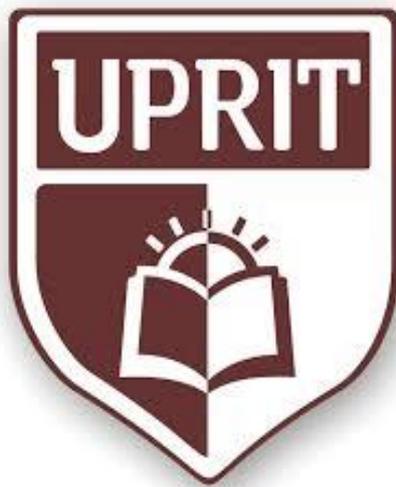


UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“El precedente Huatuco desde el control de constitucionalidad y de convencionalidad”

Tesina para optar el grado académico de
BACHILLER EN DERECHO

Alumno:

EDER ASUNCIÓN ROSARIO QUILICHE

Asesor

Dr. Marco Moreno Gálvez

Trujillo
2018

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado de tesis:

Me presento a ustedes de forma cordial y respetuosa y al mismo tiempo pongo en

su consideración la tesina: **“El precedente Huatuco desde el control de constitucionalidad y de convencionalidad”**, realizado en esta casa superior casa de estudios, con la finalidad de obtener el grado de bachiller.

En ese sentido espero, luego de la sustentación correspondiente que la investigación sirva para el fin señalado y permita el crecimiento de la investigación en el ámbito del derecho y en especial del derecho penal procesal.

Trujillo, octubre de 2018

Atte.

Eder Asunción Rosario Quiliche

DEDICATORIA

A mis padres:

Agustín Rosario Neyra y Lucila Quiliche Cruz

Con mucho cariño, dedico el presente trabajo de investigación laboral, que no están conmigo, partieron al cielo y de ahí recibo bendiciones memorables, con ese espíritu, realicé mi objetivo desde joven, que era mi anhelo de ser abogado al servicio de naturaleza a personas humildes y bajo recursos económicos a litigar con convicción.

A mis hermanas:

Norma Luz Rosario Quiliche y Luzmer Adona Rosario Quiliche.

Ellas partieron al más allá, dejando un enorme vacío en el hogar, gracias a ustedes me brindaron valores humanos y espirituales para hoy convertirme en el abogado de justicia para litigar a personas de bajos recursos económicos, así como de diversas materias del derecho.

A mis hijos:

Marco Eder Rosario Carranza, Jenner Joel Rosario Carranza, Lourdes María Rosario Carranza y Tulita Berlina Rosario Carranza.

Mis ilustres joyas preciosos que se encuentran en Barcelona España con cariño y nostalgia que nos separa, siempre están conmigo en todo momento.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Privada de Trujillo (UPRIT) por brindarnos a través de sus docentes todos los conocimientos y valores que nos ayudan en la vida profesional.

Agradecer a Dios, hacedor del Universo por sus bondades incansables e infinitas. “Los hombres que luchan un día, son buenos; los que luchan un año son mejores; pero aquellos que luchan toda una vida, esos son los imprescindibles” (J.C. Mariátegui).

Asimismo, agradecer por sus aportes académicos y científicos a los Drs. en derecho: Marco Moreno Gálvez, Ysabel del Águila Zurita, Roberto Angulo Estrada, Marco Vigo Quiroz y Guillermo Cruz Vega; con sus sapiencias en sabiduría en la pedagogía didáctica en derecho: Administrativo, Civil, Penal, Tributario y Familiar.

Al asesor, Dr. Marco Moreno Gálvez, por el apoyo y la paciencia brindada en el desarrollo de la investigación siendo un gran partícipe de este resultado final.

El Autor

RESUMEN

El presente trabajo es laboral denominado “El Precedente Huatuco desde el control de Constitucionalidad y Convencionalidad” muchas empresas privadas y públicas ante su despido arbitrario a trabajadores en materia de contratos de plazo determinado, prestación personal de servicios, subordinación.

He considerado materia Legislación, doctrina y Jurisprudencia Constitucional: Precedente caso Huatuco empleando métodos de investigación: Método analítico, deductivo, jurídico (exegético dogmático); así como técnicas e instrumentos (fichaje, análisis documental, ficha informativa)

- El precedente vinculante tiene los efectos de una Ley por tanto estos no pueden afectar ni mucho menos desconocer e ir por encima de Normas Constitucionales, principio de jerarquía de normas, en aplicación estricta del artículo 51 de nuestra Constitución Política del Estado prescribe que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal”. Por tanto, el precedente Huatuco al desconocer un derecho ya adquirido por la desnaturalización de un contrato de trabajo, el cual es la condición de un trabajador con contrato a plazo indeterminado y si es despedido su reposición en el mismo puesto, en aplicación del Artículo 27 de Constitución que prescribe: “La Ley otorga al trabajador adecuada contra el despido arbitrario” corresponde al Principio de Jerarquía normativa el precedente Huatuco.

- De Irrenunciabilidad de derechos (inciso 2) del artículo 20 de la Constitución Política del Estado, atendiendo al carácter irrenunciable de los derechos laborales que preconiza el artículo 26 de la Constitución, resulta relevante destacar la continuidad en las labores administrativas realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación, hecho que permite concluir que los supuestos contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios encubrieron, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que la actora solamente podía ser despedida por causa derivada de su conducta o capacidad laboral

que lo justifique; lo que no ha ocurrido en el presente caso (resaltado y subrayado es nuestro). Son Derechos Vulnerados.

- Derecho a la Dignidad y situación del Trabajador (artículo 1 de la Constitución Política del Estado)

Quien ofrece mejores beneficios laborales al trabajador es justamente el trabajador que está sujeto al régimen laboral privado común, muy por encima del régimen de contratación administrativa de servicios (CAS), por tanto la variación de una modalidad mas progresista a una menor protección y beneficios, implica un reducción de los derechos o condiciones ya otorgada al trabajador, lo cual implicaría una regresividad de beneficios, que atenta contra la dignidad y situación del trabajador, en aplicación del artículo 1 de la Constitución (Derechos Vulnerados)

- Principio de Progresividad de los derechos laborales justamente la imposibilidad de que se reduzca o ilumine la protección o reconocimiento de un derecho o condición ya otorgada al trabajador, debiendo primar el criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para éste; por tanto el Estado no puede emitir una medida legislativa o judicial tendiente a disminuir un derecho o situación jurídica ya reconocida, a la parte más débil de la relación laboral (Derechos que vulnera el precedente) “Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Desarrollo Progresiva” (Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.
- Gracias a la ley de la Constitución del Estado; a los Pactos Internacionales Laborales OIT en defensa a los trabajadores que vulneran los derechos y beneficios laborales, como ejemplo el precedente vinculante en STC N° 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco)

ABSTRACT

The present job is called "El Precedente Huatuco from the control of Constitutionality and Conventionality" many private and public companies before their arbitrary dismissal to workers in terms of fixed term contracts, personal service provision, subordination.

I have considered matter Legislation, doctrine and Constitutional Jurisprudence: Previous case Huatuco using research methods: Analytical method, deductive, legal (exegetical dogmatic); as well as techniques and instruments (signing, documentary analysis, information sheet)

- The binding precedent has the effects of a law so these can not affect, much less ignore and go beyond Constitutional Norms, principle of hierarchy of rules, in strict application of Article 51 of our Political Constitution of the State prescribes that: " The Constitution prevails over all legal norms. " Therefore, the previous Huatuco to ignore a right already acquired by the denaturalization of an employment contract, which is the condition of a worker with an indefinite term contract and if his replacement is dismissed in the same position, in application of Article 27 Constitution that prescribes: "The Law grants the right worker against arbitrary dismissal" corresponds to the Principle of Normative Hierarchy the previous Huatuco.
- Irrenunciability of rights (paragraph 2) of Article 20 of the Political Constitution of the State, taking into account the inalienable nature of labor rights advocated by Article 26 of the Constitution, it is relevant to highlight the continuity in the administrative tasks performed by the applicant independently of the modality of its hiring, fact that allows to conclude that the supposed contracts of lease of services and administrative contracts of services concealed, in fact, a relation of labor and non-civil nature, reason why the plaintiff could only be dismissed for derivative cause of his conduct or work capacity that justifies it; what has not happened in the present case (highlighted and underlined is ours). They are Vulnerated Rights.

