DESPIDO Y OTROS
Juez : VICTOR E. GONZALES DELGADO

SENTENCIA N° 0230-2018-7°JTCH

RESOLUCION NUMERO: OCHO.-

Chiclayo, cuatro de octubre

de dos mil dieciocho.-

I. VISTOS:

1. ASUNTO:

Es materia del presente proceso la demanda interpuesta por doña **ANALI MERINO URTEAGA** contra **EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A. – ELECTRONORTE S.A. Y OTROS**, sobre **NULIDAD DE DESPIDO Y OTROS**.

2. DELIMINACION DEL PETITORIO:

Las pretensiones de la recurrente son: **a)** que se declare la desnaturalización de los contratos de tercerización suscritos con Laborum Outsourcing; **b)** que se le reconozca como trabajador de Electronorte S.A. mediante un contrato indeterminado a partir del 10 de agosto del 2011; **c)** que se deje sin efecto el despido nulo al que ha sido sujeto y se disponga su reposición en el puesto de Teleoperadora.

3. ANTECEDENTES:

3. 1. De la demanda:

La actora sostiene como fundamentos fácticos de su demanda: que ha laborado para la demandada en forma indirecta a través de la empresa de intermediación y tercerización laboral Laborum Outsourcing S.A.C. desde el 10 de agosto del 2011 mediante contratos de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico, desempeñando el cargo de *Operador de Call Center*, percibiendo como remuneración básica la suma de S/. 800.00; que las funciones que desarrollaba eran las de contestar las llamadas de emergencia, ingreso de registro de denuncia de los usuarios, la verificación de medidores realizada por los usuarios, consultas, entre otras, asimismo señala que operaba la línea 300, la cual utilizaba el Sistema Cisco de Telefónica (a partir del 2011 la labor empezó a ser rotativa entre los trabajadores de la tercerizadora utilizando el Optimus comercial), a través de la cual se transferían llamadas que realizaban los usuarios para tener comunicación con el personal de Electronorte SA, señala también que a partir de julio del 2012 el CallCenter NGC Optimus, se utilizaba el correo electrónico corporativo de *serviluz* para en junio del 2013 se cambie a la extensión de *dlaborum*, en el mes de mayo del 2012 se incrementaron las funciones con la elaboración de resoluciones de reclamos los cuales se enviaban a la supervisora de Electronorte S.A, foliar los expedientes de reclamos terminados e ingresar los códigos de los expedientes para el archivo en el sistema Vectro de propiedad de Electronorte S.a., a partir de abril del 2013 ante la huelga de los trabajadores de ENSA, debía realizar los descargos de los partes de atención del personal; que el 16 de junio del 2014 solicito a la autoridad administrativa de trabajo una inspección para verificar el incumplimiento de normas sociolaborales, emitiéndose la Orden de Inspección N°

1409-2014-DRTPELA, en la cual señala que si bien se ha emitido una conclusión en contra del trabajador, no se ha desvirtuado la documentación aportada; que la empresa tercerizadora no tiene autonomía propia pues: *i.* se encuentra constituida con un capital social de S/. 10 000.00, *ii.* ha tenido pérdidas como resultado de ejercicios anuales conforme se ha verificado en el Informe de Inspección 727-2013-DRTPLA, *iii.* falta de solvencia económica para solventar la capacidad de recursos humanos, *iv.* el incumplimiento oportuno del pago de aportaciones al Sistema nacional de pensiones; que recibía órdenes directas vía teléfono y mediante correos electrónicos de trabajadores de ENSA; que a través de la tercerizadora se ha procedido a despedirla en represalia a la apertura de la orden de Inspección N° 1409-2014-DRTPELA y sus acciones inspectivas se configuran como un caso de despido nulo por haberse producido como consecuencia directa de la denuncia presentada ante la autoridad administrativa de trabajo, en consecuencia, corresponde se declare nulo el despido al haberse desnaturalizado la relación laboral con la tercerizadora, en consecuencia se ordene su reposición.

3. 2. De la resolución admisorio:

Mediante resolución número **dos**, se admitió a trámite la demanda en la vía del proceso ordinario y se citó a las partes a la audiencia de conciliación.

3.3. Audiencia de Conciliación:

La audiencia se llevó a cabo en la fecha que fue reprogramada según consta de los registros de audio y video respectivo; siendo necesario precisar que las partes no arribaron a una conciliación.

