



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“SENTENCIA VINCULANTE “CASO HUATUCO”
(EXP: 05057-2013-PA/TC); EN RELACIÓN A LA
ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS COMPRENDIDOS EN EL D. L. N° 728”**

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Rubio Mesta Freddy Eduardo Joshua

Asesor:

Abg. Samillan Carrasco, José Luis

Línea de Investigación:

Derecho Laboral y Constitucional

Pimentel – Perú

2016

**“Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp:
05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad
laboral de los servidores públicos comprendidos
en el D. L. N° 728”**

Abg. Samillan Carrasco Jose Luis
Asesor metodólogo

Mg. Irigoin Rafael Gilberto
Asesor especialista

Dr. Barrio de Mendoza Vásquez Robinson
Presidente del jurado de tesis

Dr. Augusto Franklin Mendiburu Rojas
Secretario del jurado de tesis

Mg. Daniel Guillermo Cabrera
Leonardini
Vocal del jurado de tesis

INFORMACIÓN GENERAL

1.1. Título del proyecto de investigación:

“Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728”

1.2. Línea de investigación:

Derecho Laboral y Constitucional.

1.3. Autor:

Rubio Mesta, Freddy Eduardo Joshua.

1.4. Asesor metodólogo:

Abg. Samillan Carrasco, José Luis.

1.5. Asesor especialista:

Mg. Irigoin Rafael, Gilberto.

1.6. Tipo y diseño de investigación:

Causal- Explicativo

1.7. Facultad y Escuela Académico Profesional:

Facultad de Derecho/Escuela de Derecho

1.8. Período: Setiembre – Diciembre 2016

1.9. Fecha de inicio y término del proyecto: Setiembre - Octubre

1.10. Presentado por:

Rubio Mesta, Freddy Eduardo Joshua

1.11. Aprobado:

Asesor Metodológico
Abg. Samillan Carrasco, José Luis

Asesor Especialista
Mg. Irigoin Rafael, Gilberto

1.12. Fecha de Presentación:

Veinticuatro de Octubre del 2016.

DEDICATORIA

A Dios.

Porque él me da la vida, salud, fuerza y sabiduría que necesito para poder hacer realidad mi meta de llegar a ser profesional.

A mi madre

Por estar siempre presente cada vez que necesitaba un consejo, por confiar en mí, por el valor mostrado para salir adelante, por su cariño y por todo el apoyo que me ha brindado siempre.

RUBIO MESTA, Freddy Eduardo Joshua

AGRADECIMIENTO

IV

A nuestros docentes; asesor metodológico Abg. José Luis Samillan Carrasco y asesor especialista Mg. Irigoin Rafael Gilberto, por la oportunidad brindada asimismo por contribuir y fortalecer mi avance y motivarme día a día para que la investigación se haga realidad.

A los Magistrados y al abogados constitucionalista y laboralista, que gentilmente brindaron su apoyo y tiempo favoreciendo al avance y resultados que la presente Investigación requería.

El autor.

RESUMEN

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prescribe que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Podemos apreciar que respecto a la sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC (caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco), el Tribunal Constitucional señala en su fundamento 15 lo siguiente:

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

Lo cual vulnera la estabilidad adquirida de los trabajadores que no ingresaron por concurso público de méritos, al desnaturalizarse sus contratos de trabajo ya sea por el exceso de tiempo de contratación o por vicios en la redacción de los mismos, al tratar de esconder el empleador una relación de naturaleza permanente.

Palabras clave: Sentencia vinculante, derechos adquiridos, estabilidad laboral, concurso público

ABSTRACT

Article VII of the Preliminary Constitutional Procedural Code provides that "The judgments of the Constitutional Court acquired the authority of res judicata are binding precedent when so expresses the sentence, indicating the end of its regulatory effect. When the Constitutional Court resolves away from the precedent, you must state the grounds of fact and law underlying the decision and the reasons why it departs from precedent".

We can see that respect to the judgment that is binding precedent relapse File No. 05057-2013-PA / TC (case Huatuco Beatriz Rosalia Huatuco), the Constitutional Court stated in its foundation 15 the following:

Consequently, taking into account the above the foundation 9 above, we can assume that when Articles 4 ° and 77 ° of the TUO of Legislative Decree No. 728, are applied in the field of Public Administration, must be interpreted as meaning that the entry of new staff or "return" injunctive, with an employment relationship of indeterminate nature, in a State entity to occupy a seat or internal management tool that replaces it, can always be made previously the person has won a public contest of merits for a budgeted vacant square and indefinite.

This violates the acquired stability of workers who did not enter through a public contest of merit, when their employment contracts were distorted due to the excess of hiring time or to defects in the writing of the same, when the employer tried to hide a relationship of a permanent nature.

Key word: *binding judgment, acquired rights, job security, public competition*

INTRODUCCIÓN

Nuestra investigación se centró en determinar los Empirismos Normativos y Discordancias normativas en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728.

Como objetivo de la investigación se analizó la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); con respecto a un Marco referencial que integró: Planteamientos teóricos relacionados con la libertad de trabajo, a nivel local, regional, nacional e internacional. Mediante un análisis cualitativo, con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema, lo cual nos permitió realizar una propuesta, lo que contribuirá en mejorar la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

La hipótesis se determinó de la siguiente manera: La correcta regulación del precedente Huatuco si se logra establecer que existen diferencias entre el caso que originó dicho precedente vinculante y el caso que corresponde resolver; mejoraría el empirismo aplicativo y las discordancias normativas en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

ÍNDICE

INFORMACIÓN GENERAL	3
DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN.....	8
ÍNDICE.....	9
I. CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	13
1.1 Problema de investigación	13
1.1.1 Selección del Problema	14
1.1.2 Antecedentes del Problema	14
1.1.3 Formulación Interrogativa del Problema	19
1.2 Justificación e Importancia de la Investigación	20
1.3 Limitaciones y Restricciones de la Investigación	22
1.4 Objetivos	22
1.4.1. Objetivo general	22
1.4.2. Objetivos Específicos	22
1.5 Hipótesis	23
1.5.1. Hipótesis general	23
1.5.2. Sub Hipótesis	23
1.4 Variables	25
1.4.1 Identificación de las Variables	25
1.4.2 Definición de las variables	25
1.5 Tipo de investigación y análisis	27
1.6 Diseño de la ejecución del plan como desarrollo de la investigación	28
1.6.1 Universo de la Investigación	28
1.6.2 Técnicas, Instrumentos e Informantes o Fuentes de Recolección de Datos.....	28
1.6.3 Población y Muestra	29
1.6.4 Forma de Tratamiento de los Datos.....	31
1.6.5 Forma de Análisis de la Información.....	31
II. CAPÍTULO II: MARCO TEORICO	32

2.1	SUBCAPÍTULO I: SISTEMA JURIDICO LABORAL- ASPECTOS GENERALES	32
2.1.1	Regímenes Laborales del Servicio Público.	32
2.2	SUBCAPÍTULO II: LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ	49
2.2.1.	Conceptualización de la estabilidad laboral	49
2.2.2.	Contrato de trabajo y relación laboral	51
2.2.3.	Estabilidad laboral en el servicio público.....	57
2.2.4.	La estabilidad laboral como regla general contra el despido.....	61
2.2.5.	Efectos negativos.....	61
2.2.6.	Teoría de los derechos adquiridos y derechos cumplidos en el contexto constitucional peruano.....	65
2.2.7.	Reposición en el Sector Público	77
2.3	SUBCAPÍTULO III: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	79
2.3.1.	Principio de la primacía de la realidad	79
2.3.2.	Principio de continuidad.....	80
2.3.3.	Principio protector	81
2.3.4.	Principio de Igualdad.....	84
2.3.5.	Principio de Irrenunciabilidad	84
2.4	SUBCAPÍTULO IV: EL PRECEDENTE VINCULANTE	85
2.4.1	Precedente constitucional vinculante.....	85
2.4.1.	Análisis de los precedentes vinculantes en la sentencia Caso Huatuco-Expediente 05057-2013-PA/TC	88
2.4.2.	Análisis del Expediente 06681-2013-PA/TC	91
2.4.3.	Análisis del Decreto Legislativo N° 728	93
2.5	SUBCAPÍTULO V: LEGISLACIÓN	94
2.5.1.	Legislación Nacional	94
2.5.2.	Legislación Extranjera.....	104
	CAPITULO III.-SITUACION ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	110
3.1	Situación actual de los responsables respecto a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.	111
3.1.1	Resultados de Empirismos normativos de los Planteamientos Teóricos en los responsables.....	111
3.1.3	Resultado del nivel de discordancias normativas de las Normas en los responsables.....	114

3.2. Situación actual respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.	119
3.2.1 Resultados de respuesta contestadas acerca de los Empirismos normativos de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica.....	119
3.1.3 Resultado del nivel de discordancias normativas en la comunidad jurídica.	122
CAPITULO IV: ANALISIS DE LA SITUACION ACTUAL	126
4.1. Análisis de la situación encontrada de los responsables respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.....	127
4.1.1. Análisis de los responsables respecto a los planteamientos teóricos.	127
4.1.2. Análisis de los responsables respecto a las normas.....	130
4.1.3. Análisis de los responsables respecto a la legislación comparada.	131
4.2. Análisis de la situación encontrada de la comunidad jurídica respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.....	132
4.2.1. Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.....	132
4.3.1. Análisis de la comunidad jurídica respecto a las normas.	134
CAPITULO V: CONCLUSIONES	136
5.1. Resúmenes de las apreciaciones resultantes del análisis	137
5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto de las partes o variables del problema.....	137
5.1.2. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a los logros como complementos de las partes o variables del problema.....	138
5.2. Conclusiones parciales	139
5.2.1. Conclusión Parcial 1	139
5.2.2. Conclusión Parcial 2.....	141
5.2.3. Conclusión Parcial 3.....	142
5.2.4. Conclusión Parcial 4.....	144
CAPITULO VI: RECOMENDACIONES	151
6.1 Recomendaciones parciales	152
6.1.1 Recomendación Parcial 1	152
6.1.2 Recomendación Parcial 2	153
6.1.3 Recomendación Parcial 3	153
CAPITULO VII.- REFERENCIAS Y ANEXOS	155

ANEXO N° 1	159
ANEXO N° 2	160
ANEXO N° 3	161
ANEXO 4:	162
ANEXO 5:	163
ANEXO 6:	164
ANEXO N° 07	165
ANEXO N° 08	167

I. CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1 Problema de investigación

La investigación, se basó en los Empirismos Normativos y Discordancias normativas en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728 **(Ver anexo 3)**

La existencia vinculante y legal de los empirismos normativos se encuentra en la realidad social y jurídica, debido a la jurisprudencial dictada dentro del ámbito constitucional, de contenido estrictamente laboral, en el máximo órgano de administración de justicia e interpretación de la Constitución, refiriéndose, al Tribunal Constitucional (TC), basado en sus postulados fácticos y jurídicos, en que se ha establecido como precedente vinculante, que no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado de los trabajadores del sector público que, pese a acreditar la desnaturalización de sus contratos temporales o civiles, no hayan obtenido una plaza en virtud de un concurso público de méritos

La existencia de la Discordancias normativas, fundamentalmente se sustenta a las formas de aplicar e interpretar las normas y disposiciones legales en los casos de material laboral, para ello, dentro de los estudiosos y especialistas en la materia, suelen expresar en la doctrina como el jurista Neves Mujica, quién señala que, el precedente Huatuco elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado, por lo que a diferencia de sus pares en la actividad privada, éstos no podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización), sino solo la segunda, y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Siendo analizado no solo la constitucionalidad de los derechos fundamentales-laborales sino aplicados el control convencional de la jurisprudencia emitida.

1.1.1 Selección del Problema

Este problema fue seleccionado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) Los investigadores tienen acceso a los datos relacionados al problema.
- b) Su solución contribuiría a la solución de otros problemas.
- c) Es uno de los que más se repiten.
- d) Afecta negativamente la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral.
- e) En su solución están interesados los responsables de dos o más sectores.

1.1.2 Antecedentes del Problema

1.1.2.1. Desde cuándo existen o se tienen referencias sobre este tipo de problema:

a) En el mundo.

(Marienhoff, 2013) señala que la estabilidad del empleado público ha sido objeto de distintas reglamentaciones las cuales, por un lado, han buscado consagrarla como garantía, mientras que por el otro, han querido cercenarla en vistas a facilitar, de forma ilegítima, la actividad del Estado o bien, buscando intereses particulares.

El 15 de Septiembre de 1999 se promulga la ley 25.164 la cual establece determinadas pautas para acceder al régimen de estabilidad. (Marienhoff, 2013)

El artículo 7º reviste de estabilidad al personal que se encuentra en el régimen de contrataciones y al personal de gabinete de autoridades superiores.

En el artículo 8º de la misma se determina que el régimen de estabilidad se extenderá al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan. La intención de la norma es profesionalizar la función pública, pero mientras tanto, no se entiende bien cómo afectará a la estabilidad, en la práctica dicha norma.

El artículo 17 de la ley citada sienta el principio de que el personal comprendido en el régimen de estabilidad tendrá derecho a conservar el empleo, por lo tanto, aquellos alcanzados por la norma tendrán derecho a la estabilidad propia, que es aquella que no puede ser reemplazada por una indemnización y que sólo aparece por las causas que la ley menciona

Pero ésta norma del año 1999 ha sufrido varios “golpes”, al igual que nuestra Constitución Nacional, tanto por distintas leyes de emergencia, tanto por fallos jurisprudenciales que no han sabido defenderla

b) En el país

En la doctrina nacional el destacado jurista Neves Mujica, (2009) señala que el fundamento de la estabilidad laboral en un país, busca proteger que los trabajadores laboren más en trabajos permanentes que temporales, más indefinidos que los de plazo fijo, y además durante su vida laboral tenga permanencia, ello conlleva estabilidad familiar, social, económica.

La estabilidad laboral debe protegerse en todo momento, tanto a los trabajadores que estén en el régimen laboral privado o público o los regímenes especiales, el cese unilateral de la relación laboral por parte del empleador, denominado despido, la misma universalmente la tendencia aceptada es que sea causal, además esta causal debe ser una causa justa de despido, lo que en la legislación laboral privada peruana , señala que la misma debe ser en la conducta o capacidad del trabajador, previo a un procedimiento de despido, en la cual el trabajador tenga conocimiento de los hechos y ejerza su derecho de defensa.

c) A nivel Regional

Jorge Rojas Córdova, manifestó que la informalidad laboral bordea el 60% en Lambayeque debido a la flexibilidad de las leyes laborales dadas por el gobierno central.

El problema de la informalidad es a nivel nacional, por lo que el gobierno central debe asumir una actitud firme y no flexibilizar las normas clasificando a las empresas, pues esta situación en lugar de apoyar el crecimiento de las instituciones aumenta la viveza de un sector del empresariado, que halla en estos casos la

oportunidad para evadir responsabilidades y no brindar la estabilidad laboral de sus empleados

Otro de los aspectos es que la Estabilidad Laboral sea considerado nuevamente como un derecho fundamental como así lo fue en la Constitución de 1979, ya que las empresas actuales están usando estos contratos sujetos a modalidad de una forma incorrecta, así como también sabemos que cuando termina el contrato del trabajador, simplemente se le paga sus beneficios laborales, mas no una indemnización como ocurre cuando despiden arbitrariamente a un trabajador

1.1.2.2. Estudios o investigaciones anteriores

Carranza, Luis El problema de la Estabilidad Laboral en Venezuela, concluye: “Esta estabilidad es relativa, porque la Ley en referencia, establece como principio general que ningún trabajador podrá ser separado de su cargo, sin que esté incurso en alguna de las causales contempladas en su artículo 102, sin embargo; encontramos que si el patrono o empleador decidiere poner fin a la relación de trabajo por voluntad propia (es decir, sin causas imputables al empleado) bastará que se lo manifieste al trabajador, le cancele el preaviso si no desea que este lo trabaje, pero con la carga económica de indemnizarlo de conformidad con lo estipulado en el artículo 125”.

Borrajo, Efrén, en su investigación denominada El derecho del trabajo en México señala: En México, en toda negociación mercantil podemos observar como una constante, la utilización del esfuerzo humano de los sujetos como medio de consecución

de sus fines. Ese aprovechamiento del quehacer de los otros, cuando se impregna del elemento de la subordinación, recae dentro de la competencia del derecho del trabajo.

La falta de desarrollo normativo sobre el tema de la estabilidad laboral de empleados nombrados en provisionalidad no puede ser analizado de manera rigurosa como una inexistencia de garantías en tal sentido, pues son múltiples los fallos judiciales en que se advierte que en casos de empleados provisionales, las normas sobre el tema de la estabilidad laboral no deben ser interpretadas de manera aislada sino de manera conjunta con el bloque de constitucionalidad, los derechos fundamentales y la jurisprudencia especializada, pues de lo contrario se vulnerarían derechos mínimos de los trabajadores nombrados en provisionalidad

De Ferrari, Francisco, Lecciones de Derecho del Trabajo en el Perú, señala: no puede haber despido sin causa, sin motivo, sin contenido, por ello cuestiona abiertamente al artículo 34º del D.S. 003-97-TR, se debe respetar el derecho del trabajo, porque esa norma referida al artículo 34º de la ley citada es contradictoria con el artículo 22º de la carta magna, es incompatible con la Constitución.

1.1.3 Formulación Interrogativa del Problema

1.1.3.1 Formulación interrogativa del problema

El problema fue formulado interrogativamente mediante las siguientes preguntas:

1.1.3.1.1 Primera Parte del Problema:

- ¿Cuáles son los planteamientos teóricos en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco”?
- Cuáles son las normas relacionadas a la en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco”?
- ¿La norma integra la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728 con los planteamientos teóricos existentes?
- ¿Existen empirismos en las normas que tienen que cumplir la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728
- ¿Cuáles son las causas de esos empirismos normativos?

1.1.3.1.2 Segunda parte del Problema

- ¿Cuáles fueron la legislación existente y referida respecto a la Problemática sobre “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728?
- ¿En la realidad problemática como afectó la existencia de estas discordancias normativas?
- ¿En qué medida existieron discordancias normativas respecto a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en

relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728?

- Si existieron discordancias normativas, ¿Cuáles fueron?
- ¿Por qué se dieron estas discordancias normativas?

1.2 Justificación e Importancia de la Investigación

La investigación realizada fue conveniente llevar a cabo debido a que porque la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) se contradice con el D. L. N° 728 en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos, y esto hace que exista muchos abusos por partes de los empleadores, siendo siempre el más perjudicado el trabajador

Esta investigación sirvió para profundizar conocimiento que desde el punto de vista constitucional laboral, es el principio de primacía de la realidad el que ha debido primar, pues este precedente flexibiliza los despidos y convalida la forma como el Estado precariza el empleo; así mismo, que la labor del TC es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la ley, y en este sentido una interpretación literal como esta desconoce la realidad laboral del empleo público y hace recaer la responsabilidad en el empleado, por más que se diga que se investigará a quien contrate de esa forma, suponiendo un giro, pues no combate el fraude a la ley del Estado, sino que facilita el abuso de derecho con el despido de estos empleados públicos.

La investigación fue importante, para sostener argumentos facticos y jurídicos, para sostener de manera legal y constitucional, la aplicación de apartarse del precedente vinculante dictado por el Tribunal Constitucional, basados en la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante de sentencias, en la cual, basados en el derecho y la justicia, aplicar

correctamente los postulados normativos, además, de ser fundamental por el análisis del control convencional difuso de la respectiva jurisprudencia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos laborales a nivel regional y en sede nacional.

Esta investigación aportó el conocimiento de una realidad en la cual vemos como en nuestro país se avasallan los derechos laborales, más aun no existen organismos que ayuden a los trabajadores a defender sus derechos adquiridos

En esta investigación el beneficio fue dar a conocer una realidad existente en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) se contradice con el D. L. N° 728 en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos

La investigación tuvo como beneficiarios directos con la presente, fueron los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728 y los beneficiarios indirectos fue la población en general y comunidad jurídica por el contenido que representa.

De igual modo la investigación ayudó a resolver dicho problema que afecta a una gran parte de los trabajadores

La investigación permitió solucionar un vacío legal existente en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) se contradice con el D. L. N° 728 en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos, así como la forma correcta de aplicar el derecho.

1.3 Limitaciones y Restricciones de la Investigación

- La investigación se limitó estrictamente a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728
- La investigación solo se basó en estudió la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) y el D. L. N° 728
- La investigación tuvo una población determinada, que solo alcanzó a los trabajadores comprendidos en el D.L. N° 728

1.4 Objetivos

1.4.1. Objetivo general

La investigación analizó la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); con respecto a un Marco referencial que integró: Planteamientos teóricos relacionados con la libertad de trabajo, a nivel local, regional, nacional e internacional. Mediante un análisis cualitativo, con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema, lo cual nos permitió realizar una propuesta, lo que contribuirá en mejorar la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

1.4.2. Objetivos Específicos

Para alcanzar el objetivo general enunciado en el numeral anterior, se debieron de lograr los siguientes propósitos específicos:

- a) Ubicar, seleccionar y presentar concisamente: Planteamientos teóricos relacionados a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, tales como: Conceptos básicos,

principios de libertad de trabajo, las normas relacionadas al D.L. N° 728, entorno nacional, local internacional.

- b) Describir la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC y la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728 en sus partes o variables más importantes tales como: Responsables (jueces, abogados), procedimientos, seguros, técnicas empleadas etc, de acuerdo a los datos relacionados al problema
- c) Comparar cualitativamente, con el apoyo de técnicas de análisis y síntesis cada parte o variable de la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC y la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728; con respecto a cada parte del marco referencial.
- d) Identificar las causas del empirismo normativo y discordancias normativas de acuerdo a los criterios relacionados al tema
- e) Proponer una propuesta de tal forma que se pueda reducir o solucionar los empirismos normativos y las discordancias normativas

1.5 Hipótesis

1.5.1. Hipótesis general

La correcta regulación del precedente Huatuco se logra establecer que existen diferencias entre el caso que originó dicho precedente vinculante y el caso que corresponde resolver; en consecuencia mejoraría el empirismo normativo y las discordancias normativas en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

1.5.2. Sub Hipótesis

- a) Se advierte empirismo normativo por parte de los operadores del derecho, debido a la falta de conocimientos básicos de la Sentencia

Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) y la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728.

Fórmula : -X1; A1; -B1; -B2

Arreglo 1 : -X, A,-B

- b) Se apreciaron empirismos normativos por parte de la comunidad jurídica en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC).

Fórmula : -X1; A2; -B1; - B2; -B3

Arreglo 2 : -X; A; -B

- c) Se advierten discordancia normativa por parte de la comunidad jurídica respecto a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728 y la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC).

Fórmula : -X2; A1; -B2

Arreglo 3 : -X; A;-B

- d) Se advierte falta de uniformidad en la legislación referido a normas que se contraponen por parte de la comunidad jurídica respecto a la incompatibilidad en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC) y la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728.

Fórmula : -X2; A2; - B2; - B3

Arreglo 4 : -X; A;-B

1.4 Variables

1.4.1 Identificación de las Variables

-A = Variables de la Realidad.

A1 = Responsables.

A2 = Comunidad Jurídica.

-B = Variables del Marco Referencial.

B1 = Planteamientos Teóricos.

B2 = Normas.

B3 = Legislación Comparada

-X = Variables del Problema.

X1 = Empirismos Normativos.

X2 = Discordancias normativas.

1.4.2 Definición de las variables

A1 = Responsables

Pertenecieron al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente al... “las personas que deben llevar a cabo distintas acciones (planificar, organizar y ejecutar) para lograr un objetivo”...o también...“persona(s) obligada(s) a cumplir ciertas tareas o asumir ciertas funciones para el logro de objetivos”. (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 22va Edición)

A2= Comunidad Jurídica

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente a “las personas que poseen un vínculo o interés en torno a la temática jurídica de un Estado. Se entiende que se integran en ella no sólo a profesionales que ejercen el derecho (abogados, jueces, fiscales), sino también a docentes y estudiantes de dicha especialidad profesional”. (Cabanellas T, 2002).