- Right to Dignity and situation of the Worker (Article 1 of the Political Constitution of the State)

Whoever offers better labor benefits to the worker is precisely the worker who is subject to the common private labor regime, well above the regime of administrative contracting of services (CAS), therefore the variation of a more progressive modality to a lower protection and benefits, it implies a reduction of the rights or conditions already granted to the worker, which would imply a regressivity of benefits, which threatens the dignity and situation of the worker, in application of article 1 of the Constitution (Vulnerated Rights)

- Principle of Progressivity of labor rights just the impossibility of reducing or illuminating the protection or recognition of a right or condition already granted to the worker, with the criterion of conservation or non-repeal of the most favorable regime for it; therefore the State can not issue a legislative or judicial measure tending to diminish a right or legal status already recognized, to the weakest part of the labor relationship (Rights that violates the precedent) "Article 26 of the American Convention on Human Rights. Progressive Development "(Article 2.1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights".
- Thanks to the law of the State Constitution; to the ILO International Labor Pacts in defense of workers who violate labor rights and benefits, such as the binding precedent in STC No. 05057-2013-PA / TC (Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco Case)

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---------------------------|------|
| Presentación..... | i |
| Dedicatoria..... | ii |
| Agradecimiento..... | iii |
| Resumen..... | iv |
| Abastract..... | vi |
| Índice de contenidos..... | viii |

CAPITULO I INTRODUCCIÓN

| | | |
|----------------------------------|---|-----|
| 1. Realidad Problemática..... | 1 | |
| 2. Formulación Problema..... | 3 | del |
| 3. Hipótesis..... | 3 | |
| 4. Objetivos..... | 3 | |

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

Sub- Capítulo I Sobre los contratos de trabajo

| | | |
|--|----|---------------------|
| 1. Concepto..... | 5 | |
| 2. Elementos del trabajo..... | 6 | del contrato de |
| 3. Desnaturalización de Trabajo..... | 9 | de los contratos de |
| 4. Los principios del derecho laboral para analizar casos de desnaturalización de los contratos de trabajo..... | 11 | |
| 5. Régimen laboral del sector Público..... | 15 | |

Sub- Capítulo II Del precedente vinculante del Tribunal Constitucional y el control del convencionalidad

| | | |
|--|----|--------|
| 1. El precedente vinculante y efectos..... | 20 | de sus |
| 2. El control de Convencionalidad..... | 20 | de |

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

| | |
|----------------------------|----|
| Marco Metodológico..... | 30 |
|----------------------------|----|

CAPÍTULO IV
RESULTADOS y DISCUSIÓN

| | | |
|---------------------------------|----|----|
| Presentación resultados..... | 32 | de |
|---------------------------------|----|----|

CAPITULO V
CONCLUSIONES

| | |
|-------------------|----|
| Conclusiones..... | 42 |
|-------------------|----|

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del Problema

Empezaremos señalando que la jurisprudencia, como fuente de Derecho, se ve claramente reforzada con el hecho de que la norma suprema de un Estado, tiene como guardián a un órgano jurisdiccional supremo que, a la vez, tiene la autoridad suficiente para trazar los parámetros de interpretación de aquella a partir de sus fallos y especialmente mediante la emisión de ciertos pronunciamientos considerados como vinculantes. En nuestro país dicho órgano está representado por el Tribunal Constitucional el cual, a partir de su labor exegética de la Carta Magna, viene interpretando dicho cuerpo normativo, precisando, de manera vinculante, varios de sus dispositivos. Entre estos, como sabemos, existe una serie de disposiciones que conforman las bases constitucionales del Derecho Laboral y Previsional y que el Alto Tribunal ha considerado en muchas de sus sentencias vinculantes. En esa línea el Tribunal Constitucional.

Acorde con lo antes señalado, el Tribunal Constitucional había desarrollado una línea jurisprudencial uniforme y permanente en el tiempo, en referencia a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado, sean que éstos laboren para un ente público o privado; así se estableció – desde una interpretación constitucional – que la medida adecuada ante un despido arbitrario era la reposición, ello indistintamente si ingresaron o no a laborar por concurso público y sí existía una plaza presupuestada. Este criterio interpretativo se había consolidado desde hace más de 22 años, y surgió justamente, a partir de la emisión de dos sentencias emblemáticas: sentencia recaída en el Exp. No. 1124-2001-AA/TC de fecha 11 de julio del 2002 (Caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs Telefónica del Perú) y sentencia recaída en el Exp. No. 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco vs Telefónica del Perú).

Asimismo, el máximo intérprete constitucional reconoció la citada doctrina vinculante de manera indirecta en el precedente vinculante recaído en el Exp. No. 206-2005-PA/TC (Caso Cesar Antonio Baylón Flores) al establecer la viabilidad de la “reposición” como pretensión procesal en la vía ordinaria o constitucional (de manera excepcional) en caso de despidos de trabajadores sujetos al régimen laboral privado (sea su empleador un ente público o privado).

Queda claro entonces que “antes” de la vigencia del precedente vinculante recaído en la STC No. 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco) existía un criterio jurisprudencial preestablecido con carácter de doctrina vinculante, el cual tenían un sentido amplio de protección del trabajador contra el despido incausado al asumir que el medio adecuado de dicha protección era la reposición y no la indemnización, indistintamente de la forma como ingresó a laborar el trabajador, en la medida que era irrelevante el hecho que dicho trabajador haya ingresado o no por concurso público y tenga o no plaza presupuestada. Es a partir del 6 de junio del 2015 en que entró en vigencia el citado precedente constitucional vinculante, el cual modifica o varía radicalmente dicho criterio, estableciendo así, como nueva regla normativa: que sólo procederá la reposición en el trabajo respecto a los trabajadores sujeto al régimen laboral privado que laboren para el Estado, siempre y cuando hayan ingresado por concurso público y que dicha plaza cuya reposición solicita éste presupuestada y además que ella se encuentre calificada dentro de la carrera administrativa¹. Este nuevo criterio interpretativo es considerado en estricto como un precedente constitucional vinculante, por encontrarse enmarcado dentro de lo establecido en el artículo VII del T.P. del Código Procesal Constitucional², el cual definimos como *“aquella regla normativa de*

¹ Es importante señalar que dicho precedente fue precisado por la STC No. 6681-2013-PA/TC (Caso Richard Nilton Cruz LLamos)

² *Art. VII del T.P. del Código Procesal Constitucional*: las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. 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 proceso*”

*derecho creada en el ámbito jurisprudencial o casuístico mismo, que tiene carácter obligatorio, en la medida que sus efectos vinculantes son similares a la ley y sirven para encarar determinados casos iguales u homólogos al que le dieron origen*³. Siendo ello así resulta de suma importancia e imprescindible analizar si ante el precedente vinculante huatuco puede ejercerse el control de constitucionalidad y control de convencionalidad previa a la desnaturalización del contrato de trabajo modal o de prestación de servicios no personales por violar derechos constitucionales e internacionales reconocidos y garantizados en dichas normas.

2. Enunciado

¿En qué medida el precedente Constitucional vinculante contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco) puede ser inaplicado a partir de un control de constitucionalidad y de convencionalidad?

3. Hipótesis:

El precedente constitucional vinculante contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, puede ser sometido a un control de constitucionalidad y convencionalidad, debido a que vulnera derechos fundamentales como la dignidad del trabajador, la irrenunciabilidad de derechos y el principio de progresión de los derechos laborales del trabajador.