3.4. De la contestación de demanda:

La parte demandada mediante su representante se apersona propone las excepciones de caducidad y de falta de legitimidad para obrar pasiva; asimismo, contesta la demanda señalando: que, resulta improcedente la reposición en el sector público cuando no se acredita haber ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y vacante, en aplicación del precedente emitido por el Tribunal Constitucional Expediente N° 05057-2013-PA/TC – Caso Huatuco Huatuco;

que, Electronorte SA es una empresa o sociedad estatal que pertenece al sector público (creada por R.M. N° 321-83-EM/DGE del 21 de diciembre de 1983), más no al sector privado, su presupuesto es público y se tiene la prohibición legal de contratar personal, ya que se encuentran inmersos dentro de las medidas de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de ingreso del personal que emite año a año, además todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado, encontrándose sujetos a organismo de control gubernamental como es el caso de la Contraloría General; que la demandante no fue trabajadora de su representada sino de la empresa Laborum Outsourcing SA mediante contrato sujeto a modalidad, quien ejercía su poder de dirección y decisión con la demandante; que la demandante no ha probado con algún documento haber laborado entre el 09 de abril al 30 de abril del 2012 ya que algunos de los contratos de trabajo que ha presentado se encuentran incompletos sin firma del trabajador; que, no se ha acreditado despido alguno, ya que la relación laboral de la actora con Laborum Outsourcing SAC se extinguió por vencimiento del plazo contractual y no por una represalia, por lo que no se configura el despido nulo.

3. 5. Audiencia de Juzgamiento:

La audiencia se realizó en la fecha programada, conforme es de verse de los registros de audio y video respectivos. En esta etapa la empresa demandada Electronorte S.A.A. a través de su representante **se desistió** de las excepciones de Falta de legitimidad para obrar pasiva y de caducidad (min 00:17:11). El Juzgador, de conformidad con el artículo 47º concordante con el artículo 49º de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497 (en adelante NLPT), difirió el fallo de la sentencia, señalándose fecha para la notificación con la misma.

II. FUNDAMENTOS:

PRIMERO: La demandante doña **Anali Merino Urteaga** sostiene *en esencia*, que se ha determinado el incumplimiento de los requisitos mínimos de una relación de tercerización, existiendo una tercerización fraudulenta puesto que en la realidad su verdadero empleador ha sido Electronorte S.A. al estar subordinada a dicha empresa y al haberse apreciado la falta de autonomía empresarial de las tercerizadoras. El representante de la demandada empresa **Electronorte S.A.** alega, esencialmente, que la actora no acredita haber ingresado por concurso

público a una plaza presupuestada y vacante. Añade que la empresa tercerizadora quien asume el servicio prestado por su cuenta y riesgo, cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y sus trabajadores, entre ellos la demandante, están bajo su exclusiva subordinación, por lo que no se ha producido la desnaturalización alegada, ni se ha configurado el despido nulo que demanda,entre otros argumentos.

SEGUNDO: Las hipótesis esbozadas por los justiciables según lo resumido en el considerando precedente, conllevan a evaluar en *primer lugar* si se ha desnaturalizado la tercerización promovida por la empresa Electronorte S.A.A, a efecto de verificar si la recurrente ha tenido un vínculo laboral directo con dicha empresa; y en segundo lugar, si la recurrente ha sido sujeto de un despido nulo que amerite su reposición laboral en tal empresa.

TERCERO: Es menester dejar establecido preliminarmente que a través de los medios probatorios actuados en el presente proceso, vinculados a la prestación del servicio de la accionante, específicamente de las copias de los *contratos sujetos a modalidad* de fs. 02 a 19, se corrobora que la recurrente ha prestado servicios en el puesto de *Operadora de Call Center* por intermedio de la empresa Laborum Outsourcing SAC desde el 10 de agosto del 2011 hasta el 30 de junio del 2014, infiriéndose además que la prestación laboral se ha desarrollado en forma continua durante ese segmento de tiempo toda vez que si bien la empresa demandada Electronorte SA al contestar la demanda señala que los contratos presentados en el escrito de demanda se encuentran incompletos pues no cuentan con firma de la demandante, y que además no hay medio probatorio que acredite la relación laboral entre 09 al 30 de abril del 2012; sin embargo debe señalarse que al no haberse incorporado en el proceso la empresa Laborum Outsourcing, la cual figura como la empleadora formal de la accionante, tal empresa no ha refutado ni desvirtuado las afirmaciones contenidas en la demanda respecto a la continuidad laboral en el periodo mencionado, por lo que tales afirmaciones se tienen por admitidas en aplicación del artículo 19° segundo párrafo de la NLPT.

Análisis de la aplicación del precedente vinculante, STC N° 05057-2013-PA/TC en el presente caso