B1 = Planteamientos Teóricos

Pertencieron al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente a “los problemas que se tienen sino también qué se posee para resolverlos y cómo se puede hacer”. Consultado en (<http://definicion.de/planteamiento/#ixzz3KrH3so2F>).

~B2 = Normas

Pertencieron al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a **“la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente”** TORRES, *A Teoría General del Derecho. Segunda Edición. Editorial Temis S.A. Ideosa Lima – Perú* pág. 190.

~B3 = Legislación Comparada

Pertencieron al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a CABANELLAS (2002) Es el arte cuyo fin práctico consiste en comparar entre si aquellas legislaciones que son semejantes y presentan cierta uniformidad jurídica dentro de la diversidad de sus respectivos derechos positivos, para encontrar los principios, reglas o máximas similares a todas ellas, por tender a la satisfacción de necesidades comunes, p. 218.

X1. Empirismos Normativos

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar que... **“es la corriente filosófica que sostiene que la única fuente de conocimiento es la percepción sensorial o la experiencia”** (Osorio, M 1996), respeto a normativos **“reglas de conducta de carácter obligatorio...”**(Hoffman, R 1998).

~X2 = Discordancia Normativa

Identificamos este tipo de problema cuando **alguna norma interna que rige en una realidad, entidad o empresa, no ha incorporado en su enunciado, ni está actualizada o NO CONSIDERA; OTRA NORMA** directamente relacionada.

1.5 Tipo de investigación y análisis

La técnica fue la encuesta y el instrumento fue el cuestionario, por ese motivo, la investigación fue Cuantitativo, porque en la medida que utiliza la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis previamente hechas, confía en la medición numérica, el conteo y frecuentemente en el uso de estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población.

La investigación fue Correlacional, tienen por objeto medir el grado de relación significativa que existe entre dos o más variables, conocer el comportamiento de una variable dependiente a partir de la información de la variable independiente o causal, predecir, el valor aproximado que tendrá el comportamiento de un grupo de individuos en una variable, a partir de valor que tienen en las otras variables relacionadas (Caballero, 2009).

En el análisis de la investigación se usó el método descriptivo, con un diseño de investigación no experimental.

1.6 Diseño de la ejecución del plan como desarrollo de la investigación

1.6.1 Universo de la Investigación

El universo de la presente investigación comprendió la sumatoria de todos los datos de los dominios de todas las variables que fueron identificados: Responsables, Comunidad jurídica, Conceptos Básicos, Normas Generales, legislación, empirismos normativos y discrepancias teóricas.

1.6.2 Técnicas, Instrumentos e Informantes o Fuentes de Recolección de Datos

En la investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se tiene que aplicar o recurrir, a las siguientes técnicas:

a) La técnica del análisis documental; utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; tienen como fuentes libros y documentos de la institución; que fueron usadas para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas generales y legislación comparada; responsables y contextos.

b) La técnica de la encuesta; utilizando como instrumento un cuestionario; que tiene como informantes a los Responsables; y que será aplicada para obtener los datos del dominio de las variables para establecer una alternativa legal

1.6.3 Población y Muestra

1.6.3.1 Población

La población de informantes para el cuestionario fueron los abogados como comunidad jurídica (80) y Jueces Especializados en Derecho Laboral como responsables del derecho (9) que tuvieron conocimientos básicos, normativos y reglamentarios aplicables a cuestionarios en un promedio de 89 personas.

1.6.3.2 Muestra

- Abogados (Comunidad Jurídica)

De acuerdo, al Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque (ICAL), tiene registrado a 7151 abogados hasta el mes de junio del presente año. Sin embargo, se aplicó la fórmula respectiva, considerando como población a abogados con conocimiento de derecho laboral, a 132, de la cual se obtuvo 80, que viene a ser la muestra a encuestar.

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Donde:

n = muestra

(N) = 132 "Población total"

(p)(q) = 0.25 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.09 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (132) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.09)^2 (250-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(132) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0081) (249)} \Rightarrow n = \frac{126.7728}{(0.9694) + (0.6225)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{126.7728}{1.5829} \Rightarrow n = 80.0889 \Rightarrow n = 80$$

-Jueces Especializados (Responsables del Derecho)

De acuerdo, a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (CSJL), cuenta con 60 jueces en la ciudad de Chiclayo. Sin embargo, se aplicó la fórmula respectiva, considerando como población a Jueces Especializados con conocimiento de derecho laboral, a 14, de la cual se obtuvo 9, que viene a ser la muestra a encuestar.

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Donde:

n = muestra

(N) = 14 "Población total"

(p)(q) = 0.25 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.09 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (14) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.09)^2 (250-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(14) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0081) (249)} \Rightarrow n = \frac{13.4456}{(0.9694) + (0.6225)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{13.4456}{1.5829} \Rightarrow n = 8.4942 \Rightarrow n = 8.5$$

1.6.4 Forma de Tratamiento de los Datos

a) La técnica del análisis documental; se utilizó como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; tienen como fuentes libros y documentos de la institución; que fueron usadas para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas generales y legislación comparada; responsables y contextos.

b) La técnica de la encuesta; se utilizó como instrumento un cuestionario; que tuvo como informantes a los Responsables; y que será aplicada para obtener los datos del dominio de las variables para establecer una alternativa legal.

1.6.5 Forma de Análisis de la Información

Los datos que se obtuvieron mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa Excel; y con los cuales se realizarán los cruces en las sub-hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, y serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

II. CAPÍTULO II: MARCO TEORICO
**2.1 SUBCAPÍTULO I: SISTEMA JURIDICO LABORAL- ASPECTOS
GENERALES**

2.1.1 Regímenes Laborales del Servicio Público.

2.1.2.1 Decreto Legislativo N° 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

Dentro del marco jurídico normativo, se encuentra el principio de jerarquía normativa, inspirada por el profesor H. Kelsen, en la que se realiza la escala normativa dentro de un Estado, estando como norma o ley fundamental la Constitución.

En tal sentido, es que se encuentra como una ley inferior a la ley, decretos y demás dispositivos legales.

Por otro lado, se encuentra la Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

Asimismo, siendo fundamental precisar que debe entenderse como:

- **Servidor Público**, al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública, con nombramiento o contrato de la Autoridad competente, con las formalidades de la Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remuneratoria permanente en periodos regulares.

- **Funcionario Público**, al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y en los organismos con autonomía.

2.1.2.1.1 Ingreso a la Carrera Administrativa

En el artículo 12° de la Ley de Carrera Administrativa se establecen los requisitos necesarios para acceder a la Carrera Administrativa, así tenemos:

- Ser ciudadano peruano en ejercicio.
- Acreditar buena conducta y salud comprobada.
- Reunir los atributos propios del respectivo grupo ocupacional.
- Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión.
- Los demás que señale la Ley.

El Decreto Legislativo N° 276, contiene como procedimiento obligatorio, el concurso de méritos para ocupar los cargos de servidor de carrera o servidor contratado para labores de naturaleza permanente, el ganador es incorporado a la Carrera Administrativa mediante resolución de nombramiento o contrato según sea el caso e ingresa a laborar por el nivel más bajo del grupo ocupacional del cual se postuló. Los postulantes que aprueben el proceso de selección y que no alcancen las vacantes, integran una “Lista de Elegibles” en estricto orden de mérito, cuya vigencia será de seis meses a efectos de cubrir otra vacante de igual o similares características a la que postularon y que pudieran producirse en dicho periodo.

Sin embargo, por razones de austeridad fiscal desde la segunda mitad de la década del ochenta, las leyes de presupuesto vinieron imponiendo

limitaciones al nombramiento y a la contratación de personal bajo cualquier forma o modalidad. Las mencionadas restricciones presupuestarias para el acceso de personal necesario para la Administración Pública, han generado las siguientes consecuencias:

- Que todas las entidades públicas tengan un gran número de plazas vacantes y muchas se hayan visto obligadas a cubrir los cargos directivos con profesionales ajenos a la carrera administrativa, impidiendo ascender a personal de carrera que podrían haber ofrecido mejores calificaciones.
- Otra medida adoptada por las entidades consistió en recurrir a la contratación de personal a través de contratos de Servicios No Personales, a quienes no se registraba en las planillas del Estado.

Es en este punto en donde ya se aprecia que debido a la contratación indebida de personal, contratado bajo la modalidad de Servicios No Personales, se originaron problemas en la Administración Pública (caos organizacional) y a su vez se originó un perjuicio económico y moral al personal que debió haber sido incorporado a la Carrera Administrativa, ya que prestaban servicios personales y desempeñaban labores permanentes de forma ininterrumpida en su puesto de trabajo.

2.1.2.1.2 Periodo de Prueba

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 34° del Reglamento, la estabilidad laboral se adquiere al partir del nombramiento, por lo que no existe periodo de prueba.

2.1.2.1.3 Ascenso

El ascenso del servidor público se produce mediante promoción al nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos.

2.1.2.1.4 Derechos de los Servidores Públicos

De acuerdo a lo establecido por el artículo 24° de la Ley de Carrera Administrativa, los servidores públicos tienen los siguientes derechos:

- a) Hacer carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole;
- b) Gozar de estabilidad. Ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la Ley de acuerdo al procedimiento establecido;
- c) Percibir la remuneración que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones y beneficios que proceden conforme a Ley.
- d) Gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional de hasta 02 períodos;
- e) Hacer uso de permisos o licencias por causas justificadas o motivos personales en la forma que determine el reglamento;
- f) Obtener préstamos administrativos, de acuerdo a las normas pertinentes;
- g) Reincorporarse a la carrera pública al término del desempeño de cargos efectivos en los casos que la Ley indique;
- h) Ejercer docencia universitaria, sin ausentarse del servicio más de seis horas semanales;

- i) Recibir menciones, distinciones y condecoraciones de acuerdo a los méritos personales. La Orden del Servicio Civil del Estado constituye la máxima distinción;
- j) Reclamar ante las instancias y organismos correspondientes de las decisiones que afecte sus derechos;
- k) Acumular a su tiempo de servicios hasta cuatro años de estudios universitarios a los profesionales con título reconocido por la Ley Universitaria, después de quince años de servicios efectivos, siempre que no sean simultáneos;
- l) No ser trasladado a entidad distinta sin su consentimiento;
- m) Constituir sindicatos con arreglo a ley;
- n) Hacer uso de la huelga, en la forma que la ley determine;
- o) Gozar al término de la carrera de pensión dentro del régimen que le corresponde;
- p) Las demás que señalen las leyes o el reglamento. Los derechos reconocidos por la Ley a los servidores públicos son irrenunciables y toda estipulación en contrario es nula.

2.1.2.1.5 Bonificaciones y Beneficios Pecuniarios

Los servidores públicos tienen derecho a recibir:

- **Bonificación Personal**, la cual se otorga en razón del 5% del haber básico por cada quinquenio de servicio, sin exceder ocho quinquenios.

- **Bonificación Familiar**, la cual se fija anualmente mediante Decreto Supremo, en relación con las cargas familiares existentes. En caso que el padre y la madre trabajen para el Estado, la bonificación corresponde a la madre.

- **Gratificación por Record Máximo**, es una asignación que se les otorga por cumplir 25 o 30 años de servicio, es equivalente a dos (2) remuneraciones mensuales totales, al cumplir 25 años y de tres (3) remuneraciones mensuales totales, al cumplir 30 años de servicio. Esta se otorga por única vez en cada caso.

- **Aguinaldos**, los cuales son otorgados en Fiestas Patrias y Navidad, por el monto que se fije mediante Decreto Supremo cada año.

- **Vacaciones anuales y remuneradas**, las cuales se obtienen al acumular doce (12) meses de trabajo efectivo.

- **Compensación por Tiempo de Servicios**, se otorga al personal nombrado al momento del cese por el importe del 50% de remuneración principal para los servidores con menos de 20 años de servicios, o de una remuneración principal para los servidores con 20 o más años de servicios por cada año completo o fracción mayor de 6 meses y hasta por un máximo de 30 años de servicios. En caso de cese y posterior reingreso, la cantidad pagada surte efecto cancelatorio del tiempo de servicios anterior para este beneficio.

2.1.2.1.6 Término de la Carrera

Entre las causales o término de la Carrera Administrativa, de manera formal y legal, es que la relación jurídica vinculante entre empleador y colaborador, termina por:

- Fallecimiento
- Renuncia,
- Cese Definitivo,
- Destitución,

2.1.2.1.7 Principios Rectores de la Carrera Administrativa

La Carrera Administrativa se rige por los siguientes principios:

- Igualdad de Oportunidades,
- Estabilidad
- Garantía del nivel adquirido,
- Retribución justa y equitativa.

2.1.2.1.8 Exclusión de la Carrera Administrativa

De acuerdo a lo establecido por el artículo 2° de la Ley de Carrera Administrativa, no están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado, o de sociedades de economía mixta.

El artículo 40° de la Constitución Política establece claramente el personal que no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la Carrera Administrativa, tales como:

“(...) no están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...).

(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (...)”

La razón de esta excepción se debe a que su origen es la libre designación y remoción, ya que dicho personal está dotado de poder político, como por ejemplo los ministros, viceministros, jefes y

presidentes de organismos e instituciones; asimismo tampoco están comprendidos dentro de la Carrera Administrativa el personal contratado para realizar funciones de naturaleza temporal; tampoco están comprendidos determinados grupos funcionariales, ya que según sus características propias se han creado para ellos regímenes especiales diferentes de la Carrera Administrativa ordinaria, tal es el caso del Poder Judicial, Ministerio Público, Institutos Armados, Policía Nacional, integrantes de la carrera diplomática, Magisterio y los profesionales de salud.

De acuerdo al artículo 12° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa” (en adelante el Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa), se establece que, “La confianza para los funcionarios no es calificativo del cargo, sino es atribuible a la persona por designar, tomando en consideración su idoneidad basada en su versación o experiencia para desempeñar las funciones del respectivo cargo”. (Constitución Política del Perú, 1993)

Asimismo, se establecen los siguientes criterios para determinar la situación de confianza:

- El desempeño de funciones de jerarquía, en relación inmediata con el más alto nivel de la entidad,
- El desempeño de funciones de apoyo directo o asesoría a funcionarios del más alto nivel,
- El desempeño de acciones que tiene acción directa sobre aspectos estratégicos que afectan los servicios públicos o el funcionamiento global de la entidad. Sin perjuicio de ello, los servidores de confianza o de responsabilidad directiva también podrán participar en procesos de ascenso para la progresión en la Carrera Administrativa. Asimismo el

artículo 13° del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa establece que, “El servidor que desempeñe cargos de confianza o de responsabilidad directiva será ascendido al cumplir el tiempo mínimo de permanencia exigido para su nivel de carrera, siempre que haya desempeñado como mínimo tres (3) años en labores directivas en dicho nivel de carrera”.

2.1.2.1.9 Contratación de personal para funciones de Carácter Temporal

Según lo dispuesto por el artículo 38° del Reglamento, las entidades de la Administración Pública, solo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental, para el desempeño de las siguientes tareas específicas:

- Trabajos para obra o actividad determinada,
- Labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquier sea su duración,
- Labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada.

Asimismo se establece que esta forma de contratación no requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo. Se deja claramente establecido que los servicios prestados en estas condiciones no generan derecho de ninguna clase, para efectos de la Carrera Administrativa.

2.1.2.1.10 Excepción: Contratación de personal para labores permanentes

El artículo 39° del Reglamento establece excepcionalmente que se podrá contratar personal para el desarrollo de actividades de carácter

permanente en caso de máxima necesidad debidamente justificada por la autoridad competente; estableciéndose que el contrato y sus posteriores renovaciones no podrá exceder de tres (3) años consecutivos.

El reglamento en su artículo 40° del Reglamento, establece que este tipo de servidores contratados podrán ser incorporados a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y contar con la evaluación favorable de su desempeño después del primer año de servicios ininterrumpidos.

El plazo máximo de contratación de estos servidores será de tres (3) años, a cuyo vencimiento el servidor adquiere el derecho a la incorporación a la Carrera Administrativa y la entidad gestionará la provisión y cobertura de la plaza correspondiente, al haber quedado demostrada su necesidad.

El Estado Peruano, a través de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, (en adelante, SERVIR) , aprueba los lineamientos necesarios para regularizar el nombramiento de personal contratado por servicios personales bajo regímenes de carrera; estableciendo que se encuentra comprendido el personal que a la fecha de emisión de los lineamientos, cuente con contrato vigente de servicios personales para labores de naturaleza permanente dentro de los regímenes de carrera por más de tres (3) años consecutivos, los mismos que deberán ser contados desde el inicio de la relación contractual hasta el 01 de enero de 2010.

Puntualizando que no se encuentran comprendidos el personal que labora para el sector público en los siguientes casos:

- Cargos Directivos o de Confianza.
- Personal contratado en Programas o Proyectos especiales, por la naturaleza temporal de los mismos.
- Personal que realiza funciones de carácter temporal o accidental.
- Personal contratado bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios (CAS) u otras formas de contratación distintas a las establecidas a las normas de carrera pública.

Para ello, contempla dos clases de procesos para el nombramiento del personal, estos son:

- Proceso de Nombramiento Abreviado: contemplado para servidores que se encuentran contratados bajo servicios personales, como consecuencia de su participación en un concurso público de méritos en la entidad donde será nombrado; y,
- Proceso de Nombramiento por Concurso: contemplado para los servidores de las distintas entidades que, en el marco de lo dispuesto por la Segunda Disposición Final de la Ley N° 2946510, se encuentren actualmente contratados y ocupando plaza de personal, realizando labores de naturaleza permanente por más de tres años. (Beltrán, 2013)

2.1.2.2 Decreto Legislativo N° 728. Ley de Fomento del Empleo

En el sector público, como ya se ha señalado existen diversas formas de contratación, entre ellas la contratación bajo el régimen privado regulado a través del Decreto Legislativo N° 728 y normas complementarias. Las categorías que plantea este régimen general de contratación son dos: Contrato a Plazo Indeterminado y Contrato a Plazo Fijo.

Pasaremos a analizar cada una de estas categorías:

a) Contrato a Plazo Indeterminado: El contrato de trabajo por tiempo indeterminado puede celebrarse en forma verbal o escrita. En este tipo de contrato existe la presunción de que, en toda prestación personal de servicios, en donde exista relación de subordinación o dependencia y que sea remunerada, concurren los elementos de un contrato de trabajo indeterminado.

b) Contrato a plazo fijo sujeto a Modalidad:

La modalidad de este tipo de contratos puede ser de 03 tipos: De naturaleza temporal; de naturaleza accidental; y de obra o servicio. En el sector público algunos organismos del Estado, poseen este régimen de manera parcial o general. Por ejemplo, tenemos a los obreros de los Gobiernos Locales. (Palomino, 2016)

2.1.2.3 Decreto Legislativo N° 1057. Contrato Administrativo de Servicios

El Contrato Administrativo de Servicios, es una modalidad contractual administrativa y privada del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera autónoma.

Ese régimen está regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, y no se encuentra sujeto a la Ley de base de carrera administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni otras normas que regulen carreras administrativas especiales.

Las normas que regulan el CAS no son aplicables a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que los servicios se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo.

2.1.2.3.1 Ámbito de aplicación

El régimen especial del CAS es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Base de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. También es de aplicación frente a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del estado.

Para estos efectos, deberá entenderse como entidad pública al poder ejecutivo, incluyendo a los Ministros y demás organismos públicos; al congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomo; a los gobiernos regionales y locales y a las universidades públicas; y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideren sujetas a las normas comunes de derecho público.

No se encuentran dentro del ámbito del CAS los siguientes:

- Los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos.
- Los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado.
- Los contratos de fondo de Apoyo Gerencial.
- Los contratos que correspondan a modalidades formativas laborales.
- Los contratos de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante.

2.1.2.3.2 Finalidad

El régimen especial de CAS tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

2.1.2.3.3 Requisitos

Son requisitos para la celebración del CAS los siguientes:

- Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.
- Exigencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

2.1.2.3.4 Duración

El CAS se celebra a plazo determinado y se caracteriza por la posibilidad de su renovación o prórroga. La duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponda al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación.

2.1.2.3.5 Remuneración

Ninguna entidad pública puede suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto mínimo al de la remuneración mínimo vital.

2.1.2.3.6 Extinción del CAS

El contrato administrativo de servicios se extingue por:

- Fallecimiento del contrato.
- Extinción de la entidad contratante.
- Decisión unilateral del contrato. En este caso, el contratado debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de treinta (30) días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentarlo.
- Mutuo acuerdo entre el contrato y la entidad contratante.
- Invalidez absoluta permanente sobreviniente del contrato.
- Decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas.
En este caso la entidad contratante debe imputar al contrato tiene un plazo de cinco (5) días hábiles para expresar lo que estima conveniente. Vencido ese plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado. Esta decisión agota la vía administrativa, conforme a lo señalado en el artículo 16 del reglamento.
- Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.
- Vencimiento del plazo del contrato.

Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contrato, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a la contraprestación dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses. (Dolorier, 2010)

2.1.2.4 Ley Nº 30057. Ley de Servicio Civil

La ley del Servicio Civil es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos.

2.1.2.4.1 Alcance y descripción de la Ley 30057

La presente Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal que permita estructurar técnicamente y sobre la base de méritos, todas las normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, con exclusión de toda discriminación fundada en motivos de carácter político, social, religioso o de cualquier otra índole.

La Ley de Carrera Administrativa fue la respuesta que ofreció el legislador a la estrategia de reforma administrativa planteada por la necesidad de incrementar la base de conocimientos del funcionario público. De esta manera se buscaba garantizar el éxito de la tecnificación administrativa.

En efecto, tal como se mencionó, la Ley contiene las disposiciones que permitan el acceso a través del concurso público, normas para clasificar

los cargos y asignar su remuneración, disposiciones para evaluar la actuación de los funcionarios y hasta normas para asegurar la competencia de los funcionarios por vía del adiestramiento.

En el artículo 1 se presenta el objeto de esta ley que es regular la relación del Estado con sus servidores públicos, garantizar el desarrollo de la carrera administrativa y asegurar la dignidad, transparencia, eficacia y vocación de servicio a la colectividad en el ejercicio de la función pública, así como la promoción de su eficiente desempeño y productividad.

El artículo 5 establece a la “Autoridad Nacional de Servicio Civil” como órgano central del sistema de servicio civil, formula la política nacional del Servicio Civil, ejerce la rectoría del sistema y resuelve las Controversias de Conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1023 y sus normas modificatorias, garantizando desde su elección como órgano técnico su autonomía, profesionalismo e imparcialidad.

A su vez nos dice, Artículo 6, que las Oficinas de Recursos Humanos de las Entidades Públicas, o las que hagan de sus veces, constituyen el nivel descentralizado responsable de la gestión de recursos Humanos, sujetándose a las disposiciones que emita el ente rector.

El Tribunal de Servicio Civil, según el artículo 7, es el encargado para conocer las acciones contencioso-administrativas que nazcan de los conflictos surgidos o de las controversias individuales que se susciten al interior del sistema de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión De Recursos Humanos, y disposiciones Modificatorias.

Para ingresar al servicio civil se requiere ser peruano y las atribuciones correspondientes se consignan en el artículo 9, en relación a las prescripciones contenidas en las letras a hasta la f.

Además para ingresar a la carrera administrativa el artículo 31 contiene los requisitos establecidos.

Autoridad Nacional de Servicio Civil (Servir) es el órgano central de personal y de la reforma administrativa y esta tiene a su cargo la ley en las áreas de administración de personal, adiestramiento, relaciones laborales y bienestar en el servicio público.