³ El mismo Tribunal Constitucional definió al precedente constitucional vinculante en la STC 024-2003-AI/TC (Caso Salazar Yarlaqué), indicando que debe ser considerada como *“aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla; y que por ende deviene en parámetros normativo para la resolución de futuros casos de naturaleza homóloga. El precedente tiene por su condición de tales efectos similares a una ley”*.(el resaltado es nuestro)

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

- Determinar que el precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, puede ser sometido a un control de constitucionalidad y convencionalidad, debido a que vulnera derechos fundamentales como la dignidad del trabajador, la irrenunciabilidad de derechos y el principio de progresión de los derechos laborales del trabajador.

4.2. Objetivos específicos:

- Analizar en que consiste el precedente constitucional vinculante y sus alcances
- Analizar que es el control constitucional y convencional
- Analizar el precedente Huatuco bajo el prisma de los derechos fundamentales

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO
Sub capítulo I
Sobre los contratos de trabajo

1. Concepto:

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

Entonces, estamos ante un contrato por cuenta ajena remunerado (servicios dependientes prestados para el contratante) y, por ello, los frutos o resultados de los servicios pertenecen al empleador (persona jurídica o natural) y este asume los riesgos propios del negocio.

Una de las principales características sociales del Derecho del Trabajo es que está orientado a proteger al trabajador frente al elevado desequilibrio entre este y su empleador. Siendo conscientes de que la fuerza de trabajo supone una de las principales fuentes de progreso de una sociedad, resulta razonable que el Estado proteja el mercado de trabajo con la finalidad de asegurar su crecimiento sostenible.

Bajo el fundamento descrito, la legislación laboral que rige la contratación de trabajo regula que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un

contrato de trabajo a plazo indefinido (artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Los contratos de plazo determinado son, entonces, la excepción a la presunción de contratación laboral indefinida y, en tal medida, para su celebración se exige el cumplimiento de determinados presupuestos, cuya inobservancia conlleva la invalidez del acto, con las consecuencias que se verán más adelante.

2. Elementos del contrato de trabajo:

Conforme a lo desarrollado por la legislación laboral, nuestro sistema de contratación laboral prevé una forma directa en la que participan exclusivamente el empleador y el trabajador; y, por otro lado, una forma de vinculación indirecta, tal como sucede en la intermediación laboral, en la que donde el trabajador presta sus servicios a un tercero que no es ciertamente su verdadero empleador. Nuestra atención en este trabajo está enfocada en la primera forma de vinculación laboral y, específicamente, en la contratación laboral sujeta a modalidad.

Independientemente de la forma de contratación que se utilice existen elementos esenciales que caracterizan una prestación de servicios por cuenta ajena. De acuerdo a lo tipificado por el artículo 4º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁴⁷, se establece que el contrato de trabajo tiene tres elementos básicos para su existencia, los mismos que son, la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación, y a continuación los analizaremos por separado.

a) Prestación Personal de Servicios

El trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, debiendo prestar los servicios en forma personal y directa. De aquí se deriva que el trabajador siempre es una persona natural, mientras que el empleador puede ser

una persona natural como tal, o jurídica en cualquiera de sus formas asociativas.

b) Subordinación

La subordinación es el vínculo jurídico existente entre el trabajador y el empleador en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo confiriéndole el poder de conducirla.

Consiste en el poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador. Ese poder de dirección se concreta en tres atribuciones especiales reconocidas al empleador: dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador.

En lo que se refiere al poder de dirección, según la normativa peruana⁴, se le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Dicho poder debe ser manejado por el empleador, de manera apropiada y dentro de determinado marco, fuera del cual incurre en ejercicio irregular de su derecho; ya que se le pone a disposición la actividad del trabajador, pero no su propia persona, debiendo cuidarse en todo momento de no afectar los derechos fundamentales del trabajador. Uno de los principales problemas que se presentan cuando el empleador ejerce irregularmente su poder de dirección, es el de determinar la actitud que puede asumir el trabajador, esta es cumplir la orden y en caso se vea afectado, reclamar ante la autoridad competente.

El trabajador está subordinado porque le cede al empleador, la atribución de organizar y encaminar su prestación, al margen de que necesita la remuneración que percibe para subsistir, generándose una dependencia económica. La subordinación

⁴ Artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – TUO Decreto Legislativo No. 728

constituye el elemento esencial del Contrato de Trabajo, puesto que los otros contratos de servicio por cuenta ajena (Locación de Servicios), son cumplidos con autonomía.

c) Remuneración

La retribución otorgada en el Contrato de Trabajo se denomina remuneración; que es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad. Dicho en otras palabras, es la retribución que recibe el trabajador de parte del empleador a cambio de su trabajo, constituyéndose como el principal derecho del trabajador surgido de la relación laboral. Tiene carácter contraprestativo en cuanto a su retribución por el trabajo bien dado.

Ahora bien la doctrina señala que la remuneración es “la prestación principal recibida por el trabajador como consecuencia de la relación laboral”. De acuerdo al artículo 6° de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, se dispone que “Constituye remuneración, para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera que sean la forma o denominación que se le dé. Siempre que sea de su libre disposición. (...)”⁵.

La remuneración tiene una doble naturaleza: (i) parte de ella es contraprestación al trabajo efectivamente realizado, y (ii) parte de ella es solo una obligación nacida de la relación del trabajo; o la prestación social destinada a cubrir las necesidades personales del trabajador.

Hecha ya la descripción de los elementos característicos de un Contrato de Trabajo, se puede concluir que en los casos de

⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, 1997 *Decreto Supremo 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo.*

desnaturalización de los contratos de Locación de Servicios – SNP se aplica el Principio de Primacía de la Realidad.

3. Desnaturalización de los contratos de Trabajo

Identificados aquellos elementos del contrato se presumirá un contrato de trabajo a plazo indeterminado, salvo pacto en contrario. No se trata de una presunción absoluta, sino más bien relativa en tanto será posible romper el plazo indefinido que se le da a la contratación laboral, siempre que exista un contrato de trabajo sujeto a modalidad o plazo fijo válidamente formalizado.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral ha regulado diferentes supuestos de desnaturalización contractual aplicables a la contratación modal de trabajo.

La desnaturalización en estos casos representa una medida optada por el legislador, a efectos de atender determinados supuestos de vulneración del derecho a la estabilidad laboral que implican la mutación de la relación laboral temporal a una de plazo indeterminado, rompiéndose de ese modo la naturaleza ocasional o transitoria que el empleador pretendió brindar al contrato de trabajo, ya sea por configurarse fraude a la ley laboral o por el hecho de incurrir en algún supuesto establecido en la norma sobre la materia.

3.1. Supuestos de desnaturalización del contrato modal y/o locación de servicios:

Los supuestos legales de desnaturalización de los contratos modales (artículo 77 de la LPCL) no pueden ser confundidos con la aplicación del principio de primacía de la realidad –que conlleva darle mayor credibilidad a lo que ocurre en la realidad antes de lo que pueda apreciarse de los documentos–; en tanto de hacer ello, en muchos casos podría acreditarse la subsistencia de una causa

temporal de contratación que justificaría la celebración de la contratación temporal; más bien, se tratan herramientas del Derecho Laboral independientes que única y exclusivamente coinciden en su efecto: la determinación de la relación laboral a plazo indeterminado.

Así, el artículo 77 de la LPCL establece que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se consideran como de duración indeterminada en los siguientes casos:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios específicos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haber operado renovación.
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continúa laborando.
- d) Cuando el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas que regulan la contratación temporal de trabajo.