CUARTO: De manera previa a la evaluación detallada en el considerando que antecede, es menester emitir pronunciamiento respecto a lo alegado por la demandada referido a la aplicación del precedente vinculante, STC N° 05057-2013-PA/TC en el presente caso. Sobre el tema se aprecia: **(i)** que la empresa demandada se sustenta, básicamente, en: **a)** que según el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, se entenderá por “*entidad*” o “*entidades de la administración*” a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado; siendo que Electronorte presta el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica en virtud de concesión otorgada por el Estado, por ello tiene el título de concesionario; ejerciendo función administrativa en virtud delegación otorgada por el Estado, actuando en primera instancia administrativa conforme a lo establecido en la Ley de concesiones eléctricas; **b)** que es una empresa pública, estando el cien por ciento de sus acciones a nombre del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, entidad encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Entonces si FONAFE pertenece al Ministerio de Economía y Finanzas, el presupuesto de Electronorte es evidentemente público; **c)** que pertenece al sector público con una regulación especial, pero que no elimina la condición de servidor público de sus trabajadores, más aún si el servicio que presta es público; y si bien se encuentra dentro del régimen de la actividad privada, ello no significa que sea una empresa privada y pertenezca al sector privado; **d)** que los artículos 1° y 2° Decreto Supremo N° 354-2014-EF, se desprende que Electronorte se encuentra dentro del ámbito de contratación laboral del Estado teniendo sus trabajadores la condición de funcionarios y servidores públicos, cuyo acceso está limitado por las disposiciones legales de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público, previstas en tal norma; **(ii)** que la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, caso Rosalía Beatriz Huatuco, publicada el 02 de junio de 2015, contiene importantes disposiciones orientadas a resguardar preceptos constitucionales que regulan el ingreso al empleo público. En tal pronunciamiento se destaca como precedente vinculante, en términos generales, que la reposición en las entidades del Estado sujetas al régimen de la actividad privada exige que en la práctica el trabajador haya ingresado por “*concurso público*” a una “*plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada*”; **(iii)** que la acotada decisión del Tribunal Supremo está destinada a proteger el precepto constitucional establecido en el artículo 40° de la Constitución Política que establece que “*ley*

regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos (...); siendo que a partir de tal delegación, las disposiciones que regulan el ingreso al empleo público -función pública- exigen llevarse a cabo por concurso público de méritos. Así, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece como uno de sus principios el de "mérito y capacidad" y, asimismo, en su artículo 5° precisa que "El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades."; (iv) no obstante, corresponde enfatizar que la glosada norma constitucional (artículo 40°), precisa adicionalmente que "No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta". Este dispositivo ha sido reiterado en la Ley del Servicio Civil N° 30057, que en su Primera Disposición Complementaria Final señala: "No están comprendidos en la presente ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023...". En ese orden, advirtiéndose que en el presente caso la accionante pretende su reincorporación laboral en la demandada Electronorte S.A., la cual tiene la calidad de empresa del Estado y por ende sus trabajadores no se encuentran comprendidos en la función pública, no le resulta aplicable el precedente vinculante bajo análisis; (v) Atendiendo a lo postulado por la demandada, cabe señalar que si bien a todo aquel que desempeñe función pública en una entidad de la administración pública, le es aplicable el concepto de *servidor o funcionario* y, en ese caso, estaría sujeto a las exigencias del precedente vinculante aludido, resulta imprescindible esclarecer cuándo una persona jurídica sujeta al régimen privado es una **entidad de la administración pública**. Al respecto, de una lectura concordada del artículo I numeral 7 del Título Preliminar¹ y artículo 50° inciso 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General², Ley N° 27444, se desprende que las organizaciones que se

¹Artículo I.-

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

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública: (...)

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; (...)"

²Artículo 50.-

Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a: (...)

constituyen como Administración Pública son tales porque ostentan la capacidad de ejercer poder público, el cual se traduce en **potestades administrativas** cuyo ejercicio se concreta en actos administrativos (en sentido amplio). Estos actos, según enseña Abruña Puyol, *"no son homogéneos, pues pueden constituir tanto en actos, en sentido estricto, como en normas, denominadas por esto administrativas, o en decisiones "parajurisdiccionales" resolutorias de conflictos..."*³; y deben ser objeto de delegación expresa. Al respecto el citado autor concluye en que *"puede admitirse la delegación de función pública en un sujeto jurídico-privado con dos condiciones: a) que el instrumento de delegación tenga rango de ley, o que previamente se haya habilitado por ley al organismo respectivo; y b) que en el ejercicio de la función se cumplan los requisitos formales propios del ejercicio del poder público"*⁴; **(vi)** en ese caso, si bien la demandada sustenta su pedido en que es una empresa del Estado sujeta al régimen privado que presta un servicio público en virtud de una concesión, y se ampara en el supuesto respectivo del artículo I numeral 8 del Título Preliminar del precitado cuerpo normativo, no ha acreditado que cuenta con poder público, es decir, que ejerza -por delegación expresa-, con las condiciones antedichas, funciones públicas administrativas; por lo que aun cuando tenga la condición de empresa del Estado bajo las características resaltadas, no es una entidad de la administración pública y sus dependientes no son *servidores públicos* para efectos laborales, ello no enerva que otras normas - como las de carácter penal- le otorguen tal cualidad o nomenclatura ya que se constriñe al ámbito de aplicación de las mismas. Debe enfatizarse que el título de concesionario de un servicio público, no significa en principio el otorgamiento al concesionario del acotado poder público; asimismo, que la sujeción presupuestal o financiera que resalta la peticionante, no determina o define la condición de entidad administrativa. Siendo así, corresponde desestimar el presente alegato.