Mediante el artículo 12 nos dice que la “Autoridad Nacional de Servicio Civil” es el órgano consultivo para planificar, priorizar, desarrollar, así como gestionar la aplicación de los programas del servicio civil.

Para determinar el salario de cada empleado el artículo 31 dice que se debe tomar en cuenta el desempeño laboral, el costo de vida y la jornada de trabajo.

Los ciudadanos que pertenezcan a la carrera tienen derecho a reclamar, si han sido lesionados injustamente, con la destitución nula o injustificada. (Artículo 36).

2.2 SUBCAPÍTULO II: LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

2.2.1. Conceptualización de la estabilidad laboral

La conceptualización de la estabilidad, tiene su sustento constitucional como legal. Dentro del Derecho Constitucional, encuentra una tutela al derecho al trabajo, pero de manera normativa, encuentra su justificación para un despido legal. Doctrinariamente, se suele discutir los tipos de estabilidad: absoluta y relativa.

Entonces, podemos mencionar que la denominada, estabilidad, consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en especialísimas circunstancias.

Dentro, del derecho laboral público, la estabilidad (laboral), se refiere de manera general como: "el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada".

En virtud al Estado Constitucional, es común encontrar consensos en la doctrina laboral que, se busca garantizar el ingresos del trabajador en forma directa, lo que es medio indispensable de satisfacción de necesidades del núcleo familiar, garantiza los ingresos de la empresa, por cuanto un personal adiestrado y experto, al mismo tiempo integrado y con la mística hacia la empresa, brindará índices satisfactorios de producción y productividad, redundando no solo en beneficio del trabajador y del empleador, sino también del desarrollo orgánico-económico-social, con logros a la obtención de la armonía y la paz social y laboral.

La estabilidad laboral tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo, donde la disolución del vínculo laboral depende únicamente de la voluntad del trabajador y sólo por excepción de la del empleador o de las causas que hagan imposible su continuación, de la que se desprende que la estabilidad constituye un derecho para el trabajador que, por supuesto, le exige el cumplimiento de las obligaciones inmersas a la naturaleza del contrato de trabajo. No constituye un derecho del empleador porque significaría retornar a etapas superadas de trabajo forzoso.

El sentido de la estabilidad es proteger al trabajador de los despidos arbitrarios. A través del régimen de estabilidad se pretende limitar la libertad incondicional del empleador evitando despidos arbitrarios que sumen en caos e inseguridad al

trabajador, cuya única fuente de ingreso es su trabajo, conllevando la insatisfacción de necesidades y un estado de angustia de su familia.

La carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 28, proclama que el hombre, mediante su trabajo, tiene el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

Las constituciones políticas en diferentes países y la legislación en general, son unánimes en consagrar el derecho al trabajo de toda persona, consagración determinada por el artículo 22 de nuestra constitución política, más para que el trabajador pueda disfrutarlo, consideramos indispensable combatir el desempleo y subempleo, en sus diferentes manifestaciones, para lograr el reestablecimiento del derecho del trabajador a la estabilidad laboral siempre que por sus méritos le corresponda.

2.2.2. Contrato de trabajo y relación laboral

La relación laboral y los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo se encuentran regulados en la Ley de Contrato de Trabajo. Esta ley rige a nivel Nacional.

2.2.2.1. Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo se entiende celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su finalización resulte de las siguientes circunstancias: que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración o, que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en la ley convierte al contrato a plazo determinado en uno por tiempo indeterminado. El trabajo no se presume gratuito, sino que por el contrario la prestación de los servicios por parte del trabajador presume la obligación de pagar la remuneración. La

ley de contrato de trabajo argentina prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Las partes del contrato de trabajo, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción de nulidad. En el caso de las condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe. Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero pueden ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador.

2.2.2.1.1. Contrato de Trabajo en el derecho comparado

En Chile, el contrato individual de trabajo está definido como un acuerdo por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, uno a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación, y el otro a pagar una remuneración determinada.

Esta definición está totalmente alineada con los elementos que vimos de la relación laboral, toda vez que también configura al vínculo de subordinación y dependencia como el elemento esencial del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo en Chile es consensual, es decir que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades. No obstante lo anterior, la ley chilena dispone que éste debe escriturarse como una formalidad de prueba.

2.2.2.2. Terminación del Contrato de Trabajo

Causales de Terminación del Contrato de Trabajo

Causales de caducidad Las causales de caducidad ponen término al contrato de trabajo sin pago de indemnizaciones. Estas son:

- .-El mutuo acuerdo de las partes.
- .-La renuncia del trabajador.
- .-La muerte del trabajador.
- .-El caso fortuito o la fuerza mayor.
- .-El vencimiento del plazo, respecto de los contratos a plazo fijo.
- .-La conclusión de la obra, faena o servicio, respecto de los contratos pactados por obra o faena determinada.

A estas debemos agregar el desahucio (despido sin expresión de causa) que está permitido en la ley respecto de los trabajadores que tienen atribuciones para representar al empleador (directivos superiores).

Necesidades de la empresa

Esta causal opera cuando el empleador despide al trabajador invocando la existencia de una necesidad de la empresa, establecimiento o servicio que haga necesaria la separación de uno o más trabajadores, tales como las derivadas de la racionalización, la modernización de las maquinarias y equipos, las bajas en la productividad, los cambios en las condiciones del mercado o de la economía.

Para que opere cualquiera de las causales antes señaladas el empleador está en la necesidad de comprobar que ésta se ha configurado. Al

trabajador siempre le asiste el derecho de reclamar ante el Juez del Trabajo que el despido es injustificado, indebido o improcedente. En el evento que el juez declare que el despido es injustificado, indebido o improcedente, nace para el trabajador el derecho al pago de una indemnización adicional, pero el despido se mantiene perfecto. El reintegro del trabajador a sus labores sólo procede de manera excepcionalísima en caso de despidos atentatorios contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

El despido indirecto

Esta modalidad de despido se refiere al derecho que le asiste al trabajador para poner término al contrato de trabajo invocando que el empleador ha incurrido en una causal disciplinaria. (Sáez, 2009)

2.2.2.3. Régimen de contratos especiales para fomentar la creación de empleo

En los años 90´ estuvo vigente la ley de fomento de empleo que establecía beneficios para las empresas que contrataran trabajadores mayores de cuarenta años, de personas con discapacidad, mujeres y de ex - combatientes de Malvinas. Actualmente esta ley de fomento de empleo N° 24.465 no se encuentra vigente, pero en su momento fue de gran utilidad para la creación de empleo y sus resultados fueron favorables para la inserción al mercado laboral de personas con situaciones especiales. Si bien es cierto que la ley preveía sistemas temporales de contratación, en la práctica muchas de las posiciones fueron efectivizadas, es decir que los trabajadores se quedaron trabajando en la empresa por medio de contratos por tiempo indeterminado.

2.2.2.4. Causales de terminación del contrato de trabajo

Las formas de extinción del contrato de trabajo están reguladas en la ley de la forma siguiente:

-Renuncia del trabajador

La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito para su validez, debe formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo. En caso de renuncia del trabajador, no le son debidas indemnizaciones.

-Voluntad concurrente de las partes

Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto debe formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Es nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y al que le falten los requisitos consignados precedentemente.

Se considera igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

En caso de extinción de contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes, legalmente no existe obligación del empleador de pago indemnizaciones al trabajador pero en la práctica cuando se acuerda un egreso de mutuo acuerdo se abona una suma como gratificación extraordinaria por egreso.

-Despido con justa causa

El despido por justa causa dispuesto por el empleador debe comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.

La valoración de la causa debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. En caso de probarse la justa causa, el empleador no le deberá indemnizaciones al trabajador.

Abandono de trabajo

El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador, sólo queda configurado como causa de despido, previa constitución en mora, mediante la intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso.

-Despido sin justa causa

El contrato de trabajo puede extinguirse por despido sin expresión de causa por parte del empleador. Le corresponden indemnizaciones por despido.

-Despido indirecto

Esta forma de extinción procede cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa y tendrá derecho a las indemnizaciones previstas por despido sin justa causa, preaviso e integración del mes del despido.

- Fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo

En los casos en que el despido fue dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador

fehacientemente justificada, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista para despidos sin causa. En estos casos, los despidos deben comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad.

2.2.3. Estabilidad laboral en el servicio público

La estabilidad laboral ha sido descrita y reconocida como el rasgo más trascendente del sistema de relaciones individuales de trabajo en el Perú. Desde su aparición abrupta en 1970, con el D.L. 18471, hasta su regulación por la Ley N° 24514, pasando por su reconocimiento como derecho constitucional. La estabilidad laboral ha sido fuente de encendida polémica, que ha polarizado de modo irreconciliable a sus defensores y a sus detractores

Al examinar la Ley de Fomento al Empleo no pueden dejar de tenerse en cuenta los condicionantes y limitaciones jurídicas a que estuvo sometida: el D. Leg. 728 tenía que respetar el derecho a la estabilidad laboral consagrado en el artículo 48 de la carta constitucional. De lo contrario, habría sido fulminado prima facie por el parlamento, pero además, podría haber sido cuestionado por vía de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; o podría ser inaplicado por jueces y tribunales en ejercicio de la facultad conferida por el art. 236 constitucional.

La Ley 25327, por su parte, facultaba a legislar respecto del fomento del empleo “flexibilizando las modalidades de contratación laboral pero respetando las normas constitucionales de estabilidad y los derechos adquiridos. Flexibilizar “las modalidades” de contratación significa

normar sobre todas ellas; típicas (a plazo indeterminado) y atípicas (sujetas a modalidad) por lo que la facultad comprendía prácticamente todo lo referido al contrato de trabajo. De otro lado, se puso como tope las normas constitucionales dejándose así abierta la posibilidad de modificar leyes, como la 24514 y el D.L. 18138.

2.2.3.1. La estabilidad laboral en la Constitución de 1979

Ésta Constitución reconoce, por vez primera, el derecho de estabilidad laboral o el principio de continuidad laboral. El artículo 48 de la Constitución de 1979 prescribía lo siguiente:

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

Mucho se discutió sobre la vigencia del Decreto Ley N° 22126 norma preconstitucional que regulaba la estabilidad laboral en función al Texto Constitucional; los principales cuestionamientos fueron dos: la posibilidad de extinción que tenía el empleador antes de los tres años de servicios del trabajador luego de los tres años, existía el derecho de reposición ante un despido arbitrario con un preaviso de 90 días o el pago proporcional de las remuneraciones y la competencia judicial o administrativa que suponía el control de los conflictos derivados de un despido.

Dentro de la *“causa justa”* de despido, la doctrina entendía que ella comprendía las terminaciones derivadas de circunstancias objetivas que afectan a la empresa falencia económica, caso fortuito, etc, la incapacidad del trabajador y la comisión de faltas graves. (Sanguinetti, 2011). Posiblemente, el mandato imperativo del precepto constitucional comentado tenga como explicación la reacción ante los despidos que se produjeron

contra los trabajadores que habían participado en huelgas de protestas nacionales.

Sobre el último cuestionamiento, claramente el artículo 232 establecía la reserva jurisdiccional al Poder Judicial de los conflictos jurídicos. De este modo, resultaba cuestionable que el Ministerio de Trabajo llamada Autoridad Administrativa de Trabajo conociera de los conflictos jurídicos.

Con relación al tema de la estabilidad laboral y el período de tres años desde el inicio de la relación laboral, se señalaba que la Ley N° 22126 no resultaba inconstitucional en la medida que se protegía a los trabajadores. (Pasco, 2007)

Finalmente, conviene anotar que la Constitución reconocía las dos modalidades de estabilidad laboral: la de entrada y la salida. Por la primera, se aseguraba que el trabajador tenía derecho a adquirir una estabilidad de entrada una excepción era el período de prueba o los contratos a plazo fijo y otra de estabilidad de salida protección contra el despido arbitrario. Si bien la Constitución se refiere expresamente a la estabilidad de salida, el contenido esencial del derecho de estabilidad laboral no podía existir sin la estabilidad laboral de entrada dado que ambas manifestaciones se necesitan recíprocamente para tener eficacia.

2.2.3.2. La estabilidad laboral en la Constitución de 1993

Uno de los cambios que se aprecia, respecto de la Constitución anterior, reside en la ubicación de los derechos laborales dentro de la estructura de la Constitución.

En efecto, los derechos laborales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II (“De los Derechos Sociales y Económicos”) del Título I (“De la Persona y de la Sociedad”), que se distingue del Capítulo I referido a los Derechos

Fundamentales de la Persona. En la Constitución de 1979, todos los derechos laborales estaban considerados como “Fundamentales”. De acuerdo con la Constitución de 1993, solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados “Derechos Fundamentales de la Persona”. Ergo, el derecho de estabilidad laboral ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino como un derecho social-económico. Sin embargo, (Toyama, 2013) considera que el derecho de estabilidad laboral sigue siendo un derecho fundamental. A continuación explica las razones que respaldan esta aseveración.

“En primer lugar, la relación de derechos que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución (“De los Derechos Fundamentales de la Persona”) no es taxativa. En efecto, el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa –al igual que la Constitución uruguaya de 1967 y la Constitución de 1979, respecto de los derechos fundamentales– que *“La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...”*. De esta manera, el derecho de estabilidad laboral, al estar inserto en la Constitución, es un derecho fundamental de acuerdo a las disposiciones contenidas en la misma.(Toyama, 2013)

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el criterio de “fundamentalidad” de los derechos no reside en la “etiqueta” que le asignen los Estados o el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinada ideológica, teórica e históricamente, con “la dignidad y la libertad de la persona humana”. (Solozabal, 1991)

En tercer lugar, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución –es decir, los catalogados como

“Fundamentales de la Persona”-. En efecto, todos los derechos reconocidos en la Constitución son protegidos por la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución). La Constitución española de 1978 sí prevé un trato diferenciado: los derechos sociales y económicos no pueden ser tutelados mediante una acción de garantía; en cambio, los considerados como fundamentales sí pueden ser materia de este tipo de acción”.

2.2.4. La estabilidad laboral como regla general contra el despido

En Derecho no es correcto analizar sus instituciones sin evaluar sus matices o particularidades en cada caso concreto, pretendiendo tener conclusiones definitivas. No obstante ello, y a pesar que reconocemos que es conveniente regular un régimen de estabilidad absoluta frente a la violación de derechos constitucionales fundamentales que consagra cada legislación, queremos limitarnos a reflexionar lo perjudicial que sería en nuestro país reconocer un sistema de estabilidad absoluta como regla general de protección frente al despido.

2.2.5. Efectos negativos

A. Atenta contra la formalización.

La gran mayoría de las nuevas empresas – especialmente las micro y pequeñas - tienen grandes dificultades económicas y financieras para ingresar al mercado formal, dentro de lo cual el costo de contratación y reducción de personal, así como el cumplimiento de las obligaciones laborales, pueden ser uno de los frenos para tomar la decisión de formalizarse. Un elevado costo del despido (montos indemnizatorios altos) o la imposibilidad de despedir al personal ineficiente o innecesario para la actividad, podría afectar el propio desarrollo o estabilidad del negocio.

Recordemos que el principal problema laboral en nuestro país es la informalidad, que alcanza al 70% de la población económicamente activa, por lo que no podemos fomentar reformas laborales que mantengan o agudicen esta situación (Toyama, 2013)

La estabilidad laboral absoluta como regla general de protección encarece y desalienta la formalización de los trabajadores.

B. Preferencia en la utilización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad o a tiempo parcial.

Aunque la legislación busque que la contratación de personal a tiempo determinado sea la excepción frente a la contratación a tiempo indeterminado, las dificultades para despedir a un trabajador cuando no media causa justa pueden motivar que los empleadores prefieran los contratos sujetos a modalidad o busquen forzar, y quizás abusar, la utilización de dichos contratos

Al terminar el plazo del contrato de trabajo, su no renovación o prórroga no ocasiona un costo adicional al empleador por terminación de la relación laboral.

Reconocemos que la contratación temporal puede ser un mecanismo idóneo para contratar trabajadores frente a una exigencia temporal o coyuntural de mano de obra, más aún en una economía en crecimiento y en proceso de reinserción en el comercio internacional, pero su uso exagerado o abusivo puede ser nocivo para el desarrollo del trabajador y su integración en la organización empresarial, además del adecuado ejercicio de sus derechos colectivos. (Toyama, 2013)

Igualmente, para evitar la “permanencia del trabajador”, las empresas podrían privilegiar la contratación de personal a través de contratos a

tiempo parcial toda vez que estos trabajadores al no contar con un promedio de cuatro (4) horas de trabajo diario a la semana, estarían exceptuados de la protección frente al despido o quizás como última opción, busquen fomentar programas formativos con jóvenes que no conlleven la existencia de un contrato de trabajo.

C. Rotación en la contratación.

Uno de los requisitos legales para acceder a una protección contra el despido es haber superado el período de prueba, sea éste de tres meses, seis meses o un año, dependiendo si estamos ante un trabajador común, calificado o de confianza, o de dirección, respectivamente, conforme lo regula nuestra legislación. Por lo que, podría optarse por resolver los contratos de trabajo a tiempo indeterminado antes del vencimiento del período de prueba, buscando rotar la contratación de mano de obra a través de nuevo personal.

Esta práctica también podría aplicarse a los contratos de trabajo sujetos a modalidad cuando el plazo de contratación legal concluye o la razón de la contratación ha sido cumplida. Es evidente que quienes más se afectarían en esta “rotación de personal” serían aquellos trabajadores cuyos servicios son de menor calificación y que pueden ser fácilmente reemplazados en el mercado, quienes tendrían que ser lo principales sujetos de protección. (Toyama, 2013)

Lo curioso es que independientemente del sistema de protección contra el despido, las estadísticas nos muestran que los trabajadores más calificados – a diferencia de los demás trabajadores - por motivos de competencia, desarrollo u obtención de mejores condiciones laborales, cada vez muestran una preferencia a cambiar de empleo en períodos relativamente cortos, no siendo el régimen de protección un elemento que determine su decisión o futuro laboral, más aún cuando en muchas actividades se privilegia la especialización o profesionalismo frente a la

antigüedad, lo cual resta importancia al elemento “permanencia o continuidad” en los contratos de trabajo.

D. Búsqueda de personal a través de los contratos de intermediación laboral

La actual legislación de intermediación laboral restringe la contratación de personal para labores principales, salvo que estemos ante supuestos de contratación temporal ocasional o por suplencia. Sin embargo, abre la posibilidad de contratación de personal para los denominados servicios complementarios. Resulta decisión empresarial si estas labores complementarias las cubren con personal que contrata directamente o lo hace a través de empresas especializadas (“services” o cooperativas).

Si la preocupación del empresario es evitar las contingencias y riesgos que conlleva contratar a sus propios trabajadores, pues tendrá dificultad para separarlos de no tener una causa justa, podría preferir que la contingencia del cese sea asumido por un tercero. En estos casos, el empresario se vería obligado a intermediar dicha labor no por una ventaja económica o de especialidad en el servicio (lo que sería totalmente justificable y comprensible) sino por evitar la rigidez del cese de un trabajador. (Toyama, 2013)

Por otro lado, no es menos cierto que muchos empresarios consideran que frente a una contracción o disminución de los ingresos, el primer grupo afectado sería el personal que no realiza las labores principales del negocio, por lo que resolver un contrato de locación de servicios con la empresa intermediadora – y no despedir a sus trabajadores -facilitaría su recuperación

E. La igualdad de oportunidades de acceso al empleo

Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.

En puridad, ella plantea la precisión de la isonomía que prevé el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, en donde se declara:

“Nadie debe ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Esta regla de paridad asegura la igualdad de oportunidades en lo relativo al acceso al empleo.

Debe advertirse que la Constitución de 1993 ha recortado los alcances de este principio, ya que el texto fundamental anterior recogía también la noción de igualdad de trato, o sea, aquella que operaba en el ámbito de la ejecución del trabajo.(Toyama, 2013)

Es curioso anotar que en la redacción del texto constitucional se alude a la “igualdad de oportunidades sin discriminación” (inciso 1 del artículo 26). Grave pleonismo de estólida consecuencia. ¿Es posible que se acepte lógicamente una relación de igualdad con discriminación?

2.2.6. Teoría de los derechos adquiridos y derechos cumplidos en el contexto constitucional peruano

La Constitución Política del estado de 1979 regulaba la estabilidad laboral absoluta, preceptos bajo los cuales muchos profesores ingresaron a la Carrera Pública Magisterial, previo concurso o luego de varios años de contratados pasaron a la condición de nombrados. Esto dentro de la dogmática jurídica constituye un derecho adquirido.

Marcial Rubio, busca resolver el problema de la aplicación de las normas en el tiempo, recurriendo a los conceptos de retroactividad, irretroactividad y ultra actividad, ubicándolos en su connotación de aplicación temporal: aplicación inmediata, retroactiva y ultra activa. En esta línea, define a los derechos adquiridos como aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos; mientras que para la teoría de los hechos cumplidos, recoge la definición de Mario Alzamora; por la que se afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua norma se rige por ésta; los cumplidos después de su vigencia por la nueva.

En este aspecto, la reforma del artículo 103° de la Constitución Política del Estado, pretende recoger en su texto el precepto del artículo III del Título Preliminar del vigente Código Civil, que a juicio de autores como Marcial Rubio y Javier Neves; así como del Tribunal Constitucional, recoge la teoría de los hechos cumplidos; concluyendo éste último, que es ese el sistema imperante en nuestro ordenamiento legal.

2.2.6.1. La pretendida constitucionalización de los derechos cumplidos

En el debate actual se han producido algunas confusiones en el tema de los derechos fundamentales y la relación que ellos guardan con los derechos adquiridos y con los hechos cumplidos. Conviene al respecto exponer algunas reflexiones que aclaren la materia y que eventualmente ayuden al legislador a precisar mejor las distinciones entre cada uno de los conceptos implicados en la reforma constitucional en debate.

Al respecto, la doctrina de los derechos humanos entiende por “*reconocimiento*” el proceso histórico, político y jurídico mediante el cual el Estado moderno al organizarse como consecuencia directa de la libertad

humana y de la voluntad concurrente del pueblo de proclamar su soberanía, admite ser una entidad fundada, contingente, dependiente y nunca absoluta respecto de los seres humanos que libre y voluntariamente han llegado al acuerdo de crear el Estado como un ente de orden, seguridad, protección y servicios.

En la perspectiva anterior, es el ser humano el que reclama como inherente a su propia individualidad y dignidad la vida racional, la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad y el respeto a estas cualidades en su deliberada integración a un ente colectivo como es la sociedad. Demás está decir que la igualdad ante la ley no se compecede ni acepta discriminaciones, siendo más bien un error sustancial legislar con medidas diferentes para quienes están en la misma situación.

Esta es la doctrina de los Derechos Humanos, que aparece como sustento de la declaración Universal de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948) a la cual se ha adherido el Perú. Esta situación por la cual el ser humano es anterior y superior al Estado, es el fundamento de todos aquellos derechos universales, indivisibles e interdependientes que nacen con la persona misma y no con el Estado. Esta teoría, que ha dado pie a una progresiva positivización jurídica de los Derechos Humanos, antecede sin embargo al proceso de su formalización luego de la segunda postguerra mundial, por cuanto sus referentes más inmediatos se remontan a los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII en adelante. El Perú adhirió a esta doctrina desde su independencia y por ende la superioridad de los derechos de la persona humana, forman parte de lo que se denomina el núcleo duro o constitución histórica de nuestro país.