Con respecto de la desnaturalización de los contratos de locación de servicios no personales, es de conocimiento que estos contratos se rigen básicamente bajo las reglas del código civil conforme lo dispone el Artículo 1764, siempre y cuando cumplan con las condiciones y circunstancias para el servicio que se va prestar, es decir: la prestación no debe ser subordinada, se debe percibir una retribución y las labores lo puede realizar el propio trabajador o terceros, caso contrario dicho contrato se desnaturaliza y se convierte en un contrato a plazo indeterminado y con todos los beneficios sociales de otorga el Decreto Legislativo 728.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado, como criterios jurisdiccionales, algunos rasgos de laboralidad, las cuales constituyen parámetros que permitirán al Juez laboral identificar fácticamente si nos encontramos o no ante una relación laboral encubierta, para ello reproducimos textualmente lo desarrollado por el máximo intérprete constitucional en la Sentencia recaída en el Exp No. 03917-2012-PA/TC de fecha 8 de julio del 2015 (Caso Rogelio Vásquez Rodríguez), la que a la letra dice:

***“Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la empleada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones de salud.*”**

4. Los principios del derecho laboral para analizar casos de desnaturalización de los contratos de trabajo:

4.1. Primacía de la Realidad:

El principio de primacía de la realidad, uno de los pilares del Derecho del Trabajo, determina que en caso de existir discrepancia o divergencia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades, se preferirá siempre lo que ocurra en la realidad. A ello se debe el nombre del principio, ya que se privilegia la realidad por encima de las formalidades asignadas por las partes.

Tiene como sustrato el principio protector del Derecho Laboral ya que, en muchos casos, las reales condiciones de trabajo no

constan en los documentos, o constando no se condicen con lo que verdaderamente sucede en la realidad, por lo que resulta necesario que los jueces deban verificar directamente los hechos mismos.

En la mayoría de veces se llega a concluir que las verdaderas condiciones en que los trabajadores realizan sus servicios son muy distintas de las establecidas en el contrato o en otros documentos aparentes. Según opina la doctrina autorizada, el contrato de trabajo es un “contrato-realidad”⁶, por cuanto su contenido y dinámica se manifiesta en la realidad de los hechos, en el día a día; y no tanto en lo declarado en los documentos o en las aparentes formalidades.

Por lo que, este principio opera tanto en el régimen privado como público, en el caso de este último opera en situaciones en la que el Estado llamaba a sus contratos como de Locación de Servicios No Personales, pese a que en la realidad el comitente – o el Estado - ejercía un poder de dirección sobre el locador. Asimismo el Expediente N° 0177-2004-AA/TC⁷, del 2 de septiembre de 2004, en el que se establece que el Principio de Primacía de la Realidad también es aplicable a los servidores públicos. En este expediente el Tribunal Constitucional señala que el Principio de Primacía de la Realidad, reconocido de manera implícita y general por la Constitución, también es aplicable a los servidores públicos que acreditan una relación laboral de carácter permanente.

⁶ El profesor Américo Plá opina que: “para pretender la protección del Derecho del Trabajo no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, y que esta determina aquella protección aunque el contrato fuera nulo o no existiera. Esta es la idea básica encerrada en la noción de relación de trabajo”. Añade que “en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales”. Con respecto al desajuste entre los hechos y las formas, el mismo autor opina que ello puede deberse a: “i) la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real; ii) el error; iii) la falta de actualización de los datos, y iv) la falta de cumplimiento de requisitos formales. En cualquiera de estas cuatro hipótesis los hechos predominan sobre las formas”. Ob. cit., pp. 335-326.

⁷ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0177-2004-AA.html>

4.2. Interpretación más favorable al trabajador:

El artículo 26 numeral 3 de la Constitución Política del Estado señala:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

Este principio no crea un mecanismo distinto o adicional de interpretación normativa a los ya conocidos y/o admitidos tradicionalmente por el Derecho. El caso es que ninguna de las conclusiones que tales mecanismos interpretativos arrojan, absuelve categóricamente la duda o inquietud que se tiene sobre el sentido de una norma laboral.

Justamente, en aplicación de este principio, se elegirá de todas esas conclusiones insatisfactorias, aunque todas lógicas y posibles, la que sea más favorable a los intereses del trabajador. Lo que hace es otorgar una solución cuando existan muchas interpretaciones posibles y coherentes a la mano.

4.3. Principio de Continuidad:

Este principio laboral no ha sido contemplado en la Constitución Política del Perú ni definido expresamente en alguna norma de rango legal ni reglamentario, aunque sí está reconocido por la doctrina laboral que lo hace aplicable a muchos casos concretos.

En nuestro ordenamiento jurídico existen, por ello, diversas disposiciones que de alguna manera recogen el contenido de este principio, por cuya aplicación viene entendido que el vínculo laboral de un trabajador no se ha interrumpido y persistirá en las mismas condiciones, o en todo caso en condiciones iguales pero nunca inferiores, a pesar de que existan hechos o eventos que

inicialmente lleven a pensar lo contrario (v. gr. la extinción del contrato de trabajo).

El artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), señala que: “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Así como este enunciado legal viene asociado a otro principio, el de primacía de la realidad como ya ha sido estudiado, también está referido a la aplicación del principio que ahora analizamos porque la continuidad del vínculo se considera ininterrumpida cuando no desaparecen los elementos esenciales y hasta que, en todo caso, no se demuestre lo contrario.

El principio de continuidad viene a funcionar como una garantía para el trabajador. Por ejemplo, el de estabilidad en el empleo y protección de su tiempo de servicio adquirido.

4.4. Principio de igualdad:

El artículo 26 numeral 1 de la Constitución Política del Estado señala:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Concordado a ello, el artículo 2.2 de la misma Carta señala:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

2. *A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.*

Analizando de manera conjunta ambos enunciados constitucionales, apreciamos que los conceptos de igualdad y no discriminación van de la mano, aunque ciertamente son autónomos uno del otro.

Sobre el particular, Américo Plá establece una distinción basada en las siguientes dos razones:

- a) El principio de no discriminación es la versión más modesta o simple de este principio (igualdad): prohíbe introducir diferenciaciones, por razones no admisibles.
- b) El principio de igualdad es más amplio y ambicioso y, a veces, recibe el nombre de principio de equiparación⁸

En otros términos, puede postularse que el mandato de no discriminación está contenido dentro del principio de igualdad y apunta básicamente a detallar los criterios por los cuales está prohibido a las personas (al empleador, en materia laboral) realizar distinciones. Será inaceptable fijar distingos en dichas razones prohibidas.

Veremos más adelante que el principio de igualdad sí admite tratos diferenciados pero, reiteramos, en ningún caso por los motivos que la propia Constitución ha detallado.

5. Régimen laboral del sector Público:

En el sector público existen los siguientes Régimen laboral:

- a) Régimen Publico, normado por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, así como por la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.**

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

⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., pp. 412-413.

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.

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.

- b)** Régimen Privado, normado por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.
- c)** Régimen de los Contratos de Servicios No Personales (SNP) quienes pasaron al régimen de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) desde junio del año 2008, régimen normado por el Decreto Legislativo N° 1057 y por su reglamento normado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.
- d)** Otros regímenes propios de la carrera

Otro grupo de trabajadores que tienen normas específicas en algunos sectores ocupacionales como son los diplomáticos, el magisterio y los docentes universitarios, los jueces, médicos y trabajadores de la salud. Sus categorías de designación, nombramiento y contratación son análogas a los del Decreto Legislativo N° 276. Al respecto, la Ley N° 28175, la Ley Marco del Empleo Público, establece en su artículo III que los trabajadores sujetos a regímenes especiales se regulan por dicha ley, y en el caso de las particularidades en la prestación de sus servicios, por sus leyes específicas.

En vista a la desmesurada contratación de personal bajo la modalidad de SNP en la Administración Pública, el Estado promulgó el 27 de junio del año 2008, el Decreto Legislativo N° 1057 denominado “Régimen

Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, así como su reglamento publicado el 25 de noviembre de 2008, mediante el Decreto Supremo N° 075-2008- PCM Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, concediendo menos derechos que los trabajadores del régimen laboral privado.