Análisis respecto a la desnaturalización de la tercerización.

QUINTO: El contrato de *tercerización* es una figura contractual que se encuentra recogida por el artículo 2° de la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de

2. *Autoridad administrativa: el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos. (...)*"

³"*Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*". Palestra Editores, Lima -2010. p. 69.

⁴ Ob. Cit. p. 96.

Tercerización, y define a este tipo de contratación en los términos siguientes: “Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación (...)”. Asimismo, el artículo 3° de la acotada norma señala “constituyen tercerización de servicios (...) los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”. La Corte Suprema de la República ha señalado a través de la Cas. Lab. N° 275-2012-La Libertad, que “... en relación a la **Tercerización de servicios (outsourcing)**..., esta figura ha sido recogida indirectamente por el **Artículo 4°** del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, al establecer algunas consideraciones para la aplicación de las leyes Nro. 27626 y Nro. 27696; siendo que en dicho artículo se determina que no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”. A nivel de doctrina se ha sostenido que la tercerización supone encargar a una entidad especializada, una actividad productiva de una empresa, cuya naturaleza puede ser de carácter principal, secundaria, complementaria o accesorio. El objetivo es permitir a la empresa concentrarse en otras actividades consideradas estratégicas como la planificación de la actividad productiva⁵.

SEXTO: En cuanto a la *desnaturalización de la tercerización* es oportuno precisar que el artículo 5° de la glosada Ley señala que “Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y

⁵ Cfr. TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. “La nueva regulación sobre tercerización”, en Soluciones Laborales, Año 1, N° 7, Lima, 2008. p. 6.

que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes. En igual sentido su Reglamento, según el artículo 5°, establece que: “Se produce la desnaturalización de la tercerización: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la Ley y 4° del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora. b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal. c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9° del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro. La Desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma”. El Tribunal Constitucional al ocuparse del artículo 3° del acotado reglamento, en especial, de los requisitos copulativos que deben cumplirse en la tercerización, ha señalado que “... sólo hay cuatro requisitos para una empresa tercerizadora: (i) asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo, (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos “o” materiales; (iii) ser responsable por los resultados de sus actividades y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación...”⁶. En ese sentido, el incumplimiento de algún requisito esencial, o que la ausencia de los elementos característicos fueran indicio suficiente de ello, evidenciará que se ha configurado una simple provisión de personal, por lo que los trabajadores de la contratista deberán considerarse trabajadores de la empresa principal. Por ello resulta de suma importancia verificar escrupulosamente el cumplimiento de cada uno de los requisitos de validez de la tercerización en nuestro ordenamiento.

SEPTIMO: En esa línea, en lo atinente al marco procesal que rige estos actuados, conviene recordar que el artículo 23° inciso 23.5 de la NLPT, previene que “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan **indicios** que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”/ Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en

⁶ STC N° 02698-2012-AA/TC, Fundamento 24.

las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes." (subrayado y negrita agregados). Dicho postulado normativo permite resaltar que el Juez se forma convicción de la materia controvertida, no sólo a través de pruebas directas, sino también a través de pruebas indirectas como los indicios, en concordancia con el artículo 276° del Código Procesal Civil⁷; precisándose, como señala Montero Aroca, que al probarse el indicio, *luego de una valoración, se podrá indicar que entre el indicio y el hecho presumido hay un enlace lógico para dar por probado dicho hecho presumido*⁸. En esa virtud, el indicio opera como una herramienta probatoria de gran trascendencia en nuestro ordenamiento, en tanto permite al órgano jurisdiccional alcanzar la finalidad de la prueba a la que se contrae el artículo 188° del Código Procesal Civil, al asegurar certeza en la convicción judicial, de cara a hacer tangibles los derechos sustanciales en conflicto.

OCTAVO: Dentro de ese contexto es de apreciarse que en este caso la actora denuncia la desnaturalización de la tercerización celebrada entre Electronorte SA y la empresa Laborum Outsourcing S.A., acusando que la empresa principal ha ejercido su poder de dirección en los servicios que prestó, debido a los actos de subordinación que ejerció sobre ella, y que la empresa tercerizadora no habría asumido por su cuenta y riesgo los servicios pactados, sustentándose, básicamente, en la existencia de subordinación directa frente a la empresa Electronorte S.A. y la falta de autonomía empresarial por parte de la empresa Laborum Outsourcing. Frente a ello, se aprecia también que la empresa demandada ha aportado argumentos y material probatorio diverso con la finalidad de demostrar la existencia de una tercerización laboral válida, por lo que corresponde evaluar los medios probatorios en forma conjunta y razonada, expresando las valoraciones esenciales y determinantes que conlleven a la presente decisión conforme autoriza el artículo 197° del Código Procesal Civil, las mismas que deben estar guiadas por el principio de primacía de la realidad que constituye un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico impuesto por el carácter tuitivo de nuestra Constitución, el cual que ha sido consagrado explícitamente en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT al incluir el principio de Veracidad.