El Estado, salvo que se convierta en una entidad totalitaria, no crea estos derechos fundamentales, procede simplemente a reconocerlos mediante la constitucionalización de los mismos. Así un capítulo de la Constitución los

denomina Derechos fundamentales y otros derechos Económicos, Políticos, etc. Debe precisarse que desde el punto de vista de la teoría de los derechos humanos, no existen relaciones jerárquicas entre unos y otros derechos. Todos los derechos humanos coadyuvan al mismo fin, que es la dignidad de la persona humana y por eso es que son indivisibles e interdependientes. Para mostrar con un ejemplo este planteamiento, no podría sostenerse que el derecho a la vida es superior al del derecho a la alimentación y que este puede ser aleatorio y prescindente como atención del Estado, pues la alimentación desde la perspectiva de los derechos humanos no es otra cosa que un correlato del derecho a la vida.

Desde luego, bajo determinadas circunstancias de carácter estrictamente temporal algunos de estos derechos fundamentales se pueden limitar. Tal es el caso de los regímenes de excepción previstos en el artículo 137° de la constitución vigente, que en el estado de emergencia suspende por sesenta días como máximo los derechos relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de tránsito en el territorio. Pero aún en este mismo extremo el artículo 200, dispone que las garantías constitucionales, como el Habeas Corpus y el Amparo no se suspenden durante los regímenes de excepción. Esta aclaración nos parece indispensable, pues en ningún caso el Estado puede fundar en el acto del reconocimiento constitucional de estos derechos, la pretensión o capacidad para afectarlos. Inclusive una reforma constitucional no podría derogarlos, desconocerlos y ni siquiera restringirlos, porque no son derechos fundados en la autoridad ni en la soberanía del Estado. La suspensión temporal de alguno de estos derechos por causas graves, no autoriza aquella interpretación mediante la cual se pretende derivar su desconocimiento o la restricción desproporcionada de los mismos.

En consecuencia, debe quedar claramente establecido que, en principio, devendría en perniciosa la pretensión de introducir los hechos cumplidos en

el artículo 103° de la Constitución, pues ninguna ley podrá modificar las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes que son inherentes a la vigencia de estos derechos. No se puede confundir el derecho civil con el derecho constitucional. Por lo demás, los derechos humanos constitucionalmente reconocidos lo están también en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que el Perú se ha adherido y de los que es parte.

Si la acción de una reforma constitucional no puede modificar la esencia de los derechos que están en la Constitución, tampoco podría afectar su vigencia en cuanto derecho supranacional.

En cuanto a los derechos *adquiridos*, resulta claro por la explicación anterior que estos son distintos de los derechos *reconocidos*. En realidad, el derecho constitucional comparado solo por vía excepcional se refiere a situaciones que blinda con la calificación expresa de derecho adquirido. Con criterio más moderno, queda a la naturaleza de las cosas jurídicamente tratadas, el dilucidar cuándo se trata de un derecho adquirido cuyos efectos permanecen en el tiempo, y cuándo ellos pueden ser modificados por la ley posterior.

En estricto *sensu* los temas susceptibles de contar con la protección del derecho adquirido, pueden ser o no objeto de materia constitucional. Pero en general en los asuntos de derechos humanos se acepta que en la medida en que éstos tienen reconocimiento constitucional, adquieren una vía legal de protección mediante la cual se hace efectivo el derecho sustantivo reconocido. Los casos de este tipo considerados por el texto constitucional vigente son numerosos. Así por ejemplo en el artículo 7° se dispone el derecho a la salud, mientras que el régimen legal que establece las modalidades para la protección de la salud, está referido a una política nacional de salud (artículo 9°) que el Poder Ejecutivo norma, supervisa y conduce en forma plural.

En el ejemplo que hemos puesto es obvio que el derecho a la salud es el derecho reconocido y el derecho adquirido es el que facilita a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. Apréciase por de pronto la conexión entre el derecho reconocido y la protección legal que vendría a ser el derecho adquirido. Como este ejemplo hay otros más que podríamos citar, pero lo que interesa por coherencia analítica es establecer la naturaleza y alcances de un derecho adquirido que si bien aparece enunciado en la Constitución, está referido a leyes que pueden modificarse por otras posteriores, a condición de que ninguna de ellas desnaturalice, impida o restrinja el derecho reconocido constitucionalmente. Es decir la protección es inherente al reconocimiento pero los mecanismos de protección pueden variar en el tiempo a condición de no atentar contra el derecho protegido.

El ejemplo nos sirve además para observar que algunos dispositivos constitucionales por conexión lógica se refieren a derechos adquiridos y otros no.

De donde resulta falsa la tesis según la cual los hechos cumplidos salvo dos excepciones se aplican genérica e indeterminadamente a todos los derechos reconocidos en la constitución peruana. Este extremo es sumamente peligroso y puede generar serias perturbaciones en la protección constitucional a ciertos derechos, especialmente los sociales que se refieren a materia laboral.

Adicionalmente es importante recordar que el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 15 de su sentencia 008-1996, sentó jurisprudencia sobre lo que debe entenderse por derechos adquiridos, al señalar que: “son aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte del él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”.

Tanto la Constitución de 1979 como de la 1993 hacen una referencia expresa a la prohibición de retroactividad en materia de vigencia de la ley en el tiempo

y, sin tomar partido por una teoría en concreto (hechos cumplidos o derechos adquiridos), dejan al Código Civil la regulación específica. No existe ninguna disposición expresa en la Constitución en que ésta opte por alguna de las dos teorías. No obstante hay casos y situaciones en que por la naturaleza de las cosas puede presumirse que la debida protección inherente al derecho, obliga a entender, que la Constitución entiende por tal la existencia de un derecho adquirido. *Mutatis mutandi*, podrían darse casos que atendiendo al mismo criterio sea de aplicación los hechos cumplidos.

Es decir, la Constitución optó por un prudente planteamiento de flexibilidad, cosa con la que el proyecto de reforma constitucional imprudentemente quiere acabar. Es de señalar, además, que hay casos en que la Constitución blinda de manera expresa el derecho adquirido. Tal por ejemplo el artículo 26° incisos 2 y 3 sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos en la Constitución y en la ley; el artículo 62° sobre los contratos Ley; el artículo 70° sobre el derecho de propiedad; la disposición primera sobre el régimen de pensiones, etc.

Entonces, ¿La pretensión de trasladar los hechos cumplidos al artículo 103° de la Constitución, eliminará el blindaje de los dispositivos antes mencionados o sólo el de la disposición primera? y; si así fuera ¿qué justificaría tal arbitrio si la modificación propuesta no hace ninguna distinción y se trata de una modificación posterior a los dispositivos antes mencionados?.

Para tener mayor claridad en el asunto materia de análisis, veamos lo que dispone el dispositivo III del Título Preliminar del Código Civil:

“Artículo III.- La ley se aplica a la consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.”

En un desarrollo más específico el artículo 2121° del mismo cuerpo legal señala:

“Artículo 2121°.- A partir de su vigencia las disposiciones de este código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.”

Sin embargo, de manera aparentemente contradictoria el artículo 2120° del Código Civil sostiene:

“Artículo 2120°.- Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca.”

Como afirma Marcial Rubio, el Código Civil se orienta claramente por la teoría de los hechos cumplidos y la aparente contradicción con la teoría de los derechos adquiridos que aparece en el artículo 2120° (derechos adquiridos) se resolvería teóricamente de la siguiente manera:

Sólo cuando la materia haya sido tratada normativamente por el Código de 1936 y ya no sea tratada normativamente por el nuevo Código 1984, estaremos ante la situación excepcional de que trata el artículo 2120 y, por tanto, en ese caso sí se aplicará la teoría de los derechos adquiridos y procederá la aplicación ultra activa de las normas del código de 1936.

Haciendo un contrapunto de matiz con la postura general de Marcial Rubio, Javier Neves, refiriéndose al principio laboral de condición más beneficiosa, señalaba:

Aquí solo queremos adelantar al respecto que consideramos que la teoría civil (supletoria de la laboral siempre y cuando no haya oposición de naturaleza, como la que aquí se produce, según el art. IX T.P. Cod. Civ.) no puede prevalecer sobre un principio específico del derecho del trabajo.

En cierto modo abonando a esta tesis en el mismo artículo citado, Marcial Rubio afirmaba “Un recto enfoque del problema, desde el punto de vista más abstracto, no tiene porqué aceptarse la disyunción y, más bien, puede pensarse que la aplicación de la norma en el tiempo debe ser trabajada en base a ciertos principios generales, pero de manera casuística, con la finalidad de lograr la mayor equidad posible en cada caso.”

Si bien ambos artículos de opinión fueron desarrollados durante la vigencia de la Constitución de 1979, cabe tener en cuenta que hay algo que no ha cambiado y es el dispositivo IX del Título Preliminar del Código Civil, el cual dispone el carácter SUPLETORIO de las previsiones de este cuerpo legislativo. Por eso, bien hacen en señalar tanto Rubio como Neves la necesidad de hacer un análisis de *casuística* (Rubio), o que la teoría civil no puede primar sobre un principio de Derecho Laboral cuando haya *oposición de naturaleza* (Neves).

En efecto, la norma aludida señala:

“Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.”

Es de notar que en un trabajo posterior Neves amplía su punto de vista sobre esta cuestión. Así por ejemplo, comenta que la Constitución de 1979 no optó por ninguna de las dos teorías (Derechos adquiridos a hechos cumplidos), siendo más bien el Código Civil el que si acogió la teoría de los hechos cumplidos, comentando al respecto que “a partir de entonces, pues, la lectura de los conceptos de irretroactividad y retroactividad contenidos en la Constitución, debía hacerse del modo en que hemos indicado que esa teoría lo hace”.

No obstante y refiriéndose a la Carta vigente, sostiene el siguiente punto de vista: “La Constitución de 1993, en cambio, si parece haberse inclinado por una teoría que es justamente la contraria. El art. 62 asume la teoría de los derechos adquiridos: los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Interesante a retener del mismo autor, su análisis, en el tema laboral de la sucesión y el criterio de condición más beneficiosa al trabajador, cuando el problema se plantea entre la norma anterior que crea el beneficio y la posterior lo suprime. El autor critica la oscuridad y contradicciones en que incurre la legislación peruana y cómo se aplican sin coherencia tesis opuestas. Sin embargo, parece inclinarse en esta materia de la condición más beneficiosa, por el respeto a los derechos adquiridos “en supuestos de sucesión de disminución”

Primacía de la norma constitucional sobre la civil Si esto es así, el proyecto de reforma constitucional que pretende incorporar la disposición tercera del Título Preliminar del Código Civil, suprime el carácter subsidiario del orden Civil para hacer de él un principio general y ello representa un atentado contra los derechos y libertades fundamentales.

Cada una de las ramas del derecho, por su especial naturaleza acoge una perspectiva distinta en cuanto a la vigencia de las normas jurídicas en el tiempo. El derecho Civil, no puede tener la misma dinámica que el derecho laboral, y ninguno de ellos la del derecho administrativo, ni la del derecho penal, o el derecho internacional. Cada una de estas especies jurídicas acoge con diversa intensidad las ideas de seguridad jurídica y de justicia. Y por encima de ellos prima la norma constitucional que no puede identificarse con la de alguna disciplina jurídica, sin desnaturalizarse ella misma al introducir confusiones en el sistema jurídico general.

En la Constitución española al respecto se hace también una referencia general sobre la materia en el artículo 9.3, entregando a cada ordenamiento

la regulación del equilibrio que corresponde entre la seguridad jurídica y la necesidad de justicia.

Constitución Española:

Art. 9.3 - La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En ese sentido, Ignacio de Otto, señala:

“(...) salvo el principio de irretroactividad de la ley penal, unánimemente aceptado, es imposible sentar ningún criterio apriorístico de valor absoluto. Hay ciertamente un rechazo de la retroactividad, pero matizado según los diversos sectores del ordenamiento y también la diferenciación de los grados posibles de retroactividad.”

Es decir que la constitución española también establece como regla general la prohibición de retroactividad de la ley, pero no entra al detalle sobre momento de la vigencia de la ley en el tiempo porque ello es materia de cada rama jurídica.

En otro filo de argumentos (similares a los expuestos por nosotros en nuestro informe anterior) de Otto afirma que:

“La retroactividad, por otra parte, puede fundamentarse en ciertos casos en el mandato constitucional de igualdad social que contiene el art. 9.2 y en la declaración de que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*” (art. 1.1)”.

Cabe tener en cuenta que la Constitución peruana hace similar reconocimiento en su artículo 43°: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

En este extremo Bernal Ballesteros citando a de Otto, añade:

En su segundo inciso la garantía constitucional de la irretroactividad se refiere a las disposiciones “*restrictivas de derechos individuales*”. El problema central de ese precepto radica en delimitar cuáles son esos derechos individuales que no cabe restringir retroactivamente, pues si se tratara de cualquier derecho la limitación impuesta al legislador sería extraordinariamente amplia y le impediría en definitiva cualquier modificación del *statu quo* y cualquier reducción de privilegios existentes. El Tribunal constitucional ha rechazado desde el principio la equiparación de “derechos individuales” con todos los derechos adquiridos, (STC 27 / 1981, de 20 de julio) y ha circunscrito la garantía a los derechos contenidos en el Título I de la Constitución, abriendo así una interpretación restrictiva de la prohibición que ha conducido más tarde a afirmar que el límite impuesto por el art. 9.3 se refiere al ámbito de “los derechos fundamentales y las libertades públicas” (STC 42 / 86, de 10 de abril) (...). Se trata de una interpretación que, además de ser acorde con la especial protección que esos derechos reciben, coincide con el sentido de la prohibición constitucional de retroactividad, que conduciría a limitaciones inadmisibles si se extendiera a otros derechos contenidos en el Título I, por ejemplo al de propiedad (art. 33).

Un planteamiento similar contiene el artículo 1° de nuestra Carta y especialmente el artículo 44°: Son deberes primordiales del Estado: defender

la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

2.2.7. Reposición en el Sector Público

La naturaleza jurídica de la reposición reside en el carácter constitucional de la protección de los derechos constitucionales del trabajador en el ejercicio de la relación laboral. Es decir, como consecuencia de que el empleador usa el despido como vehículo para la lesión de los plenos derechos constitucionales del trabajador, la eficacia reparadora deviene en reponer las cosas al estado anterior de la lesión, esto es, la debida reposición del trabajador a su centro de labores, con pleno ejercicio de todos sus derechos antes del despido ilícito. Este tema genera una cuestión material, al tratar de definir los efectos jurídicos extintivos del despido con lesión de derechos constitucionales, pues ciertamente está claro que el efecto fáctico es la reposición, pero respecto a los efectos jurídicos, esto es si al reponer al trabajador existen efectos jurídicos que conlleven a la extinción de la relación laboral o declarar que el acto nunca existió y retrotraer todos sus efectos hasta antes del despido. Acorde con la tendencia garantista absoluta de los derechos constitucionales, Arce Ortiz considera *“la inexistencia de efectos para los despidos que vulneren estos derechos. Para estos supuestos, la doctrina ha proclamado, con mucha razón, por cierto, la declaración de nulidad absoluta, cuya consecuencia conlleva la desaparición del acto lesivo del tráfico jurídico, eliminando todos sus efectos”*.

Esto es lo que la doctrina se conoce como los efectos de la nulidad ex tunc, es decir, desde el momento mismo en que se produjo el efecto extintivo, y el contrato continua vigente, no sólo por no operar en el causa legítima de extinción, sino porque esta contraviene los derechos constitucionales.

Queda claro que la reposición responde una causa de nulidad del acto ilegítimo (despido), con la finalidad de restituir el derecho y declarar inexistente el despido. Ello queda claro cuando el trabajador busca protección de su derecho constitucional dentro de la vía laboral (Artículo 29 y 34 de la LPCL), puesto que en el artículo 40 del mismo cuerpo normativo regula la posibilidad de que al declarar fundada la demanda de despido nulo el trabajador tendrá pleno derecho al pago de sus remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, incluso los depósitos correspondientes al pago de la Compensación por Tiempo de Servicios. La referida norma deja claro el derecho el trabajador a percibir sus remuneraciones devengadas, ello concordado con el artículo 2.2 de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, es decir autoriza al juez laboral para que como pretensión accesoria a la reposición del trabajador se otorga el pago de sus remuneraciones devengadas.

La figura queda incierta en la vía constitucional puesto que no existe norma que taxativamente prescriba la misma regla, es decir, a través de un proceso de amparo no existe norma procesal que autorice este pago como pretensión accesoria, sino resta una interpretación sistemática de aplicar la misma regla contenida en el artículo 40° de la LPCL para el trabajador repuesto en un proceso de amparo. Sin embargo ya el Tribunal Constitucional ha manifestado que “teniendo la reclamación de pago de las remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria y no, obviamente, restitutoria, debe dejarse a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer, en

todo caso, en la forma legal que corresponda.” STC Exp. N° 2349-2003-AA/TC.

Este tema, sin embargo, será analizado más adelante doctrinalmente y a la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en el cual adelantamos que es incorrecta esta posición del máximo intérprete de la ley. (Rivera, 2014)

2.3 SUBCAPÍTULO III: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

2.3.1. Principio de la primacía de la realidad

Según este principio, de presentarse discrepancia entre lo que ocurre en los hechos y lo consignado en los documentos o acuerdos, debe preferirse a los primeros.

Por aplicación de este principio, los documentos donde conste la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza no tiene más que un valor probatorio de presunción el que puedan perderlo, si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientado a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación laboral. En este caso se deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponde con arreglo a ley.

Una consecuencia necesaria de la aplicación del principio de la primacía de la realidad es la presunción de existencia de una relación laboral, la misma que ha sido recogida en el primer párrafo del artículo 4º de la LPCL, cuando esta norma establece que:

“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

En el ámbito procesal, el principio de primacía de la realidad se manifiesta a través del principio de veracidad, recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, por la aplicación de este principio, el juez de trabajo no debe conformarse con la verdad aparente, contenida muchas veces en los documentos suscritos por las partes, sino que debe buscar el conocimiento de la verdad real, teniendo en cuenta que los hechos priman sobre las apariencias.

El principio de la primacía de la realidad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como implícito a nuestro ordenamiento jurídico laboral, desarrollando su contenido en diversos fallos: Expediente N° 0666-2004-AA/TC-ICA del 25 de junio de 2004, Expediente N° 004814-2005-PA/TC-Loreto de fecha 31 de enero de 2006, Expediente N° 04877-2005-PA/TC-Lima de fecha 28 de febrero de 2006 y Expediente N° 00457-2006-PA/TC-Ucayali de fecha 30 de noviembre de 2006.

2.3.2. Principio de continuidad

El principio de continuidad parte de la base que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que no se agota con una sola prestación, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo. Este principio busca la conservación del vínculo laboral en beneficio del trabajador hasta que surja una causal prevista en la ley que origine su extinción.

Comentando las bondades del principio en comentario nos dice: *“Produce beneficios no solo al trabajador, los ya indicados, sino también para la continuidad empresarial que tiene interés en evitar un alto grado de rotación de sus integrantes, dado el costo (no solo económico) que significan las tareas de reclutamiento, aprendizaje, experimentación de las personas que se incorporan a las mismas. Ello lleva por parte a que esa continuidad, que se traduce por lo general en un mayor experiencia, se concrete en un premio a la antigüedad (los llamados plus que se establecen en general en los convenios colectivos)”*.

En nuestra legislación el principio de continuidad se manifiesta en las siguientes disposiciones: Presunción que el contrato de trabajo ha sido celebrado a plazo indeterminado, admitiéndose su extinción solo por causal prevista en la Ley (LPCL, artículo 4º y 16º). Establecimiento de una indemnización tarifada para sancionar la resolución arbitraria del contrato de trabajo por parte de empleador (LCPL, artículo 38º). Conversión de los contratos sujetos a modalidad en contratos de duración indeterminada en el caso que fueran objeto de desnaturalización (LCPL, artículo 77º). Subsistencia de la relación laboral en los casos que la titularidad del centro de trabajo fuera asumida por un nuevo empleador, pues, nuestra legislación no ha previsto como causa de extinción del contrato de trabajo el cambio de propietario o conductor del centro de trabajo (LCPL, artículo 16º). (Vásquez, 1986).

2.3.3. Principio protector

Este principio parte de la premisa que dentro de toda relación laboral el trabajador es la parte débil, frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra.

Por aplicación del principio protector, se deja de lado el criterio de igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar las desigualdades provenientes de la realidad.

Inspiradas en el principio protector las normas laborales buscan evitar la prevalencia unilateral, de quien tiene el poder económico por su calidad de propietario o poseedor de los medios de producción, sobre quien solo es dueño de su fuerza de trabajo y está en la necesidad de procurarse un ingreso que le permita subsistir conjuntamente con las personas que depende de él.

El artículo 23º de la Constitución recoge el principio protector cuando señala que *“el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el*

cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan". (Boza, 2000)

Precisa el autor, que si bien la Constitución hace referencia como especialmente protegidos a ciertas categorías de trabajadores, como son la madre trabajadora, el trabajador menor de edad y el trabajador discapacitado, no por ella descuida los otros grupos de trabajadores a quienes también protege.

La doctrina acepta mayoritariamente que del principio protector se derivan tres reglas: a) *in dubio pro operario*, b) *la aplicación de la norma más favorable*, y c) *la aplicación de la conducción más beneficiosa*.

A. Regla in dubio pro operario

De acuerdo con esta regla el juez o el intérprete, ante varios sentidos de una norma debe elegir aquel que resulte más favorable al trabajador, sea extendiendo un beneficio o restringiendo un perjuicio. Debemos precisar que por "*norma*" deberá entenderse tanto a la Constitución como a los tratados, leyes, decretos legislativos, decretos leyes, decretos supremos, reglamentos, convenios colectivos, etc.

El artículo 26º, inciso 3 de nuestra Constitución considera entre los principios a respetar en toda relación laboral, la "*interpretación favorable en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*".

El concepto de duda insalvable diciendo que estas dudas son las "*que no pueden ser resueltas por los sistemas propios de la hermenéutica interpretativa. Por lo tanto no se trata de a que ante la mínima duda se busque una interpretación favorable al trabajador, sino como último mecanismo o también mecanismo de cierre*". (Miranda, 2005).

B. Regla de la norma más favorable

A diferencia del in dubio pro operario, la regla de la norma más favorable no se refiere a la interpretación de normas sino a su aplicación. Según esta regla, en caso de existir normas divergentes aplicables a una misma situación jurídica laboral, el juez debe aplicar lo que reconozca mayores beneficios o derechos al trabajo.

Una interrogante que surge en la aplicación de esta regla es la referente al respeto al principio de jerarquía de normas, Arteaga y Novoa, la responden en los términos siguientes: *“en el caso de haber más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no se la que hubiese correspondido de acuerdo a los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas”*. (Arteaga y Novoa, 1980).

C. Regla de la condición más beneficiosa

El principio de la condición más beneficiosa supone la conservación de las mejores ventajas o derechos alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa. (Boza, 2000)

La aplicación de esta regla puede contemplar varios supuestos: conservación de condiciones de origen unilateral, de origen contractual, de origen convencional y de origen legal.

Tratándose de condiciones cuyo origen sea la decisión unilateral del empleador o el contrato individual de trabajo, resulta procedente su modificación mediante acuerdo directo entre el empleador y el trabajador, pudiendo esta modificación tener incluso carácter peyorativo, siempre que sea producto del acuerdo tomado libremente por las partes.

En caso que se origine en una convención colectiva, creemos que una posterior convención puede modificarlas, y hasta dejarla sin efecto aun en desmedro de la parte laboral.

Finalmente tratándose de derechos nacidos de una norma legal, resulta de plena aplicación la teoría de los hechos cumplidos, recogida en el artículo 103º de la Constitución, por lo que las nuevas condiciones establezca la norma legal serán de aplicación inmediata, debiendo en un futuro regularse las relaciones jurídicas antiguas por la nueva normatividad. (Arévalo, 2008).