Cuadro comparativo entre el Régimen laboral privado **común** y el **CAS**

| Régimen Laboral Derechos y Ben. Sociales | Régimen Laboral Privado común (Dec. Sup. No. 003-97-TR TUO Ley de Productividad y Competitividad Laboral) ⁹ | Régimen Laboral de contratos administrativos de servicios (CAS) (Decreto Leg. 1057, modificado por Ley 29849) |
|---|--|--|
| Trabajadores que adquieren protección contra el despido arbitrario | A los tres meses y un día tienen protección contra el despido arbitrario | Tiene tres meses de período de prueba |
| Gratificaciones de Julio y Diciembre | Es igual a una remuneración ordinaria mensual por julio y diciembre | El aguinaldo de Fiestas patrias y navidad, conforme a las leyes anuales de presupuestos del sector público (siempre es por debajo de una remuneración ordinaria mensual) |
| Derecho al goce Vacacional | Tiene derecho a 30 días de descanso por año de servicio | Tiene derecho a 30 días de descanso por año de servicio (antes era 15) |
| Derecho a la asignación familiar | Percibirá el 10% del ingreso mínimo legal por concepto de asignación familiar | No perciben dicho derecho |
| Derecho a la Compensación por Tiempo de Servicio | Percibirá semestralmente | No perciben dicho derecho |
| Derecho ante el término del contrato sin causa alguna | Derecho a ser indemnizado a razón de una remuneración ordinaria mensual por cada año laborado hasta un tope de 12 remuneraciones Derecho a ser repuesto | Derecho a ser indemnizado equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual No tiene derecho a ser repuesto |

De la contratación de ambos regímenes labores descritos supra, se puede inferir claramente que quién ofrece mejores beneficios laborales al trabajador es justamente el trabajador que está sujeto al régimen laboral privado común, muy por encima del régimen de contratación administrativa de servicios (CAS), por tanto la variación de una modalidad más progresista a una menor protección y beneficios,

⁹ Las normas que regulan sus derechos laborales de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado son entre otros: El Decreto Leg 713 Ley sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado, Ley 27735 Ley que regula la Asignación Familiar por fiestas patrias y navidad, Ley 25129 Ley de Asignación Familiar, Dec. Sup No. 001-97- TR TUO Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, entre otros.

implica una reducción de los derechos o condiciones ya otorgada al trabajador, lo cual implicaría una regresividad de beneficios.

Por tanto, a los servidores públicos les corresponde como régimen ordinario el público, el cual se encuentra regulado en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo N° 276). Sin embargo, las normas laborales han establecido, de modo excepcional, el régimen laboral de la actividad privada regulado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728-Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR). Asimismo, se dictó una norma que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N° 1057), el cual tiene una naturaleza temporal.

En ese sentido, cuando nos referimos al empleo público no debemos asumir que nos estamos refiriendo exclusivamente al régimen de la Carrera Administrativa.

En la actualidad, el empleo público supone la presencia de una gama de regímenes laborales, como se desprende del artículo 3 del Decreto Supremo N° 007-2010-PCM, que señala lo siguiente:

“(…) en tanto se implemente de modo integral la Nueva Ley del Servicio Civil, el Sistema comprende a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados por las entidades públicas, sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno. (…) Los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y del Servicio Diplomático de la República, se rigen por sus normas y bajo la competencia de sus propias autoridades, en todo lo que no sea regulado o les sea atribuido por la Autoridad con carácter específico. La Carrera Judicial y la correspondiente al Ministerio Público se rigen por sus propias normas” (el énfasis es nuestro).

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, que en el pronunciamiento recaído en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC señala que: “El ordenamiento jurídico peruano contiene cuando menos dos regímenes laborales generales, alrededor de los cuales giran otros más específicos. Nos referimos a los regulados por los Decretos

Legislativos N°s 276 y 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Ley de Fomento del Empleo, el segundo, los cuales contiene la legislación marco aplicable tanto al sector público como al sector privado, respectivamente (...). Más adelante dice también que “no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de Derecho Laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes”.

De esta manera, dicho régimen puede ser considerado como un sistema independiente, al poseer sus propias normas de contratación, siendo compatible con el marco constitucional al regular un régimen especial y temporal de naturaleza laboral.

Resulta indiscutible que el empleado público tiene las mismas características que los trabajadores del régimen común, y por ende, su tutela debe ser similar a la que se brinda a estos últimos, con algunas excepciones propias del tipo de servicio que prestan (de naturaleza pública). Lamentablemente, mediante la aplicación del principio de provisión presupuestaria se han impuesto una serie de límites con el objeto de disminuir los derechos de los trabajadores públicos, en especial en el caso del personal comprendido dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 1057.

Sub capítulo II

Del precedente vinculante del Tribunal Constitucional y el control del convencionalidad

1. El precedente vinculante y sus efectos:

En nuestro sistema jurídico, el precedente constitucional vinculante tiene sólo como fuente normativa el artículo VII del T.P del Código Procesal Constitucional, el cual definimos como aquella regla normativa de derecho creada en el ámbito jurisprudencial o casuístico mismo, que tiene carácter obligatorio, en la medida que sus efectos vinculantes son similares a la ley y sirven para encarar determinados casos iguales u homólogos al que le dieron origen.

Es decir que los jueces constitucionales y ordinarios están obligados aplicar dicha premisa normativa jurisprudencial, cuando se trate de casos homólogos o iguales al que le dio origen, implicando por tanto que dicha obligación también opera para los jueces laborales en el ámbito de su competencia.

Asimismo, debemos de señalar que no existe una norma jurídica que regule como deben darse los alcances normativos del precedente en el tiempo; éste ha venido sujetándose a la discrecionalidad judicial del mismo Tribunal Constitucional.

2. El control de Convencionalidad:

2.1. Definición:

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos¹⁰.

Para definir el control de convencionalidad, acogeremos la definición dada por el jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quién ha tenido en cuenta todo el desarrollo jurisprudencial emitido por la misma CIDH a lo largo de estos años respecto a dicho mecanismo, así reproducimos lo afirmado por dicho autor al señalar que es: “una obligación de origen internacional a cargo de todas las autoridades del Estado parte del Pacto de San José [incluido el Poder Judicial] de interpretar cualquier *norma jurídica interna - nacional* (Constitución, ley decreto, reglamento, etc) de conformidad con la Convención Americana, y en general, con el corpus iuris interamericano, el cual está integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la corte y otros instrumentos vinculantes en materia de derechos humanos; y en caso de que exista una incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y el corpus iuris, *las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma jurídica nacional para evitar la vulneración a los derechos humanos protegidos internacionalmente*. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”¹¹ (El corchete [] es nuestro).

¹⁰ Véase Bazán, Víctor. Estimulando sinergias de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro: Fundap, 2012, pp. 12 y ss.

¹¹ Cit. por GONZALES, Pablo; REYES, Natalie y ZUÑIGA, Marcela. “La Doctrina del Control de Convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales”. Editado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago de Chile, Chile; Julio del 2016; pág. 9

Por su parte para el Sergio García Ramírez —luego de comparar la labor de la Corte con la que despliegan los tribunales constitucionales— señaló que aquella analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la «convencionalidad» de tales actos, pretendiendo «conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía»¹².

2.2. El control de convencionalidad frente al precedente vinculante:

Como habíamos señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el control de convencionalidad, se hace mención que dicho control se hace sobre las “*normas jurídicas internas*” de un país, sin embargo formalmente el precedente constitucional vinculante no es una “ley” pues no fue expedido por un órgano legislativo, pero actúa como tal por los efectos, conforme lo prescribe el artículo VII del T.P. del Código Procesal Constitucional, el cual definimos como “*aquella regla normativa de derecho creada en el ámbito jurisprudencial o casuístico mismo, que tiene carácter obligatorio, en la medida que sus efectos vinculantes son similares a la ley y sirven para encarar determinados casos iguales u homólogos al que le dieron origen*”. Consecuentemente es perfectamente posible aplicar el control de convencionalidad.