⁷"Artículo 276.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia."

⁸ Citado por Toyama Miyagusuku, en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/7_4-Toyama-y-Huaman.pdf

Respecto a la causal de falta de subordinación exclusiva.

NOVENO: Corresponde analizar el periodo de prestación de servicios respecto al cual se denuncia la desnaturalización, el mismo que abarca desde el 10 de agosto del 2011 al 30 de junio del 2014, en el que la recurrente laboró para la empleada a través de la empresa tercerizadora Laborum Outsourcing SAC en el cargo de *operadora de call center*. En esa línea, en orden a esclarecer los cuestionamientos vinculados al tema de la **subordinación** durante dicho periodo, corresponde hacer presente que el artículo 2° de la Ley N° 29245, exige como presupuesto para una tercerización válida, entre otros requisitos, que la contratista debe tener a sus trabajadores **bajo su exclusiva subordinación**. Al respecto, siguiendo los lineamientos de la doctrina "*... podemos notar que la norma hace referencia con total claridad al elemento fundamental y característico de una relación de naturaleza laboral, esto es, LA SUBORDINACION, la cual además debe ser ejercida de manera EXCLUSIVA por la empresa tercerizadora, lo cual significa que esta puede ejercer los atributos o facultades directrices de reglamentación, dirección, organización y disciplinarias sobre los trabajadores comprendidos en la actividad. Dicho de otro modo, la norma, atendiendo a las diversas posibilidades de situaciones que podrían presentarse en la realidad, que pudieran conllevar a que se distorsione en la práctica esta institución de la tercerización, deja sentada la posición de que la empresa tercerizadora debe ejercer respecto de sus trabajadores una SUBORDINACION CON CARACTER DE EXCLUSIVIDAD...*"⁹, por lo que el presente análisis debe efectuarse bajo esos parámetros.

DECIMO: En el caso de autos, del material probatorio ofrecido por la actora en su escrito de demanda, de folios 279 a 295 se aprecian diversas documentales referentes al periodo que ha laborado para Laborum Outsourcing S.A. de cuyo análisis se advierte lo siguiente: **i)** que dichos medios probatorios no han sido materia de cuestionamiento mediante mecanismos procesales formales por parte de la empresa Electronorte S.A., por lo que conservan valor probatorio; **ii)** que los correos electrónicos contenidos en los referidos folios fueron enviados por los trabajadores de la empresa Electronorte SA a los coordinadores de la empresa

⁹ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. "El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización", Jurista Editores EIRL, Lima, Abril de 2012. p. 78.

Laborum Outsourcing SA, aseveración que tampoco ha sido negada por la parte demandada, desprendiéndose de tales documentos una constante comunicación entre tales trabajadores; **iii)** que de la revisión exhaustiva de cada uno de los medios probatorios presentados, se destacan algunos con los que se demuestra que Electronorte ejercía su poder de dirección sobre los trabajadores de la empresa Laborum Outsourcing, entre ellos la demandante, a pesar de que no figurar formalmente como su empleadora. En efecto, dichas instrumentales revela que la citada empresa por intermedio de sus trabajadores daba órdenes, determinaba horarios de trabajo de la actora y brindaba capacitación a la accionante, conforme se detalla a continuación: (subrayado y negrita agregados)

Emisión de órdenes:

- Correo electrónico de fecha 16 de julio del 2013 (folio 49), “Asunto: Uniforme de trabajo”, remitido por Zapata Ubillus, Liliam María, a Supervisor de LaborumOutsourcing SA: **“Agradeceré coordinar la entrega de uniformes de su personal, ello por cuanto se viene observando que personal asiste a laborar con uniformes deteriorados (polos desteñidos y/o blusas desgastadas)”**.

Capacitación:

- Correo electrónico de fecha 21 de agosto del 2013 (folio 50), “Asunto:RV: Capacitación de Personal Contratista de Call Center – LaborumOutsourcing”, remitido por Zapata Ubillus, Liliam María para Supervisor LaborumOutsourcing SA: **“De acuerdo a la reunión sostenida, se ha programado reunión para el personal de la contratista de Call Center el día 28 de agosto, en la oficina de call center de 02:00 a 04:00 p.m. como sigue: 02:00 a 05:00 control de pérdidas – 05:00 a 07: 00 p.m. UCO”**.