2.3.4. Principio de Igualdad

Este principio consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que no pueden establecer tratos desiguales entre trabajadores que se encuentren en idénticas condiciones laborales, por razones de sexo, religión, raza, nacionalidad, edad, estado civil o por cualquier otro motivo de carácter reprochable. En el Perú, el principio de igualdad ha sido consagrado por nuestra Constitución, tanto de una manera general en el artículo 2º, inciso 2, que reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley; como de una manera especial, en el artículo 26º, inciso 1, que dispone que en la relación laboral se respetará el principio de “igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Creemos que el principio de igualdad protege al trabajador para acceder a la relación laboral, durante la vigencia de la misma e incluso al momento de su extinción.

2.3.5. Principio de Irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad niega validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos laborales, haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede. Esta protección también se extiende a los trabajadores cuyo vínculo se ha extinguido.

La doctrina acepta casi unánimemente que el principio de irrenunciabilidad solo protege al trabajador no pudiendo favorecer también al empleador.

Nuestra legislación reconoce el principio de irrenunciabilidad en dos niveles, el constitucional, cuando inciso 2 del artículo 26º de nuestra Constitución establece que en la relación laboral se respeta, entre otros principios, el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. (Arévalo, 2008).

2.4 SUBCAPÍTULO IV: EL PRECEDENTE VINCULANTE

2.4.1 Precedente constitucional vinculante.

El presente constitucional vinculante, es una resolución jurisdiccional del máximo ente de administración de justicia constitucional e intérprete de la constitucional, en la cual, es una sentencia debidamente motivada de acorde al art.139.5.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional introduce la institución del precedente vinculante, que no debemos confundir con la doctrina jurisprudencial o doctrina constitucional prevista en el artículo VI del Título Preliminar del Código acotado, ni con las sentencias normativas recaídas en los procesos de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha reconocido para sí mismo dos funciones básicas: *“por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros”*.

Según esta declaración, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho la formula el Máximo intérprete de la Constitución a través de los precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VII Código Procesal Constitucional.

Los precedentes, en este contexto, aparecen *“como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la*

Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

De modo que se entiende perfectamente que el mismo Tribunal Constitucional haya definido el precedente vinculante como *“aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley”.*

Es decir, continuará diciendo el Tribunal Constitucional, *“la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”.*

El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional (TC) decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El TC ha precisado que si se desconoce un precedente vinculante procede el recurso de agravio constitucional.

2.1.3.1 Antecedente del Precedente Vinculante.

Al desarrollar el origen de la técnica del precedente, dos son los presupuesto que han dado origen a su establecimiento, uno de ellos es la jerarquización de los tribunales, punto del que puede afirmar que desde la época colonial en Perú el sistema judicial respondió a una estructura jerarquizada, en la cual los tribunales superiores tenían

competencia para revisar los fallos emitidos por los tribunales de inferiores instancia (Ramos: 2003: 147)

Para la década de 1980, en el Perú ya se contaba con los presupuestos indispensables para el establecimiento de la técnica del precedente; sin embargo, en ese entonces todavía no se hablaba de la vinculatoriedad de los fallos judiciales. Han tenido que pasar muchos años para que nuestro país se dé un cambio en la concepción de la actividad jurisdiccional y que con ello se comprenda el rol que los jueces pueden desempeñar en los cambios normativos y en la creación de normas.

Esta evolución en la visión de la actividad jurisdiccional vino a la par de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 y del Estado Constitucional de Derecho, a raíz de la creación de la jurisdicción constitucional, encargada inicialmente al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual si bien no tenía facultades interpretativas explícitas, sí era un órgano de control de la Constitución, según lo dispuso su artículo 296, y como órgano de casación de las sentencias de los tribunales ordinarios.

Sin embargo, en cuanto a la recopilación de fallos jurisdiccionales, aún pasada la independencia no se había organizado sino hasta la corta aparición de la Gaceta Judicial (1861-1862) y la Gaceta de los Tribunales (1857-1860). La poca acogida de publicación de los fallos jurisdiccionales se debió a la falta de reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho y, como hemos visto, fue con la incorporación en nuestro país de la justicia constitucional que esta idea adquirió relevancia.

Legislativamente nos remontamos al artículo 9 de la Ley N° 23506, de Amparo y Hábeas Corpus, que decía que las resoluciones judiciales emitidas en los procesos de amparo y hábeas corpus constituían “jurisprudencia obligatoria”, cuando de ellos pudiesen desprenderse “principios de alcance general”, pudiendo apartarse los jueces de la aplicación de las mismas, fundamentando las razones de hecho y derecho.

2.4.1. Análisis de los precedentes vinculantes en la sentencia Caso Huatuco-Expediente 05057-2013-PA/TC

El **primer precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 18 de la sentencia y establece que si un trabajador de entidad pública sujeta al régimen laboral privado es despedido sin causa justa y acredita la desnaturalización de sus contratos temporales (por ejemplo: contratos modales regulados en el Decreto Legislativo 728, o contratos CAS regulados por el Decreto Legislativo 1057) o de sus contratos civiles (es decir locación de servicios, servicios no personales, servicios por terceros, etc), no podrá ser repuesto porque para ello se requiere que hubiera ingresado mediante concurso público a una plaza vacante y presupuestada bajo contratación a plazo indeterminado. Interpretado a contrario, el precedente implica que **sólo aquel trabajador estatal que hubiere sido contratado expresamente a plazo indeterminado bajo régimen laboral privado previo concurso público tendrá derecho a ser repuesto** en caso fuere despedido sin justa causa, quedando vedada la reposición para los miles de trabajadores públicos que desde hace décadas vienen laborando en entidades de régimen privado mediante contratos fraudulentos impuestos por sus empleadoras para negarles los derechos laborales que les corresponden (contratos SNP, contratos CAS, locación de servicios, contratos de servicios de terceros, etc).

El **segundo precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 20 de la sentencia y establece que los funcionarios que contrataron fraudulentamente a un trabajador público que demuestra la desnaturalización de su contrato temporal o civil deben ser sancionados administrativamente por responsabilidad funcional, y si se produjeron daños económicos a la entidad incurren también en responsabilidad civil.

El **tercer precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 21 de la sentencia y establece que las mencionadas reglas son de aplicación inmediata a partir de la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano (lo cual debe producirse en los próximos días), inclusive a los procesos de amparo en trámite. Eso significa que los jueces constitucionales están obligados a aplicar estos precedentes vinculantes no sólo a los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano sino a todo proceso de amparo que esté actualmente en trámite, lo cual determina que miles de procesos vigentes sobre reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contrato serán desestimados por la judicatura constitucional.

El **cuarto precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 22 de la sentencia y establece que en todos los procesos de amparo vigentes sobre reposición, que por aplicación de estas reglas sean declaradas improcedentes, el juez constitucional deberá reconducir el proceso a la judicatura laboral para que el demandante solicite indemnización por despido, no pudiendo ser rechazada por extemporaneidad. En ese caso, si el demandante no adecúa su pretensión en el plazo que el magistrado laboral le conceda corresponderá el archivamiento del proceso. Esto obviamente generará distorsiones en la carga procesal de los juzgados laborales que repercutirán en un mayor retraso de los cada vez más dilatados procesos existentes, sin contar con que mediante una decisión jurisprudencial el

Tribunal Constitucional está dejando sin efecto la aplicación de la normativa legal sobre caducidad de la acción por indemnización.

El **quinto y último precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 23 de la sentencia y establece que los procesos de reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contratos que se inicien con posterioridad a la publicación de la sentencia Huatuco en el diario oficial El Peruano y sean desestimados aplicando estos precedentes no serán reconducidos a la justicia laboral, lo cual significa que el trabajador despedido no podrá acogerse a la indemnización por despido en caso se rechace su pedido de reposición.

Cabe señalar que dichos precedentes han sido adoptados por cinco de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, los otros dos magistrados se negaron a suscribir la sentencia por distintos motivos.

En síntesis, a partir de la publicación de la sentencia del caso Rosalía Huatuco en el diario oficial El Peruano miles de procesos de amparo en trámite a la fecha sobre reposición laboral de servidores públicos de la actividad privada, que se sustenten en la desnaturalización de contratos temporales o civiles, serán desestimados por la justicia constitucional y reconducidos a la justicia laboral para que el demandante solicite si lo desea una indemnización por despido. Y los nuevos procesos de reposición por esa misma materia y fundamentación serán simplemente denegados sin derivarlos a la justicia laboral, por lo cual los abogados y trabajadores públicos deben tener cuidado al determinar si acuden o no a la vía procesal del amparo y al establecer las pretensiones que buscan hacer valer.

2.4.2. Análisis del Expediente 06681-2013-PA/TC

El Tribunal Constitucional ha establecido que el bien protegido por el controversial precedente Huatuco es la carrera administrativa, por lo que no deberá aplicarse dicho precedente en los casos en los que los trabajadores sujetos a otros regímenes laborales soliciten su reposición al Estado.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que su cuestionado precedente Huatuco puede generar algunas confusiones en su aplicación, por lo que ha optado por relativizar sus alcances. Así, en un reciente pronunciamiento, ha rechazado aplicar dicho criterio jurisprudencial al pedido de reposición de un obrero municipal, en la medida que este se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

En tal sentido, el Colegiado ha precisado que lo que se buscó proteger con el precedente Huatuco es la carrera administrativa. Asimismo, ha reconocido que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente realiza carrera administrativa, y que solo a este último grupo, corresponde aplicar las reglas del precedente Huatuco.

Por ello, el TC ha señalado que solo será aplicable dicho precedente cuando se presenten los siguientes elementos: i) el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y, ii) debe pedirse la reposición en una plaza vacante, presupuestada y que forme parte de la carrera administrativa, al cual corresponde acceder por concurso público de méritos.

Así lo ha señalado el TC en su reciente sentencia recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC, donde resolvió el caso de un trabajador obrero que demandó a su entidad empleadora por haberlo despedido de manera

arbitraria. En dicha resolución, además, el TC reiteró que el ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera se efectúa obligatoriamente mediante concurso público, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante presupuestada. Asimismo, la permanencia y el ascenso a dicha plaza se dan en función a criterios meritocráticos.

El caso es el siguiente: un trabajador interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Pátapo, solicitando se deje sin efecto el despido arbitrario del que había sido objeto y por consiguiente sea reincorporado en sus funciones de obrero. Manifestó que suscribió contratos civiles desde que entró a laborar pero que estos se habrían desnaturalizado y que, además, su último mes de labores los habría realizado sin mediar contrato alguno.

El alcalde de la municipalidad emplazada contestó la demanda argumentando que el demandante no había sido despedido, sino que se procedió a retirarlo de su puesto, toda vez que su contrato habría vencido.

En primera instancia se declaró improcedente la demanda, por considerar que los documentos que el demandante habría presentado fueron elaborados por él mismo y que, por tanto, no se había acreditado la desnaturalización del contrato. En segunda instancia, se confirmó la sentencia apelada por considerar que existe otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección de los derechos invocados: el proceso abreviado laboral.

Antes de resolver el caso, el Tribunal Constitucional consideró oportuno pronunciarse sobre los alcances del precedente constitucional establecidos en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, también conocido como “Precedente Huatuco”, en los términos ya antes expuestos. Y aplicando las reglas mencionadas al caso en concreto, el TC manifestó que la reposición

es solicitada por un trabajador obrero, sujeto a la actividad privada, por lo que no es posible aplicar el referido precedente.

Ahora bien, de la revisión de los medios probatorios, el TC verificó que el demandante prestó servicios para la municipalidad demandada en la condición de obrero municipal, realizando labores de mantenimiento y gasfitería por poco más de un año y medio, con lo que se verifica que no estuvo contratado para realizar una actividad temporal. Por consiguiente, en relación a las labores y el control de asistencia al que habría estado sujeto el demandante, se acredita que el contrato civil firmado entre las partes se había desnaturalizado.

Asimismo, el TC declaró que en el presente caso la entidad demandada habría vulnerado el derecho al debido proceso del demandante, específicamente, su derecho a defensa, ya que al haberse desnaturalizado sus contratos, el empleador antes de proceder con el despido debió haberle remitido previamente una carta de imputación de faltas graves.

Por dichas consideraciones, el TC declaró fundada la demanda y nulo el despido arbitrario del demandante, ordenando por ello su reposición a su puesto de trabajo u otro similar.

2.4.3. Análisis del Decreto Legislativo N° 728

En el sector público, como ya se ha señalado existen diversas formas de contratación, entre ellas la contratación bajo el régimen privado regulado a través del Decreto Legislativo N° 728 y normas complementarias. Las categorías que plantea este régimen general de contratación son dos: Contrato a Plazo Indeterminado y Contrato a Plazo Fijo.

Pasaremos a analizar cada una de estas categorías:

- a) Contrato a Plazo Indeterminado:** El contrato de trabajo por tiempo indeterminado puede celebrarse en forma verbal o escrita. En este tipo de contrato existe la presunción de que, en toda prestación personal de servicios, en donde exista relación de subordinación o dependencia y que sea remunerada, concurren los elementos de un contrato de trabajo indeterminado.
- b) Contrato a plazo fijo sujeto a Modalidad:** La modalidad de este tipo de contratos puede ser de 03 tipos: De naturaleza temporal; de naturaleza accidental; y de obra o servicio. En el sector público algunos organismos del Estado, poseen este régimen de manera parcial o general. Por ejemplo, tenemos a los obreros de los Gobiernos Locales. (Palomino. 2016)

2.5 SUBCAPÍTULO V: LEGISLACIÓN

2.5.1. Legislación Nacional

Artículo 5° de la Ley N.° 28175

Artículo 5.- Acceso al empleo público 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.

D. L. N° 728

Capítulo V - De Los Derechos Del Trabajador

Artículo 71.- En los casos de nulidad de despido del artículo 65 el trabajador podrá demandar que se declare dicha nulidad y se proceda

a su reposición en el empleo. En estos casos si el despido es declarado nulo el trabajador será repuesto en su empleo.

Artículo 72.- Si el despido es injustificado, el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76.

Si demanda la reposición puede en cualquier estado de la causa variarla a una de indemnización. Del mismo modo, el juez podrá ordenar en la sentencia el pago de la indemnización en vez de la reposición cuando éste resultare inconveniente dadas las circunstancias. En el segundo caso, si la demanda es exclusivamente de indemnización, el trabajador deberá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. La sentencia judicial ejecutoriada extingue el contrato cuando determina que el despido no da lugar a reposición sino al pago de indemnización.

Artículo 73.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 66 de la presente ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76 de esta ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Artículo 74.- El plazo para accionar judicialmente en los casos previstos en los artículos 71 72 y 73 es de treinta (30) días naturales de producido el hecho. Este plazo de caducidad no está sujeto a interrupción o pacto que lo enerve, una vez transcurrido impide el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal peruano, por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de

ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial.

Artículo 75.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

Artículo 76.- La indemnización por despido cuando no se otorgue la reposición o el trabajador demande la indemnización es equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones.

Artículo 77.- En caso de inobservancia de las formalidades esenciales del despido, el juez podrá disponer la reincorporación temporal del trabajador, sin que ello inhiba al juzgador de pronunciarse sobre el fondo el asunto, dentro del término de ley. (*) (*)

Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 77.- En caso de inobservancia de las formalidades no esenciales del despido, el Juez podrá disponer la reincorporación temporal del trabajador, sin que ello inhiba al juzgador de pronunciarse sobre el fondo del asunto dentro del término de Ley".

Artículo 78.- Al declarar fundada la demanda, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en los casos y de la manera siguiente:

- a) Si el despido es nulo, desde la fecha en que se produjo hasta la reposición efectiva;
- b) Si se ordena la reposición o se sustituye ésta por el pago de indemnizaciones, desde la fecha de notificación con la demanda hasta la ejecución de la sentencia;

El pago de las remuneraciones devengadas se ordenará con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus

intereses.

Artículo 79.- El juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto, el que no podrá exceder de la remuneración ordinaria.

Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder; de allí en adelante, será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses, con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 80.- El plazo para la resolución judicial es de seis meses de realizado el comparendo, bajo responsabilidad.

Artículo 81.- El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato.

El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

T.U.O del D. Legislativo N° 728.

Capítulo V. De los derechos del trabajador

Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la

indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Artículo 36.- El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador.

Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a el, o por falta de

funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento.

Artículo 37.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Artículo 39.- La inobservancia de las formalidades no esenciales del despido, no inhibe al juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto dentro del plazo de ley a fin de determinar la existencia o no de la falta grave.

Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

Artículo 41.- En el caso de acción por nulidad del despido el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder. Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses. Si la

sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 42.- El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato. El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

Ley N° 30057 – Servicio Civil.

La Ley del Servicio Civil establece un régimen laboral aplicable a los trabajadores del sector público, pero no a todos sino a los nuevos trabajadores y a los antiguos servidores que perteneciendo a los regímenes laborales de los decretos legislativos 276 (carrera administrativa), 728 (régimen laboral privado) y 1057 (régimen CAS) decidan migrar al nuevo régimen. Además hay que tener presente que la norma excluye a las empresas públicas y a diversas instituciones del Estado (como el Congreso de la República, el BCR, etc.) así como a las entidades que tiene regímenes laborales especiales. Es decir, que en la práctica no existirá un único régimen laboral como se pensaría sino que seguirán coexistiendo varios regímenes laborales en el Estado.

La norma establece un sistema de evaluaciones para los servidores públicos, que se aplicarán inclusive a quienes decidieron permanecer en los regímenes laborales de los decretos legislativos 276 (carrera

administrativa) y 728 (régimen laboral privado). Está previsto además que la desaprobación de la evaluación constituye causal de cese.

Artículo 35.- Factores, metodologías e instrumentos básicos

Para efectos de la gestión del rendimiento, se entiende por factores de evaluación aquellos aspectos observables y verificables sobre los cuales el evaluador deberá sustentar la valoración de la actuación del servidor civil.

Mediante resolución de SERVIR, se determinan los factores mínimos a considerar en la gestión del rendimiento, así como las metodologías, instrumentos y procedimientos básicos para su evaluación.

La gestión del rendimiento podrá utilizar, según se establezca, factores asociados a:

a) Metas, con las que se evalúa el cumplimiento de logros asignados bien sea a cada uno de los servidores civiles o al área o unidad orgánica:

1. Metas individuales: son aquellas relacionadas con la misión y funciones del puesto y deben formularse en términos de contribución a los objetivos y líneas de actuación de la unidad de trabajo, de conformidad con el Plan Operativo Institucional. Deben corresponder a productos, servicios o resultados mensurables y alcanzables en el período evaluable.

2. Metas Grupales: son aquellas trazadas de manera conjunta y para un área, unidad orgánica o entidad. Estos deben ir alineados al Plan Operativo Institucional, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley. Se considera la evaluación del área, unidad orgánica o entidad en conjunto a la hora de valorar dichos objetivos, independientemente de

la participación de cada servidor. La constatación de su cumplimiento no hace parte del ciclo individual de gestión del rendimiento en los términos establecidos en el presente reglamento.

b) Compromisos, referidos al comportamiento del servidor, sobre los cuales se califican aspectos conductuales del servidor civil en relación tanto a la ejecución de la misión y a las funciones de su puesto, como al cumplimiento de las metas establecidas.

Deben soportarse en indicadores observables y verificables

Artículo 138.- Derechos individuales del servidor civil

Los servidores civiles cuentan con los derechos individuales reconocidos en el artículo 35 de la Ley N° 30057. Adicionalmente, el servidor civil tiene derecho a una adecuada protección contra el término arbitrario del servicio civil y, en el caso de los servidores civiles de carrera, a la progresión en el mismo, tal como lo establece el literal k del artículo III del Título Preliminar de la Ley. Asimismo, el servidor civil tiene derecho a percibir los aguinaldos, la entrega económica vacacional y la compensación por tiempo de servicios que establecen los artículos 31 y 33 de la Ley.

Decreto Supremo N° 040-2014-PCM

Capítulo V: Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido

Artículo 121.- Objeto, finalidad y alcance

El Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, en adelante el Registro, es una herramienta del sistema administrativo de

gestión de recursos humanos, donde se inscriben y se actualizan las sanciones impuestas a los servidores públicos, cuyo registro es obligatorio, las mismas que se publicitan a través del módulo de consulta ciudadana. El Registro tiene por finalidad que las entidades públicas garanticen el cumplimiento de las sanciones y no permitan la prestación de servicios en el Estado a personas con inhabilitación vigente, así como contribuir al desarrollo de un Estado transparente. El Registro alerta a las entidades sobre las inhabilitaciones impuestas a los servidores civiles conforme a las directivas de SERVIR.

Artículo 123.- Administración y Supervisión del Registro

SERVIR administra el Registro, dicta las directivas para su funcionamiento y supervisa el cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas. Lo anterior es sin perjuicio de la competencia de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional de cada Entidad para determinar las responsabilidades correspondientes de los servidores civiles en caso de incumplimiento o irregularidades.

Artículo 124.- Sanciones materia de inscripción en el Registro

En el Registro se inscriben las siguientes sanciones: a) Destitución o despido y suspensión, independientemente del régimen laboral en el que fueron impuestas. El jefe de recursos humanos, o quien haga sus veces, es el responsable de su inscripción, y Contraloría General de la República en el caso de sanciones por responsabilidad administrativa funcional. b) Inhabilitaciones ordenadas por el Poder Judicial. c) Otras que determine la normatividad.

2.5.2. Legislación Extranjera

La Estabilidad Laboral en la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Veamos previamente ante de ingresar a la legislación peruana, su regulación internacional, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde el año 1919, ha sido el ente rector de la regulación de los temas laborales en el mundo. Y el tema de la estabilidad laboral, no lo ha sido ajeno y ella fue contemplada en el convenio de la OIT. Número 158 la misma que no fue ratificada por el Perú, el Convenio 158 de la OIT, se refiere sobre la Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que data de junio del año de 1982, la misma que es complementaria a la Recomendación 119, de la OIT. Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1963.

Es decir en ambos casos solo se aborda la estabilidad de salida, la misma que esta relacionada al despido, sin embargo la estabilidad de entrada, no fue contemplada por la OIT.

Nos preguntamos porque la OIT, no regulo la forma de adquirir la estabilidad laboral, considero al ser un tema muy polémico, deja que los Estados regulen internamente dicho aspecto.

Y sobre la estabilidad de salida, es decir en el tema del despido la recomendación 119, indica en el punto 2.1. “ No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”. (Pasco, 2000)

Sobre este tema las últimas dos constituciones peruanas, la regulan en el tema de trabajo. Sobre el enfoque de la estabilidad en el mundo, actualmente ha cambiado si antes se buscaba la estabilidad en el empleo, asegurando

tener “ trabajo “ durante la vida laboral de una persona, y así tener la seguridad económica personal, familiar, social. Ahora en que se vive en un mundo competitivo, globalizado, en donde ni siquiera las empresas llegan ser estables, surge el tema de que la estabilidad, resulte ser un asunto secundario, por cuanto ahora la mayoría de los jóvenes peruanos desean a como de lugar “trabajar” y es común de que pasen de una empresa a otra, y es tan alta la demanda laboral que el mercado laboral peruano no llega abastecer y si obtienen trabajo dependiente en muchos casos la remuneración es insuficiente para cubrir la canasta básica familiar; ello ha generado que los jóvenes peruanos en muchos casos emigren al exterior, en búsqueda de empleo.

Entonces resulta ser que el tema de estabilidad laboral, es un caso que solo atañe a un pequeño porcentaje de trabajadores, que no es la mayoría. (Neves, 2010).

Cuba

Ley núm. 49. Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierta para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente

Brasil

Ley 9962 del año 2000: Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público.

Colombia

Ley 100. Art 45. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio

Ecuador

Ley de fomento al empleo Art. 16.1.- Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo.