¹² véase Martín, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comps.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana, México D.F.: Distribuciones Fontamara, 2006; Susana Albanese (coord.), El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008.

2.2.1. Instrumentos internacional suscritos y ratificados por el Perú:

Nuestro sistema jurídico ha experimentado un proceso de consolidación y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, tal es así que han sido incluidos en la norma de mayor jerarquía, como es la Constitución. Es decir, que nuestra carta magna acogió a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país, para que formen parte de ella, en un grado de complementariedad, otorgándole el nivel constitucional a las mismas. Dicha afirmación tiene como sustento lo establecido en el artículo 55¹³ y Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra carta magna¹⁴, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según las cuales, una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes –*pacta sunt servanda*– debiendo ser cumplido por ellas de buena fe (*bona fide*).

El Estado peruano ha reconocido en materia de derechos humanos, como parte de su ordenamiento jurídico y vinculante para los funcionarios, autoridades o ciudadanos, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, de los que destacan los siguientes:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por resolución legislativa 13282 del 24 de diciembre de 1959).
- b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Interamericana de Bogotá de 2 de mayo de 1948).
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado

¹³ Art. 55 de la Constitución.-“Los tratados celebrados y en vigor por el Estado forma parte del derecho nacional”

¹⁴ Cuarta Disposición Final y Transitorio.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreta de conformidad con la Declaración Universal de Derechos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”

por decreto ley 22128 del 28 de marzo de 1978).

- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por decreto ley 22129 del 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979).
- e) Convención Americana de Derechos Humanos o «Pacto de San José» por haberse discutido y sancionada en la capital de Costa Rica (aprobada por decreto ley 22231 de 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979).
- f) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por resolución legislativa 23432 de 4 de junio de 1979).
- g) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (aprobada por resolución legislativa 24815 de 12 de junio de 1988).
- h) Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por resolución legislativa 25278 de 3 de agosto de 1990).
- i) Convenio de la OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (aprobado por el Perú el 2 de febrero de 1994 mediante resolución legislativa 26253).
- j) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por el Perú el 15 de septiembre de 2001 mediante resolución legislativa 27517).

Es claro entonces que el rol que juega la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú, en nuestro ordenamiento jurídico, es el de ser una norma jurídica única, pero no cualquier norma, sino la más importante y de mayor jerarquía (normas constitucionales), ello en el marco del principio de Supremacía Constitucional y Convencional que nos rige, en la medida que esta última es parte de aquella. El ostentar el carácter de norma jurídica, implica que ella irradia su fuerza vinculante no sólo sobre todo el orden jurídico existente, sino no, sobre todo sobre cualquier ejercicio de poder, sea ésta público o privado; lo que hace concluir que la actuación de cualquier

órgano del Estado y en específico el máximo interprete constitucional como es Tribunal Constitucional, está sujeto a la Constitución misma y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú, por tanto las decisiones jurisdiccionales que emitan éstos, en el ámbito de su competencia, están sometidas estrictamente a la Constitución misma y a la Convención Americana de Derechos Humanos, como a las interpretaciones dadas por el mismo Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos; así lo establece de manera expresa el artículo V del T.P. del Código Procesal Constitucional, norma que prescribe:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Ha sido el mismo Tribunal Constitucional quien ha reconocido de manera expresa el carácter vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las interpretaciones dadas por la Corte Interamericana de Derechos, reconociendo que incluso dicho órgano constitucional está obligado a acatar; así lo ha expresado en sendas sentencias, entre las que encontramos la expedida en el Exp. N° 03891-2011-PA/TC (Caso César José Hinostroza Pariachi) que a la letra dice:

“No debe perderse de vista que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o

ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal Constitucional¹⁵ (el resaltado y subrayado es nuestro).

2.3. El Overruling:

El “Overruling” es en estricto, es el apartamiento que realiza el máximo Tribunal respecto de una regla jurisprudencial que tiene el carácter vinculante dada por él mismo y adopta una nueva norma concreta (regla jurisprudencial) que decide un caso comprendido en la hipótesis de incidencia de una regla anterior de origen jurisprudencial, constituye claramente – como lo afirma el profesor colombiano Thomas Da Rosa de Bustamante- una “abrogación” de la propia norma adscrita aceptada como precedente, es la anulación o variación de un precedente dada por el propio órgano jurisdiccional que lo estableció¹⁶.

¹⁵ En igual sentido se tiene las STC No. 217-2002-HC/TC (Caso Crespón Bragayrac); 256-2002-AC/TC (Caso Pestana Uribe), 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzales Ríos), entre otros.

¹⁶ Ver DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas. “*Teoría del Precedente: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales*”. Ediciones Legales EIRL. Lima, Perú; 2016. Pág. 398

Es decir, 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.¹⁷

2.4. Invalidez del contrato administrativo de servicios:

Existe invalidez del contrato administrativo de servicio cuando se verifica que previo a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicio tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierto, pues, la misma no puede desconocerse, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos y principio protector; más aún si existe una prohibición expresa de novar una relación laboral a tiempo

¹⁷ CARPIO MARCOS, Edgar; GRANDEZ CASTRO, Pedro. “Estudios al precedente constitucional” citando a Carlos Bernal Pulido en su libro “El Precedente Constitucional en Colombia”. Primera Edición: febrero 2007. Páginas 184 y 195.

indeterminada- en caso esté fehacientemente acreditada- por otra que otorgue derechos menores a los reconocidos por la primera, conforme se desprende del artículo 78 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

La Corte Suprema en algunas casaciones ha precisado lo siguiente:

- ✓ CASACIÓN LABORAL N° 9903-2014 LIMA, de fecha 03/06/2015, CASO: PRONAA, en la cual se precisó:

Sumilla: Al haberse declarado desnaturalizados los contratos suscritos con la demandada y acreditado la existencia de un contrato a plazo indeterminado, corresponde que también sean declarados ineficaces los contratos administrativos de servicios (CAS) suscritos por la demandante.

- ✓ CASACIÓN LABORAL N° 13333-2014 LIMA, de fecha 09/06/2015, CASO: Municipalidad Distrital de Ate, en la cual se precisó:

SUMILLA: En el caso concreto, se ha determinado la existencia de vínculo laboral entre las partes al haberse desnaturalizado los contratos de locación de servicios que dice la demandada celebró con el demandante, régimen laboral anterior a la celebración de los contratos administrativos de servicios, habiendo desempeñado la misma labor en ambos periodos; en tal sentido, ya se encontraba dentro de su patrimonio de derechos subjetivos todos los otorgados por el régimen laboral privado, entre los que destacan, la vocación de continuidad (permanencia) del vínculo; razón por la cual - además - no podía modificar este status laboral, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos y protector.

Con respecto a la desnaturalización o invalidez del contrato administrativo de servicios, ya hubo pronunciamiento en el II Pleno Jurisdiccional Laboral, respecto a la “invalidez” del CAS, que es el término correcto; dado que la ley que regula dicho régimen no establece el término “desnaturalización”, como si lo contempla el régimen privado del Decreto Legislativo 728. Es preciso indicar que, cuando el Pleno señala el concepto de “invalidez” de un contrato administrativo de servicios, no significa desconocer que no existió una relación laboral; sino que implica declarar judicialmente que dicho contrato, como consecuencia de su invalidez no surte efecto sobre la relación laboral concreta y que, en su defecto, debe aplicarse la legislación que regula el régimen laboral pertinente a ella.

Por último, tenemos El II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, del 4-07-2014, ha establecido textualmente lo siguiente:

TEMA N° 02: DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS. CASOS ESPECIALES: CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS)

2.1. *¿En qué casos existe invalidez de los contratos administrativos de servicios?*

El Pleno acordó por mayoría:

Existe invalidez de los contratos administrativos de servicios,

2.1.3. *Cuando se verifica que previa a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta.*

CÁPITULO III METODOLOGÍA

1. Materiales:

- 1.1.1. Legislación – Normatividad Laboral y Constitucional
- 1.1.2. Doctrina: sobre el control de convencionalidad en el ámbito laboral
- 1.1.3. Jurisprudencia Constitucional: precedente Caso Huatuco.