Establecimiento de horas de trabajo:

- Documental denominada “Plan de contingencia Feriado largo del 27/07/2012 al 29/07/2012 (f. 127) la cual tiene el encabezado de Electronorte SA, en la que se

detalla los trabajadores asignados(entre los cuales se encuentra la actora) y horarios que deben de cumplir durante el feriado largo

DECIMO PRIMERO: Respecto a los hechos reseñados, la empresa demandada ha asumido una posición genérica al señalar: **i)** que ante cualquier mala ejecución del servicio sería la empresa tercerizadora la que respondería, por ser ésta su empleadora, no teniendo su representada ninguna potestad de subordinación; **ii)** que pretender apreciar en los correos electrónicos un poder de subordinación resulta incoherente e ilógico ya que el poder de subordinación se manifiesta a través de órdenes conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4506-2008; **iii)** que no existen pruebas fehacientes que se haya verificado, constatado o determinado que el personal de Electronorte SA emite órdenes a la demandante, lo que si existió es la coordinación de su representada con la contratista. Sin embargo, dichas alegaciones no desvirtúan la existencia de actos de subordinación de la empresa usuaria Electronorte SA hacia la demandante, pues no se toma en cuenta que tales *actos de coordinación* como los denomina la empresa, no se condicen con la percepción lógica de que un *control de la calidad* del servicio prestado por una empresa diferente a la que ofrece dicho servicio, es realizado usualmente cuando el producto o el servicio se encuentra terminado o concluido, y no durante su proceso de realización.

DECIMO SEGUNDO: Ahondando en el tema corresponde señalar que, en todo caso, la posición asumida por la empresa demandada respecto a que habría existido una coordinación de su representada con la contratista, no desvirtúa el comportamiento real que ha desplegado Electronorte en el desarrollo de las actividades encargadas a las empresas contratistas, pues se advierte que ha excedido el límite de las facultades que son inherentes a dicho sistema de contratación, lo cual permite colegir que aquellas acciones que la empresa Electronorte identifica indebidamente como *actos de coordinación o de verificación del servicio*, han constituido su normal forma de interrelación con la actora. Al respecto es oportuno traer a colación lo esclarecimiento por la Corte Suprema de la República al señalar que "... en las empresas de intermediación la empresa usuaria tiene facultades de fiscalización y dirección del personal destacado, mientras que en el outsourcing [tercerización] sólo puede haber

coordinación, no puede tener poder de dirección sobre el personal de un tercero...¹⁰ (negrita y subrayado agregado), lo cual concuerda con lo escrito por la doctrina en el sentido que la *tercerización* implica que se *determine los parámetros sobre el contenido del servicio comprometido, así como sobre los resultados esperados, debiendo la contratista mantener de manera autónoma el control de la gestión de los recursos asignados a la ejecución del servicio (personal, herramientas, materiales, etc.), y la empresa principal se deberá limitar al control de la obtención de los resultados comprometidos en el contrato* y, con ello a la verificación de que el precio del servicio recibido corresponde a lo esperado del mismo. Esta nueva forma de control y gestión de resultados por parte de la empresa principal debe llevar a **relaciones de coordinación** entre ambas partes, en las que la contratista cuenta con incentivos para exigir autonomía en la ejecución de sus servicios, pues lo hace por su cuenta y riesgo y asume responsabilidad por el resultado¹¹.

DECIMO TERCERO: Es necesario hacer presente que lo anotado no excluye la posibilidad de que la empresa principal pueda evaluar el resultado del servicio prestado por la contratista, sin embargo, ello debe ser realizado dentro de un marco de razonabilidad que supone entender la *tercerización laboral* como forma de contratación excepcional a la que se acude solo en supuestos de evidente necesidad económica y no por un anhelo del empresario de ahorrar costos laborales, lo que conllevar a inferir que la acotada evaluación o *supervisión* no podría ejecutarse en forma individualizada, es decir, por intermedio de un trabajador de la *principal* hacia otro trabajador de la *contratista*, sino a nivel macro (corporativo), o sea, de una empresa o gerencia hacia otra, comprometiendo la evaluación del bloque tercerizado y no de alguna prestación en particular como ha ocurrido en este caso, situación que revela, por el contrario, que Electronorte no ha contado con una base real válida que justifique la externalización de la fase de su producción o gestión contratada, en tanto mantiene el control constante de las actividades que conforman dicha fase a través de sus supervisores, dejando entrever, como enseña Sangüinetti, que la celebración de la tercerización materia de autos *no se sustenta en razones técnicas productivas o de especialización, sino*

¹⁰Cas. N° 275-2012-La Libertad

¹¹ <http://www.ius360.com/privado/laboral/los-requisitos-de-validez-de-la-tercerizacion/>

*en motivos de índole más primaria. En especial, en la diferenciación de condiciones de trabajo que por esta vía es posible de obtener.*¹²

DECIMO CUARTO: Hasta aquí, al haberse detectado que la trabajadora no estuvo bajo la ***exclusiva subordinación*** de la empresa tercerizadora (Laborum Outsourcing SAC), y teniendo en cuenta que los requisitos establecidos en el artículo el artículo 2° de la Ley N° 29245 son copulativos, es factible sostener que el contrato de tercerización sub materia se ha desnaturalizado, por lo que debe estimarse la pretensión de la actora orientada al reconocimiento de una relación laboral directa con la empresa principal (Electronorte SA), subyacente en un contrato a plazo indeterminado.