Argentina

La Constitución Argentina reconoce para todos los habitantes de la Nación la libertad de trabajar y la libertad para ejercer toda industria lícita; ampara el trabajo en sus diversas formas y garantiza su protección en las leyes, las que deben asegurar al trabajador los siguientes derechos: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. La Constitución le garantiza a los gremios el derecho a concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga; asimismo dispone que los representantes de los gremios gozan de

las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. Los principios de derecho del trabajo establecidos en la legislación argentina son el Principio de orden público laboral o principio protectorio, que tiene como finalidad el respeto de la dignidad de la persona humana. Es una técnica para impedir que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos. Está orientado a establecer un amparo preferente a la parte trabajadora, ya que la libertad de contratación, entre personas de desigual poder y resistencia económica, conducía a distintas formas de explotación.

Su aplicación se puede expresar en tres formas: a) regla del In dubio pro operario, b) regla de la norma más favorable y c) principio de irrenunciabilidad de los derechos. También compone el ordenamiento jurídico el principio de primacía de la realidad, que consiste en la hacer primar los hechos sobre las formas, las formalidades o apariencias. En materia laboral importa lo que ocurre en la realidad por sobre lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa (en documentos, formularios, etc.). El principio es muy amplio e incluye la desestimación de todo lo que implique privar al trabajador de la protección que le conceden las normas laborales por cualquier medio de simulación o fraude laboral. Está fundamentado básicamente en la buena fe. Regula el trabajo, la actividad, no el documento que solo reproduce o no la realidad, apunta al plano real y no al formal. Este es el principio que utilizan los jueces laborales al momento de dirimir si en el caso se trató de una relación laboral o de un emprendimiento empresario de una persona física.

Chile

La legislación chilena no ha positivado los principios del derecho del trabajo, de forma tal que el contenido y la aplicación de los mismos ha sido objeto de

constante controversia. La doctrina ha elevado a la categoría de principios los que señalamos a continuación:

Orden Público Laboral, los derechos establecidos en las leyes laborales establecen mínimos irrenunciables de orden público, que no pueden ser negociados por las partes mientras subsista el contrato de trabajo (ej. salario mínimo).

Principio Protector, “constituye el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador” (Plá , 1978).

La regla in dubio pro operario, que consiste en que frente a diversas maneras de entender una norma ha de preferirse aquella que más favorezca al trabajador. Según la doctrina este principio se compone de: la regla de la norma más favorable, existiendo más de una norma aplicable al caso concreto, se debe optar por aquella más favorable al trabajador y de la regla de la condición más beneficiosa, la aplicación de una norma laboral posterior nunca puede derivar en la disminución de las condiciones más favorables en que se encuentre el trabajador.

Principio de continuidad, que “el contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración”. Este principio tiene una serie de manifestaciones, siendo la más importante la “preferencia por los contratos de duración indefinida”.

Principio de la primacía de la realidad, y que explica del siguiente modo: “significa que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”

Principio de la razonabilidad, “consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón”.

Principio de la buena fe, el que es aplicable no sólo al derecho del trabajo sino que también a la totalidad del ordenamiento jurídico. (Plá, 1978).

CAPITULO III.-SITUACION ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

EN LOS RESPONSABLES Y LA COMUNIDAD JURÍDICA
RESPECTO A LA SENTENCIA VINCULANTE “CASO HUATUCO”
(EXP: 05057-2013-PA/TC); EN RELACIÓN A LA ESTABILIDAD
LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMPRENDIDOS EN
EL D.L. N° 728

3.1 Situación actual de los responsables respecto a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

3.1.1 Resultados de Empirismos normativos de los Planteamientos Teóricos en los responsables.

A.- El promedio de los porcentajes de Empirismos normativos aplicados de los planteamientos teóricos en los responsables es de 65%

Tabla 02: Planteamientos teóricos que no se consideran ser aplicados respecto a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

Planteamientos teóricos	#
a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales	54
b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)	20
c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada	14
d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil	1
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

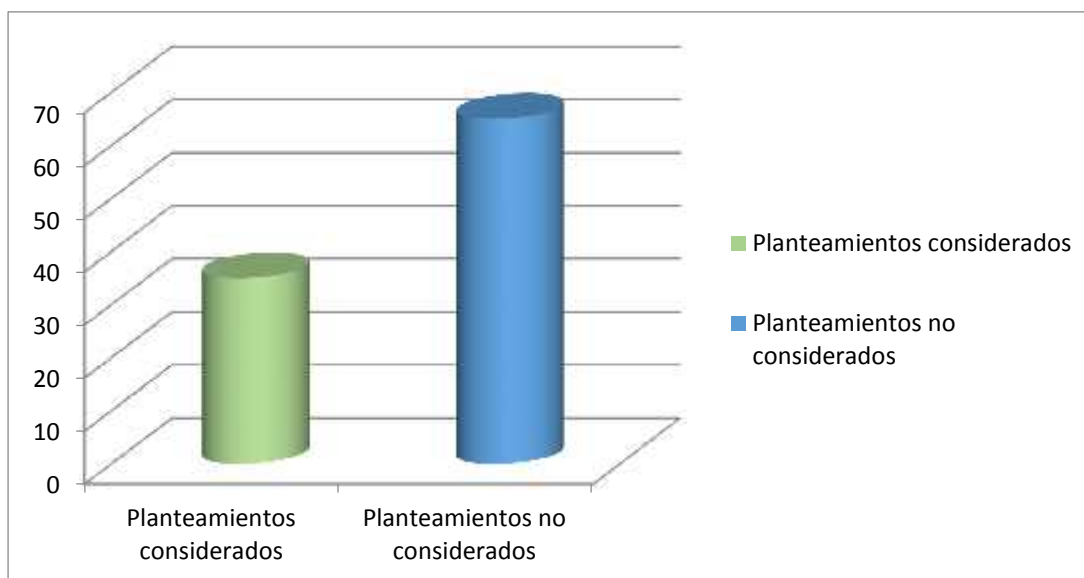
B.- El promedio de los porcentajes de Empirismos normativos no aplicados de los planteamientos teóricos en los responsables es de 35%

Tabla 03: Planteamientos teóricos que consideran ser aplicados respecto a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

Planteamientos teóricos	#
a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales	31
b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)	48
c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada	10
d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil	0
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 01: Nivel de planteamientos teóricos considerados y no considerados.

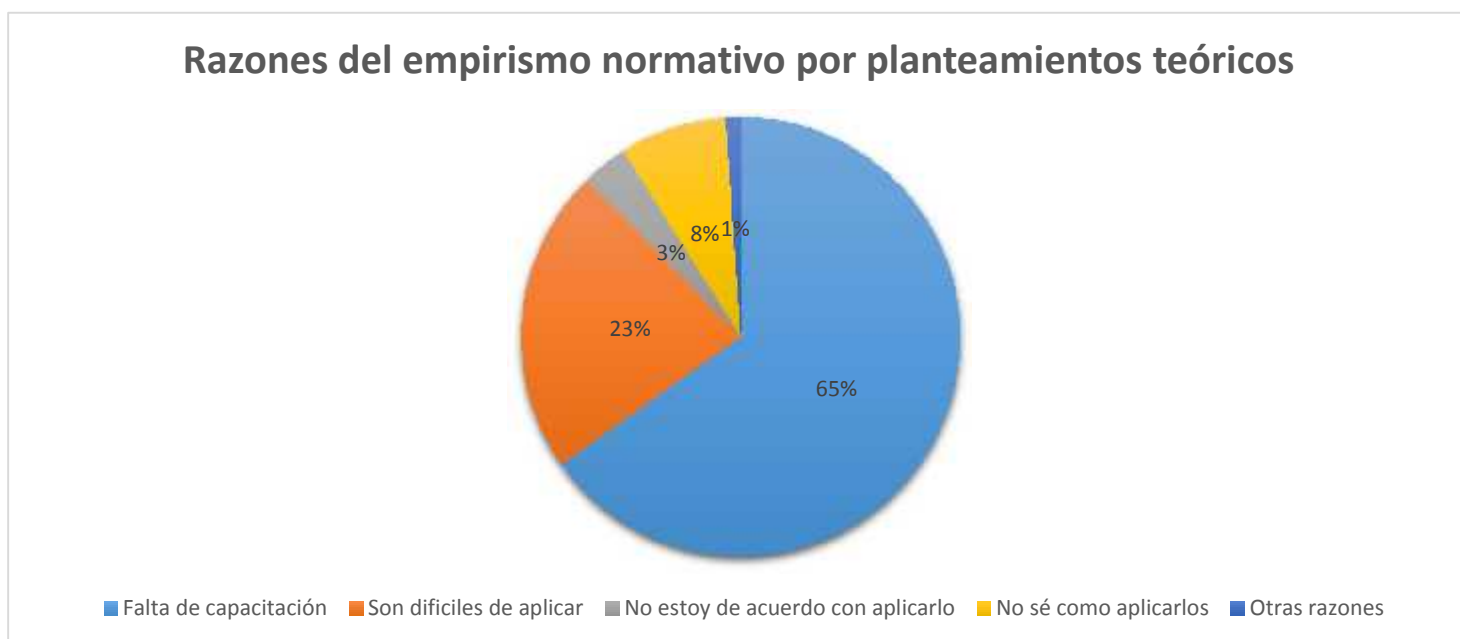


Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 65% de los informantes adolecen de Empirismos normativos los planteamientos teóricos mientras que un 35% conoce y aplica dichos planteamientos teóricos

Figura 02: Razones del Empirismo normativo de los Planteamientos Teóricos



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 65% considera que es por falta de capacitación, el 23% considera que son difíciles de aplicar, el 8% considera que no sabe cómo invocarlos o aplicarlos, el 3% que no está de acuerdo en aplicarlos y el 1% de los encuestados considera que por otras razones.

Tabla 04: Razones del Empirismo Normativo de los Planteamientos Teóricos

Razones o causas	Respuestas
1.- Falta de capacitación	58
2.- Son difíciles de aplicar	20
3.- No estoy de acuerdo con aplicarlo	3
4.- No sé cómo aplicarlos	7
5.- Otras razones	1

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

3.1.3 Resultado del nivel de discordancias normativas de las Normas en los responsables.

A.- El promedio de los porcentajes de discordancias normativas en los responsables es de **62 %**

Tabla 05: nivel de discordancias normativas

NORMAS	%
a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario	10
b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.	55
c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.	24
d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes	0
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

B.- El promedio de los porcentajes de discordancias normativas en los responsables es de **38 %**

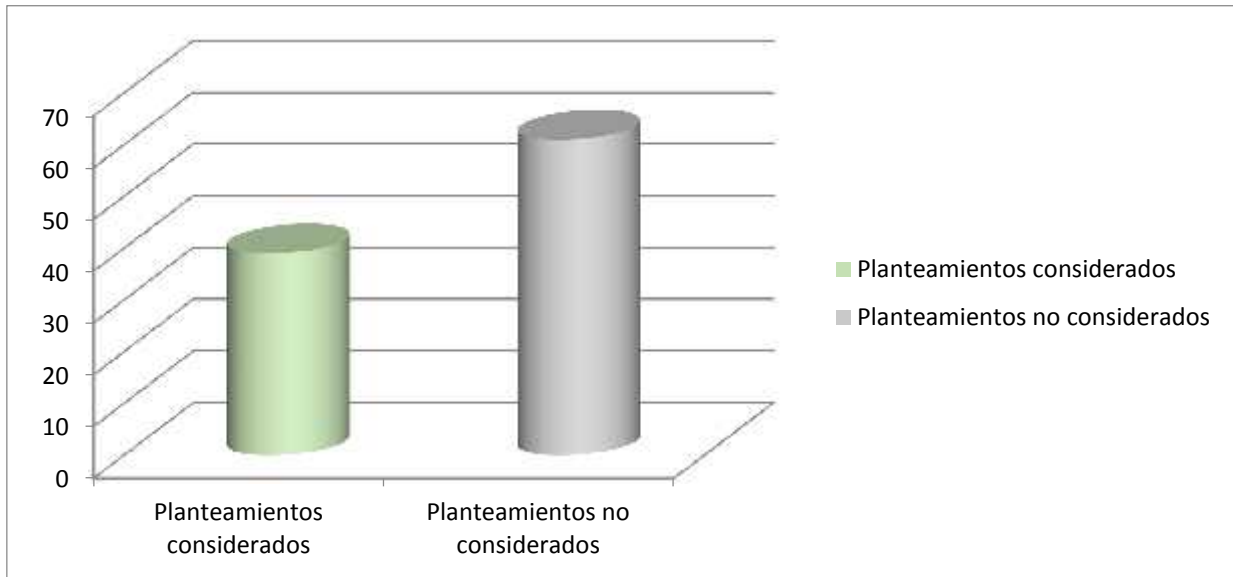
Tabla 06: Nivel de discordancias normativas en los responsables

NORMAS	#
a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario	34
b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.	0
c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.	55
d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las	0

necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes	
Informantes	89

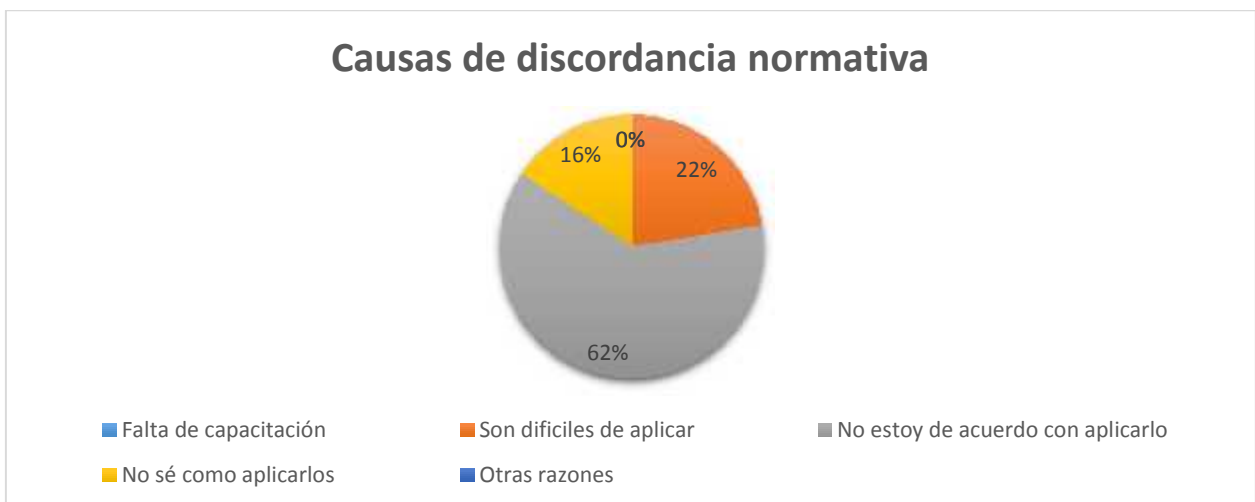
Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 03: Nivel de discordancias normativas consideradas y no consideradas.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 04: Principales Razones o Causas de las discordancias normativas en los responsables.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 62% considera que no está de acuerdo con invocarlos o aplicarlos, el 22% considera que son difíciles de aplicar y el 16% de los encuestados considera que no sabe cómo aplicarlos.

Tabla 07: Principales Razones o Causas de las discordancias normativas en los responsables.

Razones o causas	Respuestas
1.- Falta de capacitación	0
2.- Son difíciles de aplicar	20
3.- No estoy de acuerdo con aplicarlo	55
4.- No sé cómo aplicarlos	14
5.- Otras razones	0

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

3.1. Resultados de empirismos normativos de la Legislación Comparada en los Responsables.

A.- El promedio de los porcentajes de empirismos normativos de la Legislación Comparada en los responsables es de 64%

Tabla 08: Respuestas no contestadas sobre empirismos normativos de la Legislación Comparada en los Responsables

Legislación Comparada	#
a) Cuba: Ley núm. 49. Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierne para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente	0
b) Brasil: Ley 9962 del año 2000: Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público	32
c) Colombia: Ley 100. Art 45. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio	0
d) Ecuador: Ley de fomento al empleo Art. 16.1.- Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo	57
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

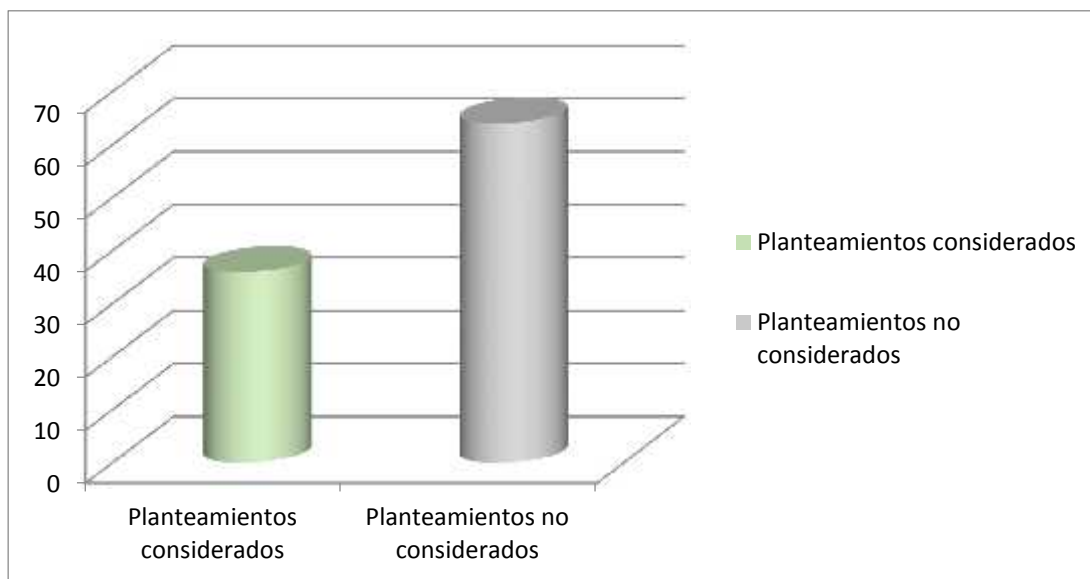
B.- El promedio de los porcentajes de Empirismos normativos de la Legislación Comparada en los responsables es de 36 %

Tabla 09: Respuestas contestadas sobre empirismos normativos de la Legislación Comparada en los Responsables:

Legislación Comparada	#
a) Cuba: Ley núm. 49. Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierta para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente	0
b) Brasil: Ley 9962 del año 2000: Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público	57
c) Colombia: Ley 100. Art 45. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio	0
d) Ecuador: Ley de fomento al empleo Art. 16.1.- Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo	32
Informantes	89

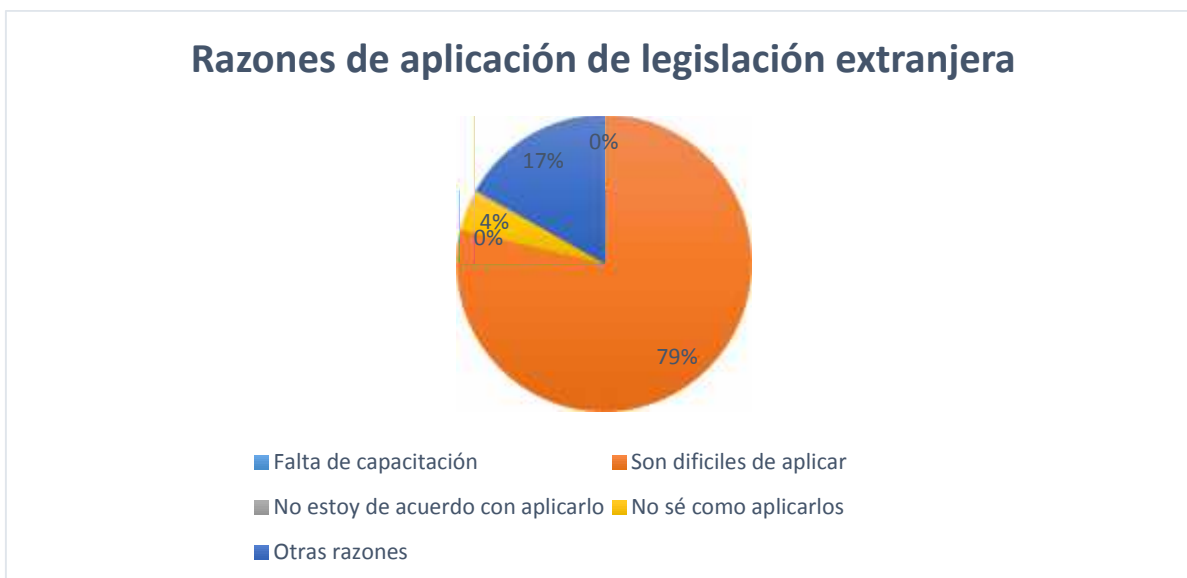
Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016

Figura 05: Nivel de planteamientos teóricos considerados y no considerados.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 06 Principales Razones o Causas de empirismos normativos de la legislación comparada



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 42% considera que no está de acuerdo con invocarlos o aplicarlos, el 31% considera que no son aplicables, el 16% considera que no sabe cómo invocarlos o aplicarlos, el 8% no lo conocen y el 3% de los encuestados considera que por otras razones.

Tabla 10: Principales Razones o Causas de empirismos normativos de la legislación comparada

Razones o causas	Número
1.- Falta de capacitación	0
2.- Son difíciles de aplicar	70
3.- No estoy de acuerdo con aplicarlo	0
4.- No sé cómo aplicarlos	4
5.- Otras razones	15

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

3.2. Situación actual respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

3.2.1 Resultados de respuesta contestadas acerca de los Empirismos normativos de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica

A.- El promedio de los porcentajes de **Empirismos normativos** de los Planteamientos Teóricos en la comunidad jurídica es de **69%**

Tabla11: Respuestas contestadas acerca de Empirismos normativos de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica

Planteamientos teóricos	%
a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales	28
b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)	61
c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada	0
d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil	0
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

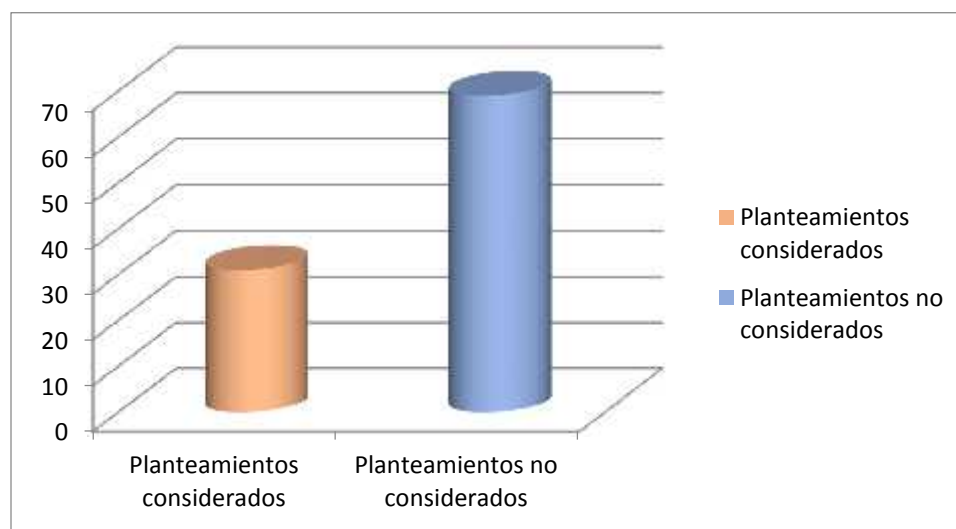
B.- El promedio de Respuestas no contestadas acerca de Empirismos normativos de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica es de **31%**

Tabla 12: Respuestas contestadas acerca de Empirismos normativos de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica

Planteamientos teóricos	#
a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales	61
b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)	28
c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada	0
d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil	0
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 06: Nivel de planteamientos teóricos considerados y no considerados.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 07: Principales Razones o Causas del Empirismo normativo de los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes consideran que las razones o causas del empirismo normativo respecto de los planteamientos teóricos en la comunidad jurídica es del 69% **por falta de capacitación**, el 22% de los encuestados considera que **son difíciles de aplicar**, el 6% considera que **no sabe cómo aplicarlos**, el 3% por **otras razones**.