2. Métodos:

Métodos de investigación:

2.1. Método Analítico

Permite analizar toda la información que se ha obtenido de la legislación, doctrina y jurisprudencia en lo referente a la problemática.

2.2. Método Deductivo

Nos permitirá a partir de la información obtenida de los materiales de estudio (general), poder arribar a las conclusiones (particular).

Métodos de Jurídicos:

2.3. Exegético:

El Método exegético es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador.

2.4. Dogmático:

Es la aplicación de la lógica formal a los caso de derecho o resolver los casos de derecho. Mediante este método se adentra el investigador al estudio en investigación de la doctrina con la finalidad

de realizar abstracciones y construcciones cognitivas correctamente estructuradas.

3. Técnicas e instrumentos:

3.1. Técnicas:

Fichaje:

El fichaje es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleada en investigación científica; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación por lo cual constituye un valioso auxiliar en esa tarea, al ahorra mucho tiempo, espacio y dinero.

En la presente tesina se ha utilizado para poder recoger la doctrina sobre el tema, así como la jurisprudencia constitucional.

Análisis documental:

El análisis de contenido se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida.

En la presente investigación, se realiza, analizando los fundamentos jurídicos aplicados al caso Huatuco.

3.2. Instrumento:

Ficha:

La ficha de lectura es un instrumento que sirve para organizar la información tomada de un texto y para recoger datos importantes acerca de lo que se lee.

CAPITULO IV
RESULTADO Y DISCUSIÓN
Análisis del caso Huatuco a partir del prisma del control de
convencionalidad

1. La invalidez del CAS:

Existe invalidez del contrato administrativo de servicio cuando se verifica que previo a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicio tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierto, pues, la misma no puede desconocerse, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos y principio protector; más aún si existe una prohibición expresa de novar una relación laboral a tiempo indeterminada- en caso esté fehacientemente acreditada- por otra que otorgue derechos menores a los reconocidos por la primera, conforme se desprende del artículo 78 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

La Corte Suprema en algunas casaciones ha precisado lo siguiente:

- ✓ **CASACIÓN LABORAL N° 9903-2014 LIMA, de fecha 03/06/2015, CASO: PRONAA**, en la cual se precisó:

***Sumilla:** Al haberse declarado desnaturalizados los contratos suscritos con la demandada y acreditado la existencia de un contrato a plazo indeterminado, corresponde que también sean declarados ineficaces los contratos administrativos de servicios (CAS) suscritos por la demandante.*

- ✓ **CASACIÓN LABORAL N° 13333-2014 LIMA, de fecha 09/06/2015, CASO: Municipalidad Distrital de Ate**, en la cual se precisó:

***SUMILLA:** En el caso concreto, se ha determinado la existencia de vínculo laboral entre las partes al haberse desnaturalizado los contratos de locación de servicios que dice la demandada celebró con el demandante, régimen laboral anterior a la celebración de los contratos administrativos de servicios, habiendo desempeñado la misma labor en ambos periodos; en tal sentido, ya se encontraba dentro de su patrimonio de derechos subjetivos todos los otorgados por el régimen laboral privado, entre los que destacan, la vocación de continuidad (permanencia) del vínculo; razón por la cual - además - no podía modificar este status laboral, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos y protector.*

Con respecto a la desnaturalización o invalidez del contrato administrativo de servicios, ya hubo pronunciamiento en el II Pleno Jurisdiccional Laboral, respecto a la “invalidez” del CAS, que es el término correcto; dado que la ley que regula dicho régimen no establece el término “desnaturalización”, como si lo contempla el régimen privado del Decreto Legislativo 728. Es preciso indicar que, cuando el Pleno señala el concepto de “invalidez” de un contrato administrativo de servicios, no significa desconocer que no existió una relación laboral; sino que implica declarar judicialmente que dicho contrato, como consecuencia de su invalidez no surte efecto sobre la relación laboral concreta y que, en su defecto, debe aplicarse la legislación que regula el régimen laboral pertinente a ella.

Por último, tenemos El II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, del 4-07-2014, ha establecido textualmente lo siguiente:

TEMA N° 02: DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS. CASOS ESPECIALES: CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS)

2.1. ¿En qué casos existe invalidez de los contratos administrativos de servicios?

El Pleno acordó por mayoría:

Existe invalidez de los contratos administrativos de servicios,

2.1.3. *Cuando se verifica que previa a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta.*

2. PRECEDENTE VINCULANTE EXPEDIENTE N° 05057-2013-PA/TC (CASO ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO).

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 comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”.

De acuerdo al citado texto, se puede observar que la mencionada sentencia establece requisitos para el ingreso a la administración pública de nuevo personal o 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.

En atención a los numerosos casos que se vienen ventilando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema en la CASACIÓN LABORAL N° 8347-2014 Del Santa ha establecido algunos supuestos en la cual no es aplicable el precedente constitucional vinculante N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN, estos son siguientes:

- a) Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.
- c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- e) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.
- f) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

Como podemos apreciar, en los supuestos antes señalados no se encuentra el trabajador que laboro en una entidad pública con contrato de locación de servicios no personales o contrato modal que se desnaturalizo previamente a la celebración del contrato administrativo de servicios y luego es despedido, los cuales no tendrá derecho a la reposición sino únicamente una indemnización.

3. EL PRECEDENTE VINCULANTE HUATUCO CONTENIDO EN LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 05057-2013-PA/TC y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD.

Con fecha 6 de junio del 2015 entró en vigencia el precedente constitucional vinculante contenido en la sentencia recaída en el Exp. No 05057-2011-PA/TC (Caso Rosalía Rosalía Huatuco) que establece como criterio vinculante –restrictivo- que no procede la reposición de los trabajadores sujeto al régimen laboral privado que laboren para el Estado, si estos no ingresaron por concurso público y en una plaza sujeta a carrera administrativa presupuestada.

Siendo ello así, debemos de señalar que un Juez ordinario laboral debe ejercer control de convencionalidad sobre el precedente constitucional, cuando las normas jurisprudenciales extraídas del precedente judicial tienen una relación directa con las pretensiones planteadas en el proceso y con normas internacionales de derechos humanos.

Por lo que, partiendo de la premisa que un contrato de trabajo desnaturalizado sea este un contrato modal y/o de Servicios No Personales previo a la suscripción de un Contrato Administrativo de Servicios (CAS) de un trabajador que labora en una entidad pública pero bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, por tanto tener la condición de un trabajador a plazo indeterminado bajo el régimen laboral privado. Sobre la base de dicha premisa se pasa analizar si efectivamente el precedente huatuco afecta normas constitucionales e internacionales.

El precedente huatuco afecta normas constitucionales y por tanto debe aplicarse un control de constitucionalidad, por las siguientes afectaciones a nuestra Carta Magna, razones:

❖ **Principio de jerarquía de normas (artículo 51 de la Constitución Política del Estado).**

Siendo que el precedente vinculante tiene los efectos de una ley por tanto estos no pueden afectar ni mucho menos desconocer e ir por encima de normas constitucionales, **principio de jerarquía de normas**, en aplicación estricta del Artículo 51 de nuestra Constitución Política del Estado prescribe que: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal”*. Por tanto, el precedente huatuco al desconocer un derecho ya adquirido por la desnaturalización de un contrato de trabajo, el cual es la condición de un trabajador con contrato a plazo indeterminado y si es despedido su reposición en el mismo puesto, en aplicación del Artículo 27 de nuestra Constitución que prescribe: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

❖ **Principio de irrenunciabilidad de derechos (inciso 2) del artículo 26 de la Constitución Política del Estado)**

Si bien es cierto la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 000002-2010-PI/TC, lo que estrictamente determinó es la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057, desde la fecha de su entrada en vigencia, concluyendo que para acceder a tal contratación basta la sola suscripción¹⁸; no obstante, dicha conclusión debe necesariamente enmarcarse en el fundamento de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, la cuál es **la inexistencia de relación laboral alguna** y el empleo de la contratación administrativa de servicios como medio de mejoramiento de tal condición del servicio. Tal como lo señala en su octavo considerando de la CAS. LAB. 9667-2013 LA LIBERTAD.