Respecto a la causal de falta de autonomía empresarial.

DECIMO QUINTO: No obstante los efectos jurídicos que trae consigo la verificación del supuesto analizado en los considerandos que anteceden, y partiendo de la base que la tercerización laboral implica que la empresa contratista cuente con sus propios recursos para poder desarrollar con autonomía la prestación, toda vez que se está haciendo cargo de una parte de la actividad productiva de la empresa contratante, es pertinente señalar que en autos ha quedado comprobada la existencia de otros indicadores que desvirtúan la validez del contrato celebrado entre Electronorte y Laborum Outsourcing SAC, ya que revelan, por un lado, que la contratista *no ha asumido los servicios tercerizados por su cuenta y riesgo*, y, por otro, que no ha desempeñado el servicio con *autonomía económica*, infringiéndose el artículo 2° de la Ley N° 29245 que contempla, entre otras exigencias, que la *tercerizadora cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales*, pues según informa la empresa demandada Electronorte S.A., el bien inmueble donde laboraba la actora así como los bienes muebles que utilizaba, consistentes en computadoras y otros enseres, habrían sido objeto de un arrendamiento por parte de Electronorte a favor de la empresa tercerizadora, presentando para ello el contrato de arrendamiento y las facturas de pago correspondientes por la prestación de dichos servicios (fs. 575 a 591). Al respecto, de la revisión exhaustiva de tales documentales se advierte que la vigencia del

¹² Cfr. cita efectuada por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. Ob. Cit. p 49

contrato de arrendamiento se encontraba pactada desde el 11 de julio del 2013 hasta el 10 de julio del 2015 (f. cláusula Tercera, fs. 588), asimismo, las facturas emitidas a raíz de dicho arrendamiento datan del año 2014; en ese contexto, teniendo en cuenta que el tenor de la cláusula Tercera del Contrato N° 130-2011/ELECTRONORTE S.A. (fs. 356 a 368): *“los trabajos y actividades a ejecutar se realizarán en el área donde la empresa Electronorte SA presta servicio de Atención Telefónica”*, permite asumir que la actora desde su ingreso (que data del mes de agosto del 2011) prestó sus servicios en las instalaciones de la empresa Electronorte S.A., específicamente en el inmueble que dicha empresa habría arrendado a la tercerizadora, es pertinente enfatizar que en relación a ese periodo (10 agosto del 2011 al 10 de julio del 2013) no se acredita la existencia de algún contrato de arrendamiento entre Electronorte S.A. y la empresa tercerizadora, denotando ello que ésta última empresa (Laborum Outsourcing S.A.) no contaba con un local propio o arrendado para la ejecución del servicio tercerizado, pese a la exigencia de la ley en cuanto a la necesidad de que la contratista posea sus propios recursos materiales, y a la obligación de contar con la *infraestructura necesaria en las localidades a atender*, apreciándose por el contrario que era la empresa usuaria la que dotaba a la actora del material logístico necesario para el desarrollo de sus funciones.

DECIMO SEXTO: En ese sentido, se corrobora que la actora ha venido desempeñándose bajo una sujeción contractual sin sustento y/o fundamento objetivo, configurándose simultáneamente el supuesto que contempla el artículo 77° inciso d) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR], en adelante LPCL. En ese orden, en aplicación del principio de primacía de la realidad, fluye que las relaciones contractuales mencionadas han tenido un propósito subalterno de disminuir o anular sus derechos laborales del trabajador demandante, es decir, una finalidad oculta tras el fraude en la sub contratación, representando ello un supuesto de *"instrumentalización"* de la dignidad de los trabajadores (STC N° 02111-2010-PC/TC), que contraviene el artículo 23° in fine de la Carta Suprema¹³; por consiguiente se refrenda que entre Electronorte y la recurrente existió una relación laboral a plazo indeterminado que fraudulentamente fue encubierta mediante contratos de otra, por lo que debe estimarse la pretensión de

¹³“Artículo 23° (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”

desnaturalización contractual postulada en autos.

Respecto a la nulidad de despido

DECIMO SETIMO: Habiéndose verificado el acotado vínculo, corresponde ahora evaluar si se ha materializado la causal de despido nulo que se invoca en la demanda. En lo que atañe a lo regulado en el artículo 29° inciso c) de la LPCL, la Corte Suprema de la República ha precisado que la calificación de un despido nulo, que supone la reposición del trabajador por efectuarse como represalia a una queja contra el empleador, debe efectuarse en base a los siguientes criterios: **“a) Que el trabajador haya presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa; b) Que, el acto del despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por parte del trabajador y dentro del plazo tan cercano que produzca convicción en el juzgador que el móvil por el cual se dio término el vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado; y c) Que, el empleador no haya motivado expresamente su decisión de despedir al trabajador”**.¹⁴

DECIMO OCTAVO: En ese caso, se tiene: **i)** según la actora, el despido cuestionado tuvo su motivación real en la denuncia que interpuso ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, con la finalidad de que verifique la desnaturalización del vínculo contractual en base al cual prestaba servicios, denuncia que dio origen a la Orden de Inspección N° 01409-2014; **ii)** en cuanto al citado reclamo, se encuentra acreditado con el documento presentado de fecha 16 de junio del 2014 ante la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo (fs. 24 y 25), mediante el cual la demandante -entre otras trabajadoras- solicitaron que se desarrolle una actuación de fiscalización *ya que se estarían vulnerando normas sociolabores, especialmente normas de tercerización por parte de la empresa Electronorte SA*, reclamo que dio origen a las actuaciones inspectivas conforme se advierte del Informe Final de Actuaciones Inspectivas de fecha 12 de julio del 2014 (fs. 26 a 30), produciendo convicción que esa denuncia constituyó el móvil del despido, pues el mismo se produjo luego de realizada la primera visita inspectiva al centro de

¹⁴ Casación N° 1363-2005-Lima.

trabajo de fecha el 25 de junio del 2014 (en la cual no se encontró a la demandante al encontrarse de descanso), precisándose que al efectuarse la segunda visita inspectiva el día 07 de julio del 2014, se dejó constancia de haberse prescindido de los servicios de la actora a partir del 30 de junio del 2014, es decir, precisamente a menos de una semana de la haberse iniciado las actuaciones inspectivas.

DECIMO NOVENO: En ese sentido, habiendo quedado demostrado que el acotado cese laboral se basó en situaciones que carecen de asidero legal, debe asumirse que el comportamiento extintivo del empleador es, realmente, la materialización de una intención lesiva frente a la denuncia administrativa promovida por la demandante; siendo así se ha configurado el despido nulo impugnado a través de la presente acción, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, amparados por los artículos 22° y 27° de la Constitución del Estado. En consecuencia, corresponde amparar la demanda, debiendo reincorporarse al accionante a su puesto de trabajo conforme lo establece el artículo 53° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR; asimismo, en aplicación del artículo 40° de la LPCL, le corresponde a la demandante percibir las remuneraciones y demás conceptos remunerativos dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta su reincorporación, teniendo como parámetro de cálculo la remuneración ascendente a S/. 800.00 según boleta y liquidación de fs. 20 y 21, o, en su defecto, la *Remuneración Mínima Vital* en caso la primera sea inferior a ésta última.

VIGESIMO: Finalmente, advirtiéndose de los considerandos precedentes que la empresa demandada ha incumplido sendas disposiciones legales laborales al haber propiciado la desnaturalización contractual aludida y el cese arbitrario de la actora, y resultando la demandada vencida, se le condena al pago de **costas y costos** procesales, extremos que de conformidad con el artículo 31° in fine de la NLPT, serán calculados en ejecución de sentencia.

III. DECISION:

Por estos fundamentos y consideraciones, al amparo de lo que dispone la Constitución Política del Perú, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 29497 y demás normas pertinentes, Administrando Justicia a Nombre de la Nación, **EL SETIMO JUZGADO ESPECIALIZADO LABORAL DE CHICLAYO: FALLA**: declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por doña **ANALI MERINO URTEAGA** contra la **EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA - ELECTRONORTE S.A**; en consecuencia:

1. **Declárese** la desnaturalización de la tercerización celebrada entre las empresas Electronorte S.A y Laborum Outsorcing SA, y por tanto la existencia de una relación laboral directa de la demandante con Electronorte, subyacente en un contrato a plazo indeterminado desde el 10 de agosto de 2011.
2. **Declárese** la existencia del despido nulo demandado, en consecuencia **requiérase** a la demandada Electronorte S.A. que proceda a **reincorporar** a la mencionada accionante en el puesto habitual de trabajo que desempeñaba antes del despido u otro similar bajo las mismas condiciones laborales, en el **plazo de tres días**, bajo apercibimiento de multa. Asimismo, le pague las remuneraciones y demás conceptos remunerativos dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta su reincorporación, más los intereses legales respectivos, extremos que serán determinados en ejecución de sentencia.
3. **Condénese** a las empresas demandadas al pago solidario de los **costos y costas** procesales, que serán calculados en ejecución de sentencia.
4. Declárese **improcedente** el pedido de aplicación del precedente vinculante contenido en la STC N° 05057-2013-PA/TC, formulado por la empresa demandada.

Al escrito de fecha 19 de enero del año en curso: téngase por apersonado al letrado que suscribe; al escrito de fecha 26 de marzo del año en curso: estese a lo dispuesto en la presente resolución y agréguese a los autos.

Se expide la presente en la fecha por la elevada carga procesal que viene afrontando el juzgado. Ante ello y atendiendo a la naturaleza de la materia discutida: **déjese sin efecto** la orden de notificación de sentencia dispuesta en la audiencia de juzgamiento, en consecuencia, **NOTIFIQUESE** excepcionalmente por cédula la presente sentencia.