Tabla 13: Principales Razones o Causas del empirismo normativo de los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica.

Razones o causas	Número
1.- Falta de capacitación	61
2.- Son difíciles de aplicar	20
3.- No estoy de acuerdo con aplicarlo	5
4.- No sé cómo aplicarlos	3
5.- Otras razones	0

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

3.1.3 Resultado del nivel de discordancias normativas en la comunidad jurídica.

A.- El promedio de respuestas no contestada acerca de discordancias normativas en la comunidad jurídica es de 64%

Tabla 14: Discordancias normativas en la comunidad jurídica

NORMAS	#
a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario	57
b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.	16
c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.	6
d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes	10
Informantes	89

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

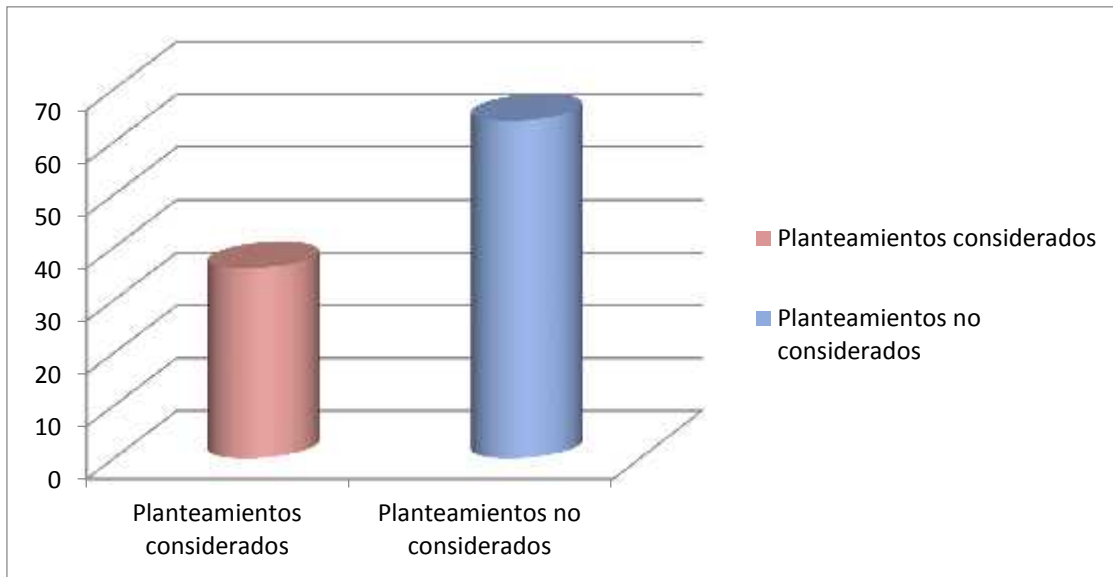
B.- El promedio de respuestas contestadas acerca de las discordancias normativas con la comunidad Jurídica es de 36%

Tabla 15: respuestas contestadas acerca de las discordancias normativas con la comunidad Jurídica

NORMAS	%
a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario	20
b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.	57
c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.	12
d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes	0
Informantes	89

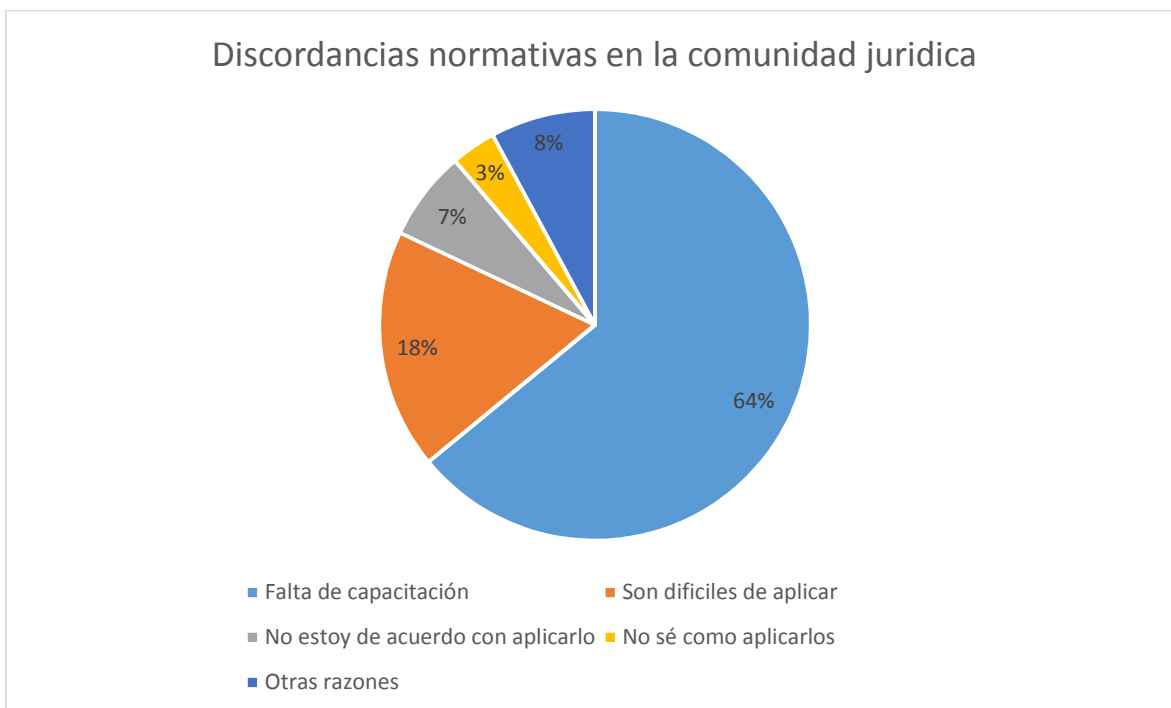
Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 08: Nivel de planteamientos teóricos considerados y no considerados.



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Figura 09: Principales Razones o Causas del Desconocimiento de las Normas en la Comunidad Jurídica



Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 64% considera que es por falta de capacitación, el 18% porque son difíciles de aplicar, el 8% por otras razones, el 7% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, y el 3% de los encuestados considera no sabe cómo aplicarlos.

Tabla 16: Principales Razones o Causas de las discordancias normativas en la Comunidad Jurídica

Razones o causas	Números
1.- Falta de capacitación	57
2.- Son difíciles de aplicar	16
3.- No estoy de acuerdo con aplicarlo	6
4.- No sé cómo aplicarlos	3
5.- Otras razones	7

Fuente: Encuesta elaborada el 03-10-2016.

CAPITULO IV: ANALISIS DE LA SITUACION ACTUAL

DE LOS RESPONSABLES Y LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO A LA SENTENCIA VINCULANTE “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC); EN RELACIÓN A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMPRENDIDOS EN EL D.L. Nº 728

4.1. Análisis de la situación encontrada de los responsables respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

4.1.1. Análisis de los responsables respecto a los planteamientos teóricos.

Teóricamente se plantea que, entre planteamientos teóricos que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

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

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según la FIGURA N° 01 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de los responsables es de 65%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de los operadores del derecho es de 35%,

con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

A.- El promedio de los porcentajes de Empirismos aplicativos de los planteamientos teóricos en los responsables es de 65%; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Empirismos normativos**

B.-El promedio de los porcentajes de respuestas contestadas acerca de los planteamientos teóricos en los responsables es de **35%**; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

4.1.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a las Planteamientos Teóricos.

- **Empirismo Aplicativo en los responsables, respecto a las Planteamientos Teóricos.**
 - **65 % de Empirismo normativo en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales

b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)

c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada

d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil

➤ **Logros en los responsables , respecto a los Planteamiento Teóricos**

➤ **35% de Logros en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales

b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)

c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada

d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil

➤ **Principales Razones o Causas del Empirismo Normativo.**

Falta de capacitación: 58 = 65%

Son difíciles de aplicar: 20 = 23%

No estoy de acuerdo con aplicarlo: 3 = 3%

No sé cómo aplicarlos: 7 =8%

Otras razones: 1= 1%

4.1.2. Análisis de los responsables respecto a las normas.

Jurídicamente se plantea que, entre las Normas que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario

b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.

c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.

d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 05 que: el promedio de los porcentajes de incumplimiento de la Norma por parte de los responsables es de 31 %.

A.- El promedio de los porcentajes de discordancias normativas en los responsables es de **62%**; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: discordancias normativas.

B.- El promedio de los porcentajes de concordancias con las normas en los responsables es de 38%; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: **Logros**.

4.1.2.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a las Normas.

➤ Principales Razones o Causas de las discordancias en los responsables

Falta de capacitación: 0=0%

Son difíciles de aplicar: 20= 22%

No estoy de acuerdo con aplicarlo: 55= 62%

No sé cómo aplicarlos: 14= 16%

Otras razones: 0=0%

4.1.3. Análisis de los responsables respecto a la legislación comparada.

Jurídicamente se plantea que, entre la Legislación Comparada que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

a) **Cuba: Ley núm. 49.** Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierta para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente

b) **Brasil: Ley 9962 del año 2000:** Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público

c) **Colombia: Ley 100. Art 45.** El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio

d) **Ecuador: Ley de fomento al empleo Art. 16.1.-** Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la

labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 08 que: el promedio de los porcentajes de Empirismo Aplicativo por parte de los responsables es de 79%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los responsables es de 21 %, con una prelación individual para cada Norma como a continuación veremos:

A.- El promedio respuestas no contestada acerca de los **Empirismo normativos** en los responsables es de 79%; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Empirismos normativos.**

B.- El promedio de respuestas contestadas acerca de la Legislación Comparada en los responsables es de **21%**; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: **Logros.**

4.2. Análisis de la situación encontrada de la comunidad jurídica respecto a la sentencia vinculante “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

4.2.1. Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

Teóricamente se plantea que, entre planteamientos teóricos que deben conocer y aplicar bien la comunidad jurídica tenemos los siguientes:

a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales

b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)

c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada

d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 01 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de la comunidad jurídica es de 69%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los Planteamientos Teóricos es de 31%, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

A.- El promedio respuestas no contestadas acerca de empirismos normativos de los planteamientos teóricos en la comunidad jurídica es de 69%; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Empirismos normativos**

B.-El promedio de respuestas contestadas acerca de empirismos normativos de los planteamientos teóricos en la comunidad jurídica es de **31%**; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

4.2.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis en la comunidad jurídica respecto a las Planteamientos Teóricos.

- **Empirismo normativo y discordancias normativas en la Comunidad Jurídica, respecto a las Planteamientos Teóricos.**
 - **69% de Empirismo normativo y discordancias normativas en la Comunidad Jurídica, respecto a las Planteamientos Teóricos.**

- **Logros en la comunidad jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos**

- **31% de Logros en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

- **Razones o Causas de la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**

Falta de capacitación	69%
Son difíciles de aplicar	22%
No estoy de acuerdo con aplicarlo	3%
No sé cómo aplicarlos	6%
Otras razones	0%

4.3.1. Análisis de la comunidad jurídica respecto a las normas.

Jurídicamente se plantea que, entre las Normas que deben conocer y aplicar bien la Comunidad Jurídica tenemos los siguientes:

- a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario
- b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición

resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.

c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.

d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 08 que: el promedio de los porcentajes de discordancias normativas por parte de La comunidad jurídica es de 64 %, mientras que el promedio de los porcentajes de concordancias de la Norma por parte de la comunidad jurídica es de 36%, con una prelación individual para cada Norma como a continuación veremos:

A.- El promedio de respuestas no contestadas acerca de **discordancias normativas** en la Comunidad Jurídica es de 64 %; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **discordancias**.

B.- El promedio de respuestas contestadas acerca de **las discordancias normativas** en la Comunidad Jurídica es de 36%; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: **Logros**.

CAPITULO V: CONCLUSIONES

SOBRE LA SENTENCIA VINCULANTE “CASO HUATUCO” (EXP: 05057-2013-PA/TC);
EN RELACIÓN A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
COMPRENDIDOS EN EL D.L. Nº 728

5.1. Resúmenes de las apreciaciones resultantes del análisis

5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto de las partes o variables del problema.

5.1.1.1. Empirismos normativos integrando porcentajes de los responsables entre planteamientos teóricos, Normas y la Legislación comparada en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

- 61% de Empirismos normativos en los responsables respecto a las Normas.
- 65% de los Empirismos normativos de los operadores de los responsables, respecto de la Legislación Comparada.
- 35% de Empirismo normativo en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.

5.1.1.2. Empirismos normativos integrando porcentajes de la comunidad jurídica entre planteamientos teóricos y Normas en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

- 62% de Empirismos normativos en la comunidad jurídica del derecho respecto a las Normas.
- 65% de Empirismo normativo en la comunidad jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

5.1.1.3. Discordancias normativas

- Discordancias normativas de los responsables respecto de los Planteamientos Teóricos.

- 61% de **discordancias** en los **responsables** respecto a los Planteamientos Teóricos.

5.1.2. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a los logros como complementos de las partes o variables del problema.

5.1.2.1. Logros

38% integrando porcentajes de logros de los responsables entre los planteamientos teóricos, Normas y la legislación comparada en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

- Logros de los **responsables**, respecto a la Legislación Comparada.
 - 69% de los Empirismos normativos de los **responsables**, respecto de la Legislación Comparada.
- Logros de los **responsables**, respecto a los Planteamientos Teóricos.
 - 31% de Logros de los **responsables** respecto a las Planteamientos Teóricos.
- **69% integrando porcentajes de los logros de la Comunidad Jurídica entre los planteamientos teóricos y la norma en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**

Logros de la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos.

- 31% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las Planteamientos Teóricos.

5.2. Conclusiones parciales

5.2.1. Conclusión Parcial 1

5.2.1.1. Contrastación de la sub hipótesis “a”

En el sub numeral 2.3.2. a), planteamos las subhipotesis “a”, mediante el siguiente enunciado:

Se observaron **Empirismos normativos** por parte de los **responsables**, por la falta de valoración en la **Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. Nº 728**

FÓRMULA: - X_1 ; - A_1 ; - B_1 ; - B_2 ;

ARREGLO: X ; A ; - B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipotesis “a”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipotesis “a” cruza, como:

a) Logros

- 31% integrando porcentajes de logros de la responsables entre planteamientos teóricos, Normas y la legislación comparada en la **Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. Nº 728**
- Logros de los **responsables**, respecto a la Legislación Comparada.
 - 36% de los empirismos Aplicativos de los **responsables**, respecto de la Legislación Comparada.
- Logros de los **responsables**, respecto a los Planteamientos Teóricos.

- 35% de Logros de los **responsables** respecto a las Planteamientos Teóricos.

- **Empirismos normativos**
 - **62% de Empirismos normativos en los responsables respecto a las Normas.**
 - **65% de los Empirismos normativos de los responsables, respecto de la Legislación Comparada.**
- **61 % de Empirismo normativo en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contratación de la subhipotesis “a”

La subhipotesis “a” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un **61% de Empirismos normativos**. Y, simultáneamente, la subhipotesis “a”, se desapueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **39% de Logros**.

5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 1

El resultado de la contratación de la subhipotesis “a”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

La Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, en promedio adolecían de un 65.50% de Empirismos normativos a razón de que no se conocían o no se aplicaban los planteamientos teóricos

5.2.2. Conclusión Parcial 2

5.2.2.1. Contratación de la sub hipótesis “b”

En el sub numeral 2.3.2. b), planteamos las subhipótesis “b”, mediante el siguiente enunciado:

Se observaron Empirismos Aplicativos por parte de la comunidad jurídica en la valoración de los conceptos básicos y normas de la **Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**

Fórmula : -X1; A2; -B1; - B2; -B3

Arreglo 2 : -X; A; -B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipótesis “b”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipótesis “b” cruza, como:

a) Logros

31% integrando porcentajes de logros de la comunidad jurídica entre los Planteamientos Teóricos y la norma en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

- 31% de Logros en la comunidad jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.
- 36 % de Logros en la comunidad jurídica respecto a la legislación.

b) Empirismos normativos

- **Empirismos normativos 62% integrando porcentajes de la comunidad jurídica entre los Planteamientos Teóricos y la norma en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**
- **62% de los Empirismos normativos en la comunidad jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**
- **38% de los Empirismos normativos de la comunidad Jurídica respecto de la norma**

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contratación de la subhipótesis “b”

La su hipótesis “b” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un 69% de incumplimientos y simultáneamente, la su hipótesis “b”, se desapueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un 31% de Logros.

5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 2

El resultado de la contratación de la subhipótesis “b”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 2, mediante el siguiente enunciado:

la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, en promedio adolecían de un 69% de Empirismos normativos a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien los Planteamientos Teóricos.

5.2.3. Conclusión Parcial 3

5.2.3.1. Contrastación de la sub hipótesis “c”

- a. Se evidenciaron discordancias normativas por parte de los responsables , debido a una valorización de los conceptos básicos de **la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-**

PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

Fórmula : -X2; A1; -B2

Arreglo 3 : -X; A;-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipotesis “c”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipotesis “c” cruza, como:

a) Logros

- **31% de logros de los responsables en los planteamientos teóricos en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**

b) Discordancias normativas

- **69% de discordancias normativas de los responsables entre los planteamientos teóricos en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.**

5.3.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 3

El resultado de la contratación de la subhipotesis “c”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 3, mediante el siguiente enunciado:

La Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en

el **D.L. N° 728**, en promedio adolecían de un 80% discordancias normativas a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien los Planteamientos Teóricos

5.2.4. Conclusión Parcial 4

5.2.4.1. Contrastación de la sub hipótesis “d”

- a) Se apreciaron **discordancias normativas** por parte de la **comunidad jurídica**, debido a una incorrecta valorización de los conceptos básicos de **la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**

Fórmula : -X2; A2; - B2; - B3

Arreglo 4 : -X; A;-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipótesis “d”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipótesis “d” cruza, como:

b) Logros

- **38% de logros de la comunidad jurídica en los planteamientos teóricos en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728**
- **62% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

c) Discordancias normativas

El 62% de discordancias normativas de la comunidad jurídica entre los planteamientos teóricos en la Sentencia Vinculante “Caso

Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728

- **38% de discordancias normativas en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la constatación de la subhipotesis “d” La subhipotesis “d” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un **62% de discordancias normativas**. Y, simultáneamente, la subhipotesis “d”, se desaprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **38% de Logros**.

5.4.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 4

El resultado de la contratación de la subhipotesis “d”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 4, mediante el siguiente enunciado:

la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, en promedio adolecían de un 62% de discordancias normativas a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien los Planteamientos Teóricos.

5.4.1.3 Conclusión general: personal

Un precedente vinculante del Tribunal Constitucional es la razón o fundamento expreso un fallo dictado por el “máximo intérprete de la Constitución” en determinado caso, el cual contiene lineamientos de nivel normativo, aplicables a casos análogos, en un afán de unificar la jurisprudencia nacional, en materia de justicia constitucional y justicia ordinaria

Se puede observar que la mencionada sentencia establece requisitos para el ingreso a la administración pública de nuevo personal y la reincorporación por mandato judicial con una relación laboral de naturaleza indeterminada, lo que nos permite interpretar que aquél servidor público que pretenda una relación laboral de

naturaleza indeterminada, deberá: 1) haber ganado un concurso público de méritos y 2) que la plaza de naturaleza indeterminada a la que postula se encuentre presupuestada y vacante.

El precedente vinculante Huatuco es contrario al parámetro de constitucionalidad relativo al derecho al trabajo y a la reposición laboral pública o privada, que establecen que el contenido del derecho al trabajo supone que el trabajador sólo puede ser despedido por causa justa; en caso de despido sin causa, nulo o fraudulento, el trabajador, a su elección, puede elegir la reposición o la indemnización. Dichas pautas constitucionales se aplican indistintamente a trabajadores públicos o privados.

Dice el precedente Huatuco que las reposiciones del personal sujeto al régimen laboral privado que prestó servicios en entidades públicas, vinculados por contratos sujetos a modalidad o civiles (locación de servicios y obra) desnaturalizados, como consecuencia de procesos de amparo donde sus pretensiones fueron estimadas, obedecieron a una interpretación literal y aislada de los Artículos 4^a y 77^o del Decreto Supremo 03-97-TR

Para el Tribunal Constitucional, el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado, para después citar el texto íntegro del Artículo 5^o de la Ley Marco del Empleo Público y sin que la norma lo disponga específicamente, concluir que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública, mediante un contrato a plazo indeterminado, exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Nótese que es el Tribunal quien ha integrado a la noción original del concurso público, la organicidad de la plaza (vacancia y presupuesto).

5.3 PROPUESTA: REALIZACIÓN DE UN PLENO JURISDICCIONAL

1. Justificación

La realización de un Pleno Jurisdiccional en materia laboral se justifica en la imperante necesidad de unificar y/o consolidar los diversos criterios con los que se ha venido resolviendo a nivel de juzgados y salas laborales en temas símiles; ello tomando en cuenta además los cambios existentes en la legislación laboral en los últimos meses, específicamente en lo que respecta a las normas adjetivas que rigen el proceso laboral.

En este sentido, en aras de lograr la predictibilidad del DL Legislativo N° 728 y Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC), se dispuso la realización del Pleno Jurisdiccional en materia Laboral.

La realización del Pleno Laboral a nivel supremo tiene entre sus objetivos: mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia en el ámbito del derecho del trabajo y optimizar la atención eficaz y eficiente en los procesos judiciales, mediante decisiones predecibles en todas sus etapas, concordando para ello la jurisprudencia y fijando de ser necesario principios jurisprudenciales.

Marco legal

Los fundamentos legales que respaldan la realización del Pleno Jurisdiccional se encuentran en:

- Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por Decreto Legislativo N° 757, de fecha 04 de diciembre de 1991
- Artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de fecha 02 de junio de 1993

Antecedentes

En el presente caso, no existen antecedentes de la realización de un Pleno Jurisdiccional laboral para este tipo de casos

La sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 3057-2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial), que modifica el nivel de protección ante un despido arbitrario de un trabajador público sujeto al régimen laboral privado, ha originado arduas discusiones en el ámbito del foro y los órganos jurisdiccionales de carácter laboral. Los pronunciamientos jurisdiccionales han expresado puntos de vista contrarios al citado precedente. Sin embargo, estando al carácter normativo del mismo y estando al modelo adoptado por el Código Procesal Constitucional consideramos que corresponde ser aplicado.

En ese sentido y encontrándonos frente a los nuevos parámetros establecidos en la sentencia que constituye **precedente vinculante** recaída en el Expediente N° 3057-2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz HuatucoHuatuco contra el Poder Judicial), consideramos necesario dejar sentada nuestra posición en cuanto a lo que constituye un precedente constitucional vinculante y la protección de los derechos laborales consagrados en nuestra Constitución Política y en las normas internacionales que hacen referencia sustancialmente al derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo.

La inaplicación de un precedente vinculante a través de la figura del “DISTINGUISH”

Si bien nos encontramos ante una sentencia de carácter normativo, ello no impide a la judicatura inaplicar un precedente, a ello se le denomina “distinguish” conforme la jurisprudencia colombiana la ha validado en la sentencia C-836 de 2001 cuando suceda, entre otros, el siguiente supuesto “a) (...) a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte,

“existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”. Este supuesto corresponde con el *distinguish* del derecho anglosajón. El Juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente, exigen otorgar al segundo una solución diferente. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte solo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la *ratio decidendi* del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* del primer caso puede aplicarse al segundo porque este puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquel. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la *ratio decidendi* del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso

De lo antes expuesto podemos concluir que teniendo en cuenta la regulación del precedente vinculante en nuestra legislación, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, la judicatura laboral no puede inaplicar el mismo en virtud del carácter normativo del que se encuentra investido, salvo la posibilidad de instrumentar la figura *distinguish*, esto es, cuando el supuesto de hecho que ha servido para emitir el precedente no se presenta en el caso concreto a resolver.

Lo anterior no significa que desde el ámbito de la judicatura laboral no se pueda formular nuestra opinión discrepante con el precedente vinculante que nos ocupa, desde la perspectiva de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador y los principios del derecho del trabajo que constituyen la base dogmática del mismo y que en virtud de la práctica jurisprudencial de larga data se han venido recepcionando y construyendo reglas de actuación que, en algunos casos, ya han sido recogidos en la carta constitucional y en las normas legales vigentes.

El Pleno acordó:

No se aplicar el citado precedente en los siguientes casos:

1.- Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS.

Por interpretación *a contrario sensu* del fundamento 10 del Auto aclaratorio del Precedente Huatuco Huatuco de fecha 7 de julio de 2015 (Expediente N° 23195-2013-0-1801-JR-LA-11, Sentencia Del 15/7/2015 4ta.Sala Laboral de Lima)

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

3.- Cuando la demandada sea una de las instituciones públicas excluidas de la Ley SERVIR.

- No es de aplicación para el caso de los obreros municipales que expresamente han sido excluidos de la Ley SERVIR. (EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia Del 14/7/2015, 4ta.Sala Laboral de Lima)

- No es de aplicación para los trabajadores de las empresas del Estado que no están comprendidos en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución Política del Estado y por tanto expresamente los mismos han sido excluidos de la Ley SERVIR. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (Sentencia Del 15/7/2015. 4ta. Sala Laboral de Lima)

CAPITULO VI: RECOMENDACIONES

6.1 Recomendaciones parciales

Cada recomendación parcial, se basa o fundamenta, en una conclusión parcial: la que, a su vez, se obtuvo de contrastar una sub hipótesis La orientación básica de las recomendaciones es que: **los logros** se deben consolidar y de ser posible, mejorar o superar; en tal sentido la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, debe tener en cuenta a los planteamientos teóricos, normas y Legislación Comparada, con el propósito de disminuir los Empirismos normativos y reducir las discordancias normativas. Para redactar las recomendaciones parciales hay que considerar el resultado de la contratación de la subhipotesis-conclusión parcial, por lo tanto la recomendación parcial se realizará de acuerdo a cada sub hipótesis parciales y conclusiones parciales, lo que nos permitirá formular las recomendaciones parciales:

6.1.1 Recomendación Parcial 1

Habiéndose obtenido como resultado de la primera formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 1; se ha podido evidenciar que existe un 65.50% de empirismos normativos, y complementariamente un 34.50% de logros es decir, que es mayor el desconocimiento de la norma y la legislación comparada, por ende se puede decir que existen empirismos normativos, por lo que se RECOMIENDA: Brindar mayor información y capacitación a los jueces especializados en derecho laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante cursos especializados, congresos y talleres, etc., respecto a las normas sobre el mecanismo de la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728.

6.1.2 Recomendación Parcial 2

Los resultados obtenidos en el capítulo 3 de la estadística y contrastándose con la realidad y con la subhipótesis “b” nos ha permitido poder indicar que dicha hipótesis se prueba en un 76%, es decir que se evidencian Empirismos normativos respecto de la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, debe tener en cuenta a los planteamientos teóricos, por ende se puede decir que existen Empirismos normativos, lo que nos da pie para RECOMENDAR: Uniformizar los criterios de los jueces especializados en derecho laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con la finalidad de no vulnerar los derechos laborales ya adquiridos por los trabajadores de la Administración Pública, en su aplicación errónea en los diversos casos presentados en relación con el precedente vinculante del Caso Huatuco (Exp 05057-2013-PA/TC); asimismo solicitar al Consejo Ejecutivo Distrital organice un Pleno Laboral a fin de concretizar lo peticionado.

6.1.3 Recomendación Parcial 3

Habiendo obtenido como recomendación parcial, la misma que se formula teniendo en cuenta a la subhipótesis “c” con los resultados obtenidos y con la conclusión parcial 3, la misma que se contrasta con la realidad y se prueba en un 68%, de discordancias normativas , lo que significa que existen un sector de la doctrina y la Legislación comparada que considera que la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728,no

deben de ser cumplida en todas sus dimensiones, por lo que se puede RECOMENDAR: Tener en cuenta la sentencia 6618-2013-SA/TC, con la finalidad de establecer los límites de aplicación de la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728; debido que en la misma, el Tribunal Constitucional, establece los parámetros y realiza una distinción entre la función pública y la carrera administrativa de los servidores públicos, simplificando así su aplicación.

Recomendación general

Podemos mencionar que claramente los Empirismos Normativos y las Discordancia Normativas juegan un rol importante en la problemática planteada donde se analice la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” y su relación con la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D.L. N° 728, para la cual, los responsables del derecho, deben limitar la aplicación de los alcances de dicha sentencia, en tanto se evidencia una errónea diferenciación entre los servidores públicos que laboran para el Estado, tanto en su régimen de contratación (D.Leg 276, D. Leg 728, D. Leg 1057, Ley del Servicio Civil 30057), así como en la naturaleza de las funciones que realizan, por lo cual recomiendo se realice por parte del Consejo ejecutivo y/o a iniciativa de los Jueces Supremos Laborales un Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, con la finalidad de unificar los criterios de aplicación del Precedente Vinculante (05057-2013-PA/TC) Caso Huatuco.

CAPITULO VII.- REFERENCIAS Y ANEXOS

7.1 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alonso, M. (1981) Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición, Actualizada, Barcelona Editorial Ariel,
- Alonso, M (1980) "Derecho del trabajo"; 6ta. Edición; Madrid Universidad Complutense.
- Arévalo Vela, Javier (2007), Derecho Procesal del Trabajo", Editorial Jurídica Grijley.Lima
- Arévalo Vela, Javier (2008), Derecho del Trabajo", Editorial Jurídica Grijley.Lima
- Beltrán Larco, Luisa P. (2013) "Tesis: Problemática de la Existencia de distintos Regímenes de Contratación de Personal en el Estado", Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caballero, A. (2013). Metodología Integral innovadora para planes y tesis. (1era Edición) México. Editorial: Artgraph.
- De Los Heros,A. (2004) "Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?" En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Alí Arte Gráfico Publicaciones S.R.L. Lima, diciembre de 2004.
- García, V. (2001) Los Derechos Humanos y la Constitución. Lima. Editorial Gráfica Horizonte.
- Gómez, F (200) El Contrato de Trabajo, Parte General, Tomo I Edición 2000,LimaEditorial San Marcos.
- Aparicio, L (1999) "Las relaciones de trabajo en el siglo XXI". En el Congreso Regional de las Américas de la ART; Lima.
- Blancas, C. (2005) "Derecho Laboral". LimaEdit Palestra.
- Boza, G (2009) "Fundamentos del derecho del trabajo" Lima; Curso a distancia para magistrados Academia de la Magistratura.
- Dolorier Torres, Javier (2010), "Tratado Practico de Derecho Laboral". Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

Marriehoff, Miguel (2013) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II –B, Contratos de la Administración Pública- Teorías General y de los contratos en particular. Argentina Edit.

Miranda, M. (2005) Derecho Laboral. Lima Edit Ediciones jurídicas.

Neves, J; (2010) “Derecho del Trabajo – Materiales de enseñanza”; Lima; PUCP.

Palomino Fernández, Nadia D. (2016), “Tesis: Consecuencias Jurídicas y Económicas que se derivan de la aplicación del Régimen Especial CAS al personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo.

Pasco Cosmópolis Mario, (2000), Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica del Perú. Selección de Textos. Lima

Paredes, J; (2000) “Jurisprudencia Laboral Peruana”; Lima Juristas Editores.

Pla Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

Rendón, J; (1988) “Derecho del trabajo”, Lima Editorial Tarpuy;

Rivera Ramos, Carlos E. (2014), “Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través del proceso de amparo y su pago en las misma vía procedimental.

Sáez Carlier, Felipe (2009), “Análisis Comparado de las Principales instituciones que constituyen los ordenamientos jurídicos laborales de Argentina, Chile y Mexico”

Toyama, J. (2005) Guía de Derecho Laboral. Lima Edit Gaceta Jurídica.

Ulloa, D. (2005) “Resumen situacional laboral”. Lima Edit Fecat

Vinatea, L. (2006) Derecho laboral. Lima. Edit San Marcos.

<http://larepublica.pe/08-11-2013/rojas-informalidad-laboral-bordea-el-60-en-region-lambayeque>; visitado el 13/03/2016

<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/199-el-precedente-constitucional>; visitado el 21/11/2016

<http://sitovur.webcindario.com/estabilidad.htm>; -visitado el 21/11/2016

http://consultoriaintegrallegal.blogspot.pe/2016_07_01_archive.html; visitado el 21/11/2016

(http://consultoriaintegrallegal.blogspot.pe/2016_07_01_archive.html); visitado el 21/11/2016

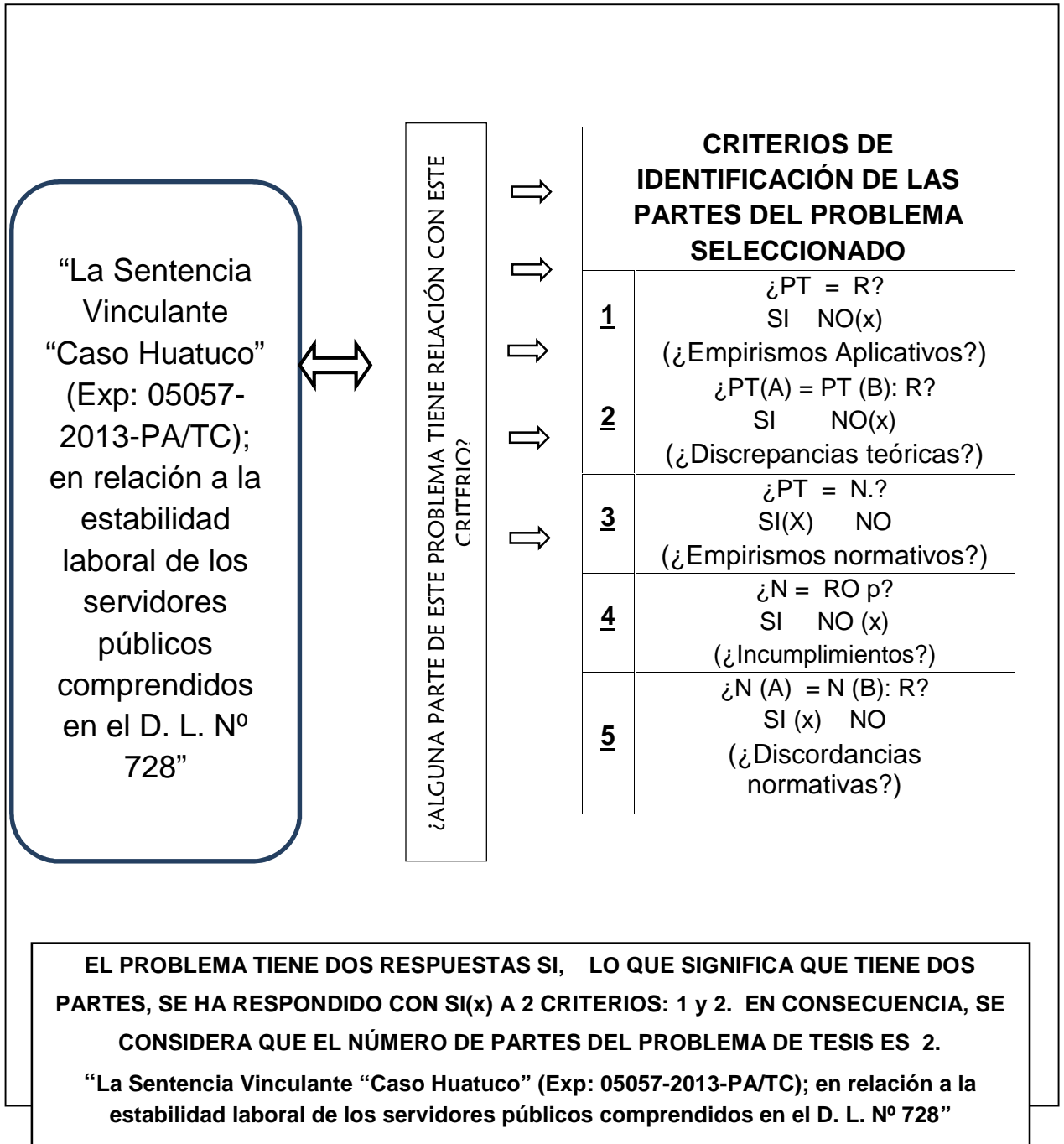
ANEXO N° 1

SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

PROBLEMÁTICA:	CRITERIOS DE SELECCIÓN					TOTAL DE CRITERIOS CON SI	P R I O R I D A D
	Se tiene acceso a los datos a)	Su solución Contribuiré a solución de otros problemas b)	Es uno de los que más se repite. c)	Afecta Negativamente la imagen de la sociedad peruana. d)	En su solución están interesados los responsables de dos o más sectores e)		
Sentencia Vinculante "Caso Huatuco" (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728	SI	SI	SI	SI	SI	5	1
Problemática en la dedicación exclusiva en los trabajadores del Poder judicial.	SI	SI	SI	NO	SI	4	2
Discrepancias entre los art. 405 y 412 del Ncpp, en razón a la Imposición y plazos en los recursos de impugnación.	SI	SI	SI	NO	SI	4	3
Remuneración real y remuneración ficticia en los trabajadores Jurisdiccionales del poder judicial.	SI	SI	NO	NO	SI	3	4
Trabajadores de confianza en el sector privado y la desigualdad de los mismos en el sector público.	NO	NO	SI	NO	SI	2	5

ANEXO Nº 2

IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA



ANEXO Nº 3

PRIORIZACIÓN DE LAS PARTES DE UN PROBLEMA

Criterios de identificación con las partes del problema	CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN					Suma parcial	Prioridad de las partes del problema
	Se tiene acceso a los datos	Su solución Contribuiría a solución de otros problemas	Es uno de los que más se repite.	Afecta Negativamente la imagen de la sociedad peruana	En su solución están interesados los responsables de dos o más sectores		
¿PT = N.? SI(X) NO (¿Empirismos normativos?)	2	1	1	1	1	6	1
¿N (A) = N (B): R? SI (x) NO (¿Discordancias normativas?)	1	2	2	2	2	9	2

La Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. Nº 728

ANEXO 4:

Matriz para planear la sub hipótesis y la hipótesis global factual explicativa con el llenado completo (que orientará la elaboración de los instrumentos, el análisis y todo el resto de la investigación)

Problema Factor X EMPIRISMOS NORMATIVOS Y DISCORDANCIAS NORMATIVAS	Realidad Factor A Incongruencias en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728	Marco Referencial Factor B			Fórmulas de Sub-hipótesis
		Planteamientos Teóricos	Normas	Legislación Comparada	
		- B1	- B2	- B3	
-X1=Empirismos normativos	A1=Responsables	X	X		a) -X1; A1; -B1; -B2
-X1= Empirismos normativos	A2= Comunidad jurídica	X	X	X	b) -X1; A2; -B1; - B2; -B3
-X2= Discordancias normativas	A1= Responsables		X		c) -X2; A1; -B2
-X2= Discordancias normativas	A2= Comunidad jurídica		X	X	d) -X2; A2; - B2; - B3
	Total Cruces Sub-factores	2	4	2	
	Prioridad por Sub-factores	2	1	3	

Leyenda:

Planteamientos Teóricos

Normas

Legislación Comparada

- B2= Constitución Política 1979.art. 48
Constitución Política 1993.art. 22 y 27
Decreto Ley N° 18471 – del año 1970.
T.U.O del D. Legislativo N° 728.
STC- 00606-2010-PA/TC.
STC- 05057-2013-PA/TC
Código Procesal Constitucional art. VII- Título Preliminar.
D. S N° 003-97-TR.
Ley 30057 – Servicio Civil.

- B3= **ARGENTINA:**Ley 25164/99: Empleo en la Administración Pública.
BRASIL: Ley 9962 del año 2000: Régimen de empleo público del personal de la Administración federal directa, autárquica y fundacional, y de las otras providencias.
CHILE: Ley 18575: Organización básica de la Administración Pública.
ECUADOR:Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación Homologación de las Remuneraciones del Sector Público

ANEXO 5:

EL MENÚ DE TÉCNICAS, INSTRUMENTOS, INFORMANTES O FUENTES Y SUS PRINCIPALES VENTAJAS Y DESVENTAJAS

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Documental	Fichaje	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Registra información Acumula datos	
	Subrayado	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Resalta aspectos importantes	se subrayan más palabras de las necesarias
	Resumen analítico	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Permite obtener síntesis Desarrolla habilidad para sintetizar y analizar	
De Campo	Cuestionario	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Recopilación de información	La falta de sinceridad en las respuestas
	Entrevista	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Adquirir información acerca de lo que se investiga	Es aplicada a pocas personas
	Encuesta	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Adquisición de información de interés Estructura lógica y rígida	No se garantiza la aplicación porque requiere de la intervención de muchas personas
	Ficha de observación	Informantes: lugar y personas implicadas en el tema de estudio	Permite diferenciar las características y comportamiento dentro del medio en donde se desenvuelven	Objetividad de lo observado

ANEXO 6:
MATRIZ PARA LA SELECCIÓN DE TÉCNICAS, INSTRUMENTOS, INFORMANTES O FUENTES Y VARIABLES.

Fórmulas de Sub-hipótesis	Nombre de las Variables consideradas en cada fórmula (sin repetición y sólo las de A y B)	Técnicas de Recolección con más ventajas y menos desventajas para cada variable	Instrumento de Recolección con más ventajas y menos ventajas para cada variable.	Informante o Fuente que corresponde al instrumento de cada técnica
a) -X1; A1; -B1; -B2	A1= Responsables	Encuesta	Cuestionario	Informantes: abogados, juristas, estudiantes de derecho.
	B1= Planteamientos Teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, Constitución, Código Procesal Constitucional, Ley del Servicio Civil, DL 728
b) -X1; A2; -B1; - B2; - B3	A2= Comunidad jurídica	Encuesta	Cuestionario	Informantes: abogados, juristas, estudiantes de derecho.
	B1= Planteamientos Teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
c) -X2; A1; -B2	A1= Responsables	Encuesta	Cuestionario	Informantes: abogados, juristas, estudiantes de derecho.
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
d) -X2; A2; - B2; - B3	A2= Comunidad jurídica	Encuesta	Cuestionario	Informantes: abogados, juristas, estudiantes de derecho.
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.
	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros, revistas jurídicas, diccionarios jurídicos, etc.



UNIVERSIDAD
SEÑOR DE SIPÁN

ANEXO N° 07

CUESTIONARIO N° 01

DIRIGIDO A LOS RESPONSABLES: MAGISTRADOS Y ABOGADOS

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas relacionadas a la sentencia vinculante “Caso Huatuco” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728, para así poder comprender aspectos importantes referidos a su normatividad teniendo en cuenta además que su información proporcionada será de vital importancia para esta investigación por considerar que de ella dependerá su éxito; A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. RESPONSABLES:

1.1.- Planteamientos teóricos que no se consideran en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728.

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

1.2.- De entre las siguientes razones por las que no se aplican los conceptos básicos no marcados de la pregunta anterior; marque con un (x) las que Ud. considere correspondientes.

- a)- Falta de capacitación
- b) Son difíciles de aplicar
- c) No estoy de acuerdo con aplicarlo
- d) No sé cómo aplicarlos
- e) Otras razones

1.3.- Que normas laborales guardan relación a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728; marque con (x), los que Ud. considera que son aplicados.

- a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario

b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.

c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.

d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes

1.4.-De entre las siguientes razones por las que no se aplican las normas laborales no marcados de la pregunta anterior; marque con un (x) las que Ud. considere correspondientes.

- | | |
|--------------------------------------|-----------------------------|
| a)- Falta de capacitación | b) Son difíciles de aplicar |
| c) No estoy de acuerdo con aplicarlo | d) No sé cómo aplicarlos |
| e) Otras razones | |

1.5.-Dentro de la Legislación Comparada existente en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728¿Cuál de ellas podría favorecer a nuestra legislación para superar esta problemática? Marque Ud. su respuesta:

a) **Cuba: Ley núm. 49.** Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierta para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente

b) **Brasil: Ley 9962 del año 2000:** Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público

c) **Colombia: Ley 100. Art 45.** El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio

d) **Ecuador: Ley de fomento al empleo Art. 16.1.-** Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo.



UNIVERSIDAD
SEÑOR DE SIPÁN

ANEXO Nº 08

CUESTIONARIO Nº 01

DIRIGIDO A COMUNIDAD JURIDICA

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas relacionadas a la sentencia vinculante “Caso Huatuco” (EXP: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. Nº 728, para así poder comprender aspectos importantes referidos a su normatividad teniendo en cuenta además que su información proporcionada será de vital importancia para esta investigación por considerar que de ella dependerá su éxito; A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

II. COMUNIDAD JURÍDICA

2.1.- Planteamientos teóricos que no se consideran en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. Nº 728.

- a) Cuando se busque la nulidad del despido alegando que los motivos fueron de discriminación, situación de embarazo, afiliación sindical y los otros supuestos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales
- b) Cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo Nº 276) o incluidos en la Ley Nº 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios)
- c) Cuando el trabajador demandante sea obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada
- d) Cuando el trabajador afectado sea servidor público conforme a la Ley del Servicio Civil

2.2.- De entre las siguientes razones por las que no se aplican los conceptos básicos no marcados de la pregunta anterior; marque con un (x) las que Ud. considere correspondientes.

- a)- Falta de capacitación
- b) Son difíciles de aplicar
- c) No estoy de acuerdo con aplicarlo
- d) No sé cómo aplicarlos
- e) Otras razones

2.3.- Que normas laborales guardan relación a la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. Nº 728; marque con (x), los que Ud. considera que son aplicados.

- a) Constitución Política 1993.art. 27 La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario

b) T.U.O del D. Legislativo N° 728. Son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.

c) STC- 05057-2013-PA/TC. La conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado.

d) D. S N° 003-97-TR Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes

2.4.-De entre las siguientes razones por las que no se aplican las normas laborales no marcados de la pregunta anterior; marque con un (x) las que Ud. considere correspondientes.

- | | |
|--------------------------------------|-----------------------------|
| a)- Falta de capacitación | b) Son difíciles de aplicar |
| c) No estoy de acuerdo con aplicarlo | d) No sé cómo aplicarlos |
| e) Otras razones | |

2.5.-Dentro de la Legislación Comparada existente en la Sentencia Vinculante “Caso Huatuco” (Exp: 05057-2013-PA/TC); en relación a la estabilidad laboral de los servidores públicos comprendidos en el D. L. N° 728¿Cuál de ellas podría favorecer a nuestra legislación para superar esta problemática? Marque Ud. su respuesta:

a) **Cuba: Ley núm. 49.** Artículo 31. El contrato de trabajo por tiempo determinado se concierta para realizar labores eventuales o emergentes; no obstante, cuando se cumplan los requisitos establecidos, pueden concertarse contratos de trabajo por tiempo determinado para desarrollar labores de carácter permanente

b) **Brasil: Ley 9962 del año 2000:** Dispone, entre otras cuestiones, que la contratación de empleados públicos deberá ser precedida de concurso público

c) **Colombia: Ley 100. Art 45.** El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio

d) **Ecuador: Ley de fomento al empleo Art. 16.1.-** Del contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio.- En los contratos por obra o servicios determinados dentro del giro del negocio, una vez concluida la labor o actividad para la cual fue contratado el trabajador, terminará la relación de trabajo, siendo procedente el pago de la bonificación por desahucio conforme lo establecido en el artículo 185 del mismo.

Agradecemos su amable colaboración.