En el caso de la continuidad de la relación laboral y la suplantación de un régimen laboral privado ya adquirido con el reconocimiento de todos los derechos laborales que ello ocupa, por otro que ofrece

¹⁸ Fundamento jurídico número 17.

menos derechos, como es el contrato administrativo de servicios, implicaría la violación del **principio de irrenunciabilidad de derechos**, el cual tienen carácter constitucional, debiendo optarse por la continuación del régimen laboral más beneficioso es decir debe considerarse la continuación de la relación laboral privado permanente.

El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, en el fundamento Vigésimo Cuarto, al desarrollar este principio, señala que:

“Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley”.

Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos¹⁹, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26 de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos *“(…) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”*. Por tanto, cuando una persona con vínculo laboral indeterminado producto de la desnaturalización de un contrato civil, suscribe con posterioridad diversos CAS, estos devienen en nulos o ineficaces en virtud del principio de

¹⁹ **Remotti Carbonell, José Carlos:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18.

irrenunciabilidad de derechos laborales, por contravenir una norma taxativa prevista en el inc. 2 del artículo 26 de la Constitución del Estado y el artículo 4 de la D.S. 003-97-TR.

Es esta misma línea se ha pronunciado tanto del Tribunal Constitucional, como la Corte Suprema, en cuanto al máximo interprete constitucional tenemos la sentencia recaída en el Expediente N° 01154-2011-PA/TC, la cual señala:

“9. Así las cosas y atendiendo al carácter irrenunciable de los derechos laborales que preconiza el artículo 26 de la Constitución, resulta relevante destacar la continuidad en las labores administrativas realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación, hecho que permite concluir que los supuestos contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios encubrieron, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que la actora solamente podía ser despedida por causa derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, lo que no ha ocurrido en el presente caso”. (Resaltado y subrayado es nuestro).

❖ **Derecho a la dignidad y situación del trabajador (artículo 1 de la Constitución Política del Estado)**

Quién ofrece mejores beneficios laborales al trabajador es justamente el trabajador que está sujeto al régimen laboral privado común, muy por encima del régimen de contratación administrativa de servicios (CAS), por tanto la variación de una modalidad más progresista a una menor protección y beneficios, implica una reducción de los derechos o condiciones ya otorgada al trabajador, lo cual implicaría una regresividad de beneficios, que **atenta contra la dignidad y situación del trabajador**, en aplicación del Artículo 1 de la Constitución que prescribe: “La

defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El precedente huatuco afecta normas internacionales y por tanto debe aplicarse un control de convencionalidad, por las siguientes afectaciones a nuestra Carta Magna, razones:

- ❖ Quien ofrece mejores beneficios laborales al trabajador es justamente el trabajador que está sujeto al régimen laboral privado común, muy por encima del régimen de contratación administrativo de servicios (CAS), por tanto la variación de una modalidad más progresista a una menor protección y beneficios, implica una regresividad de beneficios, que atenta contra la dignidad y situación del trabajador, lo que implicaría una violación al **principio de progresividad** de los derechos laborales-llamado también como el principio de proscripción de menoscabo de los derechos de los trabajadores o prohibición *prima facie* de los retrocesos en la legislación social-la cual está recogida en el artículo 26 de la **Convención Americana de Derechos Humanos**, el cual prescribe:

“Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (el resaltado es nuestro)

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales, el cual prescribe:

“Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.- (...) cada uno de os estados Partes en el presente Pacto se

*compromete a adoptar medidas, tanto por separados como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (el resaltado es nuestro)

Instrumentos internacionales ratificadas por el Estado Peruano, por ende son de obligatorio cumplimiento tanto para el Estado como para los particulares ya que forman parte del bloque de constitucionalidad que les otorga categoría de norma constitucional ello en aplicación del artículo 51 y cuarta disposición final y transitoria de la Constitución²⁰.

La dimensión del principio constitucional de progresividad de los derechos laborales, implica justamente la imposibilidad de que se reduzca o elimine la protección o reconocimiento de un derecho o condición ya otorgada al trabajador, debiendo primar el criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para éste; por tanto el Estado no puede emitir una medida legislativa o judicial tendiente a disminuir o eliminar un derecho o situación jurídica ya reconocida a la parte más débil de la relación laboral.

²⁰ **A nivel jurisprudencial también se ha reconocido este principio de progresividad laboral**, tal como se observa en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, entre las cuales tenemos la STC N° 03477-2007-PA/TC, 029-2004-PI/TC Y 020-2012-AI/TC, de lo que se infiere claramente que **dicho principio no sólo tiene un reconocimiento constitucional sino también en el derecho vivo mismo (jurisprudencia) por tanto su vigencia es totalmente válida en nuestro sistema jurídico.**

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. Los contratos administrativos de servicios se originaron y tiene por finalidad otorgar mejores beneficios a los trabajadores que anteriormente eran contratados como servicios no personales.

2. El precedente vinculante recaído en la STC No. 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco), vulnera normas constitucionales e tratados internacionales, cuando se desnaturalizo el contrato de servicios no personales o contrato modal previa a la suscripción del contrato administrativo de servicios.

3. El precedente vinculante recaído en la STC No. 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco), contraviene principios de irrenunciabilidad de derechos, principio de jerarquía de normas y progresividad, cuando se desnaturalizo el contrato de servicios no personales o contrato modal previa a la suscripción del contrato administrativo de servicios.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial (1998).- Constitución: Fuentes e Interpretación; Mesa Redonda Eds., Lima.
- NEVES MUJICA, Javier (2004). Introducción al Derecho Laboral, Textos Universitarios. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario (1997) Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNAM. Primera edición. México.
- PLA RODRIGUEZ, Américo (1990). Los principios del derecho del trabajo,
- QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005). Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional –Estudios-; Editorial Ara, Lima.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (2000). Derecho del Trabajo Individual, Quinta Edición, Ediciones Edial, Lima.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis (2005). Guía Laboral, Gaceta Jurídica.

ANEXOS

SENTENCIAS QUE APLICAN EL PRECEDENTE HUATUCO

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**CASACIÓN LABORAL N° 8394-2017
AREQUIPA
Desnaturalización de contrato y reposición
por despido incausado
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

SUMILLA: El trabajador que no ingresa por concurso público de méritos, conforme al artículo 5° de la Ley N° 28175, no tiene derecho a reclamar la reposición en el empleo conforme al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el Precedente Vinculante N° 5057-2013-PA/TC JUNÍN y por la Corte Suprema de Justicia en la Casación Laboral N° 11169-2014-LA LIBERTAD y Casación Laboral N° 8347-2014-DEL SANTA.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**CASACIÓN LABORAL N° 7172-2017
LIMA
Reposición y otros
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

SUMILLA.- Ante un despido incausado, resulta improcedente la reposición del servidor de una entidad del Estado, si no se acredita que haya ingresado por concurso público de méritos a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, en observancia del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

Lima, diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

**CAS. LAB. N° 14509 - 2013
LIMA SUR**

SUMILA: Existe invalidez del Contrato Administrativo de Servicios cuando se verifica que previa a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta, pues, la misma no puede desconocerse, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos y principio protector; más aún si existe una prohibición expresa de novar una relación laboral a tiempo indeterminado -en caso esté fehacientemente acreditada- por otra que otorgue derechos menores a los reconocidos por la primera, conforme se desprende del artículo 78 